



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 52.803/1
van 25 februari 2013

avis 52.803/1
du 25 février 2013

over

sur

een ontwerp van koninklijk besluit
'betreffende de tussenkomst van de
Ministerraad, de overdracht van
bevoegdheid en de machtigingen
inzake de plaatsing en de
uitvoering van
overheidsopdrachten,
ontwerpenwedstrijden en
concessies voor openbare werken
op federaal niveau'

un projet d'arrêté royal 'relatif à
l'intervention du Conseil des
ministres, aux délégations de
pouvoir et aux habilitations en
matière de passation et d'exécution
des marchés publics, des concours
de projets et des concessions de
travaux publics au niveau fédéral'

Op 24 januari 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Eerste Minister verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'betreffende de tussenkomst van de Ministerraad, de overdracht van bevoegdheid en de machtigingen inzake de plaatsing en de uitvoering van overheidsopdrachten, ontwerpenwedstrijden en concessies voor openbare werken op federaal niveau'.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 7 en 14 februari 2013. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, Marc RIGAUX et Michel TISON, assessoren, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Pierrot T'KINDT, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 25 februari 2013.

*

Le 24 janvier 2013, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Premier Ministre à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal 'relatif à l'intervention du Conseil des ministres, aux délégations de pouvoir et aux habilitations en matière de passation et d'exécution des marchés publics, des concours de projets et des concessions de travaux publics au niveau fédéral'.

Le projet a été examiné par la première chambre le 7 et 14 février 2013. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wilfried VAN VAERENBERGH et Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseillers d'État, Marc RIGAUX et Michel TISON, assesseurs, et Wim GEURTS, greffier.

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

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Marnix VAN DAMME, président de chambre.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 25 février 2013.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Met het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit wordt een driedelig oogmerk nagestreefd.

Er wordt vooreerst voorzien in een regeling van voorafgaand toezicht op het vlak van de plaatsing van bepaalde overheidsopdrachten, ontwerpenwedstrijden en concessies voor openbare werken (hoofdstuk 2 van het ontwerp). Voorts worden de voorwaarden vastgelegd waaronder diverse bevoegdheden inzake de plaatsing en de uitvoering van overheidsopdrachten, ontwerpenwedstrijden en concessies voor openbare werken kunnen worden overgedragen (hoofdstuk 3). Tot slot strekt het ontwerp ertoe een machtigingsregeling vast te stellen inzake de plaatsing en de uitvoering van overheidsopdrachten, ontwerpenwedstrijden en concessies voor openbare werken, die geldt indien zich met toepassing van artikel 8 van de wet van 15 juni 2006¹ of artikel 9 van de wet van 13 augustus 2011² een belangenconflict voordoet dat een lid van de federale regering ertoe verplicht zichzelf te wraken (hoofdstuk 4).³

3.1. Onder voorbehoud van hetgeen onder de volgende nummers zal worden opgemerkt in verband met de rechtsgrond van sommige bepalingen van het ontwerp, kan dat laatste worden geacht rechtsgrond te vinden in een aantal delegatiebepalingen van de wet van 15 juni 2006 of van de wet van 13 augustus 2011, al naargelang de ontworpen regeling betrekking heeft op overheidsopdrachten, ontwerpenwedstrijden en concessies voor openbare werken in de zin van de eerstvermelde wet, dan wel op overheidsopdrachten als bedoeld in de laatstvermelde wet.

3.2.1. Wat betreft de rechtsgrond biedende bepalingen in de wet van 15 juni 2006 kan, benevens van de bepalingen die worden opgesomd in het tweede lid van de aanhef van het ontwerp, melding worden gemaakt van de hierna volgende wetsartikelen.

Artikel 33, § 1, eerste lid, van de wet van 15 juni 2006 strekt het ontwerp tot rechtsgrond voor zover de bepalingen van hoofdstuk 2 van het ontwerp, binnen het raam van titel II van die wet, betrekking hebben op de ontwerpenwedstrijd in de zin van artikel 3, 10°, van dezelfde wet. Artikel 34, § 1, van de wet van 15 juni 2006 biedt rechtsgrond voor zover de

¹ Wet 'overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten' van 15 juni 2006.

² Wet van 13 augustus 2011 'inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied'.

³ De bedragen van de overheidsopdrachten, ontwerpenwedstrijden en concessies voor openbare werken, die voor de toepassing van de ontworpen regeling moeten worden in acht genomen, worden geraamd overeenkomstig het bepaalde in hoofdstuk 5 van het ontwerp.

bepalingen van hoofdstuk 2, binnen het raam van titel II van die wet, handelen over de concessie voor openbare werken in de zin van artikel 3, 12°, van dezelfde wet.

Artikel 53, § 1, tweede lid, van de wet van 15 juni 2006 biedt rechtsgrond voor zover de bepalingen van hoofdstuk 2 van het ontwerp betrekking hebben op de plaatsing bij open of beperkte aanbesteding en open of beperkte offerteaanvraag, dan wel op de onderhandelingsprocedure met bekendmaking, van overheidsopdrachten in de zin van artikel 3, 1°, en titel III van de voornoemde wet. Voor zover de bepalingen van hoofdstuk 2 van het ontwerp, binnen het raam van titel III van de wet van 15 juni 2006, handelen over de ontwerpenwedstrijd in de zin van artikel 3, 10°, van dezelfde wet, wordt daarvoor rechtsgrond geboden door artikel 55 van die wet, gelezen in samenhang met artikel 33, § 1, eerste lid, van dezelfde wet.

3.2.2. Sommige bepalingen van het ontwerp geven als zodanig geen uitvoering aan een uitdrukkelijke delegatiebepaling van de wet van 15 juni 2006, maar kunnen niettemin worden ingepast in de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning zoals die voortvloeit uit artikel 108 van de Grondwet, gelezen in samenhang met sommige bepalingen van de voornoemde wet.

Dat is het geval voor zover de bepalingen van hoofdstuk 2 van het ontwerp handelen over, enerzijds, de plaatsing bij onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, van overheidsopdrachten in de zin van artikel 3, 1°, en titel III van de wet van 15 juni 2006 of, anderzijds, over de concessie voor openbare werken in de zin van artikel 3, 12°, van dezelfde wet, binnen het raam van titel III van die wet. De betrokken bepalingen kunnen worden geacht rechtsgrond te vinden in de artikelen 45 en 53, § 2, van de voornoemde wet, telkens gelezen in samenhang met artikel 108 van de Grondwet.

Voorts biedt ook artikel 8 van de wet van 15 juni 2006, gelezen in samenhang met artikel 108 van de Grondwet, rechtsgrond voor zover artikel 12 van het ontwerp handelt over overheidsopdrachten, ontwerpenwedstrijden en concessies voor openbare werken in de zin van de wet van 15 juni 2006.

3.3.1. Wat de rechtsgrond biedende bepalingen in de wet van 13 augustus 2011 betreft, kan worden verwezen naar de bepalingen van die wet welke worden opgesomd in het derde lid van de aanhef van het ontwerp⁴. Wel is het zo dat niet artikel 22, tweede lid, van die wet⁵, doch wel het derde lid van dat artikel rechtsgrond biedt, voor zover de bepalingen van hoofdstuk 2 van het ontwerp handelen over de plaatsing bij open of beperkte aanbesteding en open of beperkte offerteaanvraag, dan wel over de onderhandelingsprocedure met bekendmaking, van overheidsopdrachten in de zin van artikel 3, 1°, en titel 2 van de laatstgenoemde wet.

3.3.2. Ook artikel 9 van de wet van 13 augustus 2011 kan worden geacht rechtsgrond te bieden, zij het gelezen in samenhang met artikel 108 van de Grondwet. Meer specifiek wordt op

⁴ De verwijzing naar “artikel 26, tweede lid” van de wet van 13 augustus 2011, in het derde lid van de aanhef, dient wel te worden vervangen door een verwijzing naar “artikel 26” van die wet, dat slechts uit één enkel lid bestaat.

⁵ Aan die bepaling wordt gerefereerd in het derde lid van de aanhef.

die wijze rechtsgrond geboden voor artikel 12 van het ontwerp, voor zover erin wordt gehandeld over overheidsopdrachten in de zin van de laatstgenoemde wet.

3.4. De ontworpen ramingsregels, in artikel 13 van het ontwerp, vinden rechtsgrond in diverse van de in de aanhef en in dit advies vermelde artikelen van de wetten van 15 juni 2006 en 13 augustus 2011, gelezen in samenhang met artikel 108 van de Grondwet.

3.5. De Raad van State, afdeling Wetgeving, ziet niet de rechtsgrond voor artikel 3, § 3, van het ontwerp. In de inleidende zin van artikel 3, § 3, eerste lid, wordt immers verwezen naar “de in artikel 18, § 2, 3°, van de wet van 13 augustus 2011 bedoelde overheidsopdrachten”, terwijl de overheidsopdrachten die in die bepaling worden bedoeld erdoor precies van het toepassingsgebied van de voornoemde wet worden uitgesloten. Het valt derhalve niet in te zien op welke wijze in die wet⁶ rechtsgrond zou kunnen worden gevonden voor het bepaalde in artikel 3, § 3, van het ontwerp⁷.

Hierover om toelichting verzocht door de auditeur-verslaggever verklaarde de gemachtigde:

“Inderdaad lijkt er geen rechtsgrond aanwezig te zijn in de wet van 13 augustus 2011. Op dit moment vinden we ook geen andere rechtsgrond terug. Ingevolge de verwijzing naar artikel 18, § 2, 3°, van voornoemde wet van 13 augustus 2011, betreft het overigens een zeer beperkt aantal overheidsopdrachten, meer bepaald overheidsopdrachten die worden geplaatst in het kader van bepaalde samenwerkingsprogramma's op basis van onderzoek en ontwikkeling door verschillende lidstaten.”

Het bepaalde in artikel 3, § 3, dient derhalve bij gebrek aan een voldoende rechtsgrond uit het ontwerp te worden weggelaten.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4. In eerdere adviezen heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, reeds de bekommernis uitgedrukt om te komen tot een meer eenvormig en consequent gebruik van bepaalde basisbegrippen met het oog op een beter begrijpelijke en toegankelijke regelgeving inzake overheidsopdrachten. Daarbij is onder meer gewezen op de noodzakelijk te onderscheiden betekenissen van de begrippen “plaatsing” en “gunning” van de overheidsopdracht.

Niettemin dient te worden vastgesteld dat ook in het voorliggende ontwerp bij herhaling de begrippen “procédure de passation” en “mode de passation”, in de Franse tekst, worden weergegeven door respectievelijk de begrippen “gunningsprocedure” en

⁶ Het lijkt evenmin evident dat de betrokken overheidsopdrachten onder de toepassing van de wet van 15 juni 2006 vallen, aangezien zij luidens genoemd artikel 18, § 2, 3°, “worden geplaatst in het kader van een samenwerkingsprogramma [...] dat door minimaal twee lidstaten [van de Europese Unie] samen wordt uitgevoerd” en artikel 3, § 3, van het ontwerp, blijkens de bewoordingen ervan, is gericht op een regeling van de beslissingen over dat programma als dusdanig.

⁷ Die rechtsgrond kan evenmin worden gevonden door een beroep te doen op de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning met toepassing van artikel 108 van de Grondwet. Deze laatste bepaling impliceert immers niet dat de Koning de toepasselijkheid van de wet van 13 augustus 2011 zou kunnen regelen.

“gunningswijze”, in de Nederlandse tekst.⁸ Dat moet worden verholpen door de in de Nederlandse tekst gebruikte terminologie op dat punt af te stemmen op die welke voorkomt in de Franse tekst.⁹

5. In de artikelen 7, 8, 10 en 11 van het ontwerp zou de vermelding van de “bevoegde overheid” de indruk kunnen wekken dat daarmee ook andere overheden worden beoogd dan de “federale aanbestedende overheid”, zoals omschreven in artikel 1, 6°, van het ontwerp, hetgeen evenwel niet het geval is. Het is daarom beter om in de betrokken artikelen van het ontwerp telkens melding te maken van de “federale aanbestedende overheid” en niet van de “bevoegde overheid”.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

OPSCHRIFT

6. Teneinde beter de draagwijdte van de ontworpen regeling tot uitdrukking te brengen, kan worden overwogen om het opschrift van het ontwerp te redigeren als volgt:

“Koninklijk besluit betreffende het voorafgaand toezicht, de overdracht van bevoegdheid en de machtiging in geval van mogelijke belangenvermenging bij de plaatsing en de uitvoering van overheidsopdrachten, ontwerpenwedstrijden en concessies voor openbare werken op federaal niveau.”

In overeenstemming met het voorgestelde opschrift van het ontwerp kan het opschrift van hoofdstuk 2 dan luiden “Voorafgaand toezicht” in plaats van “Tussenkomsst van de Ministerraad”¹⁰.

AANHEF

7. In het eerste lid van de aanhef dient de verwijzing naar artikel 37 van de Grondwet als zijnde overbodig te worden geschrapt.

8. Mede rekening houdend met hetgeen *sub* 3.2.1 en 3.2.2 is opgemerkt omtrent de rechtsgrond voor de ontworpen regeling passe men de redactie van het tweede lid van de aanhef aan als volgt:

“Gelet op de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006, artikel 23, gewijzigd bij de wet van 5 augustus 2011, artikel 26, § 3, tweede lid, artikel 27, tweede lid, artikel 33, § 1, eerste lid, artikel 34, § 1,

⁸ Zie de inleidende zin van artikel 3, §§ 1 en 2, en artikel 8, § 1, eerste lid, en § 2, van het ontwerp.

⁹ In de inleidende zin van artikel 3, § 1, 1° en 2°, en in de artikelen 5, 1°, 2° en 5°, en 6, eerste lid, van het ontwerp, stemmen de termen “plaatsing” en “passation” wel overeen.

¹⁰ De bepalingen van hoofdstuk 2 van het ontwerp hebben een ruimere draagwijdte dan enkel de “tussenkomsst” van de Ministerraad.

artikel 53, § 1, tweede lid, artikel 55, gewijzigd bij de wet van 5 augustus 2011, en artikel 74, derde lid;”.

9. In het licht van de opmerkingen *sub* 3.3.1 en 3.3.2 dient het derde lid van de aanhef te worden aangepast als volgt:

“Gelet op de wet van 13 augustus 2011 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, artikelen 22, derde lid, 26, 27, tweede lid, en 45, derde lid;”.

DISPOSITIEF

Artikel 3

10. De zinsnede “vóór de gunning van de overheidsopdracht”, aan het einde van artikel 3, § 5, van het ontwerp, heeft een te beperkte draagwijdte aangezien in die bepaling het geval wordt beoogd waarin het geraamde bedrag “van een overheidsopdracht, ontwerpenwedstrijd of concessie voor openbare werken” lager is dan het bedrag vermeld in de paragrafen 1 tot 3 van de betrokken bepaling. De eerstgenoemde zinsnede wordt derhalve best vervangen door de woorden “vóór de gunning van de betrokken opdracht, ontwerpenwedstrijd of concessie”.

Artikel 5

11. In artikel 5, 1°, van het ontwerp is er een gebrek aan overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst. De woorden “zonder bekendmaking”, die in de Nederlandse tekst worden gebruikt, komen immers niet voor in de Franse tekst. Deze discordantie moet worden weggewerkt.

12. Door de gemachtigde is erop gewezen dat het niet de bedoeling is dat herhalingsopdrachten in de zin van de artikelen 26, § 1, 2°, b), en 53, § 2, 3°, van de wet van 15 juni 2006 zouden worden onderworpen aan de afwijkingsregeling van artikel 5 van het ontwerp. De vermelding van genoemd artikel 53, § 2, 3°, moet bijgevolg worden geschrapt in artikel 5, 2°, van het ontwerp. Hetzelfde dient te gebeuren in artikel 13, tweede lid, van het ontwerp.

13. Overeenkomstig het bepaalde in artikel 5, 5°, van het ontwerp is, in afwijking van artikel 3 van het ontwerp, de goedkeuring van de Ministerraad niet vereist voor “de opdrachten, ontwerpenwedstrijden of concessies voor openbare werken geplaatst in naam en voor rekening van een andere overheid dan die bedoeld in artikel 74 van de wet van 15 juni 2006 en artikel 45 van de wet van 13 augustus 2011”.

Het is de vraag of de verwijzing naar artikel 74 van de wet van 15 juni 2006 en artikel 45 van de wet van 13 augustus 2011 niet te ruim is in de mate die verwijzing telkens mede betrekking heeft op het tweede lid van de voornoemde wetsbepalingen. Dat lid is immers van

toepassing op “de andere publiekrechtelijke personen dan deze bedoeld in het eerste lid”, waarvoor “de bevoegdheden voor het [plaatsen], gunnen en uitvoeren van overheidsopdrachten [worden] uitgeoefend door de overheden en organen bevoegd krachtens de bepalingen van een wet, decreet, ordonnantie, reglement of statuut”¹¹.

De in artikel 5, 5°, van het ontwerp voorkomende dubbele verwijzing dient op dat punt aan een bijkomend onderzoek te worden onderworpen.

Artikel 7

14. Indien met de woorden “[o]nverminderd bijzondere wets- of reglementaire bepalingen” beoogd wordt tot uitdrukking te brengen dat bijzondere wets- of reglementaire bepalingen kunnen voorzien in afwijkende voorschriften die de mogelijkheid tot bevoegdheidsoverdracht kunnen beperken en die in dat geval voorrang hebben op de bepalingen van hoofdstuk 3 van het ontwerp, late men artikel 7 aanvangen met de woorden “Onder voorbehoud van bijzondere wets- of reglementaire bepalingen”¹².

Artikel 9

15. In artikel 9, 1°, van het ontwerp wordt, wat de overheidsopdrachten betreft, in een grensbedrag van 2.000.000 euro voorzien. In het verslag aan de Koning wordt onder meer verduidelijkt dat artikel 9 van het ontwerp “de inhoud [overneemt] van artikel 8 van het koninklijk besluit van 14 oktober 1996” en dat het “de nodige aangepaste bedragen [invoert], rekening houdende met de sinds het koninklijk besluit van 14 oktober 1996 opgetreden inflatie”. De verwijzing naar artikel 8 van het koninklijk besluit van 14 oktober 1996¹³ valt evenwel niet goed te begrijpen aangezien in de betrokken bepalingen van het voornoemde koninklijk besluit slechts één grensbedrag wordt vermeld, zijnde het bedrag van 2.700.000 euro voor een (overheids)opdracht, hetgeen derhalve een hoger bedrag is dan het bedrag dat wordt vermeld in artikel 9, 1°, van het ontwerp. De steller van het ontwerp doet er – duidelijkheidshalve – goed aan om ook de tekst van het verslag aan de Koning op dat punt aan een bijkomend onderzoek te onderwerpen.

¹¹ De verwijzing naar de artikelen 74 en 45 van respectievelijk de wetten van 15 juni 2006 en 13 augustus 2011 vervangen door een verwijzing naar respectievelijk artikel 2, 1° tot 3°, van de wet van 15 juni 2006 en artikel 2, 1° tot 3°, van de wet van 13 augustus 2011, zoals door de gemachtigde gesuggereerd, biedt geen sluitend antwoord op de gerezen vraag. Een verwijzing naar de laatstgenoemde wetsbepalingen zou immers verder reiken dan de omschrijving van het begrip “federale aanbestedende overheid”, in artikel 1, 6°, a) en b), van het ontwerp, en zou bovendien onvoldoende rekening houden met de beperkte regelgevende bevoegdheid die op dit punt aan de federale overheid toekomt.

¹² *Beginselen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, aanbeveling nr. 3.2, a), te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be).

¹³ Koninklijk besluit van 14 oktober 1996 ‘betreffende het voorafgaand toezicht en de overdracht van bevoegdheid inzake de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en inzake de toekenning van concessies voor openbare werken op federaal niveau.’

Artikel 10

16. In artikel 10, § 2, 1°, van het ontwerp wordt melding gemaakt van “in het buitenland gevestigde diensten”. De gemachtigde verduidelijkt in dat verband:

“Het betreft diensten die onder het toepassingsgebied van het ontwerp van besluit vallen, maar die fysisch en op min of meer permanente basis gevestigd zijn in het buitenland. Er moet vooral, en misschien zelfs uitsluitend, worden gedacht aan Belgische ambassades in het buitenland.”.

Het verdient aanbeveling om deze verduidelijking in het verslag aan de Koning op te nemen.

Artikel 14

17. De gemachtigde stelt voor om artikel 14, tweede lid, van het ontwerp op de volgende wijze aan te passen:

“De overheidsopdrachten, ontwerpenwedstrijden en concessies voor openbare werken bekendgemaakt vóór deze datum of waarvoor, bij ontstentenis van een aankondiging van opdracht, vóór deze datum uitgenodigd wordt om een aanvraag tot deelneming of een offerte in te dienen, blijven onderworpen aan de regels inzake tussenkomst van de Ministerraad, overdracht van bevoegdheid en de machtigingen die gelden op het ogenblik van de bedoelde bekendmaking of uitnodiging.”

Met het voorstel van de gemachtigde kan worden ingestemd, zij het dat de woorden “tussenkomst van de Ministerraad” in het tekstvoorstel moeten worden vervangen door de woorden “voorafgaand toezicht” (zie *sub* 6).

Men schrijve derhalve in de Franse tekst: “Les marchés publics, les concours de projets et les concessions de travaux publics publiés avant cette date ou pour lesquels, à défaut d’avis de marché, l’invitation à introduire une demande de participation ou à remettre une offre est lancée avant cette date, demeurent soumis aux dispositions en matière de contrôle préalable, de délégation de pouvoirs et d’habilitations en vigueur au moment de la publication ou de l’invitation visées”.

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

2. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis poursuit un triple but.

Il contient en premier lieu des règles de contrôle préalable en matière de passation de certains marchés publics, de concours de projets et de concessions de travaux publics (chapitre 2 du projet). De plus, il fixe les conditions auxquelles peuvent être délégués divers pouvoirs en matière de passation et d'exécution de marchés publics, de concours de projets et de concessions de travaux publics (chapitre 3). Enfin, il vise à instaurer un régime d'habilitation en matière de passation et d'exécution de marchés publics, de concours de projets et de concessions de travaux publics, applicable lorsqu'un conflit d'intérêts survient en application de l'article 8 de la loi du 15 juin 2006¹ ou de l'article 9 de la loi du 13 août 2011² obligeant un membre du gouvernement fédéral à se récuser (chapitre 4)³.

3.1. Sous réserve des observations qui seront formulées aux numéros suivants sur le fondement juridique de certaines dispositions du projet, ce dernier peut être réputé trouver un fondement juridique dans un certain nombre de délégations de la loi du 15 juin 2006 ou de la loi du 13 août 2011, selon que les dispositions en projet concernent les marchés publics, les concours de projets et les concessions de travaux publics au sens de la première loi citée ou qu'elles ont trait aux marchés publics visés dans la dernière loi citée.

3.2.1. En ce qui concerne les dispositions de la loi du 15 juin 2006 procurant un fondement juridique, on pourra mentionner, outre les dispositions énumérées au deuxième alinéa du préambule du projet, les articles de loi qui suivent.

L'article 33, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 15 juin 2006 procure un fondement juridique au projet dans la mesure où les dispositions du chapitre 2 du projet concernent, dans le cadre du titre II de cette loi, les concours de projets au sens de l'article 3, 10°, de la même loi. L'article 34, § 1^{er}, de la loi du 15 juin 2006 confère un fondement juridique pour autant que les dispositions du chapitre 2 traitent, dans le cadre du titre II de cette loi, de la concession de travaux publics au sens de l'article 3, 12°, de la même loi.

¹ Loi du 15 juin 2006 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services'.

² Loi du 13 août 2011 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité'

³ Les montants des marchés publics, des concours de projets et des concessions de travaux publics, qui doivent être pris en considération pour l'application des dispositions en projet, sont estimés conformément au chapitre 5 du projet.

L'article 53, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 15 juin 2006 procure un fondement juridique dès lors que les dispositions du chapitre 2 du projet concernent la passation par adjudication ouverte ou restreinte et appel d'offres ouvert ou restreint, ou par procédure négociée avec publicité, de marchés publics au sens de l'article 3, 1^o, et du titre III de la loi précitée. Dans la mesure où les dispositions du chapitre 2 du projet traitent, dans le cadre du titre III de la loi du 15 juin 2006, des concours de projets au sens de l'article 3, 10^o, de la même loi, l'article 55 de cette loi, combiné à l'article 33, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la même loi, leur procure un fondement juridique.

3.2.2. Certaines dispositions du projet ne pourvoient pas en tant que telles à l'exécution d'une délégation expresse de la loi du 15 juin 2006 mais peuvent néanmoins s'inscrire dans le pouvoir général d'exécution du Roi tel qu'il découle de l'article 108 de la Constitution, combiné à certaines dispositions de la loi précitée.

Tel est le cas pour autant que les dispositions du chapitre 2 du projet traitent, d'une part, de la passation par procédure négociée sans publicité de marchés publics au sens de l'article 3, 1^o, et du titre III de la loi du 15 juin 2006 ou, d'autre part, de la concession de travaux publics au sens de l'article 3, 12^o, de la même loi, dans le cadre du titre III de cette loi. Les dispositions dont question peuvent être réputées trouver un fondement juridique dans les articles 45 et 53, § 2, de la loi précitée, tous deux combinés à l'article 108 de la Constitution.

En outre, l'article 8 de la loi du 15 juin 2006, combiné à l'article 108 de la Constitution, procure également un fondement juridique pour autant que l'article 12 du projet traite de marchés publics, de concours de projets et de concessions de travaux publics au sens de la loi du 15 juin 2006.

3.3.1. En ce qui concerne les dispositions de la loi du 13 août 2011 procurant un fondement juridique, il peut être fait référence aux dispositions de cette loi énumérées au troisième alinéa du préambule du projet⁴. Toutefois, ce n'est pas l'article 22, alinéa 2, de cette loi⁵ mais bien l'alinéa 3 de cet article qui confère un fondement juridique dans la mesure où les dispositions du chapitre 2 du projet traitent de la passation par adjudication ouverte ou restreinte et par appel d'offres ouvert ou restreint ou de la procédure négociée avec publicité, de marchés publics au sens de l'article 3, 1^o, et du titre 2 de la dernière loi citée.

3.3.2. L'article 9 de la loi du 13 août 2011 peut lui aussi être réputé procurer un fondement juridique s'il est combiné à l'article 108 de la Constitution. Plus précisément, un fondement juridique est ainsi conféré à l'article 12 du projet dans la mesure où il porte sur les marchés publics au sens de la dernière loi citée.

3.4. Les règles d'estimation en projet, inscrites à l'article 13 du projet, trouvent un fondement juridique dans divers articles, mentionnés dans le préambule et dans le présent avis, des lois du 15 juin 2006 et du 13 août 2011, combinés à l'article 108 de la Constitution.

⁴ La référence à « l'article 26, alinéa 2 » de la loi du 13 août 2011, dans le troisième alinéa du préambule, doit toutefois être remplacée par une référence à « l'article 26 » de cette loi, qui ne comporte qu'un seul alinéa.

⁵ Il est fait référence à cette disposition dans le troisième alinéa du préambule.

3.5. Le Conseil d'État, section de législation, ne trouve pas le fondement juridique pour l'article 3, § 3, du projet. La phrase introductive de l'article 3, § 3, alinéa 1^{er}, du projet, fait en effet référence aux « marchés publics visés à l'article 18, § 2, 3^o, de la loi du 13 août 2011 » alors que les marchés publics visés dans cette disposition sont précisément exclus par elle du champ d'application de la loi précitée. On n'aperçoit par conséquent pas de quelle manière un fondement juridique pourrait être trouvé dans cette loi ⁶ pour l'article 3, § 3 du projet ⁷.

Invité par l'auditeur rapporteur à fournir des explications, le délégué a déclaré :

« Inderdaad lijkt er geen rechtsgrond aanwezig te zijn in de wet van 13 augustus 2011. Op dit moment vinden we ook geen andere rechtsgrond terug. Ingevolge de verwijzing naar artikel 18, § 2, 3^o, van voornoemde wet van 13 augustus 2011, betreft het overigens een zeer beperkt aantal overheidsopdrachten, meer bepaald overheidsopdrachten die worden geplaatst in het kader van bepaalde samenwerkingsprogramma's op basis van onderzoek en ontwikkeling door verschillende lidstaten ».

En l'absence de fondement juridique suffisant, l'article 3, § 3, sera par conséquent omis du projet.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

4. Dans des avis antérieurs, le Conseil d'État, section de législation, avait déjà exprimé le souci de faire un usage plus uniforme et cohérent de certaines notions fondamentales afin d'améliorer la lisibilité et l'accessibilité de la législation sur les marchés publics. À cet égard, on avait notamment souligné la nécessité de faire la distinction entre les différentes acceptions, des notions de « passation » et d'« attribution » des marchés publics.

Néanmoins, force est de constater que dans le présent projet aussi, les notions de « gunningsprocedure » et « gunningswijze » dans le texte néerlandais sont rendues à plusieurs reprises, respectivement, par les mots « procédure de passation » et « mode de passation » dans le texte français ⁸. Il convient de remédier à cette situation en alignant sur ce point la terminologie du texte néerlandais sur celle du texte français ⁹.

5. Dans les articles 7, 8, 10 et 11 du projet, la mention de l'« autorité compétente » pourrait donner l'impression que d'autres autorités que le « pouvoir adjudicateur fédéral », défini à l'article 1^{er}, 6^o, du projet, sont visées, ce qui n'est toutefois pas le cas. C'est la raison pour

⁶ Il ne semble pas non plus évident que les marchés publics concernés relèvent de l'application de la loi du 15 juin 2006 puisque, selon l'article 18, § 2, 3^o, cité, ils sont « passés dans le cadre d'un programme de coopération [...] mené conjointement par au moins deux États membres [de l'Union européenne] » et que l'article 3, § 3, du projet, vise, selon ses termes, à régler en soi les décisions relatives à ce programme.

⁷ Ce fondement juridique ne peut pas non plus être trouvé en invoquant le pouvoir général d'exécution du Roi, en application de l'article 108 de la Constitution. Cette dernière disposition n'implique en effet pas que le Roi puisse régler l'applicabilité de la loi du 13 août 2011.

⁸ Voir la phrase introductive de l'article 3, §§ 1^{er} et 2, et l'article 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et § 2, du projet.

⁹ En revanche, dans la phrase introductive de l'article 3, § 1^{er}, 1^o et 2^o, et dans les articles 5, 1^o, 2^o et 5^o, et 6, alinéa 1^{er}, du projet, les termes « passation » et « plaatsing » correspondent.

laquelle il est préférable de mentionner systématiquement le « pouvoir adjudicateur fédéral » et non l' « autorité compétente » dans les articles concernés du projet.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

INTITULÉ

6. Afin de mieux exprimer la portée des dispositions en projet, on pourrait envisager de rédiger l'intitulé du projet comme suit :

« Arrêté royal relatif au contrôle préalable, aux délégations de pouvoir et aux habilitations en cas de conflit d'intérêts éventuel en matière de passation et d'exécution des marchés publics, des concours de projets et des concessions de travaux publics au niveau fédéral. »

En vue d'une harmonisation avec l'intitulé suggéré du projet, le chapitre 2 pourrait s'intituler « Contrôle préalable » au lieu de « Intervention du Conseil des Ministres »¹⁰.

PRÉAMBULE

7. Dans le premier alinéa du préambule, on omettra la référence à l'article 37 de la Constitution qui est superflue.

8. Compte tenu notamment des observations formulées aux points 3.2.1. et 3.2.2. sur le fondement juridique des dispositions en projet, on adaptera la rédaction du deuxième alinéa du préambule comme suit :

« Vu la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, l'article 23, modifié par la loi du 5 août 2011, l'article 26, § 3, alinéa 2, l'article 27, alinéa 2, l'article 33, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, l'article 34, § 1^{er}, l'article 53, § 1^{er}, alinéa 2, l'article 55, modifié par la loi du 5 août 2011, et l'article 74, alinéa 3 ; ».

9. Au regard des observations formulées aux points 3.3.1. et 3.3.2., le troisième alinéa du préambule doit être adapté comme suit :

« Vu la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, les articles 22, alinéa 3, 26, 27, alinéa 2, et 45, alinéa 3 ; ».

¹⁰ Les dispositions du chapitre 2 du projet ont une portée plus étendue que la seule « intervention » du Conseil des Ministres.

DISPOSITIF

Article 3

10. Le segment de phrase « avant l'attribution du marché public. », à la fin de l'article 3, § 5, du projet, a une portée trop limitée puisque cette disposition vise l'hypothèse dans laquelle le montant estimé « d'un marché public, d'un concours de projets ou d'une concession de travaux » est inférieur au montant mentionné aux paragraphes 1^{er} à 3 de la disposition concernée. Par conséquent, il vaudra mieux remplacer le segment de phrase cité en premier par les mots « avant l'attribution du marché public, du concours de projets ou de la concession concernés ».

Article 5

11. À l'article 5, 1^o, du projet, les textes français et néerlandais ne correspondent pas. Les mots « zonder bekendmaking », utilisés dans le texte néerlandais, n'apparaissent en effet pas dans le texte français. Il y a lieu d'éliminer cette discordance.

12. Le délégué a souligné que l'objectif n'est pas de soumettre la répétition de travaux au sens des articles 26, § 1^{er}, 2^o, b), et 53, § 2, 3^o, de la loi du 15 juin 2006 au régime dérogatoire prévu à l'article 5 du projet. La mention de l'article 53, § 2, 3^o, précité, doit par conséquent être supprimée à l'article 5, 2^o, du projet. Il sera procédé de la même manière à l'article 13, alinéa 2, du projet.

13. Conformément à l'article 5, 5^o, du projet, l'accord du Conseil des ministres n'est pas requis, par dérogation à l'article 3 du projet, « pour les marchés, les concours de projets ou les concessions de travaux publics passés au nom et pour compte d'une autorité non visée par l'article 74 de la loi du 15 juin 2006 et par l'article 45 de la loi du 13 août 2011 ».

La question est de savoir si la référence à l'article 74 de la loi du 15 juin 2006 et à l'article 45 de la loi du 13 août 2011 n'est pas conçue en termes trop larges dès lors que cette référence concerne chaque fois notamment l'alinéa 2 des dispositions légales précitées. Cet alinéa s'applique en effet aux « personnes de droit public autres que celles visées à l'alinéa 1^{er} » pour lesquelles « les pouvoirs relatifs à la passation et [à] l'exécution des marchés sont exercés par les autorités et organes compétents, en vertu des dispositions d'une loi, d'un décret, d'une ordonnance, d'une disposition réglementaire ou statutaire les régissant »¹¹.

La double référence figurant à l'article 5, 5^o, du projet, devra être réexaminée sur ce point.

¹¹ La référence aux articles 74 et 45, respectivement des lois des 15 juin 2006 et 13 août 2011, remplacée respectivement par une référence à l'article 2, 1^o à 3^o, de la loi du 15 juin 2006 et à l'article 2, 1^o à 3^o, de la loi du 13 août 2011, comme le suggère le délégué, ne donne pas une réponse satisfaisante à la question soulevée. Une référence aux dispositions légales citées en dernier irait en effet plus loin que la définition de la notion de « pouvoir adjudicateur fédéral » donnée à l'article 1^{er}, 6^o, a) et b), du projet et tiendrait en outre insuffisamment compte du pouvoir réglementaire limité, revenant sur ce point au pouvoir fédéral.

Article 7

14. Si, par les mots « [s]ans préjudice de dispositions légales ou réglementaires particulières » l'intention est d'exprimer que les dispositions légales ou réglementaires particulières peuvent prévoir des règles dérogatoires susceptibles de limiter la possibilité de délégation de pouvoirs et qui prévalent, dans ce cas, sur les dispositions du chapitre 3 du projet, on rédigera le début de l'article 7 comme suit : « Sous réserve des dispositions légales ou réglementaires particulières »¹².

Article 9

15. L'article 9, 1°, du projet, prévoit un plafond de 2.000.000 d'euros en ce qui concerne les marchés publics. Le rapport au Roi précise notamment que l'article 9 du projet reproduit « le contenu de l'article 8 de l'arrêté royal du 14 octobre 1996 » et qu'il « insère les montants adaptés nécessaires, compte tenu de l'inflation intervenue depuis l'arrêté royal du 14 octobre 1996 ». La référence à l'article 8 de l'arrêté royal du 14 octobre 1996¹³ est toutefois difficilement compréhensible puisque les dispositions concernées de l'arrêté royal précité ne mentionnent qu'un seul plafond, soit le montant de 2.700.000 d'euros pour un marché (public), ce qui est par conséquent un montant plus élevé que le montant mentionné à l'article 9, 1°, du projet. Dans un souci de clarté, l'auteur du projet serait bien inspiré de réexaminer le texte du rapport au Roi sur ce point.

Article 10

16. L'article 10, § 2, 1°, du projet, mentionne « des services établis à l'étranger ». Le délégué a précisé à ce sujet :

« Het betreft diensten die onder het toepassingsgebied van het ontwerp van besluit vallen, maar die fysisch en op min of meer permanente basis gevestigd zijn in het buitenland. Er moet vooral, en misschien zelfs uitsluitend, worden gedacht aan Belgische ambassades in het buitenland ».

Il est recommandé de faire figurer cette précision dans le rapport au Roi.

¹² *Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, Conseil d'État, 2008, recommandation n° 3.2, a), à consulter sur le site internet du Conseil d'État (www.raadvst-consetat.be).

¹³ Arrêté royal du 14 octobre 1996 '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 en matière d'octroi de concessions de travaux publics au niveau fédéral'.

Article 14

17. Le délégué propose d'adapter l'article 14, alinéa 2, du projet comme suit :

« De overheidsopdrachten, ontwerpenwedstrijden en concessies voor openbare werken bekendgemaakt vóór deze datum of waarvoor, bij ontstentenis van een aankondiging van opdracht, vóór deze datum uitgenodigd wordt om een aanvraag tot deelneming of een offerte in te dienen, blijven onderworpen aan de regels inzake tussenkomst van de Ministerraad, overdracht van bevoegdheid en de machtigingen die gelden op het ogenblik van de bedoelde bekendmaking of uitnodiging ».

On peut se rallier à la proposition du délégué, si ce n'est qu'il convient de remplacer dans la proposition de texte les mots « tussenkomst van de Ministerraad » par les mots « voorafgaand toezicht » (voir le point 6).

On écrira dès lors dans le texte français : « Les marchés publics, les concours de projets et les concessions de travaux publics publiés avant cette date ou pour lesquels, à défaut d'avis de marché, l'invitation à introduire une demande de participation ou à remettre une offre est lancée avant cette date, demeurent soumis aux dispositions en matière de contrôle préalable, de délégation de pouvoirs et d'habilitations en vigueur au moment de la publication ou de l'invitation visées. ».

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME