

KONINKRIJK BELGIE.

ROYAUME DE BELGIQUE.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 19 februari 1996 door de Eerste Minister verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "betreffende het voorafgaande toezicht en de overdracht van bevoegdheid inzake de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en concessies voor openbare werken op federaal niveau", heeft op 9 mei 1996 het volgend advies gegeven :

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, première chambre, saisi par le Premier Ministre, le 19 février 1996, d'une demande d'avis sur un projet d'arrêté royal "relatif au contrôle préalable et aux délégations de pouvoir en matière de passation et d'exécution des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et de concessions de travaux publics au niveau fédéral", a donné le 9 mai 1996 l'avis suivant :

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP.

1. Het voor advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit streeft een tweevoudig oogmerk na.

1.1. In de eerste plaats wordt voorzien in een regeling van voorafgaand toezicht op het vlak van de gunning van bepaalde overheidsopdrachten (hoofdstuk I). Beoogd worden de gunning van opdrachten als bedoeld in artikel 6 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de gunning van opdrachten voor rekening van de organismen welke, op federaal niveau, onder het hiërarchisch gezag van een minister staan (artikel 1 van het ontwerp).

Het ontwerp bepaalt de gevallen waarin voor de gunning van die opdrachten de voorafgaande instemming van de Ministerraad wordt vereist en de gevallen waarin van die instemming wordt vrijgesteld of waarin de instemming van de Ministerraad wordt vervangen door de instemming van de Eerste Minister. Determinerende criteria welke daarbij worden gehanteerd zijn de wijze van gunning en het geraamde bedrag van de opdracht.

Inzake opdrachten welke worden verricht voor rekening van andere publiekrechtelijke personen dan die bedoeld in artikel 1 van het ontwerp, en die onder de controlebevoegdheid van een minister vallen, is in principe de instemming vereist "van de bevoegde minister en van de minister die de begroting onder zijn bevoegdheid heeft" (artikel 2 van het ontwerp).

.../...

1.2. In de tweede plaats worden in het ontwerp de voorwaarden bepaald waaronder de bevoegdheden inzake de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten en van concessies voor openbare werken kunnen worden overgedragen (hoofdstuk II). In het ontwerp worden de diverse bevoegdheden opgesomd welke voor een overdracht in aanmerking komen, telkens met vermelding van de specifieke voorwaarden waaronder die overdracht kan gebeuren. Zo wordt voorzien in de mogelijkheid van overdracht van de bevoegdheid om het bestek vast te stellen, de gunningswijze te kiezen en de procedure in te zetten (artikel 4 van het ontwerp), van de bevoegdheid om de kandidaten te selecteren (artikel 5 van het ontwerp), van de bevoegdheid voor de gunning van de opdracht (artikel 6 van het ontwerp) en van de bevoegdheid om van essentiële bepalingen en voorwaarden van de opdracht of concessie af te wijken, dadingen aan te gaan en bepaalde boeten "terug te geven" (artikel 7 van het ontwerp).

De aldus uitgewerkte regeling zal in de plaats komen van die van het overeenkomstige koninklijk besluit van 13 december 1977, waarvan artikel 9 van het ontwerp de opheffing beoogt.

2. Met het tweevoudig oogmerk van de ontworpen regeling stemt een dubbele rechtsgrond overeen, zijnde, een-deels, artikel 6, derde lid, van de voornoemde wet van 24 december 1993 en, anderdeels, artikel 13, tweede lid, van dezelfde wet.

.../...

Artikel 6, eerste en tweede lid, van de wet van 24 december 1993 regelt de bevoegdheid inzake het gunnen en het uitvoeren van opdrachten voor rekening van de Staat, de instellingen die op het federale vlak zijn onderworpen aan het hiërarchisch gezag van een minister en andere publiek-rechtelijke personen. Die bevoegdheden kunnen, luidens het derde lid van dezelfde bepaling, worden overgedragen "binnen de grenzen vastgesteld door de Koning, behalve wanneer een bijzondere wettelijke bepaling deze delegatie regelt".

Artikel 13, tweede lid, van de wet van 24 december 1993 draagt de Koning op de eventuele voorwaarden te bepalen waaraan de keuze van de wijze van gunnen is onderworpen.

ALGEMENE OPMERKINGEN.

1. Verscheidene bepalingen van het ontwerp zijn analoog aan of op zijn minst gelijklopend met bepalingen van reeds bestaande koninklijke besluiten. Zo zijn de bepalingen van hoofdstuk I van het ontwerp duidelijk geïnspireerd door de artikelen 51 en 52 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en vertonen sommige bepalingen van hoofdstuk II van het ontwerp veel overeenstemming met artikelen van het koninklijk besluit van 13 december 1977 betreffende het overdragen van bevoegdheid inzake de gunning en de uitvoering van de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

.../...

