

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 49.698/1
VAN 26 MEI 2011

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

DE RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste kamer, op 13 mei 2011 door de Eerste Minister verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit “plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren”, heeft het volgende advies gegeven:

Rekening houdend met het tijdstip waarop dit advies gegeven wordt, vestigt de Raad van State de aandacht op het feit dat, wegens het ontslag van de regering, de bevoegdheid van deze laatste beperkt is tot het afhandelen van de lopende zaken. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit ontwerp in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling Wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens welke de regering in aanmerking kan nemen als ze te oordelen heeft of het vaststellen of het wijzigen van een verordening noodzakelijk is.

*

* *

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Het om advies voorgelegde ontwerp herneemt in ruime mate de bepalingen uit het ontwerp van koninklijk besluit “gunning overheidsopdrachten”, waarover de Raad van State, afdeling Wetgeving, op 2 december 2010 advies 48.803/1 heeft uitgebracht. Daarnaast bevat het ontwerp een aantal bepalingen die eveneens waren opgenomen in het voornoemde ontwerp 48.803/1, maar waarvan de redactie als gevolg van opmerkingen van de Raad van State in advies 48.803/1 werd aangepast.

De Raad van State, afdeling Wetgeving, onthoudt zich van een onderzoek van de bepalingen van het ontwerp die ongewijzigd uit het ontwerp 48.803/1 werden overgenomen of die in een aangepaste vorm werden overgenomen, rekening houdend met de in advies 48.803/1 gemaakte opmerkingen. Dit advies moet bijgevolg worden gelezen in samenhang met het voornoemde advies 48.803/1.

Het onderzoek van het voorliggende ontwerp blijft dus beperkt tot de bepalingen die, in vergelijking met die van het ontwerp 48.803/1, geheel of gedeeltelijk nieuw zijn en die niet zijn aangepast als gevolg van opmerkingen in advies 48.803/1. Het gaat meer in het bijzonder om de artikelen 12, 54, 105, § 1, 2° en 4°, en 146, van het ontwerp. Deze bepalingen vinden rechtsgrond in sommige van de artikelen van de wet van 15 juni 2006 “overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten”, waarnaar wordt verwezen in het derde lid van de aanhef van het ontwerp.

2. De stellers van het ontwerp doen er goed aan om, naar aanleiding van de omschrijving of het gebruik van sommige begrippen in het ontwerp en ter wille van de coherentie van de regelgeving inzake overheidsopdrachten, na te gaan of bepaalde begrippen die voorkomen in andere, in voorbereiding zijnde normatieve teksten inzake overheidsopdrachten, daarmee niet in overeenstemming moeten worden gebracht. Zo wordt in het opschrift van het ontwerp het begrip “plaatsing” gebruikt, terwijl dat begrip in diverse, nog in voorbereiding zijnde normatieve teksten op een inhoudelijk verschillende wijze wordt omschreven¹. Afhankelijk van de betekenis die aan het betrokken begrip wordt gegeven, zal de redactie van het opschrift gebeurlijk moeten worden aangepast.²

ONDERZOEK VAN DE DESBETREFFENDE BEPALINGEN VAN HET ONTWERP

Aanhef

1. Aan het einde van het vierde lid van de aanhef van het ontwerp schrappe men de woorden “, artikel 19, § 1”.

2. Het vijfde lid van de aanhef moet worden geredigeerd als volgt:

“Gelet op de adviezen van de Commissie voor de overheidsopdrachten, gegeven op 11 januari 2010 en 7 februari 2011;”.

3. Men redigere het achtste lid van de aanhef als volgt:

“Gelet op de adviezen 48.803/1 en 49.698/1 van de Raad van State, respectievelijk gegeven op 2 december 2010 en op 26 mei 2011, met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;”.

¹ De betekenis die aan het begrip “plaatsing” wordt gegeven in het ontwerp van wet “tot wijziging van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006”, waarover de Raad van State, afdeling Wetgeving, op 5 mei 2011 advies 49.529/1 heeft verleend, verschilt bijvoorbeeld van de betekenis die aan dat begrip wordt gegeven in het meermaals genoemde ontwerp 48.803/1.

² Wordt onder “plaatsing” enkel het geheel van de handelingen begrepen die aan de “gunning” en de “sluiting” van de overheidsopdracht voorafgaan, dan zou in het opschrift bijvoorbeeld ook aan deze laatste twee begrippen moeten worden gerefereerd.

Artikel 12

1. In het eerste lid van artikel 12 van het ontwerp stemmen de woorden “kunnen de inschrijver verplichten”, in de Nederlandse tekst, niet overeen met de woorden “peuvent demander au soumissionnaire”, in de Franse tekst. Waar in de Nederlandse tekst wordt gerefereerd aan een verplichting, is dat in de Franse tekst (demandeur) niet het geval. Een van beide teksten moet derhalve worden aangepast.

