



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 54.590/1
van 20 december 2013

avis 54.590/1
du 20 décembre 2013

over

sur

een ontwerp van koninklijk besluit 'tot
wijziging van meerdere koninklijke
besluiten tot uitvoering van de wet
overheidsopdrachten en bepaalde
opdrachten voor werken, leveringen en
diensten van 15 juni 2006 alsook van de
wet van 13 augustus 2011 inzake
overheidsopdrachten en bepaalde
opdrachten voor werken, leveringen en
diensten op defensie- en
veiligheidsgebied'

un projet d'arrêté royal 'modifiant
plusieurs arrêtés royaux d'exécution de
la loi du 15 juin 2006 relative aux
marchés publics et à certains marchés de
travaux, de fournitures et de services
ainsi que 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 27 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 'tot wijziging van meerdere koninklijke besluiten tot uitvoering van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 alsook van de wet van 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 17 december 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 20 december 2013.

*

Le 27 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 'modifiant plusieurs arrêtés royaux d'exécution de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ainsi que 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 17 décembre 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 20 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 wijzigen van diverse uitvoeringsbesluiten in het domein van de overheids- en soortgelijke opdrachten.

Volgens het verslag aan de Koning zijn er twee redenen waarom de betrokken uitvoeringsbesluiten worden gewijzigd.

Een eerste reden bestaat erin dat “sinds de bekendmaking van de bedoelde koninklijke besluiten in het Belgisch Staatsblad, zich in het recht en de praktijk van de overheidsopdrachten een aantal veranderingen hebben voorgedaan (onder meer de uitvaardiging van nieuwe aankondigingsmodellen bij uitvoeringsverordening (EU) nr. 842/2011 van de Commissie van 19 augustus 2011 alsook een bijkomende administratieve vereenvoudigingsmaatregel op het vlak van het onderzoek van de persoonlijke toestand van kandidaten en inschrijvers) die een aanpassing van de uitvoeringsbesluiten noodzakelijk maken”.

Een andere reden is dat “[er] intussen een aantal onduidelijkheden maar ook vormelijke en inhoudelijke gebreken aan het licht [zijn] gekomen die met het oog op de correcte toepassing van de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten moeten worden gepreciseerd of hersteld”.

3. De ontworpen wijzigingen vinden rechtsgrond in het grote aantal delegatiebepalingen dat is vervat in, enerzijds, de wet ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van 15 juni 2006 en, anderzijds, de wet van 13 augustus 2011 ‘inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’.

Daarnaast zijn er wijzigingen die als zodanig geen uitvoering geven aan een uitdrukkelijke delegatiebepaling in één van de twee voornoemde wetten, doch die niettemin kunnen worden ingepast in de algemene uitvoeringsbevoegdheid van de Koning die voortvloeit uit artikel 108 van de Grondwet, gelezen in samenhang met sommige bepalingen van die wetten.¹

¹ Bij wijze van voorbeeld kan melding worden gemaakt van de vervanging van artikel 6 van het koninklijk besluit van 3 april 2013 ‘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’ (artikel 81 van het ontwerp), voor zover dat artikel, gelet op de verwijzing naar “de artikelen 3 tot 5”, mede toepassing vindt op 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, en op de concessie voor openbare werken in de zin van artikel 3, 12°, van dezelfde wet, binnen het raam van titel III van die wet.

VORMVEREISTEN

4. Uit artikel 19/1, § 1, van de wet van 5 mei 1997 ‘betreffende de coördinatie van het federale beleid inzake duurzame ontwikkeling’ vloeit voort dat elk voorontwerp van wet, elk ontwerp van koninklijk besluit en elk voorstel van beslissing dat ter goedkeuring aan de Ministerraad moet worden voorgelegd, aanleiding moet geven tot een voorafgaand onderzoek met betrekking tot de noodzaak om een effectbeoordeling inzake duurzame ontwikkeling uit te voeren, tenzij het voorontwerp, het ontwerp of het voorstel daarvan is vrijgesteld.

De vrijstellingen zijn bepaald bij artikel 2 van het koninklijk besluit van 20 september 2012 ‘houdende uitvoering van artikel 19/1, § 1, tweede lid, van hoofdstuk V/1 van de wet van 5 mei 1997 betreffende de coördinatie van het federale beleid inzake duurzame ontwikkeling’.