Waar nodig verduidelijkt het verslag aan de Koning bij het ontwerp in welke mate wordt aangesloten op of afgeweken van de overeenkomstige bepalingen in de bestaande reglementering, zonder dat voor het overige nog toelichting wordt verstrekt met betrekking tot bepalingen welke ongewijzigd worden overgenomen in de ontworpen regeling. Het is zeer de vraag of een dergelijke handelwijze wel van aard is om het groot praktisch nut te bevorderen dat een verslag aan de Koning met betrekking tot een technisch ingewikkelde materie als die inzake de overheidsopdrachten kan hebben. Het verdient immers aanbeveling om in het verslag aan de Koning een coherente toelichting op te nemen welke op alle onderdelen van de regeling betrekking heeft en niet enkel op die onderdelen welke, in vergelijking met het verleden, als nieuw te beschouwen zijn. Dit geldt des te meer indien de reglementering waarvan de overgenomen bepalingen deel uitmaakten wordt opgeheven en het verslag aan de Koning bij de nieuw uitgewerkte regeling derhalve moet worden gelezen in samenhang met de verduidelijkingen welke inzake de reeds bestaande bepalingen werden gegeven in het verslag aan de Koning dat destijds bij de op te heffen reglementering was gevoegd (zie bijvoorbeeld het koninklijk besluit van 13 december 1977).

2. Mede in het licht van de sub 1 gedane vaststelling omtrent het parallellisme dat bestaat tussen sommige bepalingen van het ontwerp en die van reeds bestaande besluiten, dient men er zorg voor te dragen dat analoge bepalingen op dezelfde manier worden geformuleerd en dat, in de mate van het mogelijke en voor zover zulks met de

.../...

bedoeling van de stellers van de ontworpen regeling strookt, wordt aangesloten bij de redactie en de terminologie van gelijkaardige regelingen. Zo zou de redactie van artikel 1, § 1, eerste lid, van het ontwerp, de indruk kunnen wekken dat de Ministerraad zich voortaan zal hoeven uit te spreken over de gunning van de desbetreffende overheidsopdrachten, terwijl het blijkt het bepaalde in artikel 6, eerste lid, van de wet van 24 december 1993, aan de bevoegde minister toekomt om ter zake de vereiste beslissingen te nemen en trouwens, volgens de gemachtigde ambtenaar het geenszins de bedoeling is dat met artikel 1, § 1, eerste lid, van het ontwerp, aan die bevoegdheid van de minister afbreuk zou worden gedaan. Het ware derhalve beter dat in artikel 1, § 1, van het ontwerp, zoveel als mogelijk van dezelfde redactie zou worden uitgegaan als die welke reeds voorkomt in artikel 51, inleidende zin, en paragraaf 1, inleidende zin, van het koninklijk besluit van 22 april 1977, wat dan meebrengt dat in artikel 1 van het ontwerp uitdrukkelijk zou worden bepaald dat de instemming van de Ministerraad vereist is alvorens een gunningsprocedure kan worden aangevat en dat het verkrijgen van die instemming één van de voorwaarden is waaraan de gunning van de betrokken overheidsopdrachten is onderworpen (1).

(1) Daartoe kan in een afzonderlijke paragraaf 1 van artikel 1 worden aangegeven dat de volgende paragrafen van het artikel voorwaarden inhouden waaraan de gunning is onderworpen, waarna paragraaf 2 zou kunnen aanvangen als volgt : "Alvorens een gunningsprocedure aan te vatten moeten de voorgenomen opdrachten met vermelding van ... de instemming krijgen van de Ministerraad, wanneer het gaat om : 1° de overheidsopdrachten die ...".

Wat zeker moet worden vermeden is dat, in bijvoorbeeld de Franse tekst, wordt aangesloten bij de redactie van een bestaande bepaling, terwijl in de Nederlandse tekst voor een vrije, van de oorspronkelijke bepaling afwijkende redactie wordt geopteerd. Zo wordt in de Nederlandse tekst van artikel 1, § 5, 1º, eerste lid, van het ontwerp, gewaagd van "geringe moeilijkheden bij de interpretatie", terwijl de Franse tekst het heeft over "difficultés mineures d'interprétation". In de overeenkomstige bepaling van artikel 51, § 5, 1º, eerste lid, van het koninklijk besluit van 22 april 1977, wordt evenwel gewag gemaakt van "ondergeschikte interpretatiemoeilijkheden" in de Nederlandse tekst en van "difficultés d'interprétation mineures" in de Franse tekst. Een dergelijke redactionele aanpassing doet vragen rijzen omtrent de bedoeling van de stellers van de ontworpen regeling, vermits vooral in de Nederlandse tekst de indruk wordt gewekt dat ter zake naar een inhoudelijke wijziging is gestreefd. Indien dit niet de bedoeling is zou de redactie van artikel 1, § 5, 1º, eerste lid, van het ontwerp, ter wille van de rechtszekerheid, in zowel de Nederlandse als de Franse tekst beter volledig in overeenstemming worden gebracht met die van het oorspronkelijke artikel 51, § 5, 1º, eerste lid, van het koninklijk besluit van 22 april 1977.

