



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 62.008/1/V
van 15 september 2017

avis 62.008/1/V
du 15 septembre 2017

over

sur

een ontwerp van koninklijk
besluit 'inzake de federaal
gecentraliseerde
overheidsopdrachten in het
kader van het federaal
aankoopbeleid'

un projet d'arrêté royal 'relatif
aux marchés publics fédéraux
centralisés dans le cadre de la
politique fédérale d'achats'

Op 31 juli 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Defensie, belast met Ambtenarenzaken verzocht binnen een termijn van dertig dagen, van rechtswege verlengd tot 15 september 2017,^(*) een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘inzake de federaal gecentraliseerde overheidsopdrachten in het kader van het federaal aankoopbeleid’.

Het ontwerp is door de eerste vakantiekamer onderzocht op 5 september 2017. De kamer was samengesteld uit Jan SMETS, staatsraad, voorzitter, Wouter PAS en Patricia DE SOMERE, staatsraden, Jan VELAERS en 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 Wouter PAS, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 15 september 2017.

*

Le 31 juillet 2017, le Conseil d’État, section de législation, a été invité par le Ministre de la Défense, chargé de la Fonction publique à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé de plein droit jusqu’au 15 septembre 2017,^(**) sur un projet d’arrêté royal ‘relatif aux marchés publics fédéraux centralisés dans le cadre de la politique fédérale d’achats’.

Le projet a été examiné par la première chambre des vacations le 5 septembre 2017. La chambre était composée de Jan SMETS, conseiller d’État, président, Wouter PAS et Patricia DE SOMERE, conseillers d’État, Jan VELAERS 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 Wouter PAS, conseiller d’État.

L’avis, dont le texte suit, a été donné le 15 septembre 2017.

*

^(*) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, *in fine*, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat deze termijn van rechtswege wordt verlengd met vijftien dagen wanneer hij begint te lopen tussen 15 juli en 31 juli of wanneer hij verstrijkt tussen 15 juli en 15 augustus.

^(**) Ce délai résulte de l’article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, *in fine*, des lois sur le Conseil d’État, coordonnées le 12 janvier 1973, qui précise que ce délai est prolongé de plein droit de quinze jours lorsqu’il prend cours du 15 juillet au 31 juillet ou lorsqu’il expire entre le 15 juillet et le 15 août.

1. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt ertoe de juridische onderbouw tot stand te brengen voor de toepassing van een samenwerkingsmodel om de plaatsing van bepaalde overheidsopdrachten van federale aanbestedende overheden te centraliseren.

Na de opgave van een aantal definities (hoofdstuk I) wordt het toepassingsgebied vastgesteld van het besluit (hoofdstuk II). Voor het personele toepassingsgebied wordt een onderscheid gemaakt al naargelang de aansluiting van de aanbestedende overheden bij het samenwerkingsmodel verplicht en algemeen,¹ dan wel vrijwillig, maar structureel, zij het optioneel integraal of partieel,² of nog geheel facultatief³ is. De eerste twee en de laatste van die categorieën deelnemers worden ook van elkaar onderscheiden op grond van het actieve of passieve karakter van hun deelname aan het opgezette samenwerkingsmechanisme, al naargelang zij daarbinnen al dan niet kunnen fungeren als aankoopcentrale.⁴ In materieel opzicht blijft de regeling beperkt tot overheidsopdrachten voor leveringen en diensten die onder het toepassingsgebied vallen van titel 2 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, met uitsluiting van overheidsopdrachten die als strategisch, vertrouwelijk of geheim worden beschouwd of waarvan de uitvoering bijzondere maatregelen inzake veiligheid vereist.

Vervolgens worden de actoren van het federale aankoopbeleid vermeld (hoofdstuk III). Er is het netwerk van strategisch federaal aankoopoverleg (SFA),⁵ dat is samengesteld uit verschillende strategische coördinatoren die door een voorzitter of daarmee gelijkgestelde⁶ worden aangewezen voor de actieve deelnemers. Zijn opdracht (beleidsaansturing, afbakening van het beleidsterrein, taakverdeling onder de actieve deelnemers, toezicht op plaatsing en uitvoering van gemeenschappelijke overeenkomsten) en de interne en externe besluitvorming bij de vervulling ervan worden geregeld.