In de bij de adviesaanvraag gevoegde nota aan de Ministerraad van 14 november 2013 wordt vermeld dat “de DOEB-vrijstelling [wordt] ingeroepen”, omdat “dit ontwerp geen impact heeft op sociaal of economisch vlak noch op het gebied van het leefmilieu”. Uit een eveneens bij de adviesaanvraag gevoegd “DOEB-vrijstellingsformulier (formulier A)” blijkt dat die inschatting is ingegeven door de opvatting dat de ontworpen regeling “een louter formeel karakter” heeft.² De steller van het ontwerp beroept zich aldus op de vrijstellingsgrond vermeld in artikel 2, 4°, van het koninklijk besluit van 20 september 2012.

Vastgesteld dient te worden dat om advies wordt verzocht over een ontwerp van koninklijk besluit waarmee velerlei wijzigingen worden aangebracht in verschillende uitvoeringsbesluiten van de basiswetgeving inzake overheids- en soortgelijke opdrachten. Als zodanig kan worden betwijfeld of de ontworpen regeling kan worden geacht te vallen onder de voormelde vrijstellingsgrond.

Tenzij een andere vrijstellingsgrond kan worden ingeroepen die wordt vermeld in artikel 2 van het koninklijk besluit van 20 september 2012, zal alsnog moeten worden voldaan aan het wettelijk voorgeschreven vormvereiste inzake het voorafgaande onderzoek met betrekking tot de noodzaak van de uitvoering van een effectbeoordeling in de voormelde zin. Wanneer uit dat onderzoek bovendien zou blijken dat een effectbeoordeling in de zin van artikel 19/2 van de wet van 5 mei 1997 noodzakelijk is, en als gevolg van die effectbeoordeling wijzigingen zouden worden aangebracht in de tekst van het ontwerp, zoals die thans om advies aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, is voorgelegd, zullen die wijzigingen eveneens om advies aan de afdeling Wetgeving moeten worden voorgelegd.

Ook dient eraan te worden herinnerd dat de naleving van het voornoemde vormvereiste op grond van artikel 19/3, 2°, van de wet van 5 mei 1997 een voorwaarde is opdat een ontworpen koninklijk besluit kan worden afgekondigd door de Koning.

² Voor die opvatting wordt in het formulier verder geen motivering gegeven in de daarvoor bestemde rubriek.

VOORAFGAANDE OPMERKINGEN

5. Niet enkel de Eerste Minister, maar ook alle leden van de federale regering die bevoegd zijn voor de aangelegenheden die worden geregeld in het ontworpen koninklijk besluit moeten worden betrokken bij de voordracht en de medeondertekening ervan.

6. In de mate met het ontwerp EU-richtlijnen worden omgezet en die richtlijnen de verplichting inhouden om in de omzettingsteksten een verwijzing op te nemen naar de omgezette richtlijn, dient dergelijke verwijzing in het dispositief van het ontwerp te worden opgenomen³. Het ontwerp strekt alvast tot de gedeeltelijke omzetting van richtlijn 2013/16/EU van de Raad van 13 mei 2013 ‘tot aanpassing van een aantal richtlijnen op het gebied van overheidsopdrachten, in verband met de toetreding van de Republiek Kroatië’. Van de gedeeltelijke omzetting van die richtlijn dient derhalve melding te worden gemaakt in het dispositief van het ontwerp.⁴ De volgende artikelen van het ontwerp moeten dan uiteraard worden vernummerd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

AANHEF

7. Rekening houdend met hetgeen *sub* 3 is opgemerkt met betrekking tot de rechtsgrond voor de ontworpen regeling, late men de aanhef van het ontwerp aanvangen met een nieuw toe te voegen lid, luidende:

“Gelet op de Grondwet, artikel 108;”.

DISPOSITIEF

Artikel 1

8. Het is gebruikelijk om voor een opsomming een indeling in “1°”, “2°”, “3°”, enzovoort, te gebruiken en niet een indeling in “a)”, “b)”, “c)”, enzovoort.⁵

Dezelfde opmerking geldt voor de artikelen 24, 45, 62, 72 en 83 van het ontwerp.

³ Daartoe kan dan een nieuw artikel 1 in de tekst van het ontwerp worden toegevoegd (zie ook *Beginselen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, aanbevelingen nrs. 94, 94.1 en 195, formule F 4-1-2-2, te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be), hierna *Handleiding wetgevingstechniek* genoemd.