3. Ter wille van de duidelijkheid en de leesbaarheid van de ontworpen regeling, kan worden overwogen om het ontwerp met een als volgt gestructureerd artikel 1 te laten aanvangen :

.../...

"Artikel 1. Voor de toepassing van dit besluit wordt verstaan onder :

- 1° de wet : de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten ...;
- 2° het koninklijk besluit van 8 januari 1996 : het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende ...;
- 3° het koninklijk besluit van 10 januari 1996 : het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende ...".

Op die wijze kunnen de omschrijvingen welke nu voorkomen in de artikelen 1, § 1, eerste lid, en 4, § 1, tweede lid, van het ontwerp, worden weggelaten en hoeft in die bepalingen geen melding meer te worden gemaakt van de opschriften van de betrokken normatieve teksten, wat enkel bevorderlijk kan zijn voor de leesbaarheid van het ontwerp. Indien op deze suggestie wordt ingegaan zullen de artikelen van het ontwerp uiteraard moeten worden vernummerd.

BIJZONDERE OPMERKINGEN.

Aanhef.

1. In fine van het eerste lid van de aanhef schrijven men :

"..., inzonderheid op de artikelen 6, derde lid, en 13, tweede lid;".

.../...

2. Het tweede, derde en vierde lid van de aanhef kunnen worden geschrapt vermits erin wordt gerefereerd aan teksten welke noch een rechtsgrond bieden voor de ontworpen regeling, noch door die regeling worden gewijzigd.

3. Uit aan de Raad van State, afdeling wetgeving, toegezonden documenten blijkt dat het ontwerp nog door de Commissie voor de overheidsopdrachten werd besproken tijdens haar vergadering van 25 september 1995. De datum welke in het vijfde lid van de aanhef wordt vermeld moet ook worden aangepast.

Hoofdstuk I.

In de Nederlandse tekst vervange men het woord "tussenkomst" door "rol".

Artikel 1.

1. De citeerbaarheid van artikel 1 zou worden vergemakkelijkt door het in meerdere artikelen te splitsen.

1.1. Artikel 1, § 1, van het ontwerp, maakt melding van bepaalde referentiebedragen welke moeten zijn overschreden opdat de instemming van de Ministerraad zou zijn vereist. In artikel 1, § 2, van het ontwerp, wordt naar dezelfde bedragen verwezen, doch wordt uitgegaan van de hypothese waarin de raming van de opdracht uitkomt op een bedrag dat

.../...

lager is dan de in artikel 1, § 1, opgesomde bedragen. Vraag is of er bij de redactie van de in samenhang gelezen paragrafen 1 en 2 van artikel 1 voldoende rekening mee is gehouden dat de raming van de opdracht precies kan overeenstemmen met een bedrag vermeld in artikel 1, § 1, van het ontwerp.

1.2. In artikel 1, § 1, tweede lid, 1°, en ook verder in het ontwerp schrijve men telkens "belasting over de toegevoegde waarde" in plaats van "belasting op de toegevoegde waarde".

1.3. Onverminderd de algemene opmerking onder 2 en rekening houdend met de draagwijdte van de inleidende zin van artikel 1, § 1, tweede lid, verdient het aanbeveling om de opsomming in dat lid beperkt te houden tot de in 1° tot 3° vermelde overheidsopdrachten en om in een afzonderlijk lid aan te geven dat de instemming van de Ministerraad eveneens vereist is voor de voorstellen van concessies en de ontwerpen van conventie, waarvan nu sprake is in respectievelijk de punten 4° en 5° van artikel 1, § 1, tweede lid, van het ontwerp (zie ook artikel 51, § 2, van het koninklijk besluit van 22 april 1977).

2. Onverminderd de opmerking sub 1.1, wordt voor artikel 1, § 2, van het ontwerp de volgende redactie in overweging gegeven :

.../...

"Indien het geraamde bedrag van een opdracht lager is dan het overeenkomstige bedrag bepaald in § 1, maar de prijs van de goed te keuren offerte dat bedrag met meer dan vijftien procent overschrijdt, is voor de gunning van de overheidsopdracht de instemming van de Ministerraad eveneens vereist".

3.1. De tekst van artikel 1, § 5, 1^o, tweede lid, van het ontwerp vertoont, in vergelijking met de overeenkomstige bepaling van artikel 51, § 5, 1^o, tweede lid, van het koninklijk besluit van 22 april 1977, een aantal verschillpunten. Zo wordt in het ontwerp nog uitsluitend gerefereerd aan de inschrijvers die tevens "voldeden aan de minimeisen op beroeps-, economisch en technisch vlak en die een offerte indienden die aan de formele eisen van de eerste procedure voldeed" en wordt in fine van hetzelfde lid niet langer gewaagd van de "louter vormelijke aanpassingen" welke aan het bestek of de bescheiden die het vervangen mogen worden aangebracht. In het verslag aan de Koning zou moeten worden verduidelijkt waarom, in afwijking van het bestaande artikel 51, § 5, 1^o, tweede lid, van het koninklijk besluit van 22 april 1977, werd geopteerd voor een systeem van "strikt noodzakelijke aanpassingen" als bedoeld in fine van artikel 1, § 5, 1^o, tweede lid, van het ontwerp. Tevens zal men zich erover moeten bezinnen of het betrokken begrip wel voldoende afgebakend is.