Daarnaast is er het netwerk van tactisch-operationeel federaal aankoopoverleg (TOFA),⁷ dat optreedt per gemeenschappelijke overeenkomst⁸ of per domein waarop zulke overeenkomsten kunnen worden gesloten en dat bestaat uit door de actieve deelnemers aangestelde operationele coördinatoren. Ook daarvoor worden de opdrachtomschrijving (integratie en standaardisering van de behoeften van de deelnemers aan gemeenschappelijke

¹ Zie artikel 2, § 1, van het ontwerp. Het betreft overheidsdiensten en ondernemingen die delen in de rechtspersoonlijkheid van de federale Staat.

² Zie artikel 2, § 2, van het ontwerp. Het gaat om administratieve openbare instellingen, openbare instellingen van sociale zekerheid en andere federale aanbestedende overheden die ressorteren onder artikel 2, 1°, c), van de hierna genoemde wet van 17 juni 2016, met uitzondering van die vermeld in artikel 2, § 3, 3°, van het ontwerp. Zij vallen onder de regelingsbevoegdheid van de federale Staat, maar hebben een eigen rechtspersoonlijkheid.

³ Zie artikel 2, § 3, van het ontwerp. Het zijn politiediensten en hulpverleningszones op (inter)gemeentelijk niveau, alsook de Kamer, de Senaat, het Rekenhof en de Hoge Raad voor de Justitie.

⁴ Zie artikel 1, 4°, a) en b), van het ontwerp voor de respectievelijke definities van “actieve” en “passieve deelnemer”. Zie tevens artikel 2, 6° *juncto* 7° en 8°, van de hierna genoemde wet van 17 juni 2016, voor de definitie van het begrip “aankoopcentrale”.

⁵ Gedefinieerd in artikel 1, 6°, van het ontwerp.

⁶ Gedefinieerd in artikel 1, 5°, van het ontwerp.

⁷ Gedefinieerd in artikel 1, 7°, van het ontwerp.

⁸ Gedefinieerd in artikel 1, 2°, van het ontwerp.

overeenkomsten en toezicht op de werking van die overeenkomsten) en de interne en de externe wijze van beslissingneming vastgelegd.

Voorts wordt nog voorzien in de oprichting van een dienstencentrum ‘procurement’⁹ binnen de Federale Overheidsdienst Beleid en Ondersteuning, waaraan een coördinerende en ondersteunende rol wordt toebedeeld en dat ook kan worden aangesteld als aankoopcentrale. Verder worden nog de verplichtingen van de actieve deelnemers aan het samenwerkingsmodel en de bevoegdheden van de strategische coördinatoren bepaald.

Na de vaststelling van de algemene wijze van totstandkoming van het federale aankoopbeleid en van de werkprincipes waarop het is gebaseerd (hoofdstuk IV), volgen nog de opgave van de “functioneringsmodaliteiten” (lees: “nadere werkingsregels”) van het samenwerkingstelsel (hoofdstuk V), aan de hand van bepalingen met betrekking tot algemeenheden (afdeling I), de identificatie van de samenwerkingsmogelijkheden (afdeling II), de integratie van de behoeften (afdeling III) en de plaatsing van overheidsopdrachten via dat stelsel (afdeling IV), evenals voorschriften voor de “monitoring” (lees: “controle”) van de werking van het stelsel (hoofdstuk VI) door middel van de bepaling en de “opvolging” (lees: “vervolgbehandeling”) van indicatoren en streefcijfers, alsook voor de geschillen die uit die werking kunnen voortvloeien (hoofdstuk VII). De ontworpen regeling wordt afgesloten met overgangs-, inwerkingtredings- en (andere) slotbepalingen (hoofdstuk VIII).

2.1. Uit het eerste lid van de aanhef volgt dat voor het ontwerp rechtsgrond wordt gezocht in artikel 107 van de Grondwet.