2. De zinsnede “is de inschrijver hoe dan ook verplicht om het eerste lid na te leven”, in artikel 12, tweede lid, van het ontwerp, wekt de indruk dat de inschrijver in andere omstandigheden dan die welke in het tweede lid worden bedoeld, ervoor kan opteren om het bepaalde in artikel 12, eerste lid, niet na te leven. Rekening houdend met de in het verslag aan de Koning verstrekte verduidelijking lijkt dat niet de bedoeling te zijn, doch wordt in artikel 12, tweede lid, beter geschreven:

“De inschrijver neemt in zijn offerte steeds de gegevens op die worden vermeld in het eerste lid, wanneer een procedure meer dan één fase omvat en de draagkracht van de onderaannemers en de andere entiteiten bedoeld in artikel 74, bepalend is voor zijn selectie”.

Artikel 54

Luidens artikel 79 van de reeds genoemde wet van 15 juni 2006 worden de koninklijke besluiten welke ter uitvoering of met toepassing van die wet worden vastgesteld “in Ministerraad overlegd”. Het is derhalve overbodig en misleidend om in artikel 54, § 2, tweede lid, van het ontwerp te bepalen dat de betrokken voorwaarden door de Koning worden vastgesteld “bij besluit na overleg in de Ministerraad”. Dergelijke vermelding is overbodig omdat de verplichting tot overleg in de Ministerraad reeds uit de wet van 15 juni 2006 voortvloeit en die verplichting derhalve niet moet worden herhaald in een uitvoeringsbesluit. De vermelding is bovendien misleidend omdat ermee ten onrechte de indruk kan worden gewekt dat het aan de Koning toekomt om af te wijken of vrij te stellen van de door de wetgever opgelegde overlegverplichting. Uit wat voorafgaat volgt dat de zinsnede “, vastgesteld bij besluit na overleg in de Ministerraad”, in artikel 54, § 2, tweede lid, van het ontwerp, moet worden geschrapt.

Artikel 146

Luidens artikel 146 van het ontwerp worden de beoogde opdrachten voor juridische diensten “in principe” geplaatst via onderhandelingsprocedure met bekendmaking. Het is niet duidelijk welke de precieze draagwijdte is van de woorden “in principe”. Meer bepaald laten die woorden niet toe om op een voldoende rechtszekere wijze vast te stellen wanneer de onderhandelingsprocedure met bekendmaking moet worden doorlopen en wanneer dat niet dient te gebeuren. De tekst van het ontwerp dient op dit punt te worden verduidelijkt.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT,	
	W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	M. TISON,	assessoren van de
	L. DENYS,	afdeling Wetgeving,
Mevrouw	A. BECKERS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de Heer P. T'KINDT, auditeur.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

A. BECKERS

M. VAN DAMME

ROYAUME BELGIQUE

AVIS 49.698/1
DU 26 MAI 2011

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

LE CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre, saisi par le Premier Ministre, le 13 mai 2011, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal « relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques », a donné l'avis suivant:

Compte tenu du moment où le présent avis est donné, le Conseil d'État attire l'attention sur le fait qu'en raison de la démission du gouvernement, la compétence de celui-ci se trouve limitée à l'expédition des affaires courantes. Le présent avis est toutefois donné sans qu'il soit examiné si le projet relève bien de la compétence ainsi limitée, la section de législation n'ayant pas connaissance de l'ensemble des éléments de fait que le gouvernement peut prendre en considération lorsqu'il doit apprécier la nécessité d'arrêter ou de modifier des dispositions réglementaires.

*

* *

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Le projet soumis pour avis s'inspire largement des dispositions du projet d'arrêté royal « relatif à la passation des marchés publics » sur lequel le Conseil d'État, section de législation, a donné le 2 décembre 2010 l'avis 48.803/1. En outre, il contient un certain nombre de dispositions qui figuraient également dans le projet 48.803/1 précité, mais dont l'énoncé a été adapté à la suite des observations que le Conseil d'État avait formulées dans ce même avis.

Le Conseil d'État, section de législation, s'abstient d'examiner les dispositions du projet qui ont été empruntées telles quelles du projet 48.803/1 ou qui ont été adaptées conformément aux observations formulées dans l'avis portant ce numéro. Dès lors, le présent avis doit être lu en combinaison avec l'avis 48.803/1 précité.

L'examen du présent projet se limite donc aux dispositions qui, comparativement à celles du projet 48.803/1, sont partiellement ou entièrement neuves et n'ont pas été adaptées compte tenu des observations formulées dans l'avis 48.803/1. Il s'agit notamment des articles 12, 54, 105, § 1^{er}, 2^o et 4^o, et 146 du projet. Ces dispositions trouvent leur fondement juridique dans certains des articles de la loi du 15 juin 2006 « relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services » visée au troisième alinéa du préambule du projet.

2. Il serait bon que les auteurs du projet vérifient si, pour la définition ou pour l'emploi de certaines notions dans le projet et dans un souci de cohérence de la réglementation en matière de marchés publics, il n'y aurait pas lieu d'aligner ces notions sur certaines notions utilisées dans d'autres textes normatifs en préparation concernant la même matière. Ainsi, la notion de « passation » est utilisée dans l'intitulé du projet, alors que dans divers textes normatifs

encore en préparation, la portée de cette notion est définie différemment³. L'intitulé devra éventuellement être adapté selon la signification donnée à cette notion.⁴

EXAMEN DES DISPOSITIONS CONCERNÉES DU PROJET

Préambule

1. À la fin du quatrième alinéa du préambule du projet, on supprimera les mots « , l'article 19, § 1^{er} ».

2. Le cinquième alinéa du préambule sera rédigé comme suit:

« Vu les avis de la Commission des marchés publics, donnés les 11 janvier 2010 et 7 février 2011; ».

3. On rédigera le huitième alinéa du préambule comme suit:

« Vu les avis 48.803/1 et 49.698/1 du Conseil d'État, donnés respectivement le 2 décembre 2010 et le 26 mai 2011, en application de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973 ; ».

Article 12

1. À l'alinéa 1^{er} de l'article 12 du projet, les mots « peuvent demander au soumissionnaire », dans le texte français, ne correspondent pas aux mots « kunnen de inschrijven verplichten », dans le texte néerlandais. Contrairement au texte français (demander), le texte néerlandais fait référence à une obligation. Il faudra dès lors adapter l'un des deux textes.

³ La signification donnée à la notion de « passation » dans le projet de loi « modifiant la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services » sur lequel le Conseil d'État, section de législation, a donné, le 5 mai 2011, l'avis 49.529/1, diffère par exemple de la signification que lui donne le projet 48.803/1 précité.

⁴ Si par « passation » l'on entend uniquement l'ensemble des actes qui précèdent l'« attribution » ou la « conclusion » du marché, il faudrait dans ce cas, que l'intitulé par exemple, vise également ces deux dernières notions.

2. Le segment de phrase « En toute hypothèse, le soumissionnaire respecte l'alinéa premier (lire : 1^{er}) » figurant à l'article 12, alinéa 2, du projet, donne à penser que dans d'autres circonstances que celles visées à l'alinéa 2 le soumissionnaire peut faire le choix de ne pas respecter l'article 12, alinéa 1^{er}. Compte tenu des précisions apportées dans le rapport au Roi, telle ne semble pas être l'intention. Il serait néanmoins préférable d'écrire à l'article 12, alinéa 2 :

« Le soumissionnaire indique toujours dans son offre les informations mentionnées à l'alinéa 1^{er} lorsque la procédure comprend plus d'une phase et que la capacité des sous-traitants et des autres entités visées à l'article 74 est déterminante pour sa sélection ».

Article 54

Selon l'article 79 de la loi précitée du 15 juin 2006, les arrêtés royaux pris en exécution ou en application de cette loi sont « délibérés en Conseil des Ministres ». Il est dès lors superflu et de nature à induire en erreur de disposer à l'article 54, § 2, alinéa 2, du projet, que les conditions visées sont fixées par le Roi « par arrêté délibéré en Conseil des Ministres ». Cette mention est superflue parce que l'obligation de délibération en Conseil des ministres découle déjà de la loi du 15 juin 2006 et que, partant, il ne faut pas rappeler cette obligation dans un arrêté d'exécution. Cette mention induit de surcroît en erreur parce qu'elle donne erronément à penser qu'il appartient au Roi de déroger à l'obligation de délibération imposée par le législateur ou de dispenser de cette obligation. Il faut par conséquent supprimer le segment de phrase « , par arrêté délibéré en Conseil des Ministres » figurant à l'article 54, § 2, alinéa 2, du projet.

Article 146

Selon l'article 146 du projet, les marchés de services juridiques visés sont passés « en principe » par procédure négociée avec publicité. On n'aperçoit pas la portée précise des mots « en principe ». Ces termes ne permettent notamment pas de déterminer avec une sécurité juridique suffisante dans quels cas la procédure négociée avec publicité doit être appliquée et dans quels cas pas. Il s'impose de préciser le texte du projet sur ce point.

La chambre était composée de

Messieurs	M. VAN DAMME,	président de chambre,
	J. BAERT,	
	W. VAN VAERENBERGH,	conseillers d'État,
	M. TISON,	
	L. DENYS,	assesseurs de la section de législation,
Madame	A. BECKERS,	greffier.

Le rapport a été présenté par Monsieur P. T'KINDT, auditeur.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de Monsieur M. VAN DAMME.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

A. BECKERS

M. VAN DAMME