3.2. In artikel 1, § 5, 5^o, van het ontwerp wordt gewag gemaakt van "de opdrachten gegund in naam en voor rekening van een overheid die niet bedoeld is in artikel 4 van de

.../...

wet". Gelet op het vrij ruime toepassingsgebied dat in de voornoemde wetsbepaling wordt omschreven en ermee rekening houdend dat de Koning uiteraard niet het bevoegdheidsdomein van de Gemeenschappen en de Gewesten mag betreden, zou - minstens in het verslag aan de Koning - moeten worden verduidelijkt welke opdrachten precies worden beoogd in artikel 1, § 5, 5°, van het ontwerp.

Artikel 2.

In artikel 2 van het ontwerp wordt de gunning van opdrachten beoogd "voor rekening van de publiekrechtelijke personen die niet bij artikel 1 zijn bedoeld en onder de controlebevoegdheid van een minister vallen". Vermits in artikel 1 van het ontwerp al wordt gerefereerd aan artikel 6 van de wet van 24 december 1993, kan worden overwogen om in aansluiting hierop en voor zover zulks strookt met de bedoeling van de stellers van het ontwerp, de in artikel 2 beoogde publiekrechtelijke personen te omschrijven door verwijzing naar artikel 6, tweede lid, van de voornoemde wet. Tevens dient in de Nederlandse tekst - naar analogie van de Franse tekst - te worden geschreven "in naam van" en niet "voor rekening van".

In fine van artikel 2 schrijve men :

"... onder de controlebevoegdheid van een minister vallen, onderworpen aan dezelfde voorwaarden als die bepaald in artikel 1 van dit besluit, met dien verstande dat de instemming van de Ministerraad wordt vervangen door de

.../...

instemming van de bevoegde minister en van de minister die de begroting onder zijn bevoegdheid heeft".

Artikel 3.

In de Nederlandse tekst moet worden gelezen :
"... , binnen de in dit hoofdstuk bepaalde grenzen, haar bevoegdheid overdragen aan ...".

Artikel 4.

1. Blijkens het verslag aan de Koning houdt de overdracht van de betrokken bevoegdheid in dat het voorwerp van de uitgave vooraf moet zijn toegelaten door de bevoegde overheid, "... wat kan gebeuren ofwel door de goedkeuring van een programma waarin dit voorwerp begrepen is, ofwel door een beslissing over dit voorwerp zelf, met name indien het programma nog niet werd goedgekeurd". Teneinde erover geen onduidelijkheid te laten bestaan dat de desbetreffende toelating wel degelijk vooraf dient te worden verleend, kan in fine van artikel 4, § 1, eerste lid, van het ontwerp worden geschreven : "... voor zover de bevoegde overheid vooraf het voorwerp van de uitgave heeft toegestaan".

2. Rekening houdend met de algemene opmerking sub 3, kan de vermelding van het opschrift van de in artikel 4, § 1, tweede lid, genoemde koninklijke besluiten worden weggelaten. Voorts dient in hetzelfde lid naar artikel 108

.../...

van het koninklijk besluit van 10 januari 1996, en niet naar artikel 103 van dat besluit, te worden verwezen.

Artikel 7.

1. In fine van artikel 7, eerste lid, van het ontwerp is in de Nederlandse tekst sprake van het "teruggeven" van boeten, in de Franse tekst wordt geschreven "remettre les amendes". In de overeenkomstige bepaling van artikel 4, eerste lid, van het koninklijk besluit van 13 december 1977, wordt in de Franse tekst dezelfde terminologie gehanteerd, doch is in de Nederlandse tekst sprake van de term "kwijtschelden". Het verdient aanbeveling om deze laatste term ook in artikel 7, eerste lid, van het ontwerp te bezigen.

2. Het maximumbedrag waarvan in artikel 6, § 1, 3°, van het ontwerp melding wordt gemaakt is 25 miljoen frank. Ter wille van de duidelijkheid kan dat bedrag ook in artikel 7, tweede lid, van het ontwerp worden ingeschreven, zodat de in dat lid voorkomende verwijzing naar "het bedrag van de bevoegdheid toegestaan door artikel 6, § 1, 3°" kan worden weggelaten.

Voorts kan artikel 7, tweede lid, op een meer leesbare wijze worden geredigeerd als volgt :

"Voor de toepassing van het eerste lid mag het bedrag dat de bevoegdheid beperkt om van de essentiële bepalingen en voorwaarden van de opdracht of van de concessie

.../...

voor openbare werken af te wijken, niet hoger liggen dan 25 miljoen frank".

Artikel 8.

Het verslag aan de Koning doet ervan blijken dat artikel 8 van het ontwerp beoogt de berekeningswijze te bepalen voor de "raming" (Fr. : "évaluation") van de bedragen van de in het besluit bedoelde overheidsopdrachten. In de Nederlandse tekst van artikel 8 wordt evenwel van het "toetsen" van bedragen melding gemaakt. Beter ware het om, zoals in het verslag aan de Koning, de term "ramen" te gebruiken, dan wel de term "waarderen". In het laatste geval wordt in de Franse tekst dan bij voorkeur "estimer" geschreven.

Artikel 9.

Artikel 9 van het ontwerp beoogt het koninklijk besluit van 13 december 1977 op te heffen. Vraag is evenwel of het ontwerp niet in een overgangsregeling moet voorzien voor wat betreft de procedures van gunning welke op het tijdstip van de inwerkingtreding van het besluit in ontwerp weliswaar in gang zijn gezet, doch nog niet zijn uitgemond in een beslissing omtrent de gunning.

.../...

Artikel 10.

Vermits de voor advies voorgelegde tekst een ontwerp van koninklijk besluit is, dient de redactie van artikel 10 - dat, gelet op wat voorafgaat, een ander nummer zal krijgen - te worden aangepast als volgt :

"Art. (10). Dit besluit treedt in werking op de door Ons te bepalen datum".

PORTEE ET FONDEMENT LEGAL DU PROJET.

1. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis poursuit un double objectif.

1.1. En premier lieu, il comporte des règles en matière de contrôle préalable en matière de passation de certains marchés publics (chapitre Ier). Il s'agit en l'espèce, de la passation de marchés visés à l'article 6 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de la passation de marchés pour le compte des organismes relevant, au niveau fédéral, de l'autorité hiérarchique d'un ministre (article 1er du projet).

Le projet détermine les cas qui, pour la passation de ces marchés, requièrent l'accord préalable du Conseil des Ministres, et les cas où cet accord du Conseil des Ministres, soit n'est pas requis, soit est remplacé par l'accord du Premier Ministre. Des critères déterminants à cet égard sont le mode de passation et le montant estimé du marché.

En ce qui concerne les marchés passés au nom de personnes de droit public autres que celles visées à l'article 1er du projet, et soumises au pouvoir de contrôle d'un ministre, l'accord requis est en principe celui "du ministre compétent et du ministre ayant le budget dans ses attributions" (article 2 du projet).

.../...

1.2. En second lieu, le projet fixe les conditions dans lesquelles les compétences en matière de passation et d'exécution des marchés publics et de concessions de travaux publics peuvent être déléguées (chapitre II). Le projet énumère les diverses compétences susceptibles d'être déléguées, en mentionnant chaque fois les conditions spécifiques dans lesquelles cette délégation peut avoir lieu. C'est ainsi qu'est prévue la possibilité de déléguer le pouvoir d'arrêter le cahier spécial des charges, de choisir le mode de passation et d'engager la procédure (article 4 du projet), le pouvoir de sélectionner les candidats (article 5 du projet), le pouvoir de conclure le marché (article 6 du projet) et le pouvoir de déroger aux clauses et conditions essentielles du marché ou de la concession, de transiger et de "remettre" des amendes déterminées (article 7 du projet).

Les règles ainsi élaborées se substitueront à celles de l'arrêté royal correspondant du 13 décembre 1977, que l'article 9 du projet tend à abroger.

2. Au double objectif des règles en vigueur correspond un double fondement légal, à savoir, d'une part l'article 6, alinéa 3, de la loi précitée du 24 décembre 1993 et, d'autre part, l'article 13, alinéa 2, de la même loi.

L'article 6, alinéas 1er et 2, de la loi du 24 décembre 1993 règle la compétence en matière de passation et d'exécution de marchés de l'Etat, d'organismes relevant, au plan fédéral, de l'autorité hiérarchique d'un ministre et

.../...

d'autres personnes de droit public. Selon l'alinéa 3 de la même disposition, ces pouvoirs peuvent être délégués "dans les limites fixées par le Roi, sauf lorsqu'une disposition légale particulière règle cette délégation".

L'article 13, alinéa 2, de la loi du 24 décembre 1993 charge le Roi de déterminer les conditions éventuelles auxquelles le choix du mode de passation est subordonné.

OBSERVATIONS GENERALES.

1. Plusieurs dispositions du projet sont analogues ou, à tout le moins, parallèles à des dispositions d'arrêtés royaux déjà existants. C'est ainsi que les dispositions du chapitre Ier du projet sont manifestement inspirées des articles 51 et 52 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, et certaines dispositions du chapitre II du projet correspondent dans une large mesure aux articles de l'arrêté royal du 13 décembre 1977 relatif aux délégations de pouvoir en matière de passation et d'exécution de marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

Dans certains cas, le rapport au Roi relatif au projet précise dans quelle mesure celui-ci s'inspire des dispositions correspondantes de la réglementation existante, ou y déroge, sans que des précisions soient fournies, pour le surplus, en ce qui concerne les dispositions qui sont reproduites sans modification parmi les règles en projet. Il est fort douteux que pareil procédé soit de nature à concourir à la grande utilité pratique qu'un rapport au Roi peut offrir dans une matière présentant une complexité technique, telle que les marchés publics. Il est recommandé, en effet,

.../...

d'inscrire dans le rapport au Roi un commentaire cohérent, portant sur tous les éléments de la réglementation et non uniquement sur les éléments qui doivent être considérés comme nouveaux en comparaison avec ce qui existait auparavant. Cette observation est d'autant plus pertinente lorsque la réglementation, dont les dispositions reproduites faisaient partie, est abrogée et que le rapport au Roi, relatif aux règles nouvellement élaborées, doit par conséquent se lire dans le contexte des précisions que le rapport au Roi, qui était joint à l'époque aux règles à abroger (voir, par exemple, l'arrêté royal du 13 décembre 1977), avait données au sujet des dispositions déjà existantes.

2. A la lumière notamment de la constatation, faite sous le point 1, quant au parallélisme existant entre certaines dispositions du projet et celles d'arrêtés déjà existants, il conviendrait de veiller à ce que des dispositions analogues soient formulées de manière identique et que, dans la mesure du possible et pour autant que cela corresponde aux intentions des auteurs des règles en projet, elles reflètent la rédaction et la terminologie de dispositions similaires. C'est ainsi que la rédaction de l'article 1er, § 1er, alinéa 1er, du projet peut donner à penser que le Conseil des Ministres devra désormais statuer sur la passation des marchés publics concernés, alors que, selon l'article 6, alinéa 1er, de la loi du 24 décembre 1993, il appartient au ministre compétent de prendre les décisions requises en la matière et que, selon le fonctionnaire délégué, les auteurs n'entendent d'ailleurs aucunement inscrire à l'article 1er, § 1er, alinéa 1er, une dérogation à ce pouvoir du ministre. Il serait donc préférable d'adopter autant que possible, pour l'article 1er, § 1er, du projet, la même rédaction que celle de l'article 51, phrase

introductive, et du paragraphe 1er, phrase introductive, de l'arrêté royal du 22 avril 1977. Il en résulterait que l'article 1er du projet disposerait expressément que l'accord du Conseil des Ministres est requis avant qu'une procédure de passation ne puisse être engagée et que l'obtention de cet accord constitue l'une des conditions auxquelles la passation des marchés publics concernés est soumise (1).

En tout état de cause, il y a lieu d'éviter que, par exemple, le texte français s'inspire de la rédaction d'une disposition existante, alors que le texte néerlandais adopte une rédaction libre, s'écartant de la disposition originelle. C'est ainsi que le texte français de l'article 1er, § 5, 1^o, alinéa 1er, du projet, fait état de "difficultés mineures d'interprétation", tandis que le texte néerlandais mentionne des "geringe moeilijkheden bij de interpretatie". Toutefois, dans la disposition correspondante de l'article 51, § 5, 1^o, alinéa 1er, de l'arrêté royal du 22 avril 1977, le texte français mentionne des "difficultés d'interprétation mineures", tandis que le texte néerlandais porte "ondergeschikte interpretatiemoeilijkheden". Pareille adaptation de la rédaction appelle des questions quant à l'intention des auteurs des règles en projet, dès lors que le texte néerlandais surtout donne l'impression que l'on vise en l'occurrence à en modifier la teneur. Si telle n'est pas l'intention, il serait préféra-

(1) A cet effet, il peut être indiqué dans un paragraphe 1er, distinct, de l'article 1er que les paragraphes suivants de cet article contiennent des conditions auxquelles la passation est soumise. Le paragraphe 2 pourrait, alors, commencer comme suit : "Avant d'entamer toute procédure de passation, les propositions de marchés, avec indication ... doivent obtenir l'accord du Conseil des Ministres, lorsqu'il s'agit : 1^o des marchés publics à passer ...".

ble, par souci de la sécurité juridique, d'assurer la concordance de la rédaction de l'article 1er, § 5, 1^o, alinéa 1er, du projet, tant dans le texte français que dans le texte néerlandais, avec celle de l'article 51, § 5, 1^o, alinéa 1er, originel, de l'arrêté royal du 22 avril 1977.

3. Par souci de la clarté et de la lisibilité des règles en projet, il est suggéré d'inscrire au début du projet un article 1er, structuré comme suit :

"Article 1er. Pour l'application du présent arrêté, on entend par :

- 1^o la loi : la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics ...;
- 2^o l'arrêté royal du 8 janvier 1996 : l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux ...;
- 3^o l'arrêté royal du 10 janvier 1996 : l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux ...".

Ce procédé permettrait d'omettre les définitions figurant actuellement aux articles 1er, § 1er, alinéa 1er, et 4, § 1er, alinéa 2, du projet, et il n'y aurait plus lieu de faire mention dans ces dispositions des intitulés des textes normatifs concernés, ce qui ne pourra que promouvoir la lisibilité du projet. Si cette suggestion est admise, il y aura évidemment lieu d'adapter la numérotation des articles du projet.

OBSERVATIONS PARTICULIERES.Préambule.

1. Il conviendrait d'écrire à la fin du texte néerlandais du premier alinéa du préambule :

"... inzonderheid op de artikelen 6, derde lid, en 13, tweede lid;".

2. Les deuxième, troisième et quatrième alinéas du préambule peuvent être supprimés, dès lors qu'ils visent des textes qui ne procurent aucun fondement légal aux règles en projet et ne sont pas davantage modifiés par ces règles.

3. Il appert des documents adressés au Conseil d'Etat, section de législation, que le projet a encore été examiné par la Commission des marchés publics en sa séance du 25 septembre 1995. Il y a lieu, dès lors, d'adapter la date mentionnée au cinquième alinéa du préambule.

Chapitre premier.

Dans le texte néerlandais, il conviendrait de remplacer le mot "tussenkost" par "rol".

.../...

Article 1er.

1. Afin de pouvoir plus facilement citer l'article 1er, il serait indiqué de le scinder en plusieurs articles.

1.1. L'article 1er, § 1er, du projet, fait état de certains montants de référence qui doivent être dépassés pour que l'accord du Conseil des Ministres soit requis. L'article 1er, § 2, du projet, se réfère aux mêmes montants, mais envisage l'hypothèse où l'estimation du marché correspond à un montant inférieur à celui des montants énumérés à l'article 1er, § 1er. La question se pose de savoir si, lors de la rédaction des paragraphes 1er et 2 combinés de l'article 1er, il a été suffisamment tenu compte de ce que l'estimation du marché peut correspondre exactement à un montant mentionné à l'article 1er, § 1er, du projet.

1.2. Dans le texte néerlandais de l'article 1er, § 1er, alinéa 2, 1^o, ainsi que dans la suite du projet, il y aurait lieu d'écrire chaque fois "belasting over de toegevoegde waarde" au lieu de "belasting op de toegevoegde waarde".

1.3. Sans préjudice de l'observation générale formulée sous le point 2, et compte tenu de la portée de la phrase introductive de l'article 1er, § 1er, alinéa 2, il est recommandé de limiter l'énumération figurant dans cet alinéa aux marchés publics mentionnés aux 1^o à 3^o, et d'indiquer dans un alinéa distinct que l'accord du Conseil des Ministres est également requis pour les propositions de concessions et les projets de convention, visés respectivement aux

.../...

4º et 5º de l'article 1er, § 1er, alinéa 2, du projet (voir également l'article 51, § 2, de l'arrêté royal du 23 avril 1977).

2. Sans préjudice de l'observation formulée sous le point 1.1, la rédaction suivante est suggérée pour l'article 1er, § 2, du projet :

"L'accord du Conseil des Ministres est également requis lorsque le montant estimé du marché est inférieur au montant correspondant fixé au § 1er, mais que le prix de l'offre à approuver dépasse ce montant de plus de quinze pour cent".

3.1. Le texte de l'article 1er, § 5, 1º, alinéa 2, du projet présente plusieurs différences par rapport à la disposition correspondante de l'article 51, § 5, 1º, alinéa 2, de l'arrêté royal du 22 avril 1977. C'est ainsi que le projet mentionne encore exclusivement les soumissionnaires qui "répondaient (en outre) aux conditions minimales de caractère professionnel, économique et technique et qui ont déposé une offre répondant aux exigences formelles de la première procédure", tandis que le même alinéa, in fine, ne fait plus mention des "adaptations de pure forme" qui peuvent être apportées au cahier des charges ou aux documents en tenant lieu. Il conviendrait de préciser dans le rapport au Roi pourquoi, en dérogation à l'article 51, § 5, 1º, alinéa 2, existant, de l'arrêté royal du 22 avril 1977, le choix s'est porté sur un système d'"adaptations rendues

.../...

strictement nécessaires", visées à l'article 1er, § 5, 1º, alinéa 2, in fine, du projet. Il y aurait lieu, en outre, de se demander si la notion concernée est délimitée avec une précision suffisante.

3.2. L'article 1er, § 5, 5º, du projet fait mention des "marchés passés au nom et pour compte d'une autorité non visée par l'article 4 de la loi". Compte tenu du champ d'application assez large qui est défini dans la disposition législative visée, ainsi que du fait que le Roi ne peut évidemment pas empiéter sur le domaine des compétences des Communautés et des Régions, il conviendrait de préciser - à tout le moins dans le rapport au Roi - quels sont les marchés précis qui sont visés à l'article 1er, § 5, 5º, du projet.

Article 2.

L'article 2 du projet vise la passation de marchés "au nom des personnes de droit public non visées à l'article 1er et soumises au pouvoir de contrôle d'un ministre". Dès lors que l'article 1er du projet se réfère déjà à l'article 6 de la loi du 24 décembre 1993, les auteurs du projet pourraient par conséquent, et pour autant que cela corresponde à leurs intentions, définir les personnes de droit public, visées à l'article 2, par une référence à l'article 6, alinéa 2, de la loi susvisée. En outre, on écrira dans le texte néerlandais, comme dans le texte français, "in naam van" au lieu de "voor rekening van".

.../...

Il serait préférable d'écrire à l'article 2, in fine :

"... soumises au pouvoir de contrôle d'un ministre, est subordonnée aux mêmes conditions que celles prévues à l'article 1er du présent arrêté, étant entendu que l'accord du Conseil des Ministres est remplacé par l'accord du ministre compétent et du ministre qui a le budget dans ses attributions".

Article 3.

Dans le texte néerlandais, il y aurait lieu d'écrire : "..., binnen de in dit hoofdstuk bepaalde grenzen, haar bevoegdheid overdragen aan ...".

Article 4.

1. Selon le rapport au Roi, la délégation du pouvoir concerné implique que l'objet de la dépense ait été autorisé, au préalable, par l'autorité compétente, "ce qui peut se faire soit par l'approbation d'un programme dans lequel cet objet est compris, soit par une décision propre à cet objet, notamment si le programme n'est pas encore approuvé". Afin de ne laisser subsister aucune imprécision quant au fait que l'autorisation concernée doit effectivement être accordée au préalable, l'on peut écrire à l'article 4, § 1er, alinéa 1er, in fine, du projet : "... pour autant que l'objet de la dépense ait été autorisé au préalable par l'autorité compétente".

.../...

2. Compte tenu de l'observation générale formulée sous le point 3, la mention de l'intitulé des arrêtés royaux visés à l'article 4, § 1er, alinéa 2, peut être omise. En outre, le même alinéa devrait viser l'article 108 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, et non pas l'article 103 de cet arrêté.

Article 7.

1. A l'article 7, alinéa 1er, in fine, du projet il est question, dans le texte français de "remettre les amendes", tandis que le texte néerlandais emploie le terme "teruggeven". Dans la disposition correspondante de l'article 4, alinéa 1er, de l'arrêté royal du 13 décembre 1977, le texte français fait usage de la même terminologie, tandis que le texte néerlandais recourt au terme "kwijtschelden". Il est recommandé d'utiliser également ce dernier terme dans le texte néerlandais de l'article 7, alinéa 1er, du projet.

2. Le montant maximum mentionné à l'article 6, § 1er, 3°, du projet est de 25 millions de francs. Dans un souci de clarté, il serait indiqué d'inscrire également ce montant à l'article 7, alinéa 2, du projet, de sorte que la mention du "montant qui limite la délégation accordée par l'article 6, § 1er, 3°", figurant dans cet alinéa, puisse être omise.

.../...

L'article 7, alinéa 2, pourrait, en outre, être rédigé d'une manière plus lisible, comme suit :

"Pour l'application de l'alinéa premier, le montant qui limite le pouvoir de déroger aux clauses et conditions essentielles du marché ou de la concession de travaux publics ne peut être supérieur à 25 millions de francs".

Article 8.

Il ressort du rapport au Roi que l'article 8 du projet vise à déterminer le mode de calcul pour "l'évaluation" (Nl. : "raming") des montants des marchés publics visés par l'arrêté. Toutefois, le texte néerlandais de l'article 8 utilise le terme "toetsen" pour indiquer cette évaluation. Il serait préférable, à l'instar du rapport au Roi, d'utiliser le terme néerlandais "ramen", sinon le terme "waarderen". Dans ce dernier cas, il serait cependant préférable d'écrire dans le texte français "estimer".

Article 9.

L'article 9 du projet tend à abroger l'arrêté royal du 13 décembre 1977. La question se pose toutefois de savoir s'il n'y aurait pas lieu de prévoir un régime transitoire en ce qui concerne les procédures de passation déjà engagées au moment de l'entrée en vigueur de l'arrêté, mais qui n'ont pas encore abouti à une décision quant à la passation.

.../...

Article 10.

Le texte soumis pour avis étant un projet d'arrêté royal, il conviendrait d'adapter comme suit la rédaction de l'article 10 - dont, compte tenu de ce qui précède, il y aura lieu d'adapter la numérotation - :

"Art. (10). Le présent arrêté entre en vigueur à la date à déterminer par Nous".

De kamer was samengesteld uit

La chambre était composée de

de Heren : J. DE BRABANDERE,
Messieurs :

kamervoorzitter,
président de chambre,

M. VAN DAMME,
D. ALBRECHT,

staatsraden,
conseillers d'Etat,

G. SCHRANS,
E. WYMEERSCH,

assessoren van de
afdeling wetgeving,
assesseurs de la
section de législation,

Mevrouw : A. BECKERS,
Madame :

griffier,
greffier.

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

Het verslag werd uitgebracht door de H. P. DEPUYDT, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. E. VANHERCK, adjunct-referendaris.

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

Le rapport a été présenté par M. P. DEPUYDT, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par M. E. VANHERCK, référendaire adjoint.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

A. BECKERS.

J. DE BRABANDERE.