Artikel 107, tweede lid, van de Grondwet bepaalt dat de Koning de ambtenaren benoemt bij het algemeen bestuur en bij de buitenlandse betrekkingen, behoudens de door de wetten gestelde uitzonderingen.¹⁰

Het ontwerp van koninklijk besluit vertoont evenwel geen verband met die benoemingsbevoegdheid of met de eruit afgeleide machtiging om het statuut van de betrokken ambtenaren te regelen. Er wordt immers niet overgegaan tot de benoeming van ambtenaren of tot de vaststelling van hun rechten en plichten bij hun ambtsvervulling.

Artikel 107 van de Grondwet vormt bijgevolg geen rechtsgrond voor het ontwerp.

2.2. Het ontwerp kan wel in verband worden gebracht met artikel 37 van de Grondwet.

Dat artikel laat de federale uitvoerende macht, zoals zij in de Grondwet is geregeld, berusten bij de Koning. Met toepassing ervan kan die laatste bestuurlijke diensten die onder de voornoemde macht ressorteren en de gezagsuitoefening over die diensten organiseren, onder meer door regels te bepalen voor een gezamenlijke uitvoering van hun taken en daartoe bestuurlijke coördinatie- en implementatieorganen op te richten.

⁹ “Procurement” is de Engelse term voor “overheidsopdrachten” en “marchés publics”.

¹⁰ De bevoegdheden bepaald bij en voortvloeiend uit artikel 107, tweede lid, van de Grondwet zijn beperkt tot de federale overheid.

De in het ontwerp opgenomen regeling beoogt de organisatie van een structuur voor de coördinatie en de implementatie van een samenwerkingsmodel om door middel van gemeenschappelijke overeenkomsten te komen tot een centralisatie van bepaalde overheidsopdrachten binnen het federale aankoopbeleid.

Een centralisatie via een dergelijke structuur van de plaatsing van overheidsopdrachten voor de verschillende diensten van de federale Staat die worden bedoeld in artikel 2, § 1, van het ontwerp, kan in beginsel steunen op de in artikel 37 van de Grondwet vermelde bevoegdheid van de Koning.

Op dit vlak moet evenwel een voorbehoud worden gemaakt voor wat betreft de instellingen van de gewapende macht. Met betrekking tot het leger¹¹ kan de bevoegdheid van de Koning voor het ontwerp gevonden worden in artikel 167, § 1, tweede lid, *in limine*, van de Grondwet, naar luid waarvan de Koning het bevel voert over de krijgsmacht, een bevoegdheid die de verrichting van aankopen in zich sluit. Met betrekking tot de politie¹² bepaalt artikel 184, eerste lid, van de Grondwet evenwel dat de organisatie en de bevoegdheid van de geïntegreerde politiedienst, gestructureerd op twee niveaus, bij de wet moet worden geregeld. Voor zover het ontwerp betrekking heeft op de politiediensten ontbreekt bijgevolg de noodzakelijke wettelijke rechtsgrondslag.

2.3. Artikel 37 van de Grondwet kan evenmin de rechtsgrondslag vormen voor het ontwerp, in zoverre het betrekking heeft op openbare instellingen of ermee vergelijkbare instellingen met een van de federale Staat onderscheiden rechtspersoonlijkheid.

2.3.1. Het bij het ontwerp geregelde samenwerkingsmodel kan immers niet worden beschouwd als een organisatievorm die louter valt te situeren binnen het bestuur van de federale Staat *sensu stricto*. Het betreft een instrument voor een gecentraliseerde en gezamenlijke plaatsing van overheidsopdrachten middels gemeenschappelijke overeenkomsten tussen verschillende aanbestedende overheden. Deze aanbestedende overheden kunnen zowel diensten van de federale Staat zelf zijn als openbare instellingen en ermee vergelijkbare instellingen die vallen onder zijn regelingsbevoegdheid, maar een eigen rechtspersoonlijkheid hebben.

De betrokkenheid van deze instellingen vindt plaats met in intensiteit variërende vormen van actieve en passieve deelname, waaraan respectievelijk richting en uitwerking wordt gegeven via het SFA en de TOFA's, zijnde de netwerken van strategisch en tactisch-operationeel federaal aankoopoverleg, als respectievelijk coördinatie- en implementatiestructuur die zijn samengesteld uit respectievelijk strategische en operationele coördinatoren die (bepaalde van) de onderscheiden aanbestedende overheden vertegenwoordigen. In deze structuren wordt in beginsel beslist bij consensus, binnen de voornoemde netwerken of eventueel daarboven door een eveneens gemengd samengesteld geheel van voorzitters en daarmee gelijkgestelden.¹³

¹¹ Zie de artikelen 1, 5°, en 4, § 1, eerste lid, 1°, van het ontwerp in zoverre erin wordt melding gemaakt van respectievelijk de chef van Defensie en diens afgevaardigde.

¹² Zie wat die laatste betreft enerzijds de artikelen 1, 5°, en 4, § 1, eerste lid, 1°, van het ontwerp, in zoverre erin wordt melding gemaakt van respectievelijk de commissaris-generaal van de Federale Politie en diens afgevaardigde, anderzijds artikel 2, § 3, 1°, en, in het licht daarvan, de voorafgaande paragraaf 1, 1°, van het ontwerp.

¹³ Zie de artikelen 1, 2, 4 en 5 van het ontwerp.

In een beheersstructuur met een zodanige mate van betrokkenheid van andere instanties dan de centrale diensten van de federale Staat kan niet worden voorzien op de enkele grond van artikel 37 van de Grondwet. De loutere oprichting van het dienstencentrum 'procurement' binnen een federale overheidsdienst en elementen van zijn taakomschrijving zouden wel op dat artikel kunnen worden gesteund, maar de wisselwerking tussen dat centrum en de netwerkstructuren als actoren van het federale aankoopbeleid binnen het samenwerkingsmodel¹⁴ en zijn mogelijke optreden als aankoopcentrale voor gemeenschappelijke overeenkomsten,¹⁵ kunnen evenwel niet louter op die basis worden geregeld.

2.3.2. Evenmin kan de bevoegdheid van een federaal gecentraliseerd orgaan voor de plaatsing van overheidsopdrachten, bij een louter op artikel 37 van de Grondwet gegrond koninklijk besluit worden uitgebreid tot de plaatsing van overheidsopdrachten voor rekening van openbare instellingen of ermee vergelijkbare instellingen met een van de federale Staat onderscheiden rechtspersoonlijkheid.

Het recht tot vertegenwoordiging van en om beslissingen te nemen voor een rechtspersoon komt in principe toe aan de organen van die rechtspersoon. De federale Staat zou een door hem opgericht bestuurlijk centralisatieorgaan ter beschikking kunnen stellen van de voormelde instellingen, maar om zulk een orgaan te laten optreden bij de plaatsing van overheidsopdrachten voor dergelijke instellingen, die als aanbestedende overheden goederen of diensten verwerven om de specifiek aan hen toevertrouwde taken van algemeen belang te volbrengen, dient evenwel bij een bijzondere wetsbepaling te worden voorzien in een machtiging daartoe. Hetzelfde geldt voor een vorm van collectief optreden, zij het bij consensus, en, bij gebreke van die laatste, voor een verschuiving van de beslissingneming naar de Ministerraad, waardoor de besluitvorming gedeeltelijk of geheel buiten de betrokken instelling komt te liggen, in weerwil van haar principiële autonomie.¹⁶

2.4. Uit het voorafgaande volgt dat het bij de ontworpen regeling tot stand te brengen stelsel voor de centralisatie van bepaalde overheidsopdrachten op het (regelings)niveau van de federale overheid te ruim is opgevat om alleen te kunnen worden verwezenlijkt op grond van artikel 37 van de Grondwet.

Aangezien er geen wettelijke grondslag voorhanden is voor de ontworpen regeling, kan het ontwerp geen doorgang vinden. Gelet op deze vaststelling, ziet de Raad van State, afdeling Wetgeving, af van verder onderzoek van het ontwerp.

*

¹⁴ Zie onder meer de artikelen 8 en 12 van het ontwerp.

¹⁵ Zie de artikelen 6, § 1, tweede lid, 14, 1°, 15 en 17 van het ontwerp.

¹⁶ Zie artikel 4, § 2, van het ontwerp.

1. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a pour objet de créer un fondement juridique destiné à l'application d'un modèle de coopération visant à centraliser la passation de certains marchés publics de pouvoirs adjudicateurs fédéraux.

Après avoir énoncé un certain nombre de définitions (chapitre 1^{er}), le texte en projet détermine le champ d'application de l'arrêté (chapitre II). En ce qui concerne le champ d'application personnel, une distinction est opérée selon que l'adhésion des pouvoirs adjudicateurs au modèle de coopération est obligatoire et générale ¹, ou libre mais structurelle, qu'elle soit, au choix, intégrale ou partielle ², ou encore totalement facultative ³. Les deux premières de ces catégories de participants ainsi que la dernière se distinguent également sur la base du caractère actif ou passif de leur participation au mécanisme de coopération mis en place, selon qu'ils peuvent ou non faire office de centrale d'achat ⁴. D'un point de vue matériel, le règlement se limite aux marchés publics de fournitures et de services qui relèvent du champ d'application du titre 2 de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics', à l'exclusion des marchés publics qualifiés de stratégiques, de confidentiels ou de secrets ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité.

Le projet mentionne ensuite les acteurs de la politique fédérale d'achats (chapitre III). On y trouve le réseau de concertation stratégique des achats fédéraux (CSAF) ⁵, qui se compose de différents coordinateurs stratégiques désignés par un président ou assimilé ⁶ pour les participants actifs. Le projet règle sa mission (direction stratégique, délimitation du champ d'action, répartition des tâches entre les participants actifs, contrôle de la passation et de l'exécution de contrats communs) et le processus de décision interne et externe dans le cadre de l'accomplissement de celle-ci.

Il règle en outre le réseau de concertation tactique et opérationnelle des achats fédéraux (CTOA) ⁷, qui intervient par contrat commun ⁸ ou selon des domaines pour lesquels de tels contrats peuvent être conclus et qui se compose de coordinateurs opérationnels désignés par les participants actifs. Ici aussi, le projet définit la mission (intégration et standardisation des besoins des participants aux contrats communs et contrôle du fonctionnement de ces contrats) ainsi que le processus décisionnel interne et externe.

¹ Voir l'article 2, § 1^{er}, du projet. Il s'agit de services publics et d'entreprises qui participent à la personnalité juridique de l'État fédéral.

² Voir l'article 2, § 2, du projet. Il s'agit d'organismes administratifs publics, d'institutions publiques de sécurité sociale et d'autres pouvoirs adjudicateurs fédéraux qui relèvent de l'article 2, 1^o, c), de la loi du 17 juin 2016 citée ci-après, à l'exception de ceux mentionnés à l'article 2, § 3, 3^o, du projet. Ils relèvent de la compétence réglementaire de l'État fédéral, mais ont une personnalité juridique propre.

³ Voir l'article 2, § 3, du projet. Il s'agit de services de police et de zones de secours au niveau (inter)communal, ainsi que de la Chambre, du Sénat, de la Cour des comptes et du Conseil supérieur de la justice.

⁴ Voir l'article 1^{er}, 4^o, a) et b), du projet pour les définitions respectives de « participant actif » et « passif ». Voir également l'article 2, 6^o *juncto* 7^o et 8^o, de la loi citée ci-après du 17 juin 2016, pour la définition de la notion de « centrale d'achat ».

⁵ Notion définie à l'article 1^{er}, 6^o, du projet.

⁶ Notion définie à l'article 1^{er}, 5^o, du projet.

⁷ Notion définie à l'article 1^{er}, 7^o, du projet.

⁸ Notion définie à l'article 1^{er}, 2^o, du projet.

Le projet prévoit de plus la création d'un centre de services 'procurement'⁹ au sein du Service Public Fédéral Stratégie et Appui, qui se voit attribuer un rôle de coordination et de support et qui peut également être désigné comme centrale d'achat. Le projet détermine encore les obligations des participants actifs au modèle de coopération et les compétences des coordinateurs stratégiques.

Après avoir déterminé le mode général d'élaboration de la politique fédérale d'achats et les principes de travail sur lesquels elle est basée (chapitre IV), le projet règle les « modalités de fonctionnement » du système de coopération (chapitre V), au moyen de dispositions relatives à des généralités (section I^{re}), à l'identification des opportunités de coopération (section II), à l'intégration des besoins (section III) et à la passation de marchés publics via ce système (section IV), et prévoit des prescriptions pour le « contrôle » du fonctionnement du système (chapitre VI) par la fixation et le « suivi » des indicateurs et objectifs chiffrés, ainsi que pour les litiges qui peuvent découler de ce fonctionnement (chapitre VII). Le texte en projet se termine par des dispositions transitoires, des dispositions d'entrée en vigueur et des dispositions finales (autres) (chapitres VIII).

2.1. Il découle du premier alinéa du préambule que le fondement juridique du projet est recherché dans l'article 107 de la Constitution.

L'article 107, alinéa 2, de la Constitution dispose que le Roi nomme aux emplois d'administration générale et de relation extérieure, sauf les exceptions établies par les lois¹⁰.

Le projet d'arrêté royal ne présente cependant aucun lien avec cette compétence de nomination ou avec l'habilitation qui en découle de régler le statut des fonctionnaires concernés. Le projet ne prévoit en effet pas de nommer des fonctionnaires ni de définir leurs droits et obligations dans l'exercice de leur fonction.

L'article 107 de la Constitution ne procure par conséquent pas de fondement juridique au projet.

2.2. Le projet peut par contre être mis en relation avec l'article 37 de la Constitution.

Selon cet article, le pouvoir exécutif fédéral, tel qu'il est réglé par la Constitution, appartient au Roi. En application de ce pouvoir, le Roi peut organiser des services administratifs qui y ressortissent ainsi que l'exercice de l'autorité sur ces services, notamment en édictant des règles destinées à une exécution commune de leurs tâches et en créant des organes administratifs de coordination et de mise en œuvre à cette fin.

Le régime en projet vise l'organisation d'une structure dédiée à la coordination et à la mise en œuvre d'un modèle de coopération dans le but de parvenir, au moyen de contrats communs, à une centralisation de certains marchés publics dans le cadre de la politique fédérale d'achats.

⁹ « Procurement » est le terme anglais pour « marchés publics » et « overheidsopdrachten ».

¹⁰ Les compétences déterminées à l'article 107, alinéa 2, de la Constitution et découlant de celui-ci sont limitées à l'autorité fédérale.

Une centralisation, via une telle structure, de la passation de marchés publics pour les différents services de l'État fédéral visés à l'article 2, § 1^{er}, du projet, peut en principe se fonder sur la compétence du Roi mentionnée à l'article 37 de la Constitution.

À cet égard, il convient toutefois d'émettre des réserves en ce qui concerne les institutions de la force armée. S'agissant de l'armée ¹¹, la compétence du Roi en ce qui concerne le projet peut être trouvée dans l'article 167, § 1^{er}, alinéa 2, *in limine*, de la Constitution, selon lequel le Roi commande les Forces armées, une compétence qui inclut la réalisation d'achats. En ce qui concerne la police ¹², l'article 184, alinéa 1^{er}, de la Constitution dispose cependant que l'organisation et les attributions du service de police intégré, structuré à deux niveaux, sont réglées par la loi. Dans la mesure où le projet concerne les services de police, le fondement légal requis fait dès lors défaut.

2.3. L'article 37 de la Constitution ne peut pas non plus procurer de fondement juridique au projet, dans la mesure où il concerne des organismes publics ou des institutions comparables dotés d'une personnalité juridique distincte de celle de l'État fédéral.

2.3.1. Le modèle de coopération réglé par le projet ne peut en effet être considéré comme une forme d'organisation se situant purement et simplement dans le cadre de l'administration de l'État fédéral *stricto sensu*. Il s'agit d'un instrument conçu pour une passation centralisée et commune de marchés publics au moyen de contrats communs entre différents pouvoirs adjudicateurs. Ces pouvoirs adjudicateurs peuvent être tant des services de l'État fédéral même que des organismes publics et des institutions comparables qui relèvent de sa compétence réglementaire, mais qui ont leur personnalité juridique propre.

L'implication de ces institutions se caractérise par des formes de participation active et passive d'intensité variée, participation qui est respectivement dirigée et mise en œuvre par l'intermédiaire du CSAF et du CTOA, à savoir les réseaux de concertation stratégique et tactico-opérationnelle des achats fédéraux, en tant que, respectivement, structure de coordination et de mise en œuvre, se composant respectivement de coordinateurs stratégiques et opérationnels qui représentent les différents pouvoirs adjudicateurs (ou certains d'entre eux). Au sein de ces structures, les décisions sont en principe prises par consensus, dans les réseaux précités ou éventuellement en amont par un ensemble mixte également de présidents et assimilés ¹³.

L'on ne peut prévoir une structure de gestion présentant un tel degré d'implication d'instances autres que les services centraux de l'État fédéral sur la seule base de l'article 37 de la Constitution. La simple création du centre de services 'procurement' au sein d'un service public fédéral ainsi que des éléments de la description de ses missions pourraient pour leur part reposer sur cet article, mais l'interaction entre ce centre et les structures de réseau en tant qu'acteurs de la

¹¹ Voir les articles 1^{er}, 5^o, et 4, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, du projet dans la mesure où ils mentionnent respectivement le chef de la Défense et son délégué.

¹² Voir en ce qui concerne cette dernière, d'une part, les articles 1^{er}, 5^o, et 4, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, du projet, dans la mesure où ils font respectivement mention du commissaire général de la Police Fédérale et de son délégué et, d'autre part, l'article 2, § 3, 1^o, et, à la lumière de celui-ci, le paragraphe 1^{er}, 1^o, précédent du projet.

¹³ Voir les articles 1^{er}, 2, 4 et 5 du projet.

politique fédérale d'achats dans le cadre du modèle de coopération¹⁴ et son intervention éventuelle en tant que centrale d'achat pour des contrats communs¹⁵ ne peuvent cependant pas être uniquement réglés sur cette base.

2.3.2. La compétence d'un organe fédéral décentralisé concernant la passation de marchés publics ne peut davantage être étendue, par la voie d'un arrêté royal simplement fondé sur l'article 37 de la Constitution, à la passation de marchés publics pour le compte d'organismes publics ou d'institutions comparables dotés d'une personnalité juridique distincte de celle de l'État fédéral.

Le droit de représenter une personne morale et de prendre des décisions pour celle-ci revient en principe aux organes de cette personne morale. L'État fédéral pourrait mettre un organe administratif de centralisation créé par lui à la disposition des institutions précitées, mais pour qu'un tel organe puisse intervenir dans le cadre de la passation de marchés publics pour ces institutions, qui acquièrent des biens ou des services en tant que pouvoir adjudicateur dans le but d'exécuter les missions d'intérêt général qui leur ont été spécifiquement confiées, il y a toutefois lieu de prévoir une habilitation à cet effet dans une disposition législative spécifique. Il en va de même pour une forme d'intervention collective, même par consensus, et, en l'absence de ce dernier, pour un déplacement de la prise de décision vers le conseil des ministres, le processus décisionnel se situant alors partiellement ou totalement à l'extérieur de l'institution concernée, au mépris de son autonomie de principe¹⁶.

2.4. Il découle de ce qui précède que le système de centralisation de certains marchés publics au niveau (réglementaire) de l'autorité fédérale, envisagé par le régime en projet, est conçu en des termes trop larges pour pouvoir aboutir sur la base du seul article 37 de la Constitution.

Vu l'absence de fondement légal pour le dispositif en projet, le projet ne peut se concrétiser. Eu égard à cette observation, le Conseil d'État, section de législation, s'abstient de poursuivre l'examen du projet.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Jan SMETS

¹⁴ Voir notamment les articles 8 et 12 du projet.

¹⁵ Voir les articles 6, § 1^{er}, alinéa 2, 14, 1^o, 15 et 17 du projet.

¹⁶ Voir l'article 4, § 2, du projet.