

MINISTERIE VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN AMBTENARENZAKEN

Provincie Antwerpen

Willebroek. — Gemeenteraadsverkiezingen van 9 oktober 1994
Bezwaar

Er werd bezwaar ingediend bij de bestendige deputatie van de provincieraad van Antwerpen inzake de gemeenteraadsverkiezingen van de gemeente Willebroek.

Het werd ingediend door de heer Van Ighem, Louis.

Eenieder kan ervan inzage nemen op het gemeentesecretariaat van de betrokken gemeente.

Dit bericht wordt gepubliceerd in uitvoering van artikel 10, 5°, van het koninklijk besluit van 6 september 1988 tot vaststelling van de nadere regels voor de werking van het college van provinciegouverneurs, ingesteld bij artikel 131bis van de provinciewet.

Voor de provinciegriffier :
de afdelingschef,
H. Goetschalckx.

GEMEENSCHAPS- EN GEWESTREGERINGEN — GOUVERNEMENTS DE COMMUNAUTE ET DE REGION
GEMEINSCHAFTS- UND REGIONALREGIERUNGEN

REGION WALLONNE — WALLONISCHE REGION — WAALS GEWEST

MINISTERE DE LA REGION WALLONNE

[C — 27586]

22 JUN 1994. — Circulaire ministérielle relative à la loi du 24 décembre 1993
sur les marchés publics

A Mmes et MM. les Présidents et Membres des Députations permanentes,
A Mmes et MM. les Bourgmestres et Echevins,
A Mmes et MM. les Présidents des Intercommunales.

I. Introduction

1. Généralités.

Le *Moniteur belge* du 22 janvier 1994 a publié la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Le seul intitulé de la loi fait apparaître qu'elle a un champ d'application plus étendu que la loi du 14 juillet 1976 sur cette même matière.

Suivant l'Exposé des motifs (documents parlementaires, Sénat, session 1992-1993, document 656-1) « Ce titre fait en effet ressortir que la loi s'applique non seulement aux marchés publics mais notamment aussi à des marchés d'entreprises privées bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs octroyés par les autorités. »

L'article 69 de la loi dispose :

« Le Roi fixe la date de l'entrée en vigueur du livre Ier, du livre II et de chacune des dispositions du livre III de la présente loi.

Le présent article et l'article 68 entrent en vigueur le jour de leur publication au *Moniteur belge*. »

Or, les arrêtés royaux concernés, qui doivent être délibérés en Conseil des Ministres (article 68), n'ont pas encore été adoptés.

Il en résulte que — hormis les articles 68 et 69 — la loi précitée n'est pas encore d'application.

Par conséquent, actuellement, c'est toujours la loi du 14 juillet 1976 et ses arrêtés d'exécution qui régissent la matière des marchés publics.

Face à cette incertitude quant à l'entrée en vigueur de la loi et sans parler du fait que d'après les travaux préparatoires cette entrée en vigueur sera sectorielle, l'on peut soit se résigner à l'attente soit dès à présent s'efforcer de comprendre la raison d'être de la loi et ses principales dispositions.

J'ai, pour ma part, opté pour la seconde solution.

Je vous invite dès lors à prendre connaissance de la présente circulaire qui, tout en exposant brièvement le contexte de la nouvelle loi, comporte un relevé des principales dispositions ou modifications intervenues.

2. Philosophie générale de la nouvelle loi.

La loi trouve son origine dans un projet de loi déposé par le Gouvernement fédéral sur le bureau du Sénat.

Elle a ensuite été discutée à la Chambre des représentants.

L'objet de la loi et ses principales caractéristiques ont été notamment exposés devant la Commission des Finances de la Chambre (Documents parlementaires — Chambre — Session ordinaire 1993-1994 — document 1073/3 — 92/93).

En ce qui concerne l'objet, le Vice-Premier Ministre a déclaré en effet : « Ce projet, qui a pour objet tant de restructurer la législation relative aux marchés publics que d'assurer notamment la transposition de plusieurs directives européennes, a donné lieu à une discussion très fructueuse en Commission des Finances du Sénat. »

Le Vice-Premier Ministre rappelle ensuite les principales caractéristiques de la nouvelle loi :

« 1) l'introduction dans la législation d'une structure modulaire permettant de distinguer :

a) d'une part, les marchés publics et les concessions de travaux publics « classiques », c'est-à-dire ceux des pouvoirs publics du niveau fédéral jusqu'au niveau local, ainsi que des associations et organismes de droit public (livre I^{er}, titres II et III);

b) d'autre part, les marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (Directive 90/531/CEE), c'est-à-dire ceux des pouvoirs publics cités ci-avant dans la mesure où ils gèrent de tels secteurs et ceux d'entreprises publiques telles Belgacom ou la SNCB (livre I^{er}, titre IV);

o) enfin, les marchés d'entreprises privées bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs pour gérer des activités dans ces mêmes secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (Directive 90/531/CEE), comme par exemple Electrabel, Distrigaz ou BATC (livre II);

2) l'ajustement du champ d'application de la législation en fonction des directives et des accords internationaux en la matière. L'objectif poursuivi est d'harmoniser tant le champ des pouvoirs publics et des personnes visés que celui relatif à d'autres notions fondamentales comme, par exemple, les définitions des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ou les procédures de passation des marchés et leurs modes de publicité;

3) l'introduction, pour la première fois dans la législation, de règles imposées par la Directive 90/531/CEE et visant les entreprises privées dont question au point 1, c. Ces règles sont groupées dans un livre II de la loi séparé et indépendant. De même, ce livre sera exécuté par un arrêté royal propre afin de tenir compte des spécificités de la gestion et de la responsabilité financière des entreprises privées;

4) l'adaptation des règles de passation et d'exécution des marchés des pouvoirs publics et entreprises publiques soumis à la Directive 90/531/CEE. Ces règles, contenues dans le livre I^{er}, titre IV de la loi, impliquent d'une part, un assouplissement par rapport aux modes de passation existants puisque la procédure négociée y devient une procédure de passation ordinaire. D'autre part, cependant, les règles de contrôle et de publicité se révèlent plus étendues que celles prévues actuellement dans la loi du 14 juillet 1976, l'objectif étant également d'obliger à l'élaboration d'un cahier spécial des charges spécifique afin de garantir une égalité de traitement des entreprises;

5) l'amélioration de dispositions contenues dans la législation, qui, contrairement aux directives, est applicable aux marchés publics quel que soit leur montant. L'expérience acquise au cours de ces quinze dernières années a démontré l'utilité d'une révision et d'une modernisation des textes tant de la loi que de ses arrêtés d'exécution (adaptation de dispositions relatives à l'adjudication et à l'appel d'offres, meilleure distinction entre critères de sélection qualitative des entreprises et critères d'attribution des marchés publics, assouplissement des règles relatives aux promotions, exigences plus nettes en matière de motivation et de transparence...).

Il convient de souligner que la réforme ici concrétisée s'inscrit dans le processus plus large de l'ouverture des marchés au niveau international. Il s'agit d'un processus dynamique. Les négociations actuelles dans le cadre de l'Uruguay Round, l'entrée en vigueur à court ou moyen terme de nouvelles directives et de l'Accord sur l'Espace économique européen ainsi que d'autres accords conclus par la Communauté pourraient marquer de leur empreinte la législation soumise à votre adoption. De nouvelles adaptations de textes, mais de portée moindre, s'avèreront donc nécessaires à l'avenir, ce dont le Parlement sera saisi en temps utile. »

Modulation de la législation en trois secteurs, transposition en droit belge des directives européennes, amélioration des dispositions belges au regard de l'expérience acquise, tels sont les maîtres-mots de la nouvelle loi.

3. Structure de la nouvelle loi.

La nouvelle loi est divisée en trois livres :

1) le livre I^{er} : « Des marchés publics » qui comporte 5 titres à savoir :

- les principes généraux;
- les marchés de travaux, de fournitures et de services (champ d'application, dispositions générales, modes de passation);
- les concessions de travaux publics et les marchés de travaux passés au nom des concessionnaires de travaux publics;
- les marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications;
- des dispositions diverses (ce titre comporte notamment deux modifications de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux);

2) le livre II intitulé : « De la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux et de fournitures dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications ».

Ce livre comporte trois titres concernant respectivement :

- les marchés précités conclus par les entreprises privées;
- les marchés précités conclus d'une part, par des entreprises publiques mais pour les marchés qui n'ont pas trait à leurs tâches de service public, et, d'autre part, par les pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 4 pour les marchés qui concernent la production d'électricité;
- des dispositions diverses.

Il faut retenir que le livre I^{er} comporte principalement le régime général des marchés publics tandis que le livre II est plus restrictif, il est relatif :

- aux marchés de travaux et de fournitures (pas les services);
- d'un montant égal ou supérieur aux montants à fixer par le Roi (encore à déterminer);
- dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications;

3) le livre III comporte les dispositions finales concernant l'entrée en vigueur de la loi et une modification de l'article 314 du Code pénal.

Voyons à présent, quelles sont les principales dispositions adoptées par la nouvelle loi.

II. Principales dispositions

CHAPITRE I^{er}. — Livre I^{er}

Titre I^{er}. — Principes généraux

Ces principes s'appliquent aux marchés publics traditionnels (régime général), y compris les concessions, et aux marchés publics passés au nom des personnes de droit public gérant les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

(Exposé des motifs, p. 10).

Ces dispositions peuvent être résumées comme suit :

1) suivant l'article 1^{er} de la loi, les marchés de travaux, fournitures et services au nom des pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 4 (j'y reviendrai) sont passés avec concurrence et forfait (cfr. loi du 14 juillet 1976) suivant les modes prévus au titre II (= régime général) sous réserve du § 2 et de l'article 2.

Ces deux restrictions sont les suivantes :

a) la loi ne s'applique pas aux marchés passés par les entreprises publiques lorsqu'ils n'ont pas trait aux tâches de service public des dites entreprises publiques au sens d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance — sauf pour les marchés de travaux et de fournitures d'un certain montant (à fixer par le Roi) qui se rapportent aux secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications et qui font l'objet de règles spécifiques de mise en concurrence au plan européen (article 63 — livre II);

b) dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, les marchés publics de travaux, de fournitures et de services au nom des pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 26 sont passés avec concurrence et à forfait suivant les modes prévus au titre IV du livre Ier (article 2).

L'article 26 — qui fixe le champ d'application du titre IV — dispose que ledit titre concerne les pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 4, § 1er, § 2, 1^o à 8^o et 10^o ainsi que les entreprises publiques (il s'agit, en ce qui concerne ces dernières, des marchés ayant trait à leur tâche de service public).

Or, l'article 4 précité, sur lequel je reviendrai, article qui précise le champ d'application du régime général des marchés (livre Ier, titre II), vise notamment les provinces, les communes et les associations de celles-ci.

Dès lors, lorsqu'une de ces entités s'apprête à conclure un marché dans les secteurs précités (eau, énergie, etc.), c'est le titre IV qui est d'application et non le régime général (Exposé des motifs, p. 34).

Il faut cependant que les marchés projetés par les entités précitées entrent dans le cadre des activités spécialement visées ou ne se trouvent pas dans les activités exclues par les articles 28 à 36.

Sans entrer dans le détail de ces dispositions, on retiendra qu'elles concernent le plus souvent la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux en vue de fournir un service au public;

2) l'article 3, § 2, soustrait à la loi les services au sens de l'article 5, attribués à un pouvoir adjudicateur visé à l'article 4, § 1er et § 2, 1^o à 8^o et 10^o, sur la base d'un droit exclusif dont il bénéficie en vertu de dispositions législatives ou réglementaires publiées et conformes au traité instituant la Communauté économique européenne.

Cette disposition est en fait la reproduction quasi intégrale de l'article 6 de la Directive 92/50 du 18 juin 1992 du Conseil des Communautés européennes (en vigueur depuis le 1er juillet 1993) portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services.

Il faut cependant noter qu'alors que la Directive susvisée ne concerne que les marchés de services égaux ou supérieurs à F 8 200 000 (taux au 1er janvier 1994), la disposition précitée porte sur tous les marchés de services.

Titre II. — Des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (= REGIME GENERAL)

1. Champ d'application (article 4).

Contrairement à la loi du 14 juillet 1976 qui est assez laconique (elle se borne à parler de marchés passés au nom de l'Etat ou de toute autre personne de droit public ainsi que de possibilité d'extension du champ d'application de la loi par arrêté royal), la nouvelle loi opte, principalement en son article 4, pour une énumération des autorités concernées.

Sans entrer dans le détail de cette énumération, on relève qu'elle cite l'Etat, les Communautés, les Régions, les provinces, les communes, les associations formées par un ou plusieurs de ceux-ci (donc notamment les intercommunales), les fabriques d'église, les C.P.A.S. et les personnes qui, à la date de la décision de lancer un marché, remplissent certaines conditions (article 4, § 2, 8^o).

Ceci m'amène à apporter quelques précisions au sujet de cette dernière catégorie qui trouve son origine dans le droit européen.

Suivant la disposition précitée, les personnes en cause sont concernées par la loi lorsque :

a) elles ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial;

b) sont dotées d'une personnalité juridique;

c) dont

— soit l'activité est financée majoritairement par les autorités ou organismes mentionnés au § 1er et au § 2, 1^o à 8^o;

— soit la gestion est soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes;

— soit plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance sont désignés par ces autorités ou organismes.

Ces critères sont cumulatifs.

A noter que toute forme de financement est à prendre en considération et donc également la couverture d'un éventuel déficit annuel (Exposé des motifs, p. 14).

Une liste non limitative des organismes précités sera établie par le Roi (article 4, § 3).

Il ressort de la discussion générale au sein de la Commission du Sénat que les A.S.B.L. qui réunissent les conditions fixées à l'article 4, § 2, 8^o entrent dans le champ d'application de la loi (Documents parlementaires, Sénat, session 1992-1993, document 856-2, pp. 23-24). Une A.S.B.L. communale qui remplirait les critères précités serait donc soumise à la loi.

La disposition précitée (article 4, § 2, 8^o) ne s'applique cependant pas aux personnes de droit privé visée à l'article 4, § 4.

Aux termes de l'article 4, § 4, le Roi peut rendre les dispositions de la loi, ou certaines d'entre elles, applicables aux marchés de travaux, de fournitures et de services subventionnés par les personnes morales visées au § 1er et § 2 et passés par des personnes de droit privé.

Cette disposition s'applique notamment aux établissements de l'enseignement libre ainsi qu'aux hôpitaux et établissements de soins privés (Exposé des motifs, p. 15).

Elle est en fait une reproduction de l'article 1er, § 3, de la loi du 14 juillet 1976 qui n'a jamais été mis en œuvre par le Roi.

2. Définitions (article 5).

Contrairement à la loi du 14 juillet 1976, la nouvelle loi donne une définition des marchés de travaux, de fournitures et de services.

Ces définitions ont subi l'influence des Directives émanant des Communautés européennes.

Ainsi, en ce qui concerne les marchés de travaux, l'on constate que le texte fait prévaloir une conception économique qui n'est plus nécessairement liée à celle de biens immeubles par nature et par destination.

On notera aussi que les définitions font état de contrat sans y ajouter l'adjectif « écrit » du fait que dans certains cas aucun écrit n'est requis (gré à gré).

Pour plus de détails, il convient de se référer à l'article 5.

3. Caractère forfaitaire des marchés et révision (article 7).

La nouvelle loi reprend les principes de la loi du 14 juillet 1976 (article 3) tout en étant plus explicite dans la mesure où elle dispose que la révision doit rencontrer l'évolution des prix des principaux composants du prix de revient, selon des modalités à prévoir par arrêté royal.

4. Acomptes et avances (article 8).

La nouvelle loi reprend les principes de la loi du 14 juillet 1976 (article 4) sous réserve de deux modifications :

1° en ce qui concerne les acomptes (c'est-à-dire les sommes d'argent versées en contrepartie d'un service fait et accepté) : les termes « dont la réception a été faite par l'Administration. » sont remplacés par « approuvés par le pouvoir adjudicateur. »;

2° en ce qui concerne les avances (= somme versée sans contrepartie) : les termes « à titre de provision » ont été supprimés.

5. Marchés de promotion (article 9).

La loi du 14 juillet 1976 ne définit pas les marchés de promotion.

Elle stipule qu'il ne peut être passé de marché de promotion que dans les conditions déterminées par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres et fixe les conditions minimales qui devront être précisées.

Ces modalités d'exécution ont été déterminées par l'arrêté royal du 18 mai 1981 qui a adopté une définition du marché de promotion.

La nouvelle loi définit elle-même les marchés de promotion. On notera à cet égard qu'elle ne limite plus l'attribution des marchés aux seules personnes de droit privé.

Par ailleurs, il faut relever que la nouvelle loi ne reprend plus parmi les conditions à fixer par le Roi :

- la fixation d'un cautionnement au moment du dépôt de l'offre;
- une garantie de financement fournie par un organisme financier agréé;
- l'application du cahier général des charges dans les relations promoteur-entrepreneur.

6. Les modes de passation (articles 13 et suivants).

1) Généralités (article 13).

Suivant l'exposé des motifs (p. 21), les commentaires consacrés aux articles 10 à 17 de la loi du 14 juillet 1976 peuvent être pris en considération, sous réserve toutefois d'une série de modifications.

La loi maintient le principe du libre choix entre les procédures ouvertes et restreintes bien que le Roi puisse, par exception au principe, déterminer les conditions auxquelles le choix du mode de passation est subordonné pour certains marchés.

On notera aussi que l'on parle d'offre et non plus de soumission.

2) Adjudication et appel d'offres (articles 14 à 16).

a) Les principes de base régissant la publicité des marchés, qu'ils soient passés en procédure ouverte ou restreinte, sont régis par le seul article 14.

D'après la loi du 14 juillet 1976, les marchés publics à passer par procédure restreinte et ne tombant pas dans le champ d'application des directives européennes, ne sont pas soumis à une publicité préalable.

Désormais, les procédures restreintes (= adjudication restreinte et appel d'offres restreint) sont soumises à une publicité obligatoire selon des modalités à fixer (Exposé des motifs, p. 23).

Toujours au sujet des procédures restreintes, il est précisé que la consultation doit s'adresser aux entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services que l'autorité compétente a sélectionnés (article 14, alinéa 2).

b) En adjudication, l'indemnisation forfaitaire de 10 % est maintenue mais plus aucune dérogation n'est prévue au choix du soumissionnaire le plus bas; il est en outre précisé (article 15) que pour la détermination de l'offre régulière la plus basse, l'autorité compétente tient compte des prix offerts et des autres éléments chiffrables qui viennent d'une manière certaine augmenter ses débours.

c) En ce qui concerne l'appel d'offres — général ou restreint — l'article 16 de la nouvelle loi ne reprend plus aucune énumération de critères, comme le fait l'article 14 de la loi du 14 juillet 1976; il est indiqué que les critères d'attribution doivent être mentionnés dans le cahier spécial des charges ou, le cas échéant, dans l'avis de marché.

Les critères d'attribution sont à distinguer des critères de sélection qualitative.

Suivant l'exposé des motifs (p. 25) :

« Les critères d'attribution sont destinés à apprécier la valeur intrinsèque de l'offre déposée. Les critères de sélection qualitative doivent quant à eux permettre au pouvoir adjudicateur d'apprécier la capacité des candidats ou des soumissionnaires à exécuter tel ou tel marché, en vérifiant s'ils ne se trouvent pas en situation d'exclusion (faillite, irrespect des obligations sociales ou fiscales...) et s'ils disposent bien d'une capacité financière, économique et technique suffisante.

Cette importante distinction sera concrétisée dans les arrêtés d'exécution mais il faut dès à présent souligner que la sélection qualitative s'applique quelle que soit la procédure et que celle-ci soit ouverte ou restreinte. »

Par ailleurs, la possibilité d'accepter (ou de refuser) des « variantes libres » (termes remplaçant celui de « suggestions ») est maintenue. Obligation est toutefois faite aux soumissionnaires de respecter les conditions minimales indiquées dans le cahier spécial des charges et les exigences requises pour la soumission.

Enfin, la loi nouvelle a supprimé l'obligation, lors de la séance d'ouverture, de la proclamation des prix (elle n'est donc plus maintenue que pour les adjudications).

3) Procédure négociée (article 17).

Sous l'influence des Directives européennes, la nouvelle loi a remplacé la terminologie « gré à gré » par « procédure négociée ».

Comme sous l'empire de la loi du 14 juillet 1976, c'est l'article 17 qui constitue le siège de la matière.

Il stipule :

« Le marché public est dit « par procédure négociée » lorsque le pouvoir adjudicateur consulte plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services de son choix et négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux. »

La suite de l'article 17 est divisée en deux paragraphes comportant les cas pour lesquels il n'y a pas lieu de respecter les règles de publicité à fixer par le Roi lors du lancement de la procédure (§ 2) et ceux pour lesquels il y a lieu de respecter les règles de publicité (§ 3).

Envisageons ces deux hypothèses.

a) Non-respect des règles de publicité fixées par le Roi pour autant que, dans la mesure du possible, il y ait eu consultation de plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services — Les cas visés sont les suivants :

1° la dépense est inférieure à un montant fixé par le Roi (ce cas est visé à l'article 17, § 2, 1° de la loi du 14 juillet 1976);

2° le marché a pour objet des travaux, fournitures ou services déclarés secrets ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité ou lorsque la protection des intérêts essentiels de la sécurité du pays l'exige.

(Le texte reprend grosso modo les termes de l'article 17, 7° de la loi du 14 juillet 1976);

3° dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles ne permet pas de respecter les délais exigés par les autres procédures (cfr. article 17, 8° de la loi du 14 juillet 1976);

4° lorsque seules des offres irrégulières ont été déposées à la suite d'une adjudication ou d'un appel d'offres, ou qu'il n'a été proposé que des prix inacceptables, pour autant que :

— les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et que

— le pouvoir adjudicateur consulte tous les soumissionnaires qui répondaient aux conditions minimales de caractère professionnel, économique et technique déterminées par le Roi et qui ont déposé une offre conforme aux exigences formelles de la première procédure.

Ce cas reprend l'hypothèse visée à l'article 17, 2° de la loi du 14 juillet 1976 en imposant de reconsulter les soumissionnaires remplissant les conditions précitées.

Cela signifie que si le pouvoir adjudicateur ne reconsulter pas les soumissionnaires en cause, il doit respecter les règles de publicité à déterminer par le Roi (cfr. point b, 1°, ci-après);

5° lorsqu'aucune offre n'a été déposée à la suite d'une adjudication ou d'un appel d'offres, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées;

(ce cas n'est pas formulé dans la loi du 14 juillet 1976);

6° lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent, en raison de leur spécificité technique, artistique ou tenant à la protection des droits d'exclusivité, être confiés qu'à un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services déterminé.

(Ce texte est une synthèse des cas visés à l'article 17, § 2, 3°, 4° et 12° de la loi du 14 juillet 1976);

7° pour les marchés des travaux et de services

a) lorsque des travaux ou services complémentaires ne figurant pas au projet initial adjudgé ni au premier contrat conclu sont, à la suite d'une circonstance imprévue, devenus nécessaires à l'exécution de l'ouvrage ou du service tel qu'il y est décrit, pour autant que l'attribution soit faite à l'adjudicataire qui exécute ledit ouvrage ou service et que le montant cumulé des marchés passés pour les travaux ou services complémentaires n'excède pas 50 % du montant du marché principal :

— lorsque ces travaux ou services ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur;

— lorsque ces travaux ou services, quoique séparables de l'exécution du marché principal, sont strictement nécessaires à son perfectionnement;

b) lorsque des travaux ou services nouveaux consistant dans la répétition d'ouvrages ou services similaires sont attribués à l'adjudicataire d'un premier marché par le même pouvoir adjudicateur, à condition que ces travaux ou services soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un premier marché passé par adjudication ou sur appel d'offres (la possibilité de recourir à cette procédure doit être indiquée dès la mise en concurrence du premier marché. Elle est en outre limitée à une période de trois ans après la conclusion du marché initial).

Le point a reprend l'hypothèse visée à l'article 17, § 2, 8° de la loi du 14 juillet 1976 tout en l'étendant aux services.

Le point b reprend l'hypothèse mentionnée à l'article 17, § 2, 10°, en l'étendant également aux services;

8° pour les marchés de fournitures

a) les articles concernés sont fabriqués uniquement à titre de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, cette disposition ne comprenant pas la production en grandes quantités en vue d'établir la viabilité commerciale du produit ou d'amortir les frais de recherche et de développement;

b) des fournitures complémentaires sont à effectuer par le fournisseur initial et sont destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, si le changement de fournisseur obligeait le pouvoir adjudicateur d'acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées. La durée de ces marchés, ainsi que des marchés renouvelables, ne peut en règle générale dépasser trois ans.

Le point a reprend, pour les fournitures, l'article 17, § 2, 5° de la loi.

Le point b rencontre l'hypothèse visée à l'article 17, § 2, 9° mais en l'amendant (notamment : il n'est plus requis que les fournitures complémentaires n'excèdent pas 20 % du marché initial; par contre, la durée des marchés concernés ne peut en règle générale dépasser trois ans);

9° pour les marchés de services :

le marché de services fait suite à un concours de projets et doit, conformément aux règles y applicables, être attribué au lauréat ou à un des lauréats de ce concours. Dans ce dernier cas, tous les lauréats doivent être invités à participer aux négociations.

Ce cas n'est pas mentionné dans la loi du 14 juillet 1976.

b) Respect des règles de publicité fixées par le Roi.

Les cas visés sont les suivants :

1° dans le cas d'un marché de travaux, de fournitures ou de services :

lorsque seules des offres irrégulières ont été déposées à la suite d'une adjudication ou d'un appel d'offres ou qu'il n'a été proposé que des prix inacceptables, pour autant que :

— les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et que

— le pouvoir adjudicateur ne consulte pas tous les soumissionnaires qui répondaient aux conditions minimales de caractère professionnel, économique et technique déterminées par le Roi et qui ont déposé une offre, conforme aux exigences formelles de la première procédure.

Ce cas a été explicité au point a, 4°;

2° dans le cas d'un marché de travaux ou de services :
lorsqu'il s'agit de travaux ou de services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix.

Ce cas reprend l'hypothèse visée à l'article 17, § 2, 11° mais en l'étendant aux services;

3° dans le cas d'un marché de travaux :
lorsque les travaux sont réalisés uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation ou de mise au point et non dans le but d'assurer une rentabilité ou le recouvrement des coûts de recherche et de développement.

Ce cas reprend, pour les marchés de travaux, l'hypothèse visée à l'article 17, § 2, 5°;

4° dans le cas d'un marché public de services :
lorsque la nature des services est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre son attribution selon la procédure d'adjudication ou d'appel d'offres.

Il s'agit d'un cas non prévu dans la loi du 14 juillet 1976.

A noter enfin que les cas visés à l'article 17, § 2, 13° à 15° de la loi du 14 juillet 1976 n'ont pas été repris dans la nouvelle loi.

7. Exécution de marchés de travaux, de fournitures et de services, pour compte des pouvoirs adjudicateurs différents (article 19).

L'article 19 reprend la possibilité offerte par l'article 16 de la loi du 14 juillet 1976 d'attribuer les marchés en cause par un marché unique mais en l'étendant à la procédure négociée.

8. Concours de projets (articles 20 et 21).

Les articles 20 et 21 traitent des concours de projets, matière qui a été consacrée dans la Directive européenne 92/50 du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services.

L'article 20 définit le concours de projets comme une procédure permettant à un pouvoir adjudicateur d'acquiescer un plan ou un projet, sur la base d'un choix effectué par un jury.

Le concours donne lieu :

- soit à l'attribution d'un marché de services;
- soit, après un appel à la concurrence, au choix d'un ou de plusieurs projets, avec ou sans octroi de prix aux lauréats.

(Les mesures d'exécution sont à fixer par le Roi.)

Au stade ultérieur, si le pouvoir adjudicateur décide de passer à une mise au point en vue d'une exécution des plans ou projets, il pourra recourir à un marché public de services par procédure négociée sur base de l'article 17, § 2, 4°, à condition que tous les lauréats soient invités à participer aux négociations (cf. procédure négociée, point a, 9° ci-avant).

A noter qu'il est aussi possible, comme actuellement, qu'un pouvoir adjudicateur ait recours à un appel d'offres concours portant à la fois sur l'établissement d'un projet et l'exécution des services y liés. Dans ce cas, il s'agit, dès le départ, d'un marché public de services (Exposé des motifs, pp. 28-29).

9. Créances dues en exécution des marchés.

L'article 23 introduit dans la loi des dispositions nouvelles ayant trait à la saisie, la cession, la mise en gage des créances dues en exécution d'un marché public.

En fait, elles remplacent les dispositions de la loi du 3 janvier 1958 relative aux cessions et mises en gage de créances sur l'Etat du chef de travaux et de fournitures tout en ayant un champ d'application beaucoup plus large dans la mesure où elles s'appliquent à toutes les personnes publiques soumises au livre 1^{er}, et ce, pour des créances concernant des travaux des fournitures ou des services.

L'article 23, § 1^{er} émet comme suit le principe en la matière :

« Les créances des adjudicataires dues en exécution d'un marché public de travaux de fournitures ou de services, passé par un pouvoir adjudicateur visé à l'article 4, § 1^{er} et § 2, 1° à 8° et 10°, ne peuvent être ni saisies, ni cédées, ni données en gage jusqu'à la réception provisoire.

L'article 23, § 2 et § 3, prévoit cependant des exceptions auxquelles il y a lieu de se référer.

Titre III. — Des concessions de travaux publics et des marchés de travaux passés au nom des concessionnaires de travaux publics

La loi du 14 juillet 1976 se borne à mentionner les marchés de concession (article 5).

Ces marchés ont été ensuite réglementés par l'arrêté royal du 14 novembre 1979 amendé à diverses reprises.

La nouvelle loi consacre le titre III (articles 24 et 25) aux marchés susvisés bien que des mesures d'exécution doivent être prises par le Roi.

Ces dispositions ont également subi l'influence des Directives européennes.

C'est ainsi que l'article 24 a remplacé le vocable « marchés de concession d'ouvrages » par « concession de travaux publics ».

En outre, il donne de ce dernier une définition élargie :

« Le contrat à titre onéreux conclu par écrit par lequel un pouvoir adjudicateur visé à l'article 4, § 1^{er} et § 2, 1° à 8° et 10° octroie à une autre personne de droit privé ou de droit public, dénommée le concessionnaire, le droit d'exploiter, le cas échéant assorti d'un prix, les travaux ou l'ouvrage que le concessionnaire s'engage soit à exécuter, soit conjointement à concevoir et exécuter, soit à faire réaliser par quelque moyen que ce soit. »

Il convient également de noter — toujours dans le cadre de l'harmonisation préconisée par les Directives européennes — l'abandon des procédures de passation au stade de l'octroi des concessions (Exposé des motifs, p. 33). Des règles de publicité devront cependant être fixées par le Roi.

Une fois la concession de travaux publics octroyée, il se peut que le concessionnaire exécute lui-même les travaux se situant dans le cadre de la concession, et dans ce cas aucun marché de travaux ne sera conclu. Il se peut aussi que le concessionnaire contracte avec des tiers pour l'exécution de ses travaux, et dans ce cas, deux situations doivent être distinguées selon que le concessionnaire est lui-même un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 4, § 1^{er} et § 2, 1° à 8° et 10° de la loi ou une personne qui n'est pas un tel pouvoir adjudicateur.

Ces deux hypothèses sont décrites à l'article 25.

Dans le premier cas, le concessionnaire est tenu de respecter l'article 1^{er} et le titre II pour la passation à des tiers de travaux ou d'un ouvrage (idem pour attribuer un marché de fournitures ou de services).

Dans le second cas, le concessionnaire est tenu de respecter un régime de publicité à fixer par le Roi pour la passation à une personne tierce des travaux ou de l'ouvrage qu'il s'est engagé à exécuter. Toutefois, ne sont pas considérées comme tierces, les entreprises qui se sont groupées pour obtenir la concession ni les entreprises qui leur sont liées.

L'article 25, § 2, in fine, précise ce qu'il y a lieu d'entendre par entreprises liées.

Titre IV. — Des marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (titre IV de la loi)

1. Généralités — Champ d'application.

Ce titre vise exclusivement les secteurs prémentionnés.

Les règles exposées trouvent leur origine dans la Directive européenne 90/531 du 17 septembre 1990 qui n'avait jamais été transposée en droit belge alors que la date ultime pour cette transposition, fixée au 1er janvier 1993, n'a pas été respectée.

Suivant l'exposé des motifs (p. 5)

« L'exécution de la Directive 90/531/CEE nous confronte à des problèmes qu'on ne peut que difficilement résoudre dans le cadre de la loi du 14 juillet 1976.

Cette directive tend à uniformiser les règles de passation et de contrôle des marchés des secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

Les règles visent les marchés de tous les organismes de ces secteurs, quelle que soit leur structure juridique. En fait, tant les personnes purement de droit public ou de droit privé que leurs formes intermédiaires entrent dans le champ d'application...

Ces prescriptions sont, en matière de procédures de passation, moins contraignantes que celles des autres directives et de notre propre réglementation, étant donné qu'elles permettent la passation des marchés après négociation. Par ailleurs, elles sont strictes, sinon plus strictes que les autres directives, pour les obligations de publication, essentiellement en ce qui concerne les informations devant être publiées après la passation. »

Ces considérations expliquent que l'on a attendu l'adoption d'une nouvelle loi pour transposer les prescriptions de la directive précitée.

Mais il faut souligner que des mesures d'exécution doivent être prises par le Roi.

L'article 26 de la loi rend le titre IV applicable aux pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 4, § 1er et § 2, 1^o à 8^o et 10^o ainsi qu'aux entreprises publiques lorsqu'ils exercent une des activités visées au titre précité.

Cet article précise toutefois que pour les entreprises publiques — dont une liste non limitative devra être établie par le Roi — ces dispositions ne sont applicables qu'aux marchés publics ayant trait à leurs tâches de service public telles que déterminées par une loi, un décret ou une ordonnance.

L'article 26 est donc fondamental.

Nous retiendrons qu'il s'applique notamment aux pouvoirs adjudicateurs « publics » mentionnés à l'article 4 de la loi (communes, provinces, intercommunales...) et, de manière générale, que le titre IV concerne tous les marchés concernés, quel que soit le montant.

2. Dispositions générales (articles 27 à 38).

L'article 27 définit les marchés de travaux, de fournitures et de services au sens du titre concerné. Il faut noter que ces définitions ne sont pas tout à fait identiques à celles mentionnées dans le régime général des marchés publics (article 5).

Par ailleurs, il précise également ce qu'il y a lieu d'entendre par « entreprise publique » :

Toute entreprise sur laquelle les pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 4, § 1er et § 2, 1^o à 8^o et 10^o, peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence dominante est présumée lorsque ceux-ci, directement ou indirectement, à l'égard de l'entreprise :

- détiennent la majorité du capital de l'entreprise, ou
- disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise, ou
- peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.

Il introduit également la notion d'accord — cadre qui vise l'accord entre un pouvoir adjudicateur et un ou plusieurs entrepreneurs ou fournisseurs, ayant pour objet de fixer les termes, notamment en matière de prix, et, le cas échéant, de quantités envisagées, de marchés à passer au cours d'une période donnée.

Les articles 28 à 38 précisent quelles sont les activités, dans les secteurs concernés, qui tombent dans le champ d'application du titre IV et celles qui sont exclues.

Il faut aussi mettre ces dispositions en liaison avec l'article 42 de la loi qui soustrait au livre I^{er} les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 4, § 1er et § 2, 1^o à 8^o et 10^o lorsqu'ils se rapportent à la production d'électricité (ces marchés sont donc régis par le livre II — tout au moins lorsqu'ils atteignent les seuils fixés par le Roi — cfr. article 63).

En conclusion, les personnes publiques ou les entreprises publiques visées par la loi sont exclusivement soumises aux dispositions précitées lorsqu'elles exercent une des activités concernées (Exposé des motifs, p. 34).

En ce qui concerne en particulier le cas des intercommunales, on relève dans l'exposé des motifs (p. 34) :

« Il convient ici de clarifier la situation des intercommunales, dont le rôle s'avère particulièrement important dans certains secteurs, comme ceux de l'eau, de l'énergie et des transports. Les intercommunales, qu'elles soient pures ou mixtes, constituent des personnes morales de droit public soumises à la présente loi en projet. Ces personnes étaient d'ailleurs déjà soumises à la loi du 14 juillet 1976. Il faut en outre nettement préciser que la présence éventuelle en leur sein d'un partenariat privé ne modifie en rien le statut public de l'intercommunale. Dès lors, tous les marchés publics à conclure au nom de l'intercommunale avec des tiers doivent l'être dans le respect de la présente législation et des conditions y prévues, toute disposition contraire subissant la sanction de l'article 44. »

3. Modes de passation (articles 39 à 41).

« Les différents modes de passation correspondent à ceux définis au titre II pour les marchés publics classiques à une importante exception près : dans les quatre secteurs d'activités concernés, les pouvoirs adjudicateurs disposent du libre choix entre les procédures ouvertes, restreintes ou négociées, pour autant que la mise en concurrence des marchés se traduise par le respect de règles de publicité des marchés spécifiées par le Roi. Cette souplesse de négociation a été voulue pour rencontrer au mieux les impératifs de gestion des pouvoirs adjudicateurs visés, mais cette souplesse appelle en contrepartie des règles de publicité applicables même pour ces procédures négociées et une transparence plus grande au niveau de la motivation des choix. Par exception cependant à ce principe, des marchés peuvent être passés par procédure négociée sans respecter des règles de publicité préalables dans les cas déterminés au § 2 » (Exposé des motifs, p. 40).

On notera aussi qu'aux termes de l'article 40, § 1er, dans le cadre d'un marché de fournitures, le pouvoir adjudicateur peut rejeter toute offre dont la part de produits originaires de pays tiers à la Communauté européenne excède la moitié de la valeur totale des produits composant cette offre.

L'article 41 établit la liste des articles du régime général des marchés qui — outre les articles 14 à 16 et 17 — s'appliquent également aux secteurs spécifiques concernés par le titre IV. Il s'agit des articles suivants :

- article 6 (autorités compétentes — délégation);
- article 7 (caractère forfaitaire et révision des prix);
- article 8 (acomptes et avances);
- article 9 (marchés de promotion);
- article 10 (interdictions liées aux personnes);
- article 11 (interdiction des conventions et ententes);
- article 12 (respect des lois sociales);
- article 18 (non-obligation d'attribuer le marché);
- article 19 (marché unique pour compte de pouvoirs adjudicateurs différents);
- article 22 (pouvoir royal de fixer les modalités des spécifications techniques, etc.);
- article 23 (créances dues en exécution d'un marché).

Titre V. — Dispositions diverses (titre V de la loi)

L'article 42 a déjà été mentionné.

L'article 45 modifie la loi du 20 mars 1991 concernant l'agrément des entrepreneurs.

En fait, l'article 45 comporte deux modifications formelles qui consistent, d'une part, à remplacer la référence à la loi du 14 juillet 1976 par la référence à la loi nouvelle (article 1er, 2^o) et, d'autre part, à étendre le champ d'application de la loi sur l'agrément à toutes les personnes visées par le livre I^{er} de la nouvelle loi sur les marchés (article 2).

CHAPITRE II. — Livre II

Ce livre concerne la mise en concurrence au niveau de la Communauté européenne de certains marchés de travaux et de fournitures dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

Il constitue pour les secteurs concurrentiels, la transposition dans le droit belge de la Directive prérapportée n^o 90/531 du 17 septembre 1990.

Le titre I^{er} du livre II est applicable aux marchés de travaux et de fournitures qui atteignent ou dépassent les montants à fixer par le Roi — conclus par des personnes privées bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, dénommées entités adjudicatrices, lorsqu'elles exercent une activité visée au titre susdit (article 47).

Pour plus de détails, il y a lieu de se référer aux articles 47 à 62 de la loi.

Retenons qu'à l'instar de l'article 39 (marchés conclus par les pouvoirs publics dans les secteurs spécifiques), l'article 59 laisse le choix du mode de passation du marché, sous réserve du respect de certaines règles de concurrence à fixer par le Roi.

Le titre II prévoit l'application du livre II — donc des articles susmentionnés — aux marchés de travaux et de fournitures, toujours dans les secteurs spécifiques, qui atteignent ou dépassent les mêmes montants que ceux pris en compte pour l'application du titre I^{er}, lorsqu'ils sont conclus :

- a) par les entreprises publiques : pour les marchés qui n'ont pas trait à leurs tâches de service public au sens d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance;
- b) par les pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 4, § 1er et § 2, 1^o à 8^o et 10^o : pour les marchés qui se rapportent à la production d'électricité.

Il est donc essentiel de retenir que les règles fixées au livre II ne jouent que pour les marchés qui atteignent certains montants.

CHAPITRE III. — Dispositions finales

J'ai déjà évoqué la question de l'entrée en vigueur de la loi (articles 68 et 69).

L'article 66 quant à lui modifie l'article 314 du Code pénal afin de mieux sanctionner les ententes illicites entre entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services.

Pour ce faire :

- 1) il ne limite plus les infractions en cause aux seuls cas où elles sont commises par violences ou menaces mais les étend aux cas de dons, promesses ou tout autre moyen frauduleux;
- 2) il supprime la limitation résultant des mots « soit avant, soit pendant les enchères ou les soumissions », permettant la sanction des ententes en tout temps.

L'article 314 du Code pénal se présente dès lors comme suit :

« Les personnes qui, dans les adjudications de la propriété, de l'usufruit ou de la location des choses mobilières ou immobilières, d'une entreprise, d'une fourniture, d'une exploitation ou d'un service quelconque, auront entravé ou troublé la liberté des enchères ou des soumissions par violences ou par menaces, par dons ou promesses ou par tout autre moyen frauduleux, seront punies d'un emprisonnement de quinze jours à six mois et d'une amende de cent francs à trois mille francs. »

III. Conclusions

Même si, dans l'ensemble, les principes qui sous-tendent la loi du 14 juillet 1976 restent valables, on ne peut nier que la nouvelle loi sur les marchés publics constitue une importante réforme tant sur le plan quantitatif (69 articles contre 32) que sur le plan qualitatif.

A cet égard, il ne vous a pas échappé que l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sera sectorielle, le secteur classique, c'est-à-dire celui qui concerne la plupart des actes des communes, des provinces et des intercommunales, étant probablement le dernier concerné.

La lecture de la loi du 24 décembre 1993 et de la présente circulaire ne manquera pas de susciter de votre part diverses questions ou observations.

Aussi, en considérant toutefois que les arrêtés d'exécution à intervenir compléteront l'édifice mis en place par le législateur et apporteront donc certainement des réponses à vos préoccupations, je vous invite à me faire part dans les meilleurs délais des questions que soulève la nouvelle loi.

Je m'efforcerais d'y apporter la suite requise.

Il me paraît que cette procédure sera de nature à permettre une application efficace de la nouvelle loi lorsqu'elle sera en vigueur.

Namur, le 22 juin 1994.

Le Ministre des Affaires intérieures, de la Fonction publique et du Budget,
B. Anselme.

ÜBERSETZUNG

MINISTERIUM DER WALLONISCHEN REGION

[C — 27586]

**22. JUNI 1994. — Ministerialrundsreiben
betreffend das Gesetz von 24. Dezember 1993 über die öffentlichen Aufträge**

An die Damen und Herren Vorsitzenden und Mitglieder der Ständigen Ausschüsse,
An die Damen und Herren Bürgermeister und Schöffen,
An die Damen und Herren Vorsitzenden der Interkommunalen,
Sehr geehrte Damen und Herren,

I. Einleitung

1. Allgemeines.

Das *Belgische Staatsblatt* vom 22. Januar 1994 veröffentlichte das Gesetz vom 24. Dezember 1993 über die öffentlichen Aufträge und gewisse Aufträge für Arbeiten, Lieferungen und Dienstleistungen.

Bereits aus dem Titel wird ersichtlich, daß der Anwendungsbereich dieses Gesetzes weitreichender ist, als der des Gesetzes vom 14. Juli 1976, das den gleichen Bereich behandelte.

Der Erläuterung der Beweggründe (Parlamentarische Dokumente, Senat, 1992-1993, Dokument 656-1) zufolge hebt dieser Titel hervor, daß das Gesetz nicht nur auf die öffentlichen Aufträge anwendbar ist, sondern ebenfalls auf jene Aufträge, die von privaten Unternehmen vergeben werden, die über Sonder- oder Exklusivrechte verfügen, welche von den öffentlichen Behörden gewährt werden. »

Artikel 69 des Gesetzes besagt folgendes:

« Der König bestimmt das Datum des Inkrafttretens von Buch I und Buch II sowie von jeder der Bestimmungen von Buch III des vorliegenden Gesetzes.

Der vorliegende Artikel und Artikel 68 treten am Tag ihrer Veröffentlichung im *Belgischen Staatsblatt* in Kraft. »

Die betreffenden Königlichen Erlasse, über die noch im Ministerrat zu beraten ist (Artikel 68), wurden jedoch noch nicht verabschiedet.

Daraus ergibt sich, daß — abgesehen von den Artikeln 68 und 69 — das vorgenannte Gesetz noch nicht anwendbar ist.

Daher bleiben derzeit das Gesetz vom 14. Juli 1976 und dessen Durchführungserlasse auf den Bereich der öffentlichen Aufträge anwendbar.

Angeichts dieser Unsicherheit bezüglich des Inkrafttretens des Gesetzes und ganz abgesehen von der Tatsache, daß aus den Vorbereitungsarbeiten hervorgeht, daß dieses Inkrafttreten sich nur auf gewisse Wirtschaftsbereiche beziehen wird, bieten sich zwei Möglichkeiten. Einerseits resigniert abzuwarten und andererseits ab sofort zu versuchen, die Grundlage dieses Gesetzes und seiner wichtigsten Bestimmungen zu verstehen.

Was mich persönlich betrifft, habe ich mich für die zweite Möglichkeit entschieden.

Ich fordere Sie daher auf, das vorliegende Rundschreiben zur Kenntnis zu nehmen, welches kurz auf das Umfeld des neuen Gesetzes eingeht und zudem eine Auflistung der wichtigsten neuen Bestimmungen oder Abänderungen beinhaltet.

2. Allgemeine Ausrichtung des neuen Gesetzes.

Der Ursprung dieses Gesetzes liegt in einem Gesetzentwurf, der von der Föderalregierung im Senat hinterlegt wurde.

Anschließend wurde in der Kammer der Volksvertreter über diesen Entwurf beraten.

Der Gegenstand dieses Gesetzes und seine wichtigsten Grundsätze wurden u.a. vor dem Finanzausschuß der Kammer erläutert (Parlamentarische Dokumente, Kammer, Ordentliche Sitzung 1993-1994 — Dokument 1073/3 — 92/93).

Zu dem Gegenstand des Gesetzes hat der Vize-Premierminister wie folgt Stellung bezogen: « Dieser Entwurf, der darauf abzielt, sowohl die Gesetzgebung über die öffentlichen Aufträge neu zu strukturieren, als auch u.a. die Aufnahme verschiedener europäischer Richtlinien zu gewährleisten, hat zu einer sehr aufschlußreichen Debatte vor dem Finanzausschuß des Senats geführt. »

Der Vize-Premierminister geht anschließend dazu über, die wichtigsten Bestandteile des neuen Gesetzes zu erläutern:

« 1) die Einführung einer modulierbaren Struktur in die Gesetzgebung, die folgende Unterscheidungen ermöglicht:

a) einerseits die öffentlichen Aufträge und die Konzessionen bei « klassischen » öffentlichen Arbeiten, d.h. jene der öffentlichen Behörden, von der föderalen bis hin zur lokalen Ebene, sowie die der Vereinigungen und Organisationen öffentlichen Rechts (Buch I, Titel II und III);

b) andererseits die öffentlichen Aufträge in den Bereichen der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (Richtlinie 90/531/EWG), d.h. jene der vorgenannten öffentlichen Behörden, insofern diese Bereiche ihrer Verwaltung unterliegen und jene der öffentlichen Unternehmen, wie z.B. Belgacom oder die nationale belgische Eisenbahngesellschaft. (Buch I, Titel IV);

c) schließlich die Aufträge, die von privaten Unternehmen vergeben werden, welche über Sonder- oder Exklusivrechte verfügen, um in den bereits genannten Bereichen der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (Richtlinie 90/531/EWG) Aufgaben zu verwalten, wie z.B. Electrabel, Distrigaz oder BATC (Buch II);

2) die Angleichung des Anwendungsbereichs der Gesetzgebung, um den auf diesen Bereich anwendbaren Richtlinien und internationalen Abkommen Rechnung zu tragen. Die Zielsetzung liegt darin, sowohl das Tätigkeitsfeld der öffentlichen Behörden und der betroffenen Personen als auch den auf andere grundlegende Begriffe bezogenen Geltungsbereich, wie zum Beispiel die Definitionen der öffentlichen Aufträge für Arbeiten, Lieferungen und Dienstleistungen oder das Verfahren zur Auftragsvergabe und die Vorschriften für die diesbezügliche Bekanntmachung, zu harmonisieren;

3) die erstmalige Einführung in die Gesetzgebung der Bestimmungen der Richtlinie 90/531/EWG, die sich auf die in Punkt 1 c genannten privaten Unternehmen beziehen. Diese Bestimmungen sind in einem getrennten und eigenständigen Buch II des Gesetzes enthalten. Die Durchführung der Bestimmungen dieses Buches wird zudem durch einen getrennten Königlichen Erlaß gewährleistet, um den Besonderheiten der Verwaltung und der finanziellen Verantwortung der privaten Unternehmen Rechnung zu tragen;

4) die Anpassung der Bestimmungen für das Vergabeverfahren und die Ausführung der Aufträge der öffentlichen Behörden und öffentlichen Unternehmen, die dem Anwendungsbereich der Richtlinie 90/531/EWG unterliegen. Diese in dem ersten Buch, Titel IV des Gesetzes angeführten Bestimmungen führen einerseits zu einer Lockerung im Vergleich zu den bestehenden Vergabeverfahren, da das Verhandlungsverfahren in ein gewöhnliches Vergabeverfahren umgewandelt wird. Andererseits werden die Kontrollbestimmungen sowie die für die Bekanntmachung geltenden Bestimmungen im Vergleich zu denen des Gesetzes vom 14. Juli 1976 ausgeweitet, da die Zielsetzung ebenfalls darin besteht, die Pflicht einzuführen, ein Sonderlastenheft auszuarbeiten, um eine Behandlungsgleichheit zwischen den Unternehmen zu gewährleisten;

5) die Verbesserung von in der Gesetzgebung enthaltenen Bestimmungen, die, im Gegensatz zu den Richtlinien, auf die öffentlichen Aufträge anwendbar ist, unabhängig von dem finanziellen Umfang dieser Aufträge. Die im Laufe der vergangenen 15 Jahre gesammelten Erfahrungen haben gezeigt, daß eine Überarbeitung und eine Anpassung an die aktuelle Sachlage sowohl des Gesetzes als auch der Durchführungs-erlasse notwendig ist (Anpassung der Bestimmungen über die Zuteilung und die Ausschreibung, genauere Unterscheidung der Kriterien bei der qualitätsbezogenen Auswahl der Unternehmen und bei der Zuteilung von öffentlichen Aufträgen, Lockerung der Bestimmungen über die Förderaufträge, deutlicher definierte Anforderungen im Bereich der Motivation und der Transparenz...).

An dieser Stelle ist hervorzuheben, daß die hier verwirklichte Reform sich in einen globaleren Kontext der Öffnung der Märkte auf internationaler Ebene eingliedert. Dabei handelt es sich um einen dynamischen Prozeß. Die aktuellen Verhandlungen im Rahmen des Uruguay Round, das kurzfristige oder mittelfristige Inkrafttreten neuer Richtlinien und das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum sowie weitere Abkommen der Europäischen Gemeinschaft werden die Gesetzgebung, die Ihnen zur Verabschiedung unterbreitet wird, aller Wahrscheinlichkeit nach nachhaltig beeinflussen. Neue Anpassungen des Wortlauts dieses Gesetzes — jedoch von geringerer Tragweite — werden daher in Zukunft notwendig sein. Das Parlament wird sich diesen Fragen zu gegebener Zeit widmen.

Anpassung der Gesetzgebung an drei Bereiche, Übertragung der europäischen Richtlinien auf das belgische Recht und Verbesserung der belgischen Bestimmungen unter Berücksichtigung der bereits gemachten Erfahrungen: dies sind die Schlüsselbegriffe des neuen Gesetzes.

3. Struktur des neuen Gesetzes.

Das neue Gesetz ist in drei Bücher aufgeteilt:

1) Buch I: « Die öffentlichen Aufträge ». Dieses Buch beinhaltet fünf Titel:

- Grundsätze;
- die Aufträge für Arbeiten, Lieferungen und Dienstleistungen (Anwendungsbereich, Allgemeine Bestimmungen, Vergabeverfahren);
- die Konzessionen von öffentlichen Aufträgen und die Aufträge, die im Namen von Konzessionsinhabern von öffentlichen Aufträgen erteilt werden.
- die öffentlichen Aufträge für Arbeiten, Lieferungen und Dienstleistungen in den Bereichen der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor;
- verschiedene Bestimmungen (dieser Titel beinhaltet u.a. zwei Abänderungen des Gesetzes vom 20. März 1991 über die Zulassung von Bauunternehmern);

2) Buch II: Dieses Buch trägt den Titel « Über die Wettbewerbsbildung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft von bestimmten Märkten für Arbeiten und Lieferungen in den Bereichen der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor ».

Es umfaßt drei Titel, die folgende Bereiche betreffen:

- die von privaten Unternehmen abgeschlossenen Verträge für die vorgenannten Aufträge;
- die Verträge für die vorgenannten Aufträge, die einerseits von öffentlichen Unternehmen abgeschlossen wurden, jedoch für die Aufträge, die sie in ihrer Eigenschaft als öffentlicher Dienst nicht wahrnehmen, und die andererseits von den in Artikel 4 genannten öffentlichen Auftraggebern für die Aufträge, die die Elektrizitätsproduktion betreffen, abgeschlossen wurden;
- verschiedene Bestimmungen.

Es ist hervorzuheben, daß Buch I vor allem auf das allgemeine System der öffentlichen Aufträge eingeht, wohingegen Buch II restriktiver ist. Es bezieht sich auf:

- die Aufträge für Arbeiten und Lieferungen (nicht die Dienstleistungen);
- über einen Betrag, der die durch den König festzulegenden (noch zu bestimmenden) Beträge erreicht oder übersteigt;
- in den Bereichen der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor;

3) Buch III beinhaltet abschließende Bestimmungen, die das Inkrafttreten des Gesetzes betreffen, sowie eine Abänderung von Artikel 314 des Strafgesetzbuches.

Wenden Wir uns nun einmal den wichtigsten Bestimmungen zu, die durch das neue Gesetz verabschiedet wurden.

II. Wichtigste Bestimmungen

KAPITEL I. — Buch I

Titel I. — Grundsätze

Diese Grundsätze finden Anwendung auf die traditionellen öffentlichen Aufträge (allgemeines System), einschließlich der Konzessionen, und auf die öffentlichen Aufträge, die im Namen von Personen öffentlichen Rechts, die die Bereiche der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie den Telekommunikationssektor verwalten, abgeschlossen werden.

(Erläuterung der Beweggründe, S. 10).

Diese Bestimmungen sind wie folgt zusammenzufassen:

1) Gemäß Artikel 1 des Gesetzes werden die in Artikel 4 genannten Aufträge für Arbeiten, Lieferungen und Dienstleistungen im Namen des öffentlichen Auftraggebers mit Aufruf zum Wettbewerb und zu einem Pauschalpreis abgeschlossen (siehe Gesetz vom 14. Juli 1976) unter Beachtung der in Titel II genannten Durchführungsbestimmungen (= allgemeines System) vorbehaltlich § 2 und Artikel 2.

Diese beiden Einschränkungen lauten folgendermaßen:

a) wenn die von den öffentlichen Unternehmen abgeschlossenen Aufträge nicht in den Aufgabenbereich der genannten öffentlichen Behörden in ihrer Eigenschaft als öffentliche Dienststelle im Sinne eines Gesetzes, eines Dekrets oder einer Anordnung fallen, ist das Gesetz nicht anwendbar — mit Ausnahme der Aufträge für Arbeiten

und Lieferungen über einen bestimmten Betrag (der durch den König zu bestimmen ist), die sich auf die Bereiche der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie auf den Telekommunikationssektor beziehen und Gegenstand spezifischer Bestimmungen für die Konkurrenzbildung auf europäischer Ebene sind (Artikel 63 — Buch II);

b) in den Bereichen der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor werden die öffentlichen Aufträge für Arbeiten, Lieferungen und Dienstleistungen im Namen der in Artikel 26 genannten öffentlichen Auftraggeber gemäß den im Titel IV des Buches I (Artikel 2) angeführten Durchführungsbestimmungen mit Aufruf zum Wettbewerb und zu einem Pauschalpreis abgeschlossen.

Artikel 26 legt den Anwendungsbereich von Titel IV fest und besagt, daß dieser Titel die in Artikel 4 § 1 § 2 1^o bis 8^o und 10^o genannten öffentlichen Auftraggeber und die öffentlichen Unternehmen betrifft (für die letztgenannten handelt es sich um Aufträge, die ihre Aufgaben als öffentliche Dienststelle betreffen).

Der vorgenannte Artikel 4, auf den ich an späterer Stelle noch ausführlicher eingehen werde und der den Anwendungsbereich des allgemeinen Systems der Aufträge definiert, (Buch I, Titel II) betrifft u.a. die Provinzen, Gemeinden und deren Vereinigungen.

In dem Maße, wo einer dieser Auftraggeber dazu übergeht, einen öffentlichen Auftrag in einem der genannten Bereiche (Wasserversorgung, Energie, usw.) abzuschließen, ist folglich Titel IV und nicht das allgemeine System anzuwenden (Erläuterung der Beweggründe, S. 34).

Die von den vorgenannten Verwaltungen vorgesehenen Aufträge müssen jedoch in den Rahmenbereich der besonders angeführten Aktivitäten fallen und dürfen nicht zu den durch die Artikel 26 bis 38 ausgeschlossenen Aktivitäten gehören.

Ohne ausführlich auf diese Bestimmungen einzugehen, ist zu sagen, daß sie in den meisten Fällen darin bestehen, Strukturen zu betreiben oder der Bevölkerung zur Verfügung zu stellen, um der Öffentlichkeit einen Dienst anbieten zu können;

2) Artikel 3 § 2 entzieht dem Gesetz die Dienstleistungen im Sinne von Artikel 5, die einem in Artikel 4, § 1 und § 2 1^o bis 8^o und 10^o genannten öffentlichen Auftraggeber aufgrund eines Exklusivrechtes übertragen werden, in dessen Genuß sie gemäß der veröffentlichten Gesetzesbestimmungen oder vorschriftsmäßigen Bestimmungen gelangen und die dem Abkommen zur Einführung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft entsprechen.

Bei dieser Bestimmung handelt es sich im Grunde genommen um eine fast vollständige Wiederholung von Artikel 6 der Richtlinie 92/50 vom 18. Juni 1992 der Rates der Europäischen Gemeinschaften (in Kraft seit dem 1. Juli 1993) über die Koordinierung der Durchführungsbestimmungen für den Abschluß der öffentlichen Aufträge von Dienstleistungen.

Es ist jedoch hervorzuheben, daß die vorgenannte Bestimmung sich auf alle Aufträge von Dienstleistungen bezieht, wohingegen die obgenannte Richtlinie sich ausschließlich auf Aufträge von Dienstleistungen bezieht, deren Gesamtbetrag 8 200 000 BEF erreicht oder übersteigt (Satz zum 1. Januar 1994).

Titel II. — Die öffentlichen Aufträge für Arbeiten, Lieferungen und Dienstleistungen (ALLGEMEINES SYSTEM)

1. Anwendungsbereich (Art. 4).

Im Gegensatz zu dem Gesetz vom 14. Juli 1976, welches eher lakonisch verfaßt ist (es beschränkt sich darauf, von Aufträgen zu sprechen, die im Namen des Staates oder jeglichen anderen Personen öffentlichen Rechts abgeschlossen wurden und bezieht sich auf die Möglichkeit einer Erweiterung des Anwendungsbereichs des Gesetzes durch Königlichen Erlaß), hat der Gesetzgeber sich in dem neuen Gesetz (hauptsächlich in Artikel 4) für eine Auflistung der betroffenen Behörden entschieden.

Ohne detailliert auf sie eingehen zu wollen, ist hervorzuheben, daß in dieser Auflistung folgende Verwaltungseinheiten genannt werden: der Föderalstaat, die Gemeinschaften, die Regionen, die Provinzen, die Gemeinden, die Vereinigungen einer oder mehrerer der vorgenannten Einheiten (also insbesondere die Interkommunalen), die Kirchenfabriken, die Ö.S.H.Z. und die Personen, die zum Zeitpunkt des Beschlusses, einen Auftrag zu erteilen, verschiedene Bedingungen erfüllen (Art. 4 § 2 8^o).

Aus diesem Grund möchte ich bezüglich der letztgenannten Kategorie, die ihren Ursprung im europäischen Recht findet, einige Erläuterungen anbringen.

Gemäß der vorgenannten Bestimmung sind die betreffenden Personen vom Gesetz betroffen:

a) wenn sie gegründet wurden, um spezifische Bedürfnisse allgemeinen Interesses zu befriedigen, die nicht industrieller oder kommerzieller Art sind;

b) wenn sie über die Rechtspersönlichkeit verfügen;

c) wenn ihre

— Aktivitäten entweder überwiegend von den in § 1 und in § 2 1^o bis 8^o genannten Behörden oder Einrichtungen finanziert werden;

— oder deren Verwaltung einer Kontrolle durch diese Behörden oder Einrichtungen unterliegt;

— oder mehr als die Hälfte der Mitglieder der Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans durch diese Behörden oder Einrichtungen ernannt werden.

Diese Kriterien sind kumulativ.

Zudem ist hervorzuheben, daß jegliche Form der Finanzierung zu berücksichtigen ist, einschließlich der Deckung eines eventuellen Jahresdefizits (Erläuterung der Beweggründe, S. 14).

Eine offene Liste der vorgenannten Einrichtungen wird durch den König festgelegt (Art. 4 § 3).

Aus der allgemeinen Debatte in der Kommission des Senats geht hervor, daß die Vereinigungen ohne Erwerbszweck, die die in Artikel 4 § 2 8^o angeführten Bedingungen erfüllen, in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen (Parlamentarische Dokumente, Senat, Sitzung 1992-1993, Dokument 658-2, S. 23-24). Eine VoE einer Gemeinde, die den vorgenannten Kriterien genügt, würde diesem Gesetz daher unterliegen.

Die vorgenannte Bestimmung (Artikel 4 § 2 8^o) findet jedoch keine Anwendung auf die in Artikel 4 § 4 genannten Personen des Privatrechts.

Gemäß Artikel 4 § 4 ist der König befugt, alle oder gewisse Bestimmungen des Gesetzes auf jene öffentlichen Aufträge für Arbeiten, Lieferungen und Dienstleistungen, die von den in den §§ 1 und 2 genannten juristischen Personen subventioniert werden und von Personen privaten Rechts abgeschlossen werden, für anwendbar zu erklären.

Diese Bestimmung findet insbesondere Anwendung auf die Einrichtungen des freien Unterrichtswesens sowie auf Krankenhäuser und private Pflegeeinrichtungen (Erläuterung der Beweggründe, S. 16).

Es handelt sich bei der genannten Bestimmung eigentlich um eine Reproduktion von Artikel 1 § 3 des Gesetzes vom 14. Juli 1976, der nie durch den König in die Tat umgesetzt wurde.

2. Definitionen (Artikel 5).

Im Gegensatz zum Gesetz vom 14. Juli 1976, werden die Aufträge für Arbeiten, Lieferungen und Dienstleistungen in dem neuen Gesetz definiert.

Diese Definitionen wurden durch Richtlinien der Europäischen Gemeinschaften beeinflusst.

Im Bezug auf die Aufträge für Arbeiten ist zum Beispiel festzustellen, daß in dem Text vor allem ein ökonomischer Standpunkt vertreten wird, der nicht mehr unbedingt in Verbindung mit Gütern steht, die aufgrund ihrer Art und Bestimmung Immobilien sind.

Es ist ebenfalls zu bemerken, daß in den Definitionen die Rede von Verträgen ist, ohne jedoch das Adjektiv « schriftlich » hinzuzufügen, da in manchen Fällen kein Schriftstück erforderlich ist (beim freihändigen Verkauf).

Weitere Erläuterungen sind aus Artikel 5 zu entnehmen.

3. Pauschalcharakter der Aufträge und Revision (Artikel 7).

Das neue Gesetz nimmt die Grundsätze des Gesetzes vom 14. Juli 1976 (Artikel 3) auf, wobei es jedoch ausführlicher ist, insofern es besagt, daß die Revision an die Preisentwicklung der wichtigsten Bestandteile des Selbstkostenpreises gemäß durch Königlichen Erlaß festzulegenden Modalitäten anzupassen ist.

4. Anzahlungen und Vorschüsse (Artikel 8).

Das neue Gesetz nimmt die Grundsätze des Gesetzes vom 14. Juli 1976 (Artikel 4) auf, vorbehaltlich zweier Abänderungen:

1° im Bezug auf die Anzahlungen (d.h. Geldbeträge, die als Gegenleistung einer ausgeführten und angenommenen Leistung gezahlt wurden): der Wortlaut « dont la réception a été faite par l'Administration » wird durch den Wortlaut « approuvés par le pouvoir adjudicateur » ersetzt;

2° im Bezug auf die Vorschüsse (ohne Gegenleistung gezahlter Betrag): der Wortlaut « à titre de provision » wurde gestrichen.

5. Förderaufträge (Artikel 9).

Die Förderaufträge werden im Gesetz vom 14. Juli 1976 nicht definiert.

Das Gesetz besagt, daß die Förderaufträge nur unter den durch einen Königlichen Erlaß, der Gegenstand von Beratungen im Ministerrat war, festgelegten Bedingungen erteilt werden können und legt die anzuführenden Mindestbedingungen fest.

Die Ausführungsbestimmungen wurden im Königlichen Erlaß vom 18. Mai 1981 festgelegt, in dem die Förderaufträge definiert wurden.

Das neue Gesetz definiert die Förderaufträge. Diesbezüglich ist festzuhalten, daß es die Erteilung dieser Aufträge nicht mehr ausschließlich auf Personen des Privatrechts beschränkt.

Zudem ist hervorzuheben, daß folgende durch den König festzulegende Bedingungen nicht mehr in dem neuen Gesetz enthalten sind:

- die Festlegung einer Bürgschaft zum Zeitpunkt der Hinterlegung eines Angebots;
- eine durch ein zugelassenes Finanzunternehmen gewährte Finanzierungsgarantie;
- die Anwendung des Allgemeinen Lastenheftes auf die Beziehungen zwischen Promotor und Unternehmer.

6. Vergabeverfahren (Artikel 13 ff.).

1) Allgemeines (Artikel 13).

Gemäß der Erläuterung der Beweggründe (S. 21) sind die den Artikeln 10 bis 17 des Gesetzes vom 14. Juli 1976 gewidmeten Kommentare zu berücksichtigen, jedoch unter Vorbehalt einer Reihe von Abänderungen.

Durch das Gesetz wird der Grundsatz der freien Wahl zwischen den offenen und nichtoffenen Verfahren aufrecht erhalten, obwohl der König berechtigt ist, von diesem Grundsatz abzuweichen und die Bedingungen festzulegen, denen die Wahl des Vergabeverfahrens für verschiedene Aufträge unterliegen.

Es ist ebenfalls festzuhalten, daß nicht mehr die Rede von Submissionen, sondern von Angeboten ist.

2) Zuteilung und Angebotsausschreibungen (Artikel 14 bis 16).

a) Die Grundprinzipien für die Bekanntmachung der Aufträge werden ausschließlich in Artikel 14 angeführt, gleich ob es sich um offene und nichtoffene Vergabeverfahren handelt.

Gemäß dem Gesetz vom 14. Juli 1976 unterliegen die öffentlichen Aufträge, die im nichtoffenen Vergabeverfahren zugeteilt werden und nicht in den Anwendungsbereich der Europäischen Richtlinien fallen, keiner vorherigen Bekanntmachungspflicht.

Ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Gesetzes unterliegen die nichtoffenen Vergabeverfahren (d.h. eingeschränkte Zuteilung und eingeschränkte Angebotsausschreibung) gemäß noch festzulegenden Durchführungsbestimmungen der Bekanntmachungspflicht (Erläuterung der Beweggründe S. 23).

Ebenfalls zu der Frage der nichtoffenen Vergabeverfahren wird darauf hingewiesen, daß die Aufforderung zur Abgabe von Angeboten an die Unternehmer, Lieferanten oder Erbringer von Leistungen zu richten ist, die von der zuständigen Behörde ausgewählt wurden (Artikel 14 Absatz 2).

b) Bei der Zuteilung wird der Grundsatz einer Pauschalentschädigung von 10 % aufrechterhalten, aber bei der Wahl des preisgünstigsten Anbieters wird keinerlei Ausnahmeregelung vorgesehen; zudem wird angeführt (Artikel 15), daß die zuständige Behörde bei der Berechnung des niedrigsten ordentlich eingereichten Preisangebotes die angeführten Preise, sowie alle anderen zahlenmäßig zu erfassenden Elemente, die ohne Zweifel dazu führen werden, daß die Auslagen ansteigen, berücksichtigt.

c) Bei der — offenen oder nichtoffenen — Angebotsausschreibung beinhaltet Artikel 16 des neuen Gesetzes im Gegensatz zu Artikel 14 des Gesetzes vom 14. Juli 1976 keinerlei Aufzählung von Kriterien mehr; diesem Artikel gemäß sind die Zuteilungskriterien in dem Sonderlastenheft anzuführen, oder ggf. in der Bekanntmachung des öffentlichen Auftrags.

Die Kriterien bei der Zuteilung sind von den Kriterien der qualitativen Auswahl zu unterscheiden.

Laut Erläuterung der Beweggründe (S. 25):

« Die bei der Zuteilung berücksichtigten Kriterien dienen dazu, eine wesentliche Bewertung des eingereichten Angebots an sich zu ermöglichen. Die bei der qualitativen Auswahl berücksichtigten Kriterien hingegen dienen dazu, dem öffentlichen Auftraggeber eine Bewertung der Fähigkeit der Bewerber oder der Unternehmen, die ein Angebot eingereicht haben, einen Auftrag auszuführen, zu ermöglichen, wobei zu überprüfen ist, ob sie sich nicht in einer Lage befinden, die ihren Ausschluß rechtfertigen würde (Konkurs, Nichtbeachtung der sozial- oder steuerrechtlichen Verpflichtungen, ...) und ob sie über ausreichende finanzielle, wirtschaftliche und technische Mittel verfügen.

Dieser wichtige Unterschied wird in den Vollziehungserlassen weiter konkretisiert werden. Es ist jedoch wichtig bereits jetzt hervorzuheben, daß die qualitative Auswahl auf alle Vergabeverfahren anwendbar ist, unabhängig davon, ob sie offen oder nichtoffen sind. »

Zudem wird die Möglichkeit « freie Varianten » (diese Begriffe ersetzen die im vorherigen Gesetz angeführten « Vorschläge ») anzunehmen (oder zu verwerfen), aufrechterhalten. Die Unternehmen, die ein Angebot eingereicht haben, sind jedoch verpflichtet, den in dem Sonderlastenheft angeführten Mindestbedingungen und den für die Einreichung eines Angebots erforderlichen Anforderungen zu genügen.

Schließlich wird durch das neue Gesetz die Pflicht aufgehoben, bei der Eröffnungssitzung eine Preisverkündung vorzunehmen (diese ist daher ausschließlich im Falle von Zuteilungen noch erforderlich).

3) Verhandlungsverfahren (Artikel 17).

Unter dem Einfluß der Europäischen Richtlinien wurde in dem neuen Gesetz der Wortlaut « freihändige Vergabe » durch den Wortlaut « Verhandlungsverfahren » ersetzt.

Wie dies bereits in dem Gesetz vom 14. Juli 1976 der Fall war, regelt auch weiterhin Artikel 17 diesen Bereich.

Dieser besagt folgendes:

« Der öffentliche Auftrag gilt als « durch Verhandlungsverfahren » abgeschlossen, wenn der öffentliche Auftraggeber mehrere Unternehmer, Lieferanten oder Erbringer von Leistungen seiner Wahl konsultiert und mit einem oder mehreren unter ihnen über die Auftragsbedingungen verhandelt. »

In den beiden folgenden Paragraphen von Artikel 17 werden einerseits jene Fälle genannt, in denen die durch den König festzulegenden Bedingungen für die Bekanntmachung bei der Einleitung des Verfahrens nicht zu beachten sind (§ 2) und andererseits jene, in denen diese Bedingungen zu beachten sind (§ 3).

Wenden Wir uns einmal diesen beiden Fällen zu.

a) Nichtbeachtung der durch den König festzulegenden Bedingungen für die Bekanntmachung, insofern, soweit möglich, die Konsultation mehrerer Unternehmer, Lieferanten oder Erbringer von Leistungen stattgefunden hat — Folgende Sachlagen sind in Betracht zu ziehen:

1° die Ausgabe liegt unter einem durch den König festgelegten Betrag (dieser Fall wird in Artikel 17 § 2 1° des Gesetzes vom 14. Juli 1976 behandelt);

2° der Auftrag bezieht sich auf Arbeiten, Lieferungen oder Dienstleistungen, die als geheim gelten oder deren Ausführung mit besonderen Sicherheitsmaßnahmen verbunden ist oder wenn die der Schutz wesentlicher Interessen der Staatssicherheit es gebietet.

(Dieser Wortlaut entspricht in etwa dem von Artikel 17 7° des Gesetzes vom 14. Juli 1976);

3° insofern unbedingt notwendig, wenn die vorrangige Dringlichkeit, die sich aus unvorhersehbaren Ereignissen ergibt, nicht ermöglicht, die für andere Verfahren erforderlichen Fristen einzuhalten (Siehe Artikel 17 6° des Gesetzes vom 14. Juli 1976);

4° wenn im Anschluß an eine Zuteilung oder eine Angebotsausschreibung ausschließlich Angebote eingereicht wurden, die nicht alle Vorschriften erfüllen, oder nur unannehmbare Preisangebote gemacht wurden, insofern:

- die eingangs festgelegten Bedingungen für den Auftrag nicht grundlegend abgeändert worden sind und
- der öffentliche Auftraggeber alle Unternehmen anhört, die die durch den König festgelegten beruflichen, wirtschaftlichen und technischen Bedingungen erfüllen und dieses Angebot unter Beachtung der formellen Bedingungen, die für das erste Verfahren gelten, eingereicht haben.

In diesem Fall wird die in Artikel 17 2° des Gesetzes vom 14. Juli 1976 angeführte Annahme wiederaufgenommen, wobei eine Neuüberprüfung der Unternehmen, die die vorgenannten Bedingungen erfüllen, verlangt wird.

Dies bedeutet, daß wenn der öffentliche Auftraggeber die betreffenden Unternehmen nicht erneut anhört, er die durch den König festzulegenden Bedingungen für die Bekanntmachung zu beachten hat (Siehe nachstehender Punkt B 1°);

5° wenn im Anschluß an eine Zuteilung oder eine Angebotsausschreibung kein Angebot eingereicht wurde, insofern die eingangs festgelegten Bedingungen für den Auftrag nicht grundlegend abgeändert worden sind;

(diese Möglichkeit wird im Gesetz vom 14. Juli 1976 nicht in Betracht gezogen);

6° wenn die Arbeiten, Lieferungen oder Dienstleistungen aufgrund ihrer technischen oder künstlerischen Besonderheiten oder aber aufgrund des Schutzes der Exklusivrechte nur an einen bestimmten Unternehmer, Lieferanten oder Erbringer von Dienstleistungen vergeben werden können.

(Bei diesem Wortlaut handelt es sich um eine Zusammenfassung der in Artikel 17 § 2, 3° 4° und 12° des Gesetzes vom 14. Juli 1976 angeführten Fälle);

7° für die Aufträge für Arbeiten und Dienstleistungen:

a) wenn ergänzende Arbeiten oder Dienstleistungen, die nicht in dem eingangs zugewiesenen Projekt oder in dem ersten abgeschlossenen Vertrag angeführt wurden, aufgrund eines unvorhergesehenen Umstandes sich bei der Ausführung des dort beschriebenen Bauwerks oder der Dienstleistungen für notwendig erwiesen haben, insofern der Auftrag jenem Unternehmen zugewiesen wird, das das genannte Bauwerk oder die genannten Dienstleistungen ausführt und insofern der Gesamtbetrag der für ergänzende Arbeiten oder Dienstleistungen vergebenen Aufträge 50 % des Gesamtbetrags der Hauptauftrags nicht übersteigt:

- wenn diese Arbeiten oder Dienstleistungen nicht ohne größere Nachteile technisch oder wirtschaftlich von dem Hauptauftrag getrennt ausgeführt werden können;

- wenn diese Arbeiten oder Dienstleistungen für die Vervollkommnung des Hauptauftrags strikt notwendig sind, obwohl sie getrennt ausgeführt werden können;

b) wenn neue Arbeiten oder Dienstleistungen, die in der Wiederholung von ähnlichen Bauwerken oder Dienstleistungen bestehen an das Unternehmen, dem der erste Auftrag zugewiesen wurde, durch denselben öffentlichen Auftraggeber vergeben werden, unter der Bedingung, daß diese Arbeiten oder Dienstleistungen einem Basisprojekt entsprechen und daß dieses Projekt Gegenstand eines ersten im Anschluß an eine Zuteilung oder eine Angebotsausschreibung vergebenen Auftrags war (die Möglichkeit, auf dieses Verfahren zurückzugreifen, muß ab dem Zeitpunkt des Aufrufs zum Wettbewerb des ersten Auftrags vermerkt werden. Zudem ist sie auf eine Zeitspanne von drei Jahren nach Abschluß des ersten Auftrags begrenzt).

Unter Punkt a wird die in Artikel 17 § 2 8° des Gesetzes vom 14. Juli 1976 angeführte Annahme wiederholt, indem sie auf die Dienstleistungen erweitert wird.

Unter Punkt b wird die in Artikel 17 § 2 10° des genannten Gesetzes angeführte Annahme wiederholt, indem sie ebenfalls auf die Dienstleistungen erweitert wird;

8° für die Aufträge für Lieferungen

a) die betreffenden Artikel werden ausschließlich zu Forschungs-, Experimentier-, Studien- oder Entwicklungszwecken hergestellt, da diese Bestimmung keine Herstellung in großen Stückzahlen vorsieht, mit dem Ziel, eine kommerzielle Eigenständigkeit des Produkts zu ermöglichen oder die Kosten für Forschung und Entwicklung zu amortisieren;

b) zusätzliche Lieferungen sind durch den ersten Lieferanten auszuführen und dienen entweder der Teilerneuerung der Lieferungen oder Einrichtungen des alltäglichen Gebrauchs, oder der Erweiterung bestehender Lieferungen oder Einrichtungen, wenn die Beanspruchung eines anderen Lieferanten den öffentlichen Auftraggeber dazu zwingen würde, ein technisch unterschiedliches Material zu erwerben, was zu einer Unvereinbarkeit oder zu unverhältnismäßigen technischen Schwierigkeiten bei der Benutzung und dem Unterhalt führen würde. Die Dauer dieser Aufträge, sowie die der erneuerbaren Aufträge darf im allgemeinen drei Jahre nicht überschreiten.

In Punkt a wird für die Lieferungen Artikel 17 § 2 5° des Gesetzes wiederholt.

In Punkt b widmet sich der Gesetzgeber der in Artikel 17 § 2 9° genannten Annahme, wobei er diese jedoch abändert (u.a.: es ist nicht mehr notwendig, daß die zusätzlichen Lieferungen 20 % des ursprünglichen Marktes nicht übersteigen; die Dauer der betreffenden Aufträge darf hingegen im allgemeinen drei Jahre nicht überschreiten);

9° für die Aufträge für Dienstleistungen:

Aufträge für Dienstleistungen erfolgen im Anschluß an Projektwettbewerbe und sind gemäß den anwendbaren Durchführungsbestimmungen dem oder den Laureaten des Wettbewerbs zuzuteilen. In letzterem Fall werden alle Laureaten aufgefordert, an den Verhandlungen teilzunehmen.

Dieser Fall wird im Gesetz vom 14. Juli 1976 nicht in Betracht gezogen.

b) Beachtung der durch den König festgelegten Bestimmungen für die Bekanntmachung.

Folgende Fälle sind in Betracht zu ziehen:

1° im Fall eines Auftrags für Arbeiten, Lieferungen oder Dienstleistungen:

wenn im Anschluß an eine Zuteilung oder eine Angebotsausschreibung ausschließlich Angebote eingereicht wurden, die nicht alle Vorschriften erfüllen, oder nur unannehmbare Preisangebote gemacht wurden, insofern:

- die eingangs festgelegten Bedingungen für den Auftrag nicht grundlegend abgeändert worden sind und
- der öffentliche Auftraggeber nicht alle Unternehmen anhört, die die durch den König festgelegten beruflichen, wirtschaftlichen und technischen Bedingungen erfüllen und dieses Angebot unter Beachtung der formellen Bedingungen, die für das erste Verfahren gelten, eingereicht haben.

Dieser Fall wurde bereits in Punkt a, 4° erläutert;

2° im Fall eines Auftrags für Arbeiten oder Dienstleistungen:

wenn es sich um Arbeiten oder Dienstleistungen handelt, die aufgrund ihrer Natur oder der Risiken, die sie in sich bergen, keine vorherige und globale Bestimmung des Preises zulassen.

Dieser Fall nimmt die in Artikel 17 § 2 11° genannte Annahme wieder auf, wobei sie ebenfalls auf die Dienstleistungen angewandt wird;

3° im Fall eines Auftrags für Arbeiten:

wenn die Arbeiten ausschließlich zu Forschungs-, Experimentier- oder Verbesserungszwecken hergestellt werden, und nicht mit dem Ziel, ihre Rentabilität oder die Deckung der Kosten für Forschung und Entwicklung zu gewährleisten.

Dieser Fall nimmt für die Aufträge für Arbeiten die in Artikel 17 § 2 5° genannte Annahme erneut auf;

4° im Fall eines öffentlichen Auftrags für Dienstleistungen:

wenn aufgrund der Art der Dienstleistungen die Charakteristiken des Auftrags nicht ausreichend detailliert festgelegt werden können, um eine Zuteilung oder eine Angebotsausschreibung zu ermöglichen.

Dieser Fall wird im Gesetz vom 14. Juli 1976 nicht in Betracht gezogen.

Schließlich ist zu bemerken, daß die in Artikel 17 § 2 13° bis 15° des Gesetzes vom 14. Juli 1976 genannten Fälle in das neue Gesetz nicht aufgenommen wurden.

7. Ausführung der Aufträge für Arbeiten, Lieferungen oder Dienstleistungen für verschiedene öffentliche Auftraggeber (Artikel 19).

Artikel 19 übernimmt die in Artikel 16 des Gesetzes vom 14. Juli 1976 bestehende Möglichkeit, die betreffenden Aufträge in einem einzigen Auftrag zusammenzufassen, ihn jedoch auf das Verhandlungsverfahren auszuweiten.

8. Projektwettbewerbe (Artikel 20 und 21).

Die Artikel 20 und 21 beziehen sich auf die Projektwettbewerbe, einen Bereich, der in der Europäischen Richtlinie 92/50 vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren bei der Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen behandelt wird.

Laut Artikel 20 handelt es sich bei diesen Projektwettbewerben um ein Verfahren, das dem öffentlichen Auftraggeber ermöglicht, im Anschluß an eine von einer Jury getroffenen Auswahl, einen Plan oder ein Projekt zu erwerben.

Dieser Wettbewerb führt zu:

- entweder der Zuteilung eines Auftrags von Dienstleistungen;
- oder im Anschluß an einen Aufruf an die Bewerber zur Auswahl eines oder mehrerer Projekte, mit oder ohne Preisverteilung für die Laureaten.

(Die Durchführungsbestimmungen sind durch den König festzulegen).

Wenn die auftraggebende Behörde zu einem späteren Zeitpunkt beschließt, im Hinblick auf die Durchführung der Pläne oder Projekte eine Bestandsaufnahme durchzuführen, hat sie die Möglichkeit, unter Zugrundelegung von Artikel 17 § 2 4° auf einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag im Verhandlungsverfahren zurückzugreifen, unter der Bedingung, daß alle Laureaten aufgefordert werden, an den Verhandlungen teilzunehmen (Siehe vorgenanntes Verhandlungsverfahren, Punkt a 9°).

Es ist ebenfalls zu bemerken, daß — wie dies bisher der Fall war — die auftraggebende Behörde die Möglichkeit hat, eine Angebotsausschreibung im Wettbewerbsverfahren durchzuführen, die sich sowohl auf die Projektplanung, als auch auf die Durchführung der mit diesem Auftrag verbundenen Dienstleistungen bezieht. In diesem Fall handelt es sich von Beginn an um einen öffentlichen Auftrag von Dienstleistungen (Erläuterung der Beweggründe, S. 28 und 29).

9. Schulden, die sich aus der Ausführung von Aufträgen ergeben.

Durch Artikel 23 werden in das Gesetz neue Bestimmungen eingeführt, die sich auf die Beschlagnahmung, die Abtretung, die Inpfandnahme von Schulden beziehen, die sich aus der Ausführung eines öffentlichen Auftrags ergeben.

Im Grunde genommen ersetzen diese Bestimmungen jene des Gesetzes vom 3. Januar 1958 über die Abtretungen und Inpfandnahmen von Schulden zu Lasten des Staates, die sich aus Arbeiten und Dienstleistungen ergeben, wobei ihr Anwendungsbereich sehr viel weitreichender ist, insofern sie auf alle Personen öffentlichen Rechts, die den Bestimmungen des ersten Buches unterliegen (und dies für Schulden, die sich auf Aufträge für Arbeiten, Lieferungen und Dienstleistungen beziehen), Anwendung finden.

Artikel 23 § 1 legt diesbezüglich folgenden Grundsatz fest:

« Die Schulden der öffentlichen Auftraggeber, die in Ausführung eines öffentlichen Auftrags für Arbeiten, Lieferungen und Dienstleistungen entstehen und die durch einen in Artikel 4 § 1 und § 2 1^o bis 8^o und 10^o genannten Auftraggeber vergeben werden, dürfen bis zur provisorischen Abnahme weder beschlagnahmt, noch abgetreten, noch in Pfand genommen werden.

Artikel 23 § 2 und § 3 sieht jedoch Ausnahmefälle vor, auf die sich zu beziehen ist.

Titel III — Die Konzessionen von öffentlichen Aufträgen und die im Namen der Konzessionsnehmer von öffentlichen Aufträgen vergebenen Aufträge für Arbeiten

In dem Gesetz vom 14. Juli 1976 beschränkt sich der Gesetzgeber darauf, die Konzessionsaufträge anzuführen (Artikel 5).

Diese Aufträge sind anschließend durch den Königlichen Erlaß vom 14. November 1979 geregelt worden, der mehrmals abgeändert wurde.

In dem neuen Gesetz wird der Titel III (Artikel 24 und 25) den oben genannten Aufträgen gewidmet, obwohl diesbezüglich Durchführungsmaßnahmen durch den König festzulegen sind.

Diese Bestimmungen wurden ebenfalls durch die Europäischen Richtlinien beeinflusst:

So wurde z.B. durch Artikel 24 der Wortlaut « Konzessionsaufträge für Bauwerke » durch den Wortlaut « Konzession für öffentliche Aufträge » ersetzt.

Zudem wird in dem genannten Artikel 24 eine weitreichendere Definition dieser Konzession angeführt:

« Der schriftliche und entgeltliche Vertrag, durch den der in Artikel 4 § 1 und § 2 1^o bis 8^o und 10^o genannte öffentliche Auftraggeber einer anderen Person privaten oder öffentlichen Rechts, genannt Konzessionsnehmer, das Recht verleiht (welches ggf. mit einem Preis verbunden ist), das Bauwerk oder die Arbeiten zu betreiben, die der Konzessionsnehmer sich verpflichtet hat auszuführen oder zu planen und auszuführen oder durch gleich welches Mittel ausführen zu lassen. »

Es ist ebenfalls zu bemerken, daß — ebenfalls im Rahmen der durch die Europäischen Richtlinien geforderten Harmonisierung — die Vergabeverfahren bei der Gewährung von Konzessionen aufgehoben wurden (Erläuterung der Beweggründe, S. 33). Die Bestimmungen für die Bekanntmachung sind jedoch durch den König festzulegen.

Wenn die Konzession für öffentliche Aufträge erteilt worden ist, besteht die Möglichkeit, daß der Konzessionsnehmer die Arbeiten, die diese Konzession bilden, selbst ausführt. In diesem Fall wird kein Auftrag für Arbeiten abgeschlossen. Es ist jedoch auch möglich, daß der Konzessionsnehmer mit Drittpersonen einen Vertrag für die Ausführung der Arbeiten abschließt. In diesem Fall ist zwischen zwei verschiedenen Sachlagen zu unterscheiden, je nachdem ob der Konzessionsnehmer selbst im Sinne von Artikel 4 § 1 und § 2 1^o bis 8^o und 10^o des Gesetzes als öffentliche Auftraggeber betrachtet werden kann, oder nicht.

Diese beiden Möglichkeiten werden in Artikel 25 beschrieben.

Im ersten Fall ist der Konzessionsnehmer verpflichtet, bei der Vergabe von einem Bauwerk oder von Arbeiten an Drittpersonen den in Artikel 1 und Titel II angeführten Bestimmungen Rechnung zu tragen (dies gilt ebenfalls für die Vergabe eines Auftrags von Lieferungen oder Dienstleistungen).

Im zweiten Fall ist der Konzessionsnehmer verpflichtet, die durch den König festzulegenden Bestimmungen für die Bekanntmachung bei der Vergabe an Drittpersonen von einem Werk oder von Arbeiten, zu dessen Ausführung er sich verpflichtet hat, zu beachten. Weder die Unternehmen, die sich zusammengeschlossen haben, mit dem Ziel den Zuspruch einer Konzession zu erhalten, noch die mit ihnen verbundenen Unternehmen sind als Drittpersonen zu betrachten.

Schließlich wird in Artikel 25 § 2 erklärt, was unter dem Begriff « mit ihnen verbundenen Unternehmen » zu verstehen ist.

Titel IV. — Die öffentlichen Aufträge von Arbeiten, Lieferungen und Dienstleistungen in den Bereichen der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor (Titel IV des Gesetzes)

1. Allgemeines — Anwendungsbereich.

Dieser Titel bezieht sich ausschließlich auf die vorgenannten Bereiche.

Die angeführten Bestimmungen finden ihre Grundlage in der Europäischen Richtlinie 90/531 vom 17. September 1990, die nie in die belgische Gesetzgebung übernommen wurden, obwohl der für diese Übernahme vorgesehene Stichtag, der auf den 1. Januar 1993 festgelegt worden war, niemals eingehalten wurde.

Die Erläuterung der Beweggründe besagt folgendes (S. 5):

« Die Ausführung der Richtlinie 90/531/EWG konfrontiert uns mit Problemen, die im Rahmen des Gesetzes vom 14. Juli 1976 nur schwer lösbar sind.

Diese Richtlinie zielt darauf ab, die Bestimmungen für die Vergabe und die Überwachung der Aufträge in den Bereichen der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor zu vereinheitlichen.

Die Bestimmungen beziehen sich auf die Aufträge aller Einrichtungen in diesen Bereichen, unabhängig ihrer juristischen Struktur. Grundsätzlich fallen sowohl die Personen, die ausschließlich dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht angehören, als auch die Personen, deren Rechtsform zwischen diesen beiden Extremen liegt, in den Anwendungsbereich...

Im Bereich der Vergabeverfahren sind diese Vorschriften weniger einschränkend als jene der anderen Richtlinien oder jene unserer eigenen Gesetzgebung, da sie die Auftragsvergabe nach Verhandlung/ermöglichen. Was hingegen die Verpflichtung der Bekanntmachung betrifft, sind sie strikt, wenn nicht sogar strikter als die anderen Richtlinien, insbesondere was jene Informationen betrifft, die nach Auftragsvergabe zu veröffentlichen sind. »

Aus diesen Überlegungen wird ersichtlich, warum die Verabschiedung eines neuen Gesetzes abgewartet wurde, ehe die Vorschriften der obengenannten Richtlinie übernommen wurden.

Es ist jedoch hervorzuheben, daß Durchführungsmaßnahmen durch den König zu treffen sind.

Aufgrund von Artikel 26 des Gesetzes ist Titel IV anwendbar auf die in Artikel 4 § 1 und § 2 1^o bis 8^o und 10^o genannten öffentlichen Auftraggeber, sowie auf die öffentlichen Unternehmen, insofern sie eine der Aktivitäten ausüben, die in dem vorgenannten Titel angeführt werden.

In diesem Artikel wird jedoch erläutert, daß für die öffentlichen Unternehmen — von denen durch den König eine offene Liste festzulegen ist — diese Bestimmungen nur auf jene öffentlichen Aufträge anwendbar sind, die sich auf Aufgaben beziehen, die sie in ihrer Eigenschaft als öffentliche Dienststelle im Sinne eines Gesetzes, eines Dekrets oder einer Anordnung ausüben.

Artikel 26 ist daher fundamental.

Es ist hervorzuheben, daß er u.a. auf die in Artikel 4 des Gesetzes angeführten öffentlichen Auftraggeber anwendbar ist (Gemeinden, Provinzen, Interkommunalen...) und im allgemeinen daß Titel IV sich auf alle betreffenden Aufträge bezieht, unabhängig von der Höhe des Auftrags.

2. Allgemeine Bestimmungen (Artikel 27 bis 38).

In Artikel 27 werden die Aufträge für Arbeiten, Lieferungen und Dienstleistungen im Sinne des betreffenden Titels definiert. Dabei ist zu erwähnen, daß diese Definitionen nicht völlig identisch sind mit jenen, die in dem allgemeinen System der öffentlichen Aufträge (Artikel 5) angeführt werden.

Zudem wird in diesem Artikel ebenfalls der Begriff « öffentliches Unternehmen » erläutert. Es handelt sich um:

Jedes Unternehmen, auf das die in Artikel 4 § 1 und § 2 1^o bis 8^o und 10^o genannten öffentlichen Auftraggeber aufgrund von Eigentum, finanzieller Beteiligung oder der für das Unternehmen einschlägigen Vorschriften unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben können. Es wird vorausgesetzt, daß ein beherrschender Einfluß ausgeübt wird, wenn die öffentlichen Auftraggeber unmittelbar oder mittelbar:

- die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens besitzen oder
- über die Mehrheit der mit den Anteilen des Unternehmens verbundenen Stimmrechte verfügen oder
- mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Unternehmens bestellen können.

Durch diesen Artikel wird ebenfalls der Begriff der Rahmenübereinkunft eingeführt, der sich auf das Abkommen zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem oder mehreren Unternehmen bezieht und darauf abzielt, die Bedingungen für die Aufträge, die im Laufe eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den in Aussicht genommenen Preis und ggf. die in Aussicht genommene Menge.

Die Artikel 28 bis 38 erläutern jene Aktivitäten, die in den betreffenden Bereichen in den Anwendungsbereich von Titel IV fallen und jene, die von diesem Bereich ausgeschlossen sind.

Diese Bestimmungen sind ebenfalls in Verbindung mit Artikel 42 des Gesetzes zu bringen, der die von den in Artikel 4 § 1 und § 2 1^o bis 8^o und 10^o genannten öffentlichen Auftraggebern abgeschlossenen Aufträge von dem Anwendungsbereich des ersten Buches ausschließt, wenn diese sich auf die Stromerzeugung beziehen (diese Aufträge unterliegen daher den Bestimmungen des Buches II — unter der Bedingung, daß sie die durch den König festgelegten Grenzwerte erreichen — Siehe Artikel 63).

Zusammenfassend ist zu sagen, daß die durch das Gesetz betroffenen Personen öffentlichen Rechts oder öffentlichen Unternehmen ausschließlich den vorgenannten Bestimmungen unterliegen, wenn sie eine der betreffenden Aktivitäten ausüben (Erläuterung der Beweggründe, S. 34).

Im Bezug auf den Sonderfall der Interkommunalen ist in der Erläuterung der Beweggründe (S. 34) zu lesen:

« An dieser Stelle ist es angemessen, die Sachlage der Interkommunalen zu verdeutlichen, deren Rolle in bestimmten Bereichen, wie z.B. in der Wasserversorgung, der Energie und des Transportwesens von besonderer Wichtigkeit ist. Bei den Interkommunalen handelt es sich um juristische Personen des öffentlichen Rechts, die dem vorliegenden Gesetzentwurf unterliegen, unabhängig davon, ob sie ausschließlich der öffentlichen Rechtsform oder aber einer gemischten Rechtsform angehören. Diese Rechtspersonen unterlagen zudem bereits den Bestimmungen des Gesetzes vom 14. Juli 1978. Außerdem ist in aller Deutlichkeit darauf hinzuweisen, daß das mögliche Bestehen einer Partnerschaft mit einer oder mehreren Personen des Privatrechts in keiner Weise Einfluß auf das öffentliche Statut einer Interkommunale hat. Aus diesem Grund müssen alle öffentlichen Aufträge, die im Namen der Interkommunale mit Drittpersonen abgeschlossen werden, den vorliegenden Rechtsbestimmungen und den damit verbundenen Bedingungen Rechnung tragen, wobei jeder Verstoß durch in Artikel 44 vorgesehene Strafmaßnahmen geahndet wird. »

3. Vergabeverfahren (Artikel 39 bis 41).

« Die verschiedenen Vergabeverfahren entsprechen jenen, die unter Titel II für die « klassischen » öffentlichen Aufträge definiert wurden, mit Ausnahme eines grundlegenden Unterschieds: in den vier betreffenden Bereichen verfügen die öffentlichen Auftraggeber über die freie Wahl zwischen dem offenen, nichtoffenen oder verhandelten Verfahren, unter der Bedingung, daß der Aufruf zum Wettbewerb durch die Beachtung der durch den König festgelegten Bestimmungen für die Bekanntmachung der Aufträge geschieht. Diese Flexibilität bei der Verhandlung wurde vorgesehen, um den Verwaltungsbedürfnissen der betreffenden öffentlichen Auftraggeber so weit wie möglich zu entsprechen. Diese Flexibilität führt jedoch dazu, daß die Bestimmungen für die Bekanntmachung selbst auf diese verhandelten Verfahren anzuwenden sind und daß bei der Begründung der Wahl ein höheres Maß an Transparenz verlangt wird. Abweichend von diesem Grundsatz können in den in § 2 festgelegten Fällen Aufträge im verhandelten Verfahren erteilt werden, ohne dabei die vorherigen Bedingungen für die Bekanntmachung zu beachten » (Erläuterung der Beweggründe, S. 40).

Es ist ebenfalls festzuhalten, daß laut Artikel 40 § 1 im Rahmen eines Auftrags von Lieferungen der öffentliche Auftraggeber berechtigt ist, jedes Angebot zu verwerfen, bei dem der Anteil jener Erzeugnisse, die außerhalb der Europäischen Gemeinschaft hergestellt werden, die Hälfte des Gesamtwertes der Erzeugnisse, die dieses Angebot bilden, übersteigt.

Artikel 41 legt die Liste der Artikel des allgemeinen Systems für die Aufträge fest, die — abgesehen von den Artikeln 14 bis 16 und 17 — ebenfalls auf die in Titel IV genannten spezifischen Bereiche anwendbar sind. Es handelt sich dabei um folgende Artikel:

- Artikel 6 (Zuständige Behörden — Abordnung);
- Artikel 7 (Pauschalcharakter und Preisanpassung);
- Artikel 8 (Anzahlungen und Vorschüsse);
- Artikel 9 (Förderaufträge);
- Artikel 10 (personengebundene Verbote);
- Artikel 11 (Verbote im Zusammenhang mit Abkommen und Übereinkommen);
- Artikel 12 (Beachtung der Sozialgesetze);
- Artikel 18 (Nichtverpflichtung einen Auftrag zu erteilen);
- Artikel 19 (einziger Auftrag für verschiedene öffentliche Auftraggeber);
- Artikel 22 (Königliche Befugnis, Modalitäten für technische Eigenschaften festzulegen, usw.);
- Artikel 23 (Im Anschluß an die Ausführung eines Auftrags geschuldete Beträge).

Titel V. — Verschiedene Bestimmungen (Titel V des Gesetzes)

Artikel 42 ist bereits erläutert worden.

Artikel 45 ändert das Gesetz vom 20. März 1991 über die Zulassung von Unternehmern ab.

Artikel 45 beinhaltet vor allen Dingen zwei formelle Abänderungen, die darin bestehen, einerseits die Bezugnahme auf das Gesetz vom 14. Juli 1976 durch eine Bezugnahme auf das neue Gesetz (Artikel 1 2°) zu ersetzen und andererseits den Anwendungsbereich des Gesetzes über die Zulassung auf alle in dem ersten Buch des neuen Gesetzes über die öffentlichen Aufträge (Artikel 2) auszuweiten.

KAPITEL II. — Buch II

Dieses Buch betrifft den Aufruf zum Wettbewerb auf dem Gebiet der Europäischen Gemeinschaft für verschiedene Aufträge für Arbeiten und Lieferungen in den Bereichen der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor.

Für die im Wettbewerb stehenden Bereiche stellt dieses Buch die Übertragung der vorangeführten Richtlinie 90/531 des Gesetzes vom 17. September 1990 auf das belgische Recht dar.

Der erste Titel des Buches II ist anwendbar auf die Aufträge für Arbeiten und Lieferungen über einen Betrag, der die durch den König festzulegenden Beträge erreicht oder übersteigt; und durch Privatpersonen abgeschlossen werden, die über Sonder- oder Exklusivrechte verfügen und den Namen « Auftraggeber » tragen, wenn sie eine in dem vorgenannten Titel (Artikel 47) angeführte Beschäftigung ausüben.

Weitere Erläuterungen sind den Artikeln 47 bis 62 des Gesetzes zu entnehmen.

Wie bereits Artikel 39 (durch öffentliche Behörden in den spezifischen Bereichen abgeschlossene Aufträge) läßt Artikel 59 die freie Wahl der Art des Vergabeverfahrens, vorbehaltlich der Beachtung verschiedener durch den König festzulegender Bestimmungen auf dem Gebiet der Konkurrenz.

Titel II sieht die Anwendung des Buches II — also der vorgenannten Artikel — auf die Aufträge für Arbeiten und Lieferungen in den spezifischen Bereichen vor, die die vorgenannten für die Anwendung des ersten Titels berücksichtigten Beträge erreichen oder übersteigen und zwar wenn sie durch folgende Vertragspartner abgeschlossen werden:

a) durch die öffentlichen Unternehmen, für die Aufträge, die sich nicht auf Aufgaben beziehen, die sie in ihrer Eigenschaft als öffentliche Dienststelle im Sinne eines Gesetzes, eines Dekrets oder einer Anordnung ausüben;

b) durch die in Artikel 4 § 1 und § 2 1° bis 8° und 10° genannten öffentlichen Auftraggeber für die Aufträge, die sich auf die Stromproduktion beziehen.

Es ist daher von grundlegender Wichtigkeit, daß die in Buch II festgelegten Bestimmungen nur auf die Aufträge angewandt werden, die bestimmte Beträge erreichen.

KAPITEL III. — Abschlußbestimmungen

Ich bin auf die Frage des Inkrafttretens des Gesetzes bereits eingegangen (Artikel 68 und 69).

Artikel 66 ändert seinerseits Artikel 314 des Strafgesetzbuches ab, damit unerlaubte Abkommen zwischen Unternehmern, Lieferanten oder Erbringer von Dienstleistungen besser geahndet werden können.

Zu diesem Zweck:

1) begrenzt er die fraglichen Verstöße nicht mehr ausschließlich auf jene Fälle, in denen sie unter Anwendung von Gewalt oder Drohungen durchgeführt werden, sondern weitet sie auf die Fälle der Schenkungen, Versprechen oder jegliches andere betrügerische Mittel aus;

2) hebt er die Einschränkung auf, die sich aus dem Wortlaut « vor oder während der Versteigerung oder des Zuschlags » ergibt und ermöglicht dadurch eine Ahndung der Übereinkommen zu jedem Zeitpunkt.

Artikel 314 des Strafgesetzbuches lautet daher wie folgt:

« Wer bei der Vergabe, des Eigentums, der Nutznießung oder der Miete von beweglichen oder unbeweglichen Gütern, eines Unternehmens, einer Lieferung, eines Betriebes oder irgendeiner Dienstleistung die Freiheit der Versteigerung oder des Zuschlages durch Anwendung von Gewalt oder Drohungen, durch Schenkungen oder Versprechen, oder durch jegliches andere betrügerische Mittel behindert oder stört, wird mit Gefängnis von 14 Tagen bis zu 6 Monaten oder mit Geldstrafen von 100 BEF bis zu 3000 BEF bestraft. »

III. Schlussfolgerungen

Selbst wenn die Grundsätze des Gesetzes vom 14. Juli 1976 allgemein nicht an Wert verlieren, ist dem neuen Gesetz über die öffentlichen Aufträge jedoch zuzugestehen, daß es sowohl quantitativ (69 Artikel anstatt 32) als auch qualitativ eine wichtige Neuerung darstellt.

Diesbezüglich ist Ihnen sicherlich nicht entgangen, daß das Inkrafttreten des neuen Gesetzes schrittweise nach Wirtschaftsbereichen durchgeführt wird, wobei der « klassische » Bereich, d.h. der Bereich, der den Großteil der Handlungen der Gemeinden, Provinzen und Interkommunalen betrifft, wahrscheinlich an letzter Stelle behandelt werden wird.

Bei der Lektüre des Gesetzes vom 24. Dezember 1993 und des vorliegenden Rundschreibens werden sicherlich so manche Fragen oder Reaktionen auftreten.

Unter der Berücksichtigung, daß die noch auszuarbeitenden Durchführungserlasse die vorliegenden durch den Gesetzgeber verabschiedeten Bestimmungen vervollständigen und somit sicherlich zahlreiche Ihrer Fragen beantworten werden, fordere ich Sie daher auf, sich mit allen Fragen sobald möglich an mich zu wenden.

Ich werde mich bemühen, diese zu Ihrer vollsten Zufriedenheit zu beantworten.

Ich bin der Ansicht, daß dadurch eine wirksame Anwendung des neuen Gesetzes ab seinem Inkrafttreten gewährleistet wird.

Namur, den 22. Dezember 1994.

Der Minister der Inneren Angelegenheiten, des Öffentlichen Dienstes und des Haushalts,
B. Anselme.

VERTALING

MINISTERIE VAN HET WAALSE GEWEST

[C — 27586]

22 JUNI 1994. — Ministeriële omzendbrief met betrekking tot de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten

Aan Mevrouwen en Mijne Heren Voorzitters en Leden van de Bestendige Deputaties,
Aan Mevrouwen en Mijne Heren Burgemeesters en Schepen en,
Aan Mevrouwen en Mijne Heren Voorzitters van de Intercommunales.

Mevrouwen, Mijne Heren,

I. Inleiding

1. Algemeen.

De wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten is bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 22 januari 1994.

De benaming alleen van de wet doet blijken dat zij een uitgebreider toepassingsgebied heeft dan de wet van 14 juli 1976 betreffende deze zelfde aangelegenheid.

Volgens de Memorie van toelichting (Parlementaire documenten, Senaat, zitting 1992-1993, document 656-1) « toont deze titel immers duidelijk aan dat de wet niet alleen van toepassing is op de overheidsopdrachten maar onder meer ook op sommige opdrachten van privé-ondernemingen die genieten van speciale of exclusieve rechten, verleend door de overheid ».

Artikel 69 van de wet bepaalt :

« De Koning stelt voor boek I, voor boek II en voor iedere bepaling van boek III van deze wet de datum van inwerkingtreding vast.

Dit artikel en artikel 68 treden in werking op de dag van hun bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad*. »

Welnu, de betrokken koninklijke besluiten, die in de Ministerraad moeten worden overlegd (artikel 68), zijn nog niet goedgekeurd.

Hieruit blijkt dat — artikelen 68 en 69 uitgezonderd — voormelde wet nog niet van toepassing is.

Ten gevolge daarvan blijft de wet van 14 juli 1976 en haar uitvoeringsbesluiten de aangelegenheid van de overheidsopdrachten nu nog regelen.

Tegenover de onzekerheid betreffende de inkrachttrading van de wet en zonder te spreken over het feit dat, volgens de voorbereidingswerken, deze inkrachttrading sectorieel zal zijn, kan men zich tevreden stellen met een afwachtende houding of van nu af aan het bestaansrecht van de wet en haar belangrijkste bepalingen trachten te begrijpen.

Wat mij betreft, heb ik de voorkeur gegeven voor de tweede oplossing.

Ik nodig U dus uit kennis te nemen met deze omzendbrief die, door een bondige uitleg van de context van de nieuwe wet, een opsomming bevat van de belangrijkste bepalingen of wijzigingen die tussengekomen zijn.

2. Algemene opvatting van de nieuwe wet.

De oorsprong van de wet ligt in een wetsontwerp ingediend door de Federale Regering bij de Senaat.

Daarna werd zij besproken in de Kamer van de volksvertegenwoordigers.

Het onderwerp van de wet en haar belangrijkste kenmerken werden namelijk uiteengezet voor de Commissie voor de Financiën van de Kamer (Parlementaire documenten — Kamer — Gewone zitting 1993-1994 — Document 1073/3 — 92/93).

Wat betreft het onderwerp heeft de Vice-Eerste Minister uiteraard verklaard : « Dit ontwerp, dat betrekking heeft zowel op herstructurering van de wetgeving betreffende de overheidsopdrachten als met name op het verzekeren van de omzetting van ettelijke Europese richtlijnen, is de aanleiding geweest tot zeer vruchtbare besprekingen binnen de Commissie voor Financiën van de Senaat. »

Daarna spreekt de Vice-Eerste Minister over de hoofdkenmerken van de nieuwe wet :

« 1) het invoeren in de wetgeving van een modulaire structuur die toelaat te onderscheiden :

a) enerzijds de « klassieke » overheidsopdrachten en concessies voor openbare werken, zijnde deze van de overheid (van federaal tot lokaal niveau), evenals de publiekrechtelijke verenigingen en organismen (eerste boek, titels II en III);

b) anderzijds de overheidsopdrachten in de sectoren water, energie, verkeer en telecommunicatie (Richtlijn 90/531/EEG), zijnde deze van de voornoemde overheden voorzover zij dergelijke sectoren beheren en deze van de overheidsbedrijven zoals Belgacom of de NMBS (eerste boek, titel IV);

c) tot slot de opdrachten van privé-ondernemingen die genieten van speciale of exclusieve rechten voor het beheer van werkzaamheden in die zelfde sectoren water, energie, verkeer en telecommunicatie (Richtlijn 90/531/EEG), zoals bijvoorbeeld Electrabel, Distrigas of BATC (boek II);

2) de aanpassing van het toepassingsveld van de wetgeving in functie van de richtlijnen en de internationale akkoorden terzake. Het nagestreefde doel is de harmonisering zowel van het toepassingsveld wat de overheden en de bedoelde personen betreft, als andere fundamentele begrippen zoals bijvoorbeeld de definities van de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, of de gunningsprocedures van de opdrachten en de wijze van bekendmaking ervan;

3) de invoering in de wetgeving, voor het eerst, van regels opgelegd door Richtlijn 90/531/EEG en die betrekking hebben op de privé-ondernemingen waarvan sprake in punt 1, c. Deze regels zijn gegroepeerd in een afzonderlijk en onafhankelijk wetboek II. Op dezelfde wijze zal dit boek worden uitgevoerd door een eigen koninklijk besluit ten einde rekening te houden met de specificiteiten van het beheer en de financiële verantwoordelijkheid van de privé-ondernemingen;

4) de aanpassing van de regels voor de gunning en de uitvoering van de overheidsopdrachten en de opdrachten van de overheidsbedrijven onderworpen aan Richtlijn 90/531/EEG. Deze regels vervat in het eerste boek, titel IV van de wet, hebben enerzijds een versoepeling tot gevolg ten aanzien van de bestaande gunningswijzen vermits de onderhandelingsprocedure er een gewone gunningsprocedure wordt. Anderzijds echter zijn de regels voor de controle en de bekendmaking uitgebreider dan deze die nu opgenomen zijn in de wet van 14 juli 1976. Het doel is eveneens de uitwerking van een specifiek bestek te verplichten teneinde een gelijkwaardige behandeling van de ondernemingen te garanderen;

5) de verbetering van bepalingen vervat in de wetgeving, die, in tegenstelling tot de richtlijnen, toepasbaar is op de overheidsopdrachten welke ook hun bedrag is. De ervaring opgedaan in de loop van de jongste vijftien jaren heeft het nut aangetoond van een herziening en een modernisering van de teksten zowel deze van de wet als deze van haar uitvoeringsbesluiten (aanpassing van de bepalingen betreffende de aanbesteding en de offerteaanvraag, beter onderscheid tussen de kwalitatieve selectiecriteria van de ondernemingen en de gunningscriteria van de overheidsopdrachten, versoepeling van de regels betreffende de promoties, duidelijkere eisen inzake motivatie en doorzichtigheid...).

Het is gepast te onderstrepen dat de hier bewerkstelligde hervorming te situeren valt binnen het ruimer proces van de opening van de markten op internationaal vlak. Het gaat om een dynamisch proces. De huidige onderhandelingen in het raam van de Uruguay Round, de inwerkingtreding op korte of middellange termijn van nieuwe richtlijnen en van het Akkoord over de Europese Economische Ruimte evenals van andere door de Gemeenschappen gesloten overeenkomsten drukken hun stempel op de wetgeving die ter aanneming aan u worden voorgelegd. Nieuwe tekstaanpassingen, zij het van minder belang, zullen dus in de toekomst noodzakelijk blijken, en zullen te gepasten tijde in het Parlement aanhangig worden gemaakt. »

Aanpassing van de wetgeving volgens drie sectoren, omzetting van de Europese richtlijnen in het Belgisch recht, verbetering van de Belgische bepalingen in verband met de opgedane ervaring zijn de hoofdkenmerken van de nieuwe wet.

3. Structuur van de nieuwe wet.

De nieuwe wet is ingedeeld in drie boeken :

1) Boek I : « Overheidsopdrachten », dat bestaat uit 5 titels, namelijk :

- algemene beginselen;
- overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (toepassingsgebied, algemene bepalingen, gunningswijzen);
- concessies voor openbare werken en van werken gegund in naam van concessiehouders van openbare werken;
- overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie;
- diverse bepalingen (deze titel bevat o.m. twee wijzigingen in de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers).

2) Boek II : « Mededinging in het raam van de Europese Gemeenschap van bepaalde opdrachten voor aanneming van werken en leveringen in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie ».

Dit boek bevat drie titels die respectievelijk betrekking hebben op :

- voornoemde opdrachten gegund door privé-ondernemingen;
- voornoemde opdrachten gegund enerzijds door overheidsbedrijven maar voor de opdrachten die geen betrekking hebben op hun taken van openbare dienst en anderzijds door de in artikel 4 bedoelde aanbestedende overheden voor de opdrachten betreffende de productie van elektriciteit.
- diverse bepalingen.

Men dient te onthouden dat boek I hoofdzakelijk betrekking heeft op de algemene regeling van de overheidsopdrachten in tegenstelling met boek II dat meer beperkend is en betrekking heeft op :

- opdrachten voor aanneming van werken en leveringen (geen diensten);
- met een bedrag gelijk aan of hoger dan de door de Koning te bepalen bedragen (nog vast te stellen);
- in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie.

3) Boek III bevat de slotbepalingen betreffende de inwerkingtreding van de wet en een wijziging in artikel 314 van het Strafwetboek.

Bekijken we nu welke de belangrijkste bepalingen zijn, die door de wet vastgesteld zijn.

II. Belangrijkste bepalingen

HOOFDSFUK I. — Boek I

Titel I. — Algemene beginselen

Deze beginselen zijn toepasselijk op de traditionele overheidsopdrachten (algemene regeling), de concessies inbegrepen, en op de overheidsopdrachten gegund door publiekrechtelijke personen die de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie beheren. (Memorie van toelichting, blz. 10).

Deze bepalingen kunnen samengevat worden als volgt :

1) Volgens artikel 1 van de wet worden de opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in naam van de aanbestedende overheden bedoeld in artikel 4 (ik zal dit later behandelen) gegund na mededinging en op forfaitaire grondslag (zie wet van 14 juli 1976) volgens de wijzen bepaald in titel II (algemene regeling), onder voorbehoud van wat in § 2 en in artikel 2 voorzien is.

Deze twee beperkingen zijn de volgende :

a) de wet is niet toepasselijk op de opdrachten van de overheidsbedrijven, wanneer zij geen betrekking hebben op de taken van openbare dienst van vermeldde overheidsbedrijven in de zin van een wet, een decreet of een ordonnantie — behalve voor de opdrachten voor aanneming van werken en leveringen van een bepaald bedrag (door de Koning vast te stellen) die betrekking hebben op de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie en die het onderwerp zijn van specifieke regels inzake mededinging op Europees vlak (artikel 63 — boek II);

b) in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie worden de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten van de aanbestedende overheden bedoeld in artikel 26 gegund na mededinging en op forfaitaire basis, volgens de wijzen voorzien in titel IV van boek I (artikel 2).

Artikel 26, dat het toepassingsgebied van titel IV bepaalt, stelt dat deze titel betrekking heeft op de aanbestedende overheden bedoeld in artikel 4, § 1 en § 2, 1^o tot 8^o en 10^o, evenals op de overheidsbedrijven (wat deze laatste betreft, worden opdrachten bedoeld die betrekking hebben op hun taken van openbare dienst).

Maar voormeld artikel 4, dat ik later zal behandelen en dat het toepassingsgebied van de algemene regeling van de opdrachten beschrijft (boek I, titel II), beoogt o.a. de provincies, de gemeenten en de verenigingen van gemeenten.

Dientengevolge wanneer een van deze eenheden een opdracht betreffende voormelde sectoren (water, energie, enz.) wil gunnen, is titel IV van toepassing en niet de algemene regeling (Memorie van toelichting, blz. 34).

De door voormelde diensten geplande opdrachten moeten echter in het raam passen van de bijzonder bedoelde activiteiten of mogen geen activiteit zijn die bij artikelen 28 tot 38 uitgesloten is.

Zonder deze bepalingen nader te bespreken dient men te onthouden dat zij in de meeste gevallen betrekking hebben op de terbeschikkingstelling of de uithating van netten bestemd voor dienstverlening aan het publiek.

2) Volgens artikel 3, § 2, vallen niet onder de toepassing van de bepalingen van de wet de diensten in de zin van artikel 5 die toegewezen worden aan een aanbestedende overheid bedoeld in artikel 4, § 1 en § 2, 1^o tot 8^o en 10^o, op basis van een uitsluitend recht dat ze uit hoofde van bekendgemaakte wettelijke of reglementaire bepalingen geniet en die verenigbaar zijn met het verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap.

In feite is deze bepaling nagenoeg de omzetting van artikel 6 van de Richtlijn 92/50 van 18 juni 1992 van de Raad van de Europese Gemeenschappen (van kracht sinds 1 juli 1993) betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor aanneming van diensten.

Men dient op te merken dat in tegenstelling met bovenvermelde richtlijn betreffende enkel de opdrachten voor aanneming van diensten gelijk aan of hoger dan 8 200 000 BEF (bedrag in voege op 1 januari 1994), de voormelde bepaling betrekking heeft op alle opdrachten voor aanneming van diensten.

Titel II. — Overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (— ALGEMENE REGELING)

1. Toepassingsgebied (art. 4).

In tegenstelling met de wet van 14 juli 1976 die zeer beknopt is (zij spreekt enkel van opdrachten in naam van de Staat en van elk ander publiekrechtelijk persoon, evenals van een mogelijke verruiming bij koninklijk besluit van het toepassingsgebied van de wet), geeft de nieuwe wet de voorkeur, hoofdzakelijk in haar artikel 4, aan een lijst van de betrokken overheden.

Zonder deze lijst gedetailleerd op te sommen, vermelden wij dat zij toepasselijk is op de Staat, de Gemeenschappen, de Gewesten, de provincies, de gemeenten, de verenigingen gevormd door een of meerdere van deze (dus o.m. de intercommunales), de kerkfabrieken, de O.C.M.W.'s en de rechtspersonen die op de datum van de beslissing om tot een opdracht over te gaan sommige voorwaarden vervullen (artikel 4, § 2, 8^o).

Dit brengt mij ertoe deze laatste categorie, die haar oorsprong in het Europese recht vindt, nader te omschrijven.

Volgens voormelde bepaling is de wet toepasselijk op deze rechtspersonen indien :

a) zij opgericht zijn met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn;

b) zij rechtspersoonlijkheid hebben;

c) waarvan :

* ofwel de werkzaamheden in hoofdzaak gefinancierd worden door de overheden of instellingen vermeld in § 1 en § 2, 1^o tot 8^o;

* ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht van die overheden of instellingen;

* ofwel de leden van de directie, van de raad van bestuur of van de raad van toezicht voor meer dan de helft door die overheden of instellingen zijn aangewezen.

Deze criteria zijn cumulatief.

Men dient op te merken dat elke financieringsvorm moet in overweging worden genomen en dus ook de dekking van een eventueel jaarlijks deficit (Memorie van toelichting, blz. 14).

Een niet-limitatieve lijst van de voormelde instellingen zal door de Koning opgesteld worden (artikel 4, § 3).

Uit de algemene discussie in de Commissie van de Senaat blijkt dat de v.z.w.'s, die de bij artikel 4, § 2, 8^o vastgestelde voorwaarden vervullen, in het toepassingsgebied van de wet vallen (Parlementaire documenten, Senaat, zitting 1992-1993, document 656-2, blzn. 23-24). Een gemeentelijke v.z.w., die voormelde criteria zou vervullen, zou dus aan de wet onderworpen zijn.

De hogervermelde bepaling (artikel 4, § 2, 8^o) is echter niet toepasselijk op privaatrechtelijke personen bedoeld bij artikel 4, § 4.

Volgens artikel 4, § 4, kan de Koning de bepalingen van de wet of sommige ervan van toepassing maken op de opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten gegund door privaatrechtelijke personen die hiertoe subsidies genieten van de rechtspersonen bedoeld in § 1 en § 2.

Deze bepaling is toepasselijk namelijk op de instellingen van het vrij onderwijs, alsook op de hospitalen en private verzorgingsinstellingen (Memorie van toelichting, blz. 15).

Feitelijk is het een weergave van artikel 1, § 3, van de wet van 14 juli 1976 die nooit door de Koning in werking gesteld werd.

2. Definities (artikel 5).

In tegenstelling met de wet van 14 juli 1976 geeft de nieuwe wet een definitie van de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Deze definities zijn beïnvloed door richtlijnen van de Europese Gemeenschappen.

Zo, wat betreft de opdrachten voor aanneming van werken, stelt men vast dat de tekst de voorkeur geeft aan een economische opvatting die niet meer noodzakelijk verbonden is aan die van goederen, onroerend wegens hun aard en hun bestemming.

Men stelt ook vast dat de definities betrekking hebben op overeenkomsten zonder het bijvoegelijk naamwoord « schriftelijk » erbij te voegen omdat in sommige gevallen geen geschreven document noodzakelijk is (onderhandse aanbesteding).

Voor meer inlichtingen verwijze men naar artikel 5.

3. Forfaitaire grondslag van de opdrachten en herziening (artikel 7).

De nieuwe wet neemt de beginselen van de wet van 14 juli 1976 (artikel 3) over en is dan ook duidelijker voor zover zij bepaalt dat de herziening moet tegemoet komen aan de prijsevolutie van de bijzonderste componenten van de kostprijs, overeenkomstig de bij koninklijk besluit te voorziene modaliteiten.

4. Betalingen en voorschotten (artikel 7).

De nieuwe wet neemt de beginselen van de wet van 14 juli 1976 (artikel 4) over onder voorbehoud van twee wijzigingen :

1^o wat betreft de betalingen (hetzij geld gestort voor een verstrekte en aanvaarde dienst), zijn de woorden « die door het bestuur zijn goedgekeurd » vervangen door « die door de aanbestedende overheid zijn goedgekeurd »;

2^o wat betreft de voorschotten (geld gestort zonder tegenprestatie), zijn de woorden « als provisie » geschrapt.

5. Opdracht bij wege van een promotieovereenkomst (artikel 9).

De wet van 14 juli 1976 geeft geen definitie van de opdrachten bij wege van een promotieovereenkomst. Zij bepaalt dat een opdracht bij wege van een promotieovereenkomst enkel onder de voorwaarden vastgesteld bij koninklijk besluit, na beraadslaging in de Raad van de Ministers, gegund wordt en zij bepaalt de minimale voorwaarden die nader moeten beschreven worden.

Deze uitvoeringsmodaliteiten werden vastgesteld bij het koninklijk besluit van 18 mei 1981 dat een definitie van de opdracht bij wege van een promotieovereenkomst heeft gegeven.

De nieuwe wet definieert zelf de opdrachten bij wege van een promotieovereenkomst. Wat dit betreft, merkt men op dat zij de gunning van opdrachten voor aanneming niet meer beperkt tot de enige privaatrechtelijke personen.

Bovendien, dient te worden vastgesteld dat de nieuwe wet niet meer vermeldt onder de door de Koning vast te stellen voorwaarden :

- de vaststelling van een waarborg op het ogenblik van de neerlegging van het aanbod;
- een financieringswaarborg afgeleverd door een erkende financiële instelling;
- de eerbiediging, in de betrekkingen tussen de promotor en de aannemers, van de bepalingen van het algemeen lastenboek.

6. Gunningswijzen (artikelen 13 en volgende).

1) Algemeen (artikel 13).

Volgens de Memorie van toelichting (blz. 21) kunnen de verklaringen gewijd aan de artikelen 10 tot 17 van de wet van 14 juli 1976 in overweging genomen worden, onder voorbehoud nochtans van een reeks wijzigingen.

De wet behoudt het beginsel van de vrije keuze tussen de openbare en beperkte procedures, alhoewel de Koning, bij uitzondering op dit beginsel, de voorwaarden kan bepalen waar de keuze van de gunningswijze van afhangt voor sommige opdrachten.

Laten wij ook opmerken dat er gesproken wordt van het begrip offerte in plaats van het begrip inschrijving.

2) Aanbesteding en offerteaanvraag (artikelen 14 tot 16).

a) De grondbeginselen die de bekendmaking van de opdrachten regelen, die gegund worden volgens een openbare of een beperkte procedure, worden enkel in artikel 14 behandeld.

Volgens de wet van 14 juli 1976 zijn de beperkte aanbestedingen, die niet onder het toepassingsgebied van Europese richtlijnen vallen, niet onderworpen aan een voorafgaande bekendmaking.

Voortaan zijn de beperkte procedures (= beperkte aanbesteding en beperkte offerteaanvraag) onderworpen aan een verplichte bekendmaking volgens vast te stellen modaliteiten (Memorie van toelichting, blz. 23).

Steeds met betrekking tot de beperkte procedures wordt benadrukt dat de door de bevoegde overheid geselecteerde aannemers, leveranciers of dienstenverleners moeten geraadpleegd worden (artikel 14, 2e lid).

b) Bij aanbesteding wordt de forfaitaire schadeloosstelling van 10 % behouden en is er geen enkele afwijking meer voorzien voor de keuze van de laagste regelmatige offerte; bovendien wordt aangeduid (artikel 15) dat voor de bepaling van de laagste regelmatige offerte, de bevoegde overheid rekening houdt met de aangeboden prijzen en met de andere berekenbare gegevens die met zekerheid de uitgaven ervan zullen verhogen.

c) Bij algemene of beperkte offerteaanvraag geeft artikel 16 van de nieuwe wet geen enkele criteriaop-somming meer zoals bij artikel 14 van de wet van 14 juli 1976; daar staat dat de gunningscriteria vermeld moeten zijn in het bestek of eventueel in de aankondiging van de opdracht.

De gunningscriteria moeten onderscheiden worden van de criteria van kwalitatieve selectie.

Volgens de Memorie van toelichting (blz. 25) :

« De gunningscriteria zijn bestemd om de intrinsieke waarde van de neergelegde offerte te beoordelen. De kwalitatieve selectiecriteria moeten op hun beurt toelaten aan de aanbestedende overheid om de bekwaamheid van de kandidaten of inschrijvers om deze of gene opdracht tot een goed einde te brengen te beoordelen, met nazicht van het feit dat ze zich niet in een uitsluitingspositie bevinden (faling, niet-naleving van sociale en fiscale verplichtingen...) en over voldoende financiële, economische en technische draagkracht beschikken.

Dit belangrijk onderscheid zal in de uitvoeringsbesluiten nader omvat zijn maar nu reeds is het van belang dat de kwalitatieve selectie moet gebeuren, welke ook de procedure zij en ongeacht of deze algemeen of beperkt is.

Bovendien is de mogelijkheid behouden de « vrije varianten » (woorden die het begrip « suggesties » vervangen) te aanvaarden (of te weigeren). De inschrijvers moeten echter voldoen aan de in het bestek vermelde minimumvoorwaarden en aan de voor hun indiening gestelde eisen.

Tenslotte heeft de nieuwe wet de verplichting afgeschaft, tijdens de openingszitting, de prijzen bekend te maken (zij wordt dus enkel behouden voor de aannemingen van opdrachten).

3) Onderhandelingsprocedure (artikel 17).

Onder invloed van de Europese richtlijnen heeft de nieuwe wet de terminologie « onderhands » door « onderhandelingsprocedure » vervangen.

Zoals in de wet van 14 juli 1976 is artikel 17 de kern van deze aangelegenheid.

Het bepaalt : « De overheidsopdracht geschiedt « bij onderhandelingsprocedure » wanneer de aanbestedende overheid meerdere aannemers, leveranciers of dienstenverleners van haar keuze raadpleegt en over de voorwaarden van de opdracht onderhandelt met één of meer van hen. »

Het vervolg van artikel 17 is in twee paragrafen ingedeeld met de gevallen waarin de door de Koning vast te leggen bekendmakingsregels bij de aanvang van de procedure (§ 2) en de gevallen waarin de bekendmakingsregels moeten nageleefd worden (§ 3).

Bekijken wij deze twee hypothesen.

a) Niet-naleving van de door de Koning vastgestelde bekendmakingsregels voor zover en indien mogelijk na raadpleging van meerdere aannemers, leveranciers of dienstenverleners. De bedoelde gevallen zijn de volgende :

1° de uitgave overschrijdt niet een door de Koning vastgesteld bedrag (dit geval is bedoeld in artikel 17, § 2, 1°, van de wet van 14 juli 1976);

2° het voorwerp van de opdracht betreft werken, leveringen of diensten die geheim verklaard werden, of waarvan de uitvoering gepaard moet gaan met bijzondere veiligheidsmaatregelen of indien de bescherming van de fundamentele belangen van de veiligheid van het land dit vereist.

(De tekst is, in grote lijnen, de weergave van de inhoud van artikel 17, 7°, van de wet van 14 juli 1976);

3° voor zover strikt noodzakelijk, wanneer het dringend karakter voortvloeiend uit niet te voorzien gebeurtenissen niet toelaat de bij de andere procedures gestelde termijnen na te leven (zie artikel 17, 6°, van de wet van 14 juli 1976);

4° wanneer enkel onregelmatige offertes ingediend werden ingevolge aanbesteding of offerteaanvraag, of indien slechts onaanvaardbare prijzen voorgesteld werden, voor zover :

- de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk gewijzigd werden en
- de aanbestedende overheid alle inschrijvers raadpleegt die voldoen aan de minimumeisen op beroeps-, economisch en technisch vlak, zoals bepaald door de Koning, en die een offerte indienden die aan de formele eisen van de eerste procedure voldeed.

Dit geval hervat de hypothese bedoeld in artikel 17, 2°, van de wet van 14 juli 1976 en verplicht een nieuwe raadpleging van de inschrijvers die de voormelde voorwaarden vervullen.

Dit betekent dat, indien de aanbestedende overheid de bedoelde inschrijvers niet opnieuw raadpleegt, zij de door de Koning te bepalen bekendmakingsregels moet naleven (zie punt b, 1°, hiernavolgend);

5° wanneer geen enkele offerte werd ingediend ingevolge een aanbesteding of een offerteaanvraag, voor zover de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk gewijzigd werden.

(Dit geval werd niet besproken in de wet van 14 juli 1976.);

6° wanneer de werken, leveringen of diensten omwille van hun technische of artistieke specificiteit of omwille van de bescherming van exclusieve rechten, slechts aan een bepaalde aannemer, leverancier of dienstverlener kunnen toevertrouwd worden.

(Deze tekst is een samenvatting van de gevallen bedoeld bij artikel 17, § 2, 3°, 4° en 12°, van de wet van 14 juli 1976.);

7° in het geval van een overheidsopdracht voor aanneming van werken of diensten :

a) wanneer aanvullende werken of diensten die noch in het toegewezen oorspronkelijke ontwerp noch in de eerste gesloten overeenkomst voorkwamen en die ingevolge onvoorziene omstandigheden noodzakelijk geworden zijn voor de uitvoering van het werk of van de dienst zoals beschreven, voor zover ze worden toegewezen aan de aannemer die het werk of de dienst uitvoert, en voor zover het samengevoegde bedrag van de opdrachten gegund voor de aanvullende werken of diensten niet hoger is dan 50 % van het bedrag van de hoofdopdracht :

- wanneer deze werken of diensten, technisch of economisch niet zonder ernstig bezwaar van de hoofdopdracht kunnen gescheiden worden;

- wanneer deze werken of diensten, alhoewel scheidbaar van de uitvoering van de hoofdopdracht, strikt noodzakelijk zijn voor de vervolmaking ervan;

b) wanneer nieuwe werken of diensten, bestaande uit de herhaling van soortgelijke werken of diensten, aan de aannemer die de eerste opdracht kreeg, dienen toegewezen te worden door dezelfde aanbestedende overheid, op voorwaarde dat deze werken of diensten overeenstemmen met een basisontwerp en dat dit ontwerp het voorwerp uitmaakte van een eerste opdracht, gegund na aanbesteding of offerteaanvraag. (De mogelijkheid tot aanwending van deze procedure moet alleszins reeds bij de uitschrijving van de eerste opdracht vermeld worden. Ze is bovendien beperkt tot een periode van drie jaar na de gunning van de oorspronkelijke opdracht.)

Punt a is de weergave van de hypothese bedoeld in artikel 17, § 2, 8°, van de wet van 14 juli 1976 en breidt het uit tot de diensten.

Punt b is de weergave van de hypothese bedoeld in artikel 17, § 2, 10°, van de wet van 14 juli 1976 en breidt het tevens uit tot de diensten.

8° in het geval van opdrachten voor aanneming van leveringen :

a) worden de betrokken artikelen alleen vervaardigd bij wijze van onderzoek, proefneming, studie of ontwikkeling, en is geen massaproductie voorzien met het oog op het in omloop brengen van het produkt in het handelscircuit of op het opvangen van de kosten die het onderzoek en de ontwikkeling meebrengen;

b) zijn door de oorspronkelijke leverancier bijkomende leveringen te verrichten, bestemd voor de gedeeltelijke vernieuwing van leveringen of installaties voor gewoon gebruik of voor de uitbreiding van bestaande leveringen of installaties indien bij verandering van leverancier de aanbestedende overheid zich verplicht zou zien ander technisch materieel aan te werven dat onverenigbaarheden of buitenmaatse technische moeilijkheden inzake gebruik en onderhoud met zich meebrengt. De duur van deze opdrachten evenals van de hernieuwbare opdrachten mag algemeen genomen de drie jaar niet overschrijden.

Wat de leveringen betreft is punt a de weergave van artikel 17, § 2, 5°, van de wet.

Punt b komt de in artikel 17, § 2, 9° bedoelde hypothese tegemoet maar verbetert ze (het is o.m. niet meer nodig dat de aanvullende leveringen de oorspronkelijke opdrachten met 20 % niet overschrijden; daarentegen mag de duur van de betrokken opdrachten algemeen genomen de drie jaar niet overschrijden);

9° in het geval van opdrachten voor aanneming van diensten :

de dienstenopdracht die volgt op een prijsvraag voor ontwerpen en die overeenkomstig de toepasselijke regels, gegund moet worden aan de laureaat of aan één van de laureaten van de prijsvraag. In dit laatste geval moeten alle laureaten uitgenodigd worden om aan de onderhandelingen deel te nemen.

Dit geval is niet vermeld in de wet van 14 juli 1976;

b) naleving van de door de Koning bepaalde bekendmakingsregels.

Dit zijn de bedoelde gevallen :

1° in het geval van een opdracht voor aanneming van werken, leveringen of diensten :

wanneer ingevolge aanbesteding of offerteaanvraag, enkel onregelmatige offertes werden ingediend of enkel onaanvaardbare prijzen werden voorgesteld, voor zover :

- de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk gewijzigd werden en
- de aanbestedende overheid niet alle inschrijvers raadpleegt die voldoen aan de minimumvoorwaarden van beroeps-, economische en technische aard, bepaald door de Koning, en die een offerte ingediend hebben die aan de formele eisen van de eerste procedure voldeed.

Dit geval werd besproken in punt a, 4°;

2° in het geval van een opdracht voor aanneming van werken of diensten :

wanneer het gaat om werken of diensten waarvan de aard of de onzekere omstandigheden verhinderen op voorhand een globale prijs vast te stellen.

Dit geval is een weergave van de hypothese bedoeld in artikel 17, § 2, 11°, maar breidt het uit tot de diensten;

3° in het geval van een opdracht voor aanneming van werken :

wanneer de werken enkel onderzoek, proefneming of afstelling als doel hebben en niet het nastreven van rendabiliteit of het dekken van de kosten voor onderzoek en ontwikkeling.

Dit geval is een weergave van de hypothese bedoeld in artikel 17, § 2, 5°, voor de opdracht voor aanneming van werken;

4° in het geval van een overheidsopdracht voor aanneming van diensten :

wanneer de aard van de dienst zodanig is dat de specificaties van de opdracht niet kunnen bepaald worden met voldoende nauwkeurigheid om de toewijzing toe te laten volgens de procedure van aanbesteding of offerteaanvraag.

Dit is een geval dat niet voorzien is in de wet van 14 juli 1976.

Men dient eindelijk op te merken dat de gevallen bedoeld in artikel 17, § 2, 13° tot 15°, van de wet van 14 juli 1976 niet opgenomen zijn in de nieuwe wet.

7. Uitvoering van opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten voor rekening van verschillende aanbestedende overheden (artikel 19).

Artikel 19 neemt de mogelijkheid over, die voorgesteld was door artikel 16 van de wet van 14 juli 1976, de betrokken opdrachten te gunnen door één enkele opdracht maar met uitbreiding tot de onderhandelingsprocedure.

8. Prijsvraag voor ontwerpen (artikelen 20 en 21).

Artikelen 20 en 21 handelen over de prijsvragen voor ontwerpen, een aangelegenheid die bevestigd werd bij de Europese Richtlijn 92/50 van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor aanneming van diensten.

In artikel 20 wordt de prijsvraag voor ontwerpen beschreven als een procedure die een aanbestedende overheid toelaat een plan of een ontwerp, gekozen door een jury, aan te schaffen.

De prijsvraag leidt :

— hetzij tot de gunning van een opdracht voor aanneming van diensten;

— hetzij — na raadpleging van de mededinging — tot de keuze van een of meer ontwerpen met of zonder toekenning van prijzen aan de laureaten.

(De uitvoeringsmaatregelen worden door de Koning bepaald.)

Op een later stadium, indien de aanbestedende overheid beslist over te gaan tot een afstelling voor een uitvoering van de plannen of ontwerpen, kan zij beroep doen op een overheidsopdracht voor aanneming van diensten ingevolge de onderhandelingsprocedure op grond van artikel 17, § 2, 4°, onder de voorwaarde dat alle laureaten uitgenodigd worden om aan de onderhandelingen deel te nemen (zie onderhandelingsprocedure, punt a, 9° hierboven).

Men dient ook op te merken dat, zoals tegenwoordig, het een aanbestedende overheid uiteraard vrijstaat beroep te doen op een wedstrijdofferteaanvraag die terzelfdertijd slaat op het maken van een ontwerp en op de uitvoering van de hiermee samengaande diensten. In dit geval gaat het van in het begin om een overheidsopdracht voor aanneming van diensten (Memorie van toelichting, blz. 28-29).

9. Schuldvorderingen verschuldigd bij de uitvoering van opdrachten.

Artikel 23 voert nieuwe bepalingen in de wet betreffende het beslag, de afstand, de inpandgeving van de schuldvorderingen verschuldigd bij de uitvoering van een overheidsopdracht.

In feite vervangen zij de bepalingen van de wet van 3 januari 1958 betreffende de cessies en inpandgevingen van schuldvorderingen op de Belgische Staat uit hoofde van werken en leveringen en hebben zij een ruimer toepassingsgebied in de mate dat zij toepasselijk zijn op alle publiekrechtelijke personen onderworpen aan boek I voor schuldvorderingen betreffende werken, leveringen of diensten.

Artikel 23, § 1, stelt als volgt het beginsel ter zake :

« De schuldvorderingen van de aannemers uit hoofde van de uitvoering van een door een in artikel 4, § 1 en § 2, 1° tot 8° en 10°, bedoelde aanbestedende overheid gegund overheidsopdracht voor aanneming van werken, leveringen of diensten, mogen tot aan de voorlopige oplevering niet het voorwerp zijn van beslag, overdracht of inpandgeving. »

Artikel 23, § 2 en § 3 voorziet echter uitzonderingen waarnaar men moet verwijzen.

Titel III. — Concessies voor openbare werken en van werken gegund in naam van concessiehouders van openbare werken

De wet van 14 juli 1976 beperkt zich tot de vermelding van de concessieopdrachten (artikel 5).

Daarna werden deze opdrachten geregeld bij het koninklijk besluit van 14 november 1979, herhaaldelijk aangevuld.

In de nieuwe wet is titel III (artikelen 24 en 25) toegewijd aan voormelde opdrachten alhoewel uitvoeringsmaatregelen door de Koning bepaald moeten worden.

Deze bepalingen zijn ook beïnvloed door de Europese richtlijnen.

Het is zo dat artikel 24 de bewoording « opdrachten voor concessie voor werken » vervangt door « concessie voor openbare werken ».

Bovendien geeft het hiervan een ruimere definitie :

« ... de schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel door dewelke een in artikel 4, § 1 en § 2, 1° tot 8° en 10°, bedoelde aanbestedende overheid aan een ander privaatrechtelijk of publiekrechtelijk persoon, de concessiehouder genoemd, het recht toekent om de werken of het werk uit te baten, zo nodig vergezeld van een prijs, waarvoor de concessiehouder hetzij de verbintenis aangaang ze uit te voeren, hetzij gezamenlijk de conceptie en de uitvoering ervan op zich te nemen, hetzij ze te doen uitvoeren met eender welk middel. »

Men dient echter op te merken — steeds in het raam van de harmonisering voorgeschreven door de Europese richtlijnen — dat er afgezien wordt van de gunningsprocedures in het stadium van het toekennen van de concessies (Memorie van toelichting, blz. 33). Bekendmakingsregels moeten echter door de Koning worden bepaald.

Wanneer de concessie voor openbare werken toegekend is, is het mogelijk dat de concessiehouder zelf de werken in het raam van de concessie uitvoert, en in dit geval wordt er geen opdracht voor aanneming van werken toegekend. Het is ook mogelijk dat de concessiehouder een overeenkomst met derden afsluit voor de uitvoering van zijn werken, en in dat geval moeten twee situaties onderscheiden worden naar gelang de concessiehouder zelf een aanbestedende overheid is in de zin van artikel 4, § 1 en § 2, 1° tot 8° en 10°, van de wet of één persoon die een dergelijke aanbestedende overheid niet is.

Deze twee hypothesen zijn in artikel 25 beschreven.

In het eerste geval dient de concessiehouder de bepalingen van artikel 1 en van titel II na te leven voor de gunning aan derden van de werken of het werk (hetzelfde geldt voor de gunning van een opdracht voor aanneming van leveringen of van diensten).

In het tweede geval dient de concessiehouder de door de Koning bepaalde bekendmakingsregels na te leven voor de gunning aan derden van de werken of het werk waarvoor hij zich verbonden heeft ze uit te voeren. Worden evenwel niet aanzien als derden, de ondernemingen die zich verenigd hebben om de concessie te bekomen, noch de ondernemingen die met hen zijn gebonden.

Artikel 25, § 2, *in fine*, bepaalt wat dient te worden verstaan onder gebonden onderneming.

Titel IV. — Overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie (Titel IV van de wet)

1. Algemene bepalingen — Toepassingsgebied.

Deze titel draagt uitsluitend op voormelde sectoren.

De verklaarde regels voortvloeiende uit de Europese Richtlijn 90/531 van 17 september 1990 die nooit in het Belgisch recht overgenomen werd alhoewel er geen rekening werd gehouden met de uiterste datum voor deze weergave, vastgesteld op 1 januari 1993.

Volgens de Memorie van toelichting (blz. 5) :

« De uitvoering van de Richtlijn 90/531/E.E.G. plaatst ons voor problemen die binnen de wet van 14 juli 1976 niet meer op te lossen zijn. Deze richtlijn beoogt de uniformisering van de gunnings- en controleregels voor de opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie.

Deze regels betreffen de opdrachten van alle organismen uit deze sectoren, welke ook hun juridische structuur weze. In feite komen in het toepassingsveld zowel zuiver publiek- als privaatrechtelijke personen voor, als hun tussenvormen..

Deze voorschriften zijn minder stringent dan deze van de andere richtlijnen en onze eigen reglementering betreffende de gunningsprocedures, omdat zij de gunning na onderhandeling mogelijk maken; aan de andere kant zijn zij weer even streng als, zoniet strenger dan de andere richtlijnen voor de bekendmakingsverplichtingen, voornamelijk wat de inlichtingen betreft die na de gunning moeten worden bekendgemaakt. »

Deze verklaringen leggen uit waarom men gewacht heeft op de goedkeuring van een nieuwe wet om de voorschriften van voormelde richtlijn toe te passen.

Maar de aandacht moet erop gevestigd worden dat uitvoeringsmaatregelen door de Koning moeten genomen worden.

Artikel 26 van de wet maakt titel IV toepasselijk op de in artikel 4, § 1 en § 2, 1^o tot 8^o en 10^o, bedoelde aanbestedende overheid evenals op de overheidsbedrijven, wanneer ze één van de werkzaamheden omschreven in deze titel uitoefenen.

Dit artikel vestigt de aandacht evenwel op het feit dat, wat betreft de overheidsbedrijven waarvan een niet-limitatieve lijst door de Koning zal worden opgesteld, deze bepalingen slechts van toepassing zijn op de overheidsopdrachten die betrekking hebben op hun taken van openbare dienst in de zin van een wet, een decreet of een ordonnantie.

Artikel 26 is dus fundamenteel.

Wij onthouden dus dat het van toepassing is namelijk op de « openbare » aanbestedende overheden bedoeld in artikel 4 van de wet (gemeenten, provincies, intercommunales...) en, in het algemeen, dat titel IV betrekking heeft op alle betrokken opdrachten, ongeacht hun bedrag.

2. Algemene bepalingen (artikelen 27 tot 36).

Artikel 27 omschrijft de opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de zin van deze titel. Men dient op te merken dat deze definities niet volledig identiek zijn met deze vermeld in de algemene regeling van de overheidsopdrachten (artikel 5).

Bovendien definieert het ook wat dient te worden verstaan onder « overheidsbedrijf » :

elke onderneming waarover aanbestedende overheden bedoeld in artikel 4, § 1 en § 2, 1^o tot 8^o en 10^o, rechtstreeks of onrechtstreeks een overheersende invloed kunnen uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële deelneming of in het bedrijf heersende voorschriften. De overheersende invloed wordt verondersteld wanneer deze overheden, rechtstreeks of onrechtstreeks, ten opzichte van het bedrijf :

- de meerderheid van het maatschappelijk kapitaal bezitten, of
- beschikken over de meerderheid van de stemmen verbonden aan de door het bedrijf uitgegeven aandelen,

- meer dan de helft van de leden van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan kunnen aanwijzen.

Het brengt ook het begrip van raamovereenkomst in, dat de overeenkomst is tussen een aanbestedende overheid en één of meer aannemers of leveranciers met betrekking tot het vastleggen van de voorwaarden, met name inzake prijzen, en, in voorkomend geval, de beoogde hoeveelheden, van opdrachten die zullen gegund worden in de loop van een gegeven periode.

Artikelen 28 tot 36 beschrijven welke de activiteiten zijn in de betrokken sectoren, die in het toepassingsgebied vallen van titel IV en welke uitgesloten zijn.

Deze bepalingen moeten ook in verband gebracht worden met artikel 42 van de wet dat de opdrachten gegund door de aanbestedende overheden bedoeld in artikel 4, § 1 en § 2, 1^o tot 8^o en 10^o, onttrekt aan de toepassing van boek I wanneer zij betrekking hebben op de productie van elektriciteit (deze opdrachten vallen dus onder de regeling van boek II — ten minste wanneer zij de door de Koning vastgestelde bedragen bereiken; zie artikel 83).

Kortom, de bij de wet bedoelde publiekrechtelijke personen of de overheidsbedrijven zijn uitsluitend onderworpen aan voormelde bepalingen wanneer zij een van de bedoelde activiteiten uitoefenen (Memorie van toelichting, blz. 34).

Wat betreft in het bijzonder de intercommunales, staat in de Memorie van toelichting (blz. 34) :

« Het past hier de toestand van de intercommunales op te helderen, waarvan de rol bijzonder belangrijk blijkt te zijn in sommige sectoren, zoals deze van het water, de energie en het vervoer. De intercommunales, of ze nu zuiver of gemengd zijn, vormen publiekrechtelijke rechtspersonen onderworpen aan dit wetsontwerp. Deze rechtspersonen waren overigens reeds onderworpen aan de wet van 14 juli 1976. Men moet bovendien duidelijk stellen dat een eventuele aanwezigheid in haar schoot van een privé-partnership niets wijzigt aan het openbaar statuut van de intercommunale. Dientengevolge dienen alle overheidsopdrachten die in naam van de intercommunale te sluiten zijn met derden, te gebeuren met naleving van de huidige wetgeving en de voorwaarden die erin voorzien zijn; elke tegenstrijdige bepaling zal de sanctie van artikel 44 ondergaan. »

3. Gunningswijzen (artikelen 39 tot 41).

« De verschillende gunningswijzen stemmen overeen met deze omschreven in titel II voor de klassieke overheidsopdrachten, op één belangrijke uitzondering na : in de vier betrokken activiteitssectoren beschikken de aanbestedende overheden over de vrije keuze tussen de openbare, beperkte of onderhandelingsprocedure, voor zover de mededinging van de opdrachten de bekendmakingsregels van de opdrachten sangeduid door de Koning, in acht neemt. (...) Deze onderhandelingssoepelheid was gewild om zo goed mogelijk tegemoet te komen aan de beheersvoorschriften van de bedoelde aanbestedende overheden, doch deze soepelheid roept als tegengewicht bekendmakingsregels op, die van toepassing zijn zelfs voor deze onderhandelingsprocedures en een grotere doorzichtigheid op het vlak van de motivering van de gedane keuzes. Bij uitzondering mochtans op dit beginsel mogen opdrachten bij onderhandelingsprocedure gegund worden zonder naleving van voorafgaande bekendmakingsvoorschriften, in de gevallen vermeld in § 2 (Memorie van toelichting, blz. 40). »

Men dient op te merken dat, in de zin van artikel 40, § 1, in het geval van een opdracht voor aanneming van leveringen, de aanbestedende overheid elke offerte mag afwijzen die voor meer dan de helft van de totale waarde producten bevat die afkomstig zijn uit derde landen.

Artikel 41 vermeldt de artikelen van de algemene regeling van de opdrachten voor aannemingen die, uitgezonderd artikelen 14 tot 16 en 17, eveneens van toepassing zijn op de specifieke sectoren van titel IV. Het zijn volgende artikelen :

- artikel 6 (bevoegde overheden — delegatie);
- artikel 7 (forfaitaire grondslag en herziening van de prijzen);
- artikel 8 (betalingen en voorschotten);
- artikel 9 (opdrachten bij wijze van promotieovereenkomst);
- artikel 10 (verbod opgelegd aan personen);
- artikel 11 (verbod van overeenkomsten en afspraken);
- artikel 12 (naleving van de sociale wetgeving);
- artikel 13 (geen verplichting tot het toewijzen van de opdracht);
- artikel 19 (één enkele opdracht voor rekening van verschillende aanbestedende overheden);
- artikel 22 (koninklijke macht voor de vaststelling van de modaliteiten van de technische specificaties, enz.);
- artikel 23 (schuldvorderingen uit hoofde van de uitvoering van een opdracht).

Titel V. — Diverse bepalingen (titel V van de wet)

Artikel 42 werd reeds besproken.

Artikel 45 wijzigt de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken.

Artikel 45 bevat feitelijk twee formele wijzigingen die erin bestaan, enerzijds, de verwijzing naar de wet van 14 juli 1976 te vervangen door de verwijzing naar de nieuwe wet (artikel 1, 2^e) en, anderzijds, het toepassingsgebied van de wet uit te breiden tot de erkenning van alle personen bedoeld bij boek I van de nieuwe wet op de overheidsopdrachten (artikel 2).

HOOFDSTUK II. — Boek II

Dit boek betreft de mededinging in het raam van de Europese Gemeenschap van bepaalde opdrachten voor aanneming van werken en leveringen in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie.

Voor de concurrerende sectoren is het de transpositie van voormelde Richtlijn 90/531 van 17 september 1990 in het Belgisch recht.

Titel I van boek II is toepasselijk op opdrachten voor aanneming van werken en leveringen waarvan de bedragen gelijk zijn aan of hoger liggen dan de bedragen vastgesteld door de Koning en die gegund zijn aan privaatrechtelijke personen die bijzondere of uitsluitende rechten genieten, « aanbestedende diensten » genoemd, wanneer zij werkzaamheden uitvoeren zoals bedoeld in deze titel (artikel 47).

Voor meer inlichtingen dient men artikelen 47 tot 62 van de wet te raadplegen.

Onthouden wij dat net als artikel 39 (opdrachten gegund door de overheid in specifieke sectoren), artikel 59 de keuze laat de gunningswijze van de opdracht, onder voorbehoud van de naleving van sommige mededingingsvoorwaarden vastgelegd door de Koning.

Titel II voorziet in de toepassing van boek II — dus van voormelde artikelen — op de opdrachten voor aanneming van werken en leveringen, steeds in specifieke sectoren waarvan de bedragen gelijk zijn aan of hoger zijn dan de bedragen vastgesteld voor de toepassing van titel I wanneer zij gegund zijn :

- a) door de overheidsbedrijven voor de opdrachten die geen betrekking hebben op hun taken van openbare dienst in de zin van een wet, een decreet of een ordonnantie;
- b) door de aanbestedende overheden bedoeld in artikel 4, § 1 en § 2, 1^o tot 8^o en 10^o, voor de opdrachten die betrekking hebben op de productie van elektriciteit.

Het is dus belangrijk te onthouden dat de bepalingen van boek II enkel van toepassing zijn op de opdrachten van een zeker bedrag.

HOOFDSTUK III. — Slotbepalingen

Ik heb reeds de vraag van de inwerkingtreding van de wet (artikelen 68 en 69) behandeld.

Artikel 66 wijzigt artikel 314 van het Strafwetboek om de ongeoorloofde afspraken tussen ondernemers, leveranciers of dienstverleners beter te straffen.

Daarvoor :

1) beperkt het de betrokken inbreuken niet meer op de enige gevallen waarin zij door geweld of bedreigingen gepleegd zijn, maar breidt ze uit tot de gevallen van schenkingen, beloften of tot gelijk welk ander frauduleus middel;

2) schrapt het de beperking voortkomend uit de woorden « hetzij voor, hetzij tijdens het opbod of de inschrijvingen » en zodoende de afspraken te allen tijde strafbaar maakt.

Artikel 314 van het Strafwetboek luidt dus als volgt :

« Zij die bij toewijzingen van de eigendom van het vruchtgebruik of van de nuur van roerende of onroerende zaken, van een aanneming, van een levering, van een bedrijf of van enige dienst, de vrijheid van opbod of van inschrijving door geweld of bedreiging of door schenkingen of beloften of door gelijk welk ander frauduleus middel belemmeren of storen, worden gestraft met gevangenisstraf van vijftien dagen tot zes maanden en met geldboete van honderd frank tot drieduizend frank. »

III. Besluit

Zelfs indien, in haar geheel, de beginselen die de wet van 14 juli 1976 regelen, geldig blijven, kan men niet ontkennen dat de nieuwe wet op de overheidsopdrachten een belangrijke hervorming is zowel op kwantitatief vlak (69 artikelen tegen 32) als op kwalitatief vlak.

Ten opzichte daarvan zal het U niet ontsnappen dat de inwerkingtreding van de nieuwe wet sectorieel zal zijn en dat de klassieke sector, hetzij de sector met betrekking op de meeste handelingen van de gemeenten, provincies en intercommunales, waarschijnlijk de laatste zal zijn.

Het lezen van de wet van 24 december 1993 en van deze omzendbrief zal zeker bij U vragen of opmerkingen wekken.

Rekening houdend evenwel dat de te treffen uitvoeringsbesluiten het door de wetgever opgerichte bouwwerk zullen aanvullen en daardoor zeker antwoorden op uw vragen zullen brengen, nodig ik U uit mij zo vlug mogelijk de vragen die deze wet wekt mee te delen.

Ik zal trachten er het nodig gevolg aan te geven.

Mij dunkt dat deze procedure van aard zal zijn een doeltreffende toepassing van de nieuwe wet toe te laten wanneer zij in werking zal treden.

Namén, 22 juni 1994.

De Minister van Binnenlandse Aangelegenheden, Ambtenarenzaken en Begroting,
B. Anselme.

NETTELIJKE BEKENDMAKINGEN EN VERSCHILLENDE BERICHTEN PUBLICATIONS LEGALES ET AVIS DIVERS

Gewestelijke instellingen — Institutions régionales

VLAAMSE RAAD

Plenaire vergaderingen

Agenda

Woensdag 16 november 1994

Van 10 uur af :

Onderzoek naar taalgroep en woonplaats betreffende de heren A. Boesmans en C. Moyaerts.

Ontwerpen van decreet — Beraadslagingen :

1. Ontwerp van decreet houdende instemming met het samenwerkingsakkoord van 30 april 1993 tussen het Vlaamse Gewest, het Waalse Gewest en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest betreffende de bestemming van de milieutaks en de coördinatie van het gewestelijk beleid ter zake en wijziging van het decreet van 23 januari 1991 tot oprichting van het Fonds voor Preventie en Sanering inzake Leefmilieu en Natuur als gewestdienst met afzonderlijk beheer (Gw. art. 39).

2. Eventueel :

Ontwerp van decreet houdende goedkeuring van de volgende internationale akten :

1^o de Europa-Overeenkomst waarbij een associatie tot stand wordt gebracht tussen de Europese Gemeenschappen en hun Lid-Statens, enerzijds, en Roemenië, anderzijds, Protocollen 1, 2, 3, 4, 5, 6 en 7, Bijlagen I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII en XIX en Slotakte, gedaan te Brussel op 1 februari 1993;

2^o de Europa-Overeenkomst waarbij een associatie tot stand wordt gebracht tussen de Europese Gemeenschappen en hun Lid-Statens, enerzijds, en de Republiek Bulgarije, anderzijds, Protocollen 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 en 8, Bijlagen I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV en XVI en Slotakte, gedaan te Brussel op 8 maart 1993 (Gw. art. 39, 127 en 128).

Voorstel van resolutie — Beraadslaging :

Voorstel van resolutie van de heren H. Brouns, L. Hancké, M. Maertens en E. Van Vaerenbergh betreffende de beschermde werkgelegenheid (Gw. art. 39 en 128).

Interpellaties (Regl. art. 78) :

Interpellatie van de heer M. Verwilghen tot de heer N. De Batselier, minister-vice-president van de Vlaamse regering, Vlaamse minister van Leefmilieu en Huisvesting, en de heer T. Kelchtermans, Vlaamse minister van Openbare Werken, Ruimtelijke Ordening en Binnenlandse Aangelegenheden, over de onwettigverklaring van Vlaem II (Gw. art. 39).

Interpellatie van de heer L. Barbé tot de heer N. De Batselier, minister-vice-president van de Vlaamse regering, Vlaamse minister van Leefmilieu en Huisvesting, over Vlaem II (Gw. art. 39).

Van 14 uur af :

Interpellaties (Regl. art. 78) :

1. Interpellatie van de heer H. Suykerbuyk tot de heer L. Van den Brande, minister-president van de Vlaamse regering, Vlaamse minister van Economie, KMO, Wetenschapsbeleid, Energie en Externe Betrekkingen, over de huidige behandeling door het Europees Parlement van het voorstel van richtlijn tot toekenning van het actief en passief kiesrecht bij gemeenteraadsverkiezingen aan alle burgers van de Europese Unie.

Interpellatie van de heer P. Van Grembergen tot de heer L. Van den Brande, minister-president van de Vlaamse regering, Vlaamse minister van Economie, KMO, Wetenschapsbeleid, Energie en Externe Betrekkingen, over het toekennen van actief en passief kiesrecht bij de gemeenteraadsverkiezingen aan alle burgers van de Europese Unie bij volgende verkiezingen.

2. Interpellatie van de heer De Croo tot de heer L. Van den Brande, minister-president van de Vlaamse regering, Vlaamse minister van Economie, KMO, Wetenschapsbeleid, Energie en Externe Betrekkingen, over de oprichting van een eigen Vlaams telecomnet (Gw. art. 127).

3. Interpellatie van de heer F. Dewinter tot de heer L. Van den Brande, minister-president van de Vlaamse regering, Vlaamse minister van Economie, KMO, Wetenschapsbeleid, Energie en Externe Betrekkingen, over de missie van de Vlaamse regering naar Zuid-Afrika (Gw. art. 127).