⁴ Dergelijke verwijzing wordt voorgeschreven door artikel 2, lid 1, derde alinea, van de betrokken richtlijn.

⁵ De indeling in “a)”, “b)”, “c)”, enzovoort, kan wel worden gebruikt in geval van een verdere onderverdeling (*Handleiding wetgevingstechniek*, aanbeveling, nr. 58, b)).

Artikel 5

9. In het ontworpen artikel 12, vierde lid, van het koninklijk besluit 'plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren' van 15 juli 2011 schrijve men "of de inschrijver de in de inleidende zin van dat lid bedoelde vermeldingen in zijn offerte heeft opgenomen" in plaats van "of de inschrijver de in het tweede lid, eerste zin, bedoelde vermeldingen in zijn offerte heeft opgenomen".

Eenzelfde redactionele aanpassing moet worden doorgevoerd in het ontworpen artikel 12, vierde lid, van het koninklijk besluit 'plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren' van 16 juli 2012 (artikel 50 van het ontwerp), en in het ontworpen artikel 11, vierde lid, van het koninklijk besluit van 24 juni 2013 'betreffende de mededinging in het raam van de Europese Unie van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten' (artikel 85 van het ontwerp).

Artikel 13

10. In de eerste zin van het ontworpen artikel 54, § 2, eerste lid, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 is de zinsnede "behalve in geval van eventuele varianten en bij concurrentiedialoog", in de Nederlandse tekst, niet in overeenstemming met de zinsnede "sans préjudice des variantes éventuelles et sauf en cas de dialogue compétitif", in de Franse tekst. Deze discordantie tussen beide taalversies moet worden weggewerkt.

Artikel 15

11. In artikel 15 van het ontwerp wordt de wijziging beoogd van artikel 59, 1°, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011. Ook de parallelle artikelen 61, 1°, van het koninklijk besluit van 23 januari 2012⁶ en 64, 1°, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012⁷, worden in dezelfde zin gewijzigd door respectievelijk de artikelen 36 en 54 van het ontwerp. In dat verband moet evenwel worden opgemerkt dat de wijzigingen die aan de onderscheiden artikelen worden aangebracht, woordelijk niet identiek zijn, zonder dat daarvoor op het eerste gezicht een reden valt aan te wijzen. Zo wordt in de zinsnede die overeenkomstig artikel 15 van het ontwerp moet worden ingeschreven in artikel 59, 1°, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, van "inlichtingen" (renseignements) melding gemaakt; in de Nederlandse tekst van de zinsnede die overeenkomstig artikel 36 van het ontwerp in artikel 61, 1°, van het koninklijk besluit van 23 januari 2012 dient te worden ingeschreven, wordt eveneens melding gemaakt van "inlichtingen", terwijl de Franse tekst het heeft over "renseignements et documents"; in de zinsnede die artikel 54 van het ontwerp beoogt in te schrijven in artikel 64, 1°, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 wordt, tot slot, melding gemaakt van "inlichtingen en documenten" ("renseignements et documents").

⁶ Koninklijk besluit 'plaatsing overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied' van 23 januari 2012.

⁷ Koninklijk besluit 'plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren' van 16 juli 2012.

De steller van het ontwerp doet er goed aan na te gaan of niet een grotere terminologische eenvormigheid moet worden tot stand gebracht tussen de wijzigingen, beoogd in de artikelen 15, 36 en 54 van het ontwerp. In ieder geval moeten de wijzigingen op zo een manier worden doorgevoerd dat er een overeenstemming is tussen de Nederlandse en de Franse tekst.

Artikel 16

12. De woorden “Onverminderd artikel 60, § 1”, in het ontworpen artikel 61, § 1, tweede lid, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, houden in dat het betrokken lid toepassing vindt naast artikel 60, § 1, waarnaar wordt verwezen. Uit het verslag aan de Koning lijkt evenwel te moeten worden afgeleid dat het de bedoeling is dat van het ontworpen artikel 61, § 1, tweede lid, enkel toepassing wordt gemaakt indien artikel 60, § 1, geen toepassing vindt. De woorden “Onverminderd artikel 60, § 1,” dienen in dat geval te worden vervangen door de woorden “Onder voorbehoud van de toepassing van artikel 60, § 1,”.⁸

In diverse andere bepalingen van het ontwerp wordt gebruik gemaakt van de term “onverminderd”.⁹ In voorkomend geval zal, afhankelijk van de bedoeling van de steller van het ontwerp, die term telkens moeten worden vervangen door de woorden “onder voorbehoud van de toepassing van”.

Artikel 19

13. Ingeval de opening van de aanvragen tot deelneming of van de offertes wordt verdaagd met toepassing van het ontworpen artikel 90, § 3, eerste lid, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, lijkt het noodzakelijk dat met toepassing van het ontworpen artikel 90, § 3, tweede lid, van dat koninklijk besluit wordt overgegaan tot een aangepaste bekendmaking met mededeling van een nieuwe indieningsdatum. Het woord “Desgevallend”, in het ontworpen artikel 90, § 3, tweede lid, wordt daarom best weggelaten. Ter wille van de duidelijkheid zou het ontworpen artikel 90, § 3, tweede lid, kunnen aanvangen als volgt: “In geval van een verdaging van de opening overeenkomstig het eerste lid gaat de aanbestedende overheid over tot ...”.

Dezelfde opmerking dient te worden gemaakt bij het ontworpen artikel 95, § 3, tweede lid, van het koninklijk besluit van 23 januari 2012 (artikel 40 van het ontwerp), en bij het ontworpen artikel 89, § 3, tweede lid, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 (artikel 58 van het ontwerp).

⁸ Zie ook *Handleiding wetgevingstechniek*, aanbeveling nr. 3.2, a).

⁹ Dat is het geval in de ontworpen artikelen 62, § 1, eerste lid, en 63, § 1, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 (artikelen 17 en 18 van het ontwerp), de ontworpen artikelen 63, § 1, tweede lid, 64, § 1, eerste lid, en 65, § 1, van het koninklijk besluit van 23 januari 2012 (artikelen 37 tot 39 van het ontwerp), en de ontworpen artikelen 66, § 1, tweede lid, 67, § 1, eerste lid, en 68, § 1, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 (artikelen 55 tot 57 van het ontwerp).

Artikel 20

14. Ter wille van de rechtszekerheid zou duidelijker moeten blijken op basis waarvan kan worden geoordeeld dat de vormvoorschriften, bedoeld in het ontworpen artikel 95, § 2, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, of de bepalingen, bedoeld in het ontworpen artikel 95, § 3, eerste lid, van hetzelfde koninklijk besluit, een “essentieel” karakter hebben of niet. Hetzelfde geldt voor de bevoegdheid waarover de aanbestedende overheid beschikt om de offerte nietig te verklaren in geval van een niet-substantiële onregelmatigheid. Waarvan zal de beslissing van de aanbestedende overheid afhangen en op grond waarvan zal die beslissing worden genomen? ¹⁰

Het verdient ten zeerste aanbeveling dat in het verslag aan de Koning meer toelichting zou worden verstrekt met betrekking tot de voornoemde punten.

15. Vraag is of niet-essentiële vormvoorschriften een potentieel nietige niet-substantiële onregelmatigheid kunnen uitmaken en of aan het ontworpen artikel 95, § 2, niet een tweede lid moet worden toegevoegd naar het voorbeeld van het ontworpen artikel 95, § 3, tweede lid. Ook op dat punt zou nader kunnen worden ingegaan in het verslag aan de Koning.

Deze opmerking geldt, zoals trouwens ook de opmerking *sub* 14, eveneens voor het ontworpen artikel 100 van het koninklijk besluit van 23 januari 2012 (artikel 41 van het ontwerp) en voor het ontworpen artikel 94 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 (artikel 59 van het ontwerp).

Artikel 50

16. In de inleidende zin van het ontworpen artikel 12, tweede lid, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012, dient te worden gerefereerd aan “artikel 72” in plaats van aan “artikel 74”.

Artikel 62

17. In het ontworpen artikel 106, tweede lid, 4°, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 (artikel 62, b), van het ontwerp), is er een gebrek aan overeenstemming tussen de Nederlandse (drempel) en de Franse tekst (seuil applicable). Deze discordantie moet worden weggewerkt.

¹⁰ In het verslag aan de Koning wordt in dat verband enkel verduidelijkt dat de aanbestedende overheid daarbij “gebruik [maakt] van [de] beoordelingsruimte rekening houdend met de beginselen van gelijke behandeling, proportionaliteit, vergelijkbaarheid van de offertes, ...”.

Artikel 71

18. Ter wille van de leesbaarheid schrijve men aan het einde van het ontworpen artikel 65, § 4, eerste lid, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013¹¹ “, betaalt hij de waarde, inclusief BTW, van de producten die moeten worden vervangen en de kosten, eveneens inclusief BTW, verbonden aan die vervanging”.

Artikel 81

19. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 6 van het koninklijk besluit van 3 april 2013 vervange men telkens de woorden “voogdij” en “voogdijminister” door respectievelijk “toezicht” en “toezichthoudende minister”, welke woorden juridisch correct zijn. Nog in de Nederlandse tekst moet in het ontworpen artikel 6, tweede lid, van hetzelfde koninklijk besluit uiteraard worden geschreven “wordt de in de artikelen 3 en 5 bedoelde goedkeuring”.

Artikel 87

20. In artikel 87, eerste en tweede lid, van het ontwerp wordt gerefereerd aan de verzending van een bekendmaking naar het *Publicatieblad van de Europese Unie* of naar het *Bulletin der Aanbestedingen*, of aan de uitnodiging tot het indienen van een aanvraag tot deelneming of een offerte. Vraag is of dergelijke verzending of uitnodiging wel geheel adequaat zijn als referentiepunt voor de regeling van inwerkingtreding die in artikel 87 van het ontwerp is vervat, ermee rekening houdend dat dergelijke verzending of uitnodiging weliswaar kunnen zijn voorgeschreven, maar daarom in de praktijk niet noodzakelijk ook effectief plaatsvinden. Teneinde dat op te vangen, zou kunnen worden overwogen om bijvoorbeeld in artikel 87, eerste lid, van het ontwerp te schrijven “een bekendmaking is of had moeten worden verzonden” en “vanaf die datum wordt of had moeten worden uitgenodigd”.

21. Het verslag aan de Koning doet ervan blijken dat in artikel 87, derde lid, van het ontwerp melding moet worden gemaakt van “de artikelen 1, 26, 47 en 63” en niet van “de artikelen 1, 26, 46 en 61”.

*

¹¹ Koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken’.

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 a pour objet de modifier différents arrêtés d'exécution en matière de marchés publics et similaires.

Le rapport au Roi donne deux raisons justifiant la modification des arrêtés d'exécution concernés.

La première raison est que « depuis la publication de ces arrêtés royaux au Moniteur belge, un certain nombre de changements, qui rendent nécessaires une adaptation des arrêtés d'exécution, se sont présentés dans le droit et la pratique des marchés publics (entre autre la promulgation des nouveaux modèles d'avis par le Règlement d'exécution (UE) n° 842/2011 de la Commission du 19 août 2011, de même qu'une mesure de simplification administrative supplémentaire au niveau de l'examen de la situation personnelle des candidats et des soumissionnaires) ».

L'autre tient en ce qu'« un certain nombre d'imprécisions mais également de défauts de forme et de contenu ont été découverts, ces derniers devant être réparés ou précisés en vue d'assurer une application correcte de la nouvelle législation relative aux marchés publics ».

3. Les modifications en projet trouvent un fondement juridique dans les nombreuses délégations contenues, d'une part, dans la loi du 15 juin 2006 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services' et, d'autre part, dans 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'.

Par ailleurs, le projet comporte des modifications qui, en tant que telles, ne mettent pas en œuvre une délégation expresse prévue par l'une des deux lois précitées, mais qui peuvent néanmoins s'inscrire dans le cadre du pouvoir général d'exécution du Roi découlant de l'article 108 de la Constitution, lu en combinaison avec certaines dispositions de ces lois ¹.

¹ À titre d'exemple, on peut citer le remplacement de l'article 6 de l'arrêté royal du 3 avril 2013 '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' (article 81 du projet), dans la mesure où cet article, eu égard à la référence aux « articles 3 à 5 », s'applique également à la passation par procédure négociée sans publicité de marchés publics au sens de l'article 3, 1°, et du titre III de la loi du 15 juin 2006, et à la concession de travaux publics au sens de l'article 3, 12°, de la même loi, dans le cadre du titre III de cette loi.

FORMALITÉS

4. Il découle de l'article 19/1, § 1^{er}, de la loi du 5 mai 1997 'relative à la coordination de la politique fédérale de développement durable' que les avant-projets de loi, les projets d'arrêté royal et les propositions de décisions devant être soumises à l'approbation du Conseil des ministres, doivent faire l'objet d'un examen préalable de la nécessité de réaliser une évaluation d'incidence sur le développement durable, sauf si l'avant-projet, le projet ou la proposition en est dispensé.

Les dispenses sont déterminées par l'article 2 de l'arrêté royal du 20 septembre 2012 'portant exécution de l'article 19/1, § 1^{er}, deuxième alinéa, du chapitre V/1 de la loi du 5 mai 1997 relative à la coordination de la politique fédérale de développement durable'.

La note au Conseil des ministres du 14 novembre 2013, jointe à la demande d'avis, mentionne que « la dispense du test EIDDD est invoquée » parce que « le présent projet n'a pas d'impact au plan social, économique et/ou environnemental ». Il ressort d'un formulaire « EIDDD : Exemption (formulaire A) », qui est également joint à la demande d'avis, que cette appréciation s'inspire de la conception que la réglementation en projet « est de nature purement formelle »². L'auteur du projet se prévaut ainsi du motif d'exemption mentionné à l'article 2, 4°, de l'arrêté royal du 20 septembre 2012.

Force est de constater que l'on demande un avis sur un projet d'arrêté royal apportant de multiples modifications dans différents arrêtés d'exécution de la législation de base en matière de marchés publics et similaires. À ce titre, il est permis de douter que la réglementation en projet puisse être réputée entrer dans le champ d'application du motif d'exemption précité.

À moins qu'un autre motif d'exemption, mentionné à l'article 2 de l'arrêté royal du 20 septembre 2012, puisse être invoqué, il faudra encore satisfaire à la formalité prescrite par la loi en matière d'examen préalable de la nécessité de réaliser une évaluation d'incidence au sens précité. Si cet examen révèle en outre qu'une évaluation d'incidence au sens de l'article 19/2 de cette même loi est nécessaire et si, consécutivement à cette évaluation d'incidence, des modifications sont apportées au texte du projet, tel qu'il est à présent soumis au Conseil d'État, section de législation, pour avis, il y aura lieu de soumettre également ces modifications à l'avis de la section de législation.

Il faut également rappeler qu'en vertu de l'article 19/3, 2°, de la loi du 5 mai 1997, l'accomplissement de la formalité précitée constitue une condition pour qu'un projet d'arrêté royal puisse être promulgué par le Roi.

² Le formulaire ne motive pas plus avant cette conception dans la rubrique prévue à cet effet.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

5. Il y a lieu d'associer non seulement le Premier ministre, mais également tous les membres du gouvernement fédéral qui ont les matières réglées par l'arrêté royal en projet dans leurs attributions à sa présentation et à son contreseing.

6. Dans la mesure où le projet transpose des directives européennes et où ces directives imposent que les actes adaptant le droit interne comportent une référence à la directive transposée, il convient d'inscrire cette référence dans le dispositif du projet³. Le projet vise assurément la transposition partielle de la directive 2013/16/UE du Conseil du 13 mai 2013 'portant adaptation de certaines directives dans le domaine des marchés publics, du fait de l'adhésion de la République de Croatie'. Il faut donc faire état de la transposition partielle de cette directive dans le dispositif du projet⁴. Les articles subséquents du projet devront bien entendu être renumérotés.

EXAMEN DU TEXTE

PRÉAMBULE

7. Compte tenu de l'observation formulée au point 3 concernant le fondement juridique de la réglementation en projet, on commencera le préambule du projet par l'alinéa nouveau suivant :

« Vu la Constitution, l'article 108; ».

DISPOSITIF

Article 1^{er}

8. Il est d'usage de présenter une énumération en utilisant les divisions « 1° », « 2° », « 3° », etc., et non les divisions « a) », « b) », « c) », etc.⁵.

La même observation peut être formulée pour les articles 24, 45, 62, 72 et 83 du projet.

³ À cet effet, on peut alors ajouter un nouvel article 1^{er} dans le texte du projet (voir également *Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, Conseil d'État, 2008, recommandations n° 94, 94.1 et 195, formule F 4-1-2-2, à consulter sur le site Internet du Conseil d'État (www.raadvst-consetat.be), ci-après « *Guide de légistique* »).

⁴ Pareille référence est prescrite par l'article 2, paragraphe 1, troisième alinéa, de la directive concernée.

⁵ Les divisions « a) », « b) », « c) », etc., sont toutefois permises dans le cas d'une nouvelle subdivision (*Guide de légistique*, recommandation n° 58, b)).

Article 5

9. À l'article 12, alinéa 4, en projet, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques', on écrira « si le soumissionnaire a inclus dans son offre les mentions visées dans la phrase introductive de cet alinéa » au lieu de « si le soumissionnaire a repris dans son offre les mentions visées à l'alinéa 2, première phrase ».

Il y a lieu d'apporter une adaptation rédactionnelle similaire à l'article 12, alinéa 4, en projet, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux' (article 50 du projet), et à l'article 11, alinéa 4, en projet, de l'arrêté royal du 24 juin 2013 'relatif à la mise en concurrence dans le cadre de l'Union européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux' (article 85 du projet).

Article 13

10. Dans la première phrase de l'article 54, § 2, alinéa 1^{er}, en projet, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, le segment « behalve in geval van eventuele varianten en bij concurrentiedialoog », dans le texte néerlandais, ne correspond pas au segment « sans préjudice des variantes éventuelles et sauf en cas de dialogue compétitif », dans le texte français. On éliminera cette discordance entre les deux versions linguistiques.

Article 15

11. L'article 15 du projet vise la modification de l'article 59, 1^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Les articles parallèles 61, 1^o, de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 ⁶ et 64, 1^o, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 ⁷ sont également modifiés dans le même sens respectivement par les articles 36 et 54 du projet. À cet égard, on observera cependant que les modifications apportées aux différents articles ne sont pas mot pour mot identiques, sans que l'on puisse le justifier a priori. Ainsi, le segment qui, conformément à l'article 15 du projet, doit être inscrit dans l'article 59, 1^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, fait état de « renseignements » (inlichtingen); le texte néerlandais du segment qui, conformément à l'article 36 du projet, doit être inscrit dans l'article 61, 1^o, de l'arrêté royal du 23 janvier 2012, fait également état de « inlichtingen », tandis que le texte français mentionne des « renseignements et documents »; enfin, le segment que l'article 54 du projet vise à inscrire dans l'article 64, 1^o, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 mentionne des « renseignements et documents » (« inlichtingen en documenten »).

L'auteur du projet serait bien avisé de vérifier s'il ne serait pas préférable d'assurer une plus grande uniformité terminologique entre les modifications visées aux articles 15, 36 et 54 du projet. Dans tous les cas, on apportera les modifications de manière à ce que les textes français et néerlandais concordent.

⁶ Arrêté royal du 23 janvier 2012 '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'.

⁷ Arrêté royal du 16 juillet 2012 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux'.

Article 16

12. Les mots « Sans préjudice de l'article 60, § 1^{er} », à l'article 61, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, impliquent que l'alinéa concerné trouve à s'appliquer parallèlement à l'article 60, § 1^{er}, visé. Il se déduit toutefois du rapport au Roi que l'intention est d'appliquer l'article 61, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, uniquement si l'article 60, § 1^{er}, ne trouve pas à s'appliquer. Dans ce cas, il y a lieu de remplacer les mots « Sans préjudice de l'article 60, § 1^{er} » par les mots « Sous réserve de l'application de l'article 60, § 1^{er}, »⁸.

Plusieurs autres dispositions du projet utilisent les mots « sans préjudice de »⁹. Le cas échéant et selon l'intention de l'auteur du projet, on remplacera chaque fois ces mots par les mots « sous réserve de l'application de ».

Article 19

13. Lorsque l'ouverture des demandes de participation ou des offres est reportée en application de l'article 90, § 3, alinéa 1^{er}, en projet, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, il semble s'imposer, en application de l'article 90, § 3, alinéa 2, en projet, de cet arrêté royal, de procéder à une publication adaptée communiquant une nouvelle date d'introduction. Mieux vaudrait dès lors omettre les mots « Le cas échéant », à l'article 90, § 3, alinéa 2, en projet. Dans un souci de clarté, l'article 90, § 3, alinéa 2, en projet, pourrait commencer comme suit : « En cas de report de l'ouverture conformément à l'alinéa 1^{er}, le pouvoir adjudicateur procède à... ».

La même observation peut être formulée à propos de l'article 95, § 3, alinéa 2, en projet, de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 (article 40 du projet), et de l'article 89, § 3, alinéa 2, en projet, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 (article 58 du projet).

Article 20

14. Par souci de sécurité juridique, les éléments permettant d'évaluer si les formalités visées à l'article 95, § 2, en projet, de l'arrêté royal 15 juillet 2011 ou les dispositions visées à l'article 95, § 3, alinéa 1^{er}, en projet, du même arrêté royal revêtent un caractère « essentiel » ou non, devraient apparaître plus clairement. La même observation peut être formulée concernant le pouvoir dont dispose l'autorité adjudicatrice d'annuler l'offre en cas d'irrégularité non substantielle. De quels facteurs dépendra la décision de l'autorité adjudicatrice et sur la base de quels éléments cette décision sera-t-elle prise ?¹⁰

⁸ Voir également *Guide de légistique*, recommandation n° 3.2, a).

⁹ Tel est le cas dans les articles 62, § 1^{er}, alinéa 1^{er} et 63, § 1^{er}, en projet, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 (articles 17 et 18 du projet), les articles 63, § 1^{er}, alinéa 2, 64, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et 65, § 1^{er}, en projet, de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 (articles 37 à 39 du projet), et les articles 66, § 1^{er}, alinéa 2, 67, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et 68, § 1^{er}, en projet, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 (articles 55 à 57 du projet).

¹⁰ À ce sujet, le rapport au Roi précise uniquement que dans ce cadre, l'autorité adjudicatrice « use de ce pouvoir dans les limites des principes d'égalité de traitement, de proportionnalité, de comparabilité des offres, ... ».

Il est vivement recommandé d'inclure dans le rapport au Roi davantage d'explications concernant les points précités.

15. La question se pose de savoir si des formalités non essentielles peuvent constituer une irrégularité non substantielle potentiellement entachée de nullité et s'il ne vaudrait pas mieux ajouter à l'article 95, § 2, en projet, un deuxième alinéa s'inspirant de l'article 95, § 3, alinéa 2, en projet. Le rapport au Roi pourrait également approfondir l'examen de ce point.

Cette observation, tout comme d'ailleurs l'observation formulée au point 14, s'applique également à l'article 100, en projet, de l'arrêté royal du 23 janvier 2012 (article 41 du projet) et à l'article 94, en projet, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 (article 59 du projet).

Article 50

16. La phrase introductive de l'article 12, alinéa 2, en projet, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012, doit faire référence à « l'article 72 » et non à « l'article 74 ».

Article 62

17. L'article 106, alinéa 2, 4°, en projet, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 (article 62, b), du projet), présente un manque de concordance entre le texte néerlandais (drempel) et le texte français (seuil applicable). On éliminera cette discordance.

Article 71

18. Par souci de lisibilité, on écrira, à la fin de l'article 65, § 4, alinéa 1^{er}, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013¹¹, « , il paye la valeur, TVA comprise, des produits à remplacer, ainsi que les frais, également TVA comprise, liés à ce remplacement ».

Article 81

19. Dans le texte néerlandais de l'article 6, en projet, de l'arrêté royal du 3 avril 2013, on remplacera systématiquement les mots « voogdij » et « voogdijminister » respectivement par « toezicht » et « toezichthoudende minister », lesquels sont juridiquement corrects. Toujours dans le texte néerlandais, il convient bien entendu d'écrire, à l'article 6, alinéa 2, en projet, du même arrêté royal « wordt de in de artikelen 3 en 5 bedoelde goedkeuring ».

¹¹ Arrêté royal du 14 janvier 2013 'établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics'.

Article 87

20. L'article 87, alinéas 1^{er} et 2, du projet mentionne l'envoi d'une publication au *Journal officiel de l'Union européenne* ou au *Bulletin des adjudications*, ou l'invitation à introduire une demande de participation ou une offre. La question se pose de savoir si pareil envoi ou pareille invitation sont bien tout à fait appropriés comme point de référence pour le régime d'entrée en vigueur prévu à l'article 87 du projet, compte tenu du fait que, si un tel envoi ou une telle invitation peuvent certes être prescrits, ils ne sont pas pour autant nécessairement mis en œuvre dans la pratique. Afin de tenir compte de cette éventualité, on pourrait envisager d'écrire, par exemple à l'article 87, alinéa 1^{er}, du projet, « une publication est ou aurait dû être envoyée » et « l'invitation [...] est ou aurait dû être lancée à partir de cette date ».

21. Le rapport au Roi indique qu'à l'article 87, alinéa 3, du projet, il y a lieu de mentionner « les articles 1^{er}, 26, 47 et 63 » et non « les articles 1^{er}, 26, 46 et 61 ».

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME