RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 54.435/1
van 5 december 2013

over

een ontwerp van koninklijk besluit ‘betreffende het voorafgaand toezicht inzake de plaatsing van de overheidsopdrachten in uitvoering van artikel 18, § 3, van de wet 13 augustus 2011 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’

CONSEIL D’ÉTAT
section de législation

avis 54.435/1
du 5 décembre 2013

sur

un projet d’arrêté royal ‘relatif au contrôle préalable en matière de passation des marchés publics en exécution de l’article 18, § 3, de 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’

Op 7 november 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 het voorafgaand toezicht inzake de plaatsing van de overheidsopdrachten in uitvoering van artikel 18, § 3, van de wet 13 augustus 2011 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied'.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 28 november 2013. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Wouter PAS, staatsraden, Michel TISON, assessor, 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 5 december 2013.

*

Le 7 novembre 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 au contrôle préalable en matière de passation des marchés publics en exécution de l'article 18, § 3, de 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'.

Le projet a été examiné par la première chambre le 28 novembre 2013. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wilfried VAN VAERENBERGH et Wouter PAS, conseillers d'État, Michel TISON, assesseur, 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 5 décembre 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. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt tot het vaststellen van de regels betreffende het voorafgaand toezicht inzake de plaatsing van de overheidsopdrachten die betrekking hebben op internationale samenwerking of internationale deelname, bedoeld in artikel 18 van de wet van 13 augustus 2011 'inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied' (hierna: de wet van 13 augustus 2011).[1]

3. De ontworpen regeling kan worden geacht rechtsgrond te vinden in artikel 18, § 3, van de wet van 13 augustus 2011, waarbij aan de Koning wordt opgedragen om de controleregels te bepalen waaraan de overheidsopdrachten, bedoeld in artikel 18, § 1 en § 2, 3° en 6°, van dezelfde wet, onderworpen zijn in de gevallen die Hij bepaalt.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4. Er dient uiteraard op te worden toegezien dat de wetsbepaling die de ontworpen regeling tot rechtsgrond strekt in werking zal zijn getreden op het ogenblik dat het ontworpen koninklijk besluit in werking treedt.

5. 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 sommige bepalingen van het voorliggende ontwerp het begrip "procédure de passation", in de Franse tekst, nog wordt weergegeven door het begrip "gunningsprocedure", in de Nederlandse tekst. Zulks is namelijk het geval in de inleidende zin van het eerste lid van artikel 3, §§ 1 en 2, van het ontwerp. De Nederlandse en de Franse tekst van het ontwerp zouden op dat punt beter op elkaar moeten worden afgestemd. Ook het verslag aan de Koning behoeft in dat opzicht te worden nagezien,

[1] Het betreft de internationale samenwerking, bedoeld in artikel 18, § 1, 1° en 2°, en § 2, 3°, van de wet van 13 augustus 2011, en internationale deelname in de zin van artikel 18, § 1, 3°, en § 2, 6°, van dezelfde wet.

inzonderheid wat het opschrift ervan betreft, dat niet overeenstemt met het opschrift van het ontwerp.[2]

ONDERZOEK VAN DE TEKST

AANHEF

6. Onmiddellijk na het eerste lid van de aanhef van het ontwerp moet een nieuw lid worden ingevoegd waarin wordt verwezen naar het koninklijk besluit van 29 april 2001,[3] waarvan artikel 6 van het ontwerp de opheffing beoogt.

7. Aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, is meegedeeld dat het bij de in het ontwerp bedoelde overheidsopdrachten "uitzonderlijk ook [zou] kunnen gaan om opdrachten van bijvoorbeeld de Federale Politie". Hiermee rekening houdend valt te overwegen om ook de Minister van Binnenlandse Zaken te betrekken bij de voordracht en de medeondertekening van het ontworpen koninklijk besluit.[4]

DISPOSITIEF

Artikel 1

8. In verband met de in artikel 1, 4° en 5°, van het ontwerp omschreven begrippen "internationale samenwerking" en "internationale deelname", verduidelijkte de gemachtigde het volgende:

> "Gelet op de aard van de betreffende uitgesloten opdrachten, kan men er inderdaad vanuit gaan dat het in de praktijk bijna uitsluitend zal gaan om opdrachten van het Ministerie van Landsverdediging. Weliswaar zou het uitzonderlijk ook kunnen gaan om opdrachten van bijvoorbeeld de Federale Politie, maar hoe dan ook, dient volgens ons de hier ingerichte controle door de Ministerraad enkel te slaan op opdrachten geplaatst door de Belgische Staat. Om die reden kan daarom worden overwogen om in de definities van 'internationale samenwerking' en 'internationale deelname' (artikel 1, 4° en 5°, van het ontwerp) te preciseren dat het de aankoopprocedures betreft die worden geplaatst door de Belgische Staat. Op die manier is de werkingssfeer van dit ontwerp juridisch duidelijker afgebakend."

De door de gemachtigde geformuleerde suggestie kan worden bijgevallen.

---

[2] Zie daarnaast ook de eerste paragraaf van de bespreking van artikel 3 van het ontwerp in het verslag aan de Koning.

[3] Koninklijk besluit van 29 april 2001 'betreffende het voorafgaand toezicht inzake de gunning van de overheidsopdrachten voor aanneming van leveringen en diensten waarop artikel 3, § 4, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten van toepassing is'.

[4] In zowel de voordrachtformule als bij de medeondertekening kan er trouwens mee worden volstaan om de betrokken ministers te vermelden met de bevoegdheid krachtens dewelke zij in het concrete geval handelen (*Beginselen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, aanbeveling nr. 41 en model F 7, te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be), hierna *Handleiding wetgevingstechniek*.

9. Nog in artikel 1, 4° en 5°, van het ontwerp, wordt melding gemaakt van de "aankoopprocedures", bedoeld in de desbetreffende onderdelen van artikel 18 van de wet van 13 augustus 2011. De betrokken procedures inzake overheidsopdrachten zullen evenwel niet noodzakelijk op een "aankoop" betrekking hebben.[5] De term "aankoopprocedures", in artikel 1, 4° en 5°, van het ontwerp, lijkt vanuit dat oogpunt te beperkt.

Artikel 5

10. In artikel 5 van het ontwerp wordt melding gemaakt van een raming "overeenkomstig artikel 13 van het koninklijk besluit van 3 april 2013". Aan de gemachtigde werd gevraagd of een algemene verwijzing naar artikel 13 van het koninklijk besluit van 3 april 2013 wel in al haar onderdelen relevant is voor de beoogde raming van "de bedragen van de in de artikelen 3 en 4 bedoelde voorstellen".

De gemachtigde verduidelijkte in dat verband:

> "Inderdaad zijn niet alle verwijzingen in artikel 13 van het koninklijk besluit van 3 april 2013 relevant. Meer bepaald zijn de verwijzingen naar de koninklijke besluiten van 15 juli 2011 en 16 juli 2012 niet relevant, aangezien de respectievelijke toepassingsgebieden van beide koninklijke besluiten geen uitstaans hebben met de defensie- en veiligheidsopdrachten, omdat die van toepassing zijn in de klassieke sectoren respectievelijk de speciale sectoren. De verwijzing naar de artikelen 25 tot 28 van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied van 23 januari 2012, is wel dienstig. Nochtans is dat besluit in beginsel niet van toepassing op de betreffende uitgesloten opdrachten (art 18, § 1 en § 2, 3° en 6° wet van 13 augustus 2011), wat niet lijkt te beletten dat de betreffende ramingsregels toch zouden worden toegepast ingevolge een (rechtstreekse) verwijzing.
>
> Niets lijkt een rechtstreekse verwijzing naar de betreffende bepalingen van het koninklijk besluit van 23 januari 201[2] in de weg te staan. De opname van de ramingsvoorschriften zelf in het ontwerp van koninklijk besluit, lijkt wat omslachtig, gezien het volume, alsook het feit dat bij latere wijzigingen van de ramingsregels inzake defensieopdrachten (artikel 25 tot 28 van het koninklijk besluit van 23 januari 2012), ook het ontwerp van koninklijk besluit dat nu ter advies voorligt zou moeten worden aangepast. Bovendien zou de opname van de ramingsvoorschriften zelf in het ontwerp, bij de lezer kunnen doen uitschijnen dat afgeweken wordt van de normaal gangbare ramingsregels inzake veiligheids-en defensieopdrachten, wat geenszins het geval is.
>
> Er zou wel moeten worden gepreciseerd, ook indien de voormelde rechtstreekse verwijzing zou worden aangewend, dat in geval van aanvullende opdrachten, ook het bedrag van de hoofdopdracht wordt meegerekend."

Artikel 5 van het ontwerp wordt inderdaad best aangepast in de door de gemachtigde aangegeven zin. In dat geval kan bovendien de verkorte weergave worden behouden van het koninklijk besluit 'plaatsing overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied' van 23 januari 2012, die in artikel 1, 2°,

[5] Zij kunnen bijvoorbeeld ook neerkomen op een overheidsopdracht voor leveringen, welk begrip in artikel 3, 3°, van de wet van 13 augustus 2011 wordt omschreven als "een andere overheidsopdracht dan een opdracht voor werken die betrekking heeft op de aankoop, leasing, huur of huurkoop, met of zonder koopoptie, van producten".

van het ontwerp is opgenomen, maar die vooralsnog zonder nut is bij gebrek aan enige verwijzing naar dat koninklijk besluit in het ontwerp zoals het om advies is voorgelegd.

Artikel 7

11. Aangezien niet alle ministers van de federale regering zijn betrokken bij de uitvoering van de ontworpen regeling, dienen in de uitvoeringsbepaling enkel die ministers te worden vermeld die wel bij de uitvoering zijn betrokken. Daar de uitvoering van een besluit moet gewaarborgd blijven over de wisseling van ministers heen, moeten de betrokken ministers daarenboven op een abstracte wijze, met een omschrijving van hun bevoegdheid die relevant is voor de te regelen aangelegenheid, worden weergegeven.[6] Hiermee rekening houdend, redigere men artikel 7 van het ontwerp als volgt:

"De Eerste Minister, de minister bevoegd voor Landsverdediging, de minister bevoegd voor Economie en de minister bevoegd voor Binnenlandse Zaken zijn, elk wat hem betreft, belast met de uitvoering van dit besluit."

*

[6] *Handleiding wetgevingstechniek*, aanbeveling nr. 167.

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1er, 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 a pour objet de fixer les règles relatives au contrôle préalable en matière de passation des marchés publics portant sur la coopération internationale ou la participation internationale, visées à l'article 18 de 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' (ci-après : la loi du 13 août 2011) [1].

3. Le dispositif en projet peut être réputé trouver son fondement juridique dans l'article 18, § 3, de la loi du 13 août 2011, qui charge le Roi, dans les cas qu'Il détermine, de fixer les règles de contrôle auxquelles sont soumis les marchés publics, visés à l'article 18, § 1er et § 2, 3° et 6°, de la même loi.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

4. Il faut bien entendu veiller à ce que la disposition législative qui procure un fondement juridique au dispositif en projet, soit entrée en vigueur au moment où l'arrêté royal en projet entrera en vigueur.

5. 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.

Or, force est de constater que certaines dispositions du projet à l'examen rendent encore la notion de « procédure de passation » dans le texte français par les mots « gunningsprocedure » dans le texte néerlandais. C'est notamment le cas dans la phrase introductive de l'alinéa 1er de l'article 3, §§ 1er et 2, du projet. Sur ce point, il faudrait mieux harmoniser les textes français et néerlandais du projet. Le rapport au Roi mérite aussi d'être vérifié à cet égard, en particulier en ce qui concerne son intitulé, qui ne concorde pas avec l'intitulé du projet [2].

---

[1] Il s'agit de la coopération internationale visée à l'article 18, § 1er, 1° et 2°, et § 2, 3°, de la loi du 13 août 2011, et de la participation internationale au sens de l'article 18, § 1er, 3°, et § 2, 6°, de la même loi.

[2] Voir, par ailleurs, aussi le paragraphe 1er de l'examen de l'article 3 du projet dans le rapport au Roi.

EXAMEN DU TEXTE

PRÉAMBULE

6. Immédiatement après le premier alinéa du préambule du projet, on insérera un nouvel alinéa visant l'arrêté royal du 29 avril 2001 [3], que l'article 6 du projet entend abroger.

7. Il a été communiqué au Conseil d'État, section de législation, que dans le cas des marchés publics visés dans le projet, il pourrait s'agir exceptionnellement aussi de marchés de la police fédérale par exemple. Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu d'envisager d'associer également le Ministre de l'Intérieur à la présentation et au contreseing de l'arrêté royal en projet [4].

DISPOSITIF

Article 1er

8. En ce qui concerne les notions de « coopération internationale » et de « participation internationale », définies à l'article 1er, 4° et 5°, du projet, le délégué a donné les précisions suivantes :

> « Gelet op de aard van de betreffende uitgesloten opdrachten, kan men er inderdaad vanuit gaan dat het in de praktijk bijna uitsluitend zal gaan om opdrachten van het Ministerie van Landsverdediging. Weliswaar zou het uitzonderlijk ook kunnen gaan om opdrachten van bijvoorbeeld de Federale Politie, maar hoe dan ook, dient volgens ons de hier ingerichte controle door de Ministerraad enkel te slaan op opdrachten geplaatst door de Belgische Staat. Om die reden kan daarom worden overwogen om in de definities van "internationale samenwerking" en "internationale deelname" (artikel 1, 4° en 5°, van het ontwerp) te preciseren dat het de aankoopprocedures betreft die worden geplaatst door de Belgische Staat. Op die manier is de werkingssfeer van dit ontwerp juridisch duidelijker afgebakend ».

La suggestion formulée par le délégué peut être retenue.

9. Toujours à l'article 1er, 4° et 5°, du projet, il est fait état des « procédures d'achats », visées dans les divisions pertinentes de l'article 18 de la loi du 13 août 2011. Les procédures concernées en matière de marchés publics ne porteront toutefois pas nécessairement

---

[3] Arrêté royal du 29 avril 2001 'relatif au contrôle préalable en matière de passation des marchés publics de fournitures et de services auxquels s'applique l'article 3, § 4, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services'.

[4] Tant dans la formule de présentation que dans le contreseing, il peut d'ailleurs suffire de mentionner les ministres concernés avec la compétence en vertu de laquelle ils agissent dans le cas concret (*Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires,* Conseil d'État, 2008, recommandation n° 41 et modèle F7, à consulter sur le site internet du Conseil d'État (www.raadvst-consetat.be), ci-après *Guide de légistique.*

sur un « achat » [5]. De ce point de vue, les termes « procédures d'achats », figurant à l'article 1er, 4° et 5°, du projet, paraissent trop restrictifs.

Article 5

10. L'article 5 du projet fait mention d'une estimation « conformément à l'article 13 de l'arrêté royal du 3 avril 2013 ». Il a été demandé au délégué si une référence générale à l'article 13 de l'arrêté royal du 3 avril 2013 est toutefois pertinente, dans tous ses éléments, pour l'estimation envisagée des « montants des propositions visées aux articles 3 et 4 ».

À cet égard, le délégué a précisé :

> « Inderdaad zijn niet alle verwijzingen in artikel 13 van het koninklijk besluit van 3 april 2013 relevant. Meer bepaald zijn de verwijzingen naar de koninklijke besluiten van 15 juli 2011 en 16 juli 2012 niet relevant, aangezien de respectievelijke toepassingsgebieden van beide koninklijke besluiten geen uitstaans hebben met de defensie- en veiligheidsopdrachten, omdat die van toepassing zijn in de klassieke sectoren respectievelijk de speciale sectoren. De verwijzing naar de artikelen 25 tot 28 van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied van 23 januari 2012, is wel dienstig. Nochtans is dat besluit in beginsel niet van toepassing op de betreffende uitgesloten opdrachten (art 18, § 1 en § 2, 3° en 6° wet van 13 augustus 2011), wat niet lijkt te beletten dat de betreffende ramingsregels toch zouden worden toegepast ingevolge een (rechtstreekse) verwijzing.
>
> Niets lijkt een rechtstreekse verwijzing naar de betreffende bepalingen van het koninklijk besluit van 23 januari 201[2] in de weg te staan. De opname van de ramingsvoorschriften zelf in het ontwerp van koninklijk besluit, lijkt wat omslachtig, gezien het volume, alsook het feit dat bij latere wijzigingen van de ramingsregels inzake defensieopdrachten (artikel 25 tot 28 van het koninklijk besluit van 23 januari 2012), ook het ontwerp van koninklijk besluit dat nu ter advies voorligt zou moeten worden aangepast. Bovendien zou de opname van de ramingsvoorschriften zelf in het ontwerp, bij de lezer kunnen doen uitschijnen dat afgeweken wordt van de normaal gangbare ramingsregels inzake veiligheids-en defensieopdrachten, wat geenszins het geval is.
>
> Er zou wel moeten worden gepreciseerd, ook indien de voormelde rechtstreekse verwijzing zou worden aangewend, dat in geval van aanvullende opdrachten, ook het bedrag van de hoofdopdracht wordt meegerekend ».

Il est en effet préférable d'adapter l'article 5 du projet dans le sens indiqué par le délégué. Dans ce cas, on peut en outre conserver la mention abrégée de l'arrêté royal 'relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité' du 23 janvier 2012, qui figure à l'article 1er, 2°, du projet mais qui est pour l'heure sans utilité faute d'une quelconque référence à cet arrêté royal dans le projet, tel qu'il est soumis pour avis.

[5] Elles peuvent par exemple également s'analyser comme un marché public de fournitures, notion qui est définie à l'article 3, 3°, de la loi du 13 août 2011 comme « marché public autre qu'un marché de travaux ayant pour objet l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits ».

Article 7

11. Dès lors que tous les ministres du gouvernement fédéral ne sont pas associés à l'exécution du dispositif en projet, la disposition exécutoire doit uniquement mentionner les ministres qui sont effectivement associés à cette exécution. L'exécution d'un arrêté devant être assurée au-delà des changements de ministres, les ministres concernés doivent en outre être désignés de façon abstraite, par une description de leur compétence qui est pertinente pour la matière à régler [6]. Compte tenu de ce qui précède, on rédigera l'article 7 du projet comme suit :

« Le Premier Ministre, le ministre qui a la Défense nationale dans ses attributions, le ministre qui a l'Économie dans ses attributions et le ministre qui a l'Intérieur dans ses attributions sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent arrêté ».

LE GREFFIER - DE GRIFFIER LE PRÉSIDENT - DE VOORZITTER

Wim GEURTS Marnix VAN DAMME

[6] *Guide de légistique*, recommandation n° 167.