RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 62.464/1
van 13 december 2017

over

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

CONSEIL D’ÉTAT
section de législation

avis 62.464/1
du 13 décembre 2017

sur

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

‡LW-CIMRKCDBD-GCEGEVT‡

Op 13 november 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Defensie, belast met Ambtenarenzaken, verzocht binnen een termijn van dertig dagen 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 kamer onderzocht op 7 december 2017. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Wouter PAS, staatsraden, en Greet VERBERCKMOES, 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 13 december 2017.

*

Le 13 novembre 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, 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 le 7 décembre 2017. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wilfried VAN VAERENBERGH et Wouter PAS, conseillers d'État, et Greet VERBERCKMOES, greffier.

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

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 13 décembre 2017.

*

‡LW-CIMRKCDBD-GCEGEVT‡

1. Overeenkomstig 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 voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

*

ANTECEDENTEN

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt ertoe om een samenwerkingsmodel tot stand te brengen met het oog op een grotere efficiëntie van het beheer van de federale gemeenschappelijke aankoopvormen van overheidsopdrachten voor diensten en leveringen.

Het ontwerp is de aangepaste versie van het ontwerp van koninklijk besluit waarover de Raad van State, afdeling Wetgeving, op 15 september 2017 advies 62.008/1/V heeft uitgebracht.[1] In dat advies werd vastgesteld dat het bij die 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".

In het opnieuw om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit werd, in vergelijking met het ontwerp dat het voorwerp heeft uitgemaakt van advies 62.008/1/V, een andere en meer gedifferentieerde rechtsgrond ingeroepen (zie verder *sub* 4.1 tot 4.3) en werden een aantal inhoudelijke wijzigingen aangebracht waarvan de belangrijkste hierna *sub* 3 beknopt worden vermeld.

3. Er wordt een striktere scheiding doorgevoerd tussen, enerzijds, de actieve en verplichte deelname en, anderzijds, de passieve en vrijwillige deelname aan het samenwerkingsmodel. De eerstgenoemde wijze van deelname wordt enkel nog voorgeschreven voor de diensten van de federale Staat bedoeld in artikel 2, eerste lid, 1°, van de wet van 22 mei 2003 'houdende organisatie van de begroting en van de comptabiliteit van de federale Staat', met uitzondering van de politiediensten bedoeld in artikel 2, 2°, van de wet van 7 december 1998 'tot organisatie van een geïntegreerde politiedienst, gestructureerd op twee niveaus'.[2] De andere deelnamemogelijkheid vindt toepassing op de federale administratieve openbare instellingen, de openbare instellingen van sociale zekerheid, de voormelde politiediensten en de andere federale aanbestedende overheden die ressorteren onder artikel 2, 1°, a) en c), van de wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten'.[3]

[1] Adv.RvS 62.008/1/V van 15 september 2017 over een ontwerp van koninklijk besluit 'inzake de federaal gecentraliseerde overheidsopdrachten in het kader van het federaal aankoopbeleid'.

[2] Zie de artikelen 1, 4°, a), en 2, § 1, van het ontwerp, dat zo nog slechts van toepassing is op de diensten van algemeen bestuur van de federale overheid.

[3] Zie de artikelen 1, 4°, b), en 2, § 2, van het ontwerp.

‡LW-CIMRKCDBD-GCEGEVT‡

De werking van het samenwerkingsstelsel wordt afgestemd op het strakkere onderscheid tussen actieve en passieve deelname. Bij actieve deelname wordt de plaatsing van overheidsopdrachten structureel in die werking ingebed.[4] Passieve deelname vereist daarentegen voor elke gemeenschappelijke overeenkomst de voorafgaande ondertekening van een aansluitingsovereenkomst.[5]

Het materieel toepassingsgebied van de ontworpen regeling blijft beperkt tot overheidsopdrachten voor leveringen en diensten die onder het toepassingsgebied vallen van titel 2 van de wet van 17 juni 2016, onder voorbehoud van uitsluitingen, die worden uitgebreid met "de overheidsopdrachten waarvan de specifieke kenmerken rechtvaardigen dat ze worden geplaatst op buitenlands grondgebied door diplomatieke of consulaire vertegenwoordigingen".[6]

Ook de samenstelling van het netwerk van strategisch federaal aankoopoverleg (hierna verkort "SFA") werd gewijzigd. Het SFA bestaat uit strategische cöordinatoren die de actieve deelnemers vertegenwoordigen, een bij consensus door de voorzitters en daarmee gelijkgestelden[7] als college aangestelde strategische coördinator met specialisatie in gemeenschappelijke overeenkomsten inzake ICT, waarnemers gemandateerd voor de verschillende passieve deelnemers, en eventueel ook experts en bijkomende waarnemers.[8]

De samenstelling van een netwerk van tactisch-operationeel federaal aankoopoverleg (hierna verkort "TOFA") wordt beperkt tot enkel nog operationele cöordinatoren aangesteld door de aanbestedende overheden vermeld in artikel 2, § 1, van het ontwerp.[9]

Diverse bepalingen werden aangepast aan het gegeven dat voor de gemeenschappelijke overeenkomsten niet meer wordt vereist dat zij worden geplaatst via een aankoopcentrale in de zin van artikel 2, 6°, a), van de wet van 17 juni 2016.[10]

RECHTSGROND

4.1. In de eerste twee leden van de aanhef van het ontwerp wordt de rechtsgrond voor de ontworpen regeling omschreven met verwijzing naar respectievelijk de artikelen 37 en 167, § 1, tweede lid (niet: alinea), van de Grondwet, en artikel 169, derde lid, van de reeds genoemde wet van 17 juni 2016.

[4] Zie inzonderheid artikel 12 van het ontwerp.

[5] Zie, benevens de inleidende zin van artikel 2, § 2, vooral artikel 14 van het ontwerp.

[6] Zie artikel 3 van het ontwerp.

[7] De definitie daarvan, in artikel 1, 5°, van het ontwerp, is ongewijzigd gebleven.

[8] Zie artikel 4 van het ontwerp.

[9] Zie artikel 5 van het ontwerp.

[10] Zie de artikelen 1, 4°, 4, § 2, tweede lid, 5, § 3, 6, § 1, tweede lid, 9, 3° en 9°, 15, 17, 18 en 21, eerste, derde en vierde lid, van het ontwerp.

‡LW-CIMRKCDBD-GCEGEVT‡

De Raad van State, afdeling Wetgeving, verwijst naar de opmerkingen die hij in het eerdere advies 62.008/1/V van 15 september 2017 met betrekking tot de rechtsgrond voor het desbetreffende ontwerp van koninklijk besluit heeft gemaakt, inzonderheid wat artikel 37 van de Grondwet betreft.

Daarenboven dient, specifiek wat de rechtsgrond betreft van de met het voorliggende ontwerp aangepaste regeling, nog het hierna volgende te worden opgemerkt.

4.2. De aangevoerde grondwettelijke basis voor de ontworpen regeling kan rechtsgrond bieden voor de verplichte actieve deelname door aanbestedende overheden die diensten van de federale Staat zijn, zonder eigen rechtspersoonlijkheid, als bedoeld in artikel 2, eerste lid, 1°, van de wet van 22 mei 2003, met uitzondering van politiediensten, aan de organisatie, door en binnen de federale uitvoerende macht en met medewerking van de krijgsmacht,[11] van de centralisatie van bepaalde overheidsopdrachten door gemeenschappelijke overeenkomsten. Die overeenkomsten komen tot stand volgens een samenwerkingsmodel dat berust op een dubbele netwerkstructuur met een coördinatie- en een implementatiecomponent en dat wordt ondersteund door een binnen een federale overheidsdienst opgericht dienstencentrum "procurement".

Een dergelijk samenwerkingsmechanisme kan mee worden opengesteld voor vrijwillige passieve deelname, middels gemeenschappelijke aansluitingsovereenkomsten, door andere aanbestedende overheden die onder de regelingsbevoegdheid van de federale Staat ressorteren, ook als zij niet delen in diens rechtspersoonlijkheid,[12] maar zelfstandige rechtspersonen zijn,[13] of als het de politiediensten betreft waarvan de organisatie minstens in hoofdzaak dient te worden geregeld bij de wet.[14] De vrijwilligheid en de aansluitingsovereenkomsten waarin de samenwerking vorm krijgt, lijken op een voldoende wijze de zelfstandigheid of de wettigheid te waarborgen die geldt voor de handelingen van de bedoelde andere aanbestedende overheden. Zulke overeenkomsten kunnen immers slechts worden gesloten overeenkomstig de wettelijke of andersoortige regels die het optreden van de betrokken overheden beheersen.

Opdat wat voorafgaat zou kunnen worden aangenomen, is evenwel het volgende vereist. De structuur voor de centralisatie van de desbetreffende overheidsopdrachtenmoet volledig en uitsluitend kunnen worden gesitueerd op het niveau van diensten waarvoor de Koning rechtstreeks aan de Grondwet zelfstandige verordenende bevoegdheid ontleent. Die structuur mag dus in genen dele verplichten tot, noch afhankelijk zijn van de medewerking van andere instanties dan de voormelde diensten. Aan zulke andere instanties kan de Koning op grond van de bedoelde grondwettelijke bevoegdheid en zonder wettelijke grondslag immers geen verplichtingen

[11] In een medewerking van de krijgsmacht is blijkbaar ook voorzien ermee rekening houdend dat het Ministerie van Landsverdediging een dienst van de federale Staat is in de voormelde zin.

[12] Wat wel nog het geval is voor bijvoorbeeld administratieve diensten met boekhoudkundige autonomie en staatsbedrijven als bedoeld in artikel 2, eerste lid, 2° en 4°, van de wet van 22 mei 2003.

[13] Het betreft de federale administratieve openbare instellingen, de openbare instellingen van sociale zekerheid en de federale aanbestedende overheden die onder de toepassing vallen van artikel 2, 1°, c), van de wet van 17 juni 2016, vermeld in artikel 2, § 2, 1°, 2° en 4°, *in fine*, van het ontwerp.

[14] Zie artikel 2, § 2, 3°, van het ontwerp. Over het desbetreffende legaliteitsbeginsel dat voor de genoemde diensten geldt, zie adv.RvS 62.008/1/V, p. 5, nr. 2.2, *in fine*.

‡LW-CIMRKCDBD-GCEGEVT‡

opleggen op, bijvoorbeeld, het vlak van de samenstelling van door Hem opgerichte organen. Dit staat niet in de weg aan louter vrijwillige passieve deelname door dergelijke instanties aan gemeenschappelijke overeenkomsten die worden geplaatst via de door de Koning ingestelde structuur. Het onderscheid tussen zo'n deelname en de verplichte actieve deelname moet op organisatorisch gebied dan wel consequent worden ingevuld.

Dat is in het voorliggende ontwerp niet op alle punten het geval. Wat dat betreft kan meer in het bijzonder worden gewezen op de volgende bepalingen van het ontwerp:

– artikel 1, 5°, waarin de "voorzitter en daarmee gelijkgestelde" wordt gedefinieerd als niet enkel "de voorzitter van het [d]irectiecomité van een [f]ederale [o]verheidsdienst, de voorzitter van een [p]rogammatorische [o]verheidsdienst(…) [en] de chef (…) [d]efensie," maar ook als "de commissaris-generaal van de [f]ederale [p]olitie alsook de leidende ambtenaar van een administratieve openbare instelling of de administrateur-generaal van een openbare instelling van de sociale zekerheid";

– artikel 4, § 1, eerste lid, 2°, op grond waarvan voor het SFA "een strategische coördinator gespecialiseerd in gemeenschappelijke overeenkomsten inzake ICT [wordt] aange[steld] [bij] consensus door de voorzitters en daarmee gelijkgestelden verenigd in college";

– artikel 4, § 1, eerste lid, 3° tot en met 6°, met toepassing waarvan het SFA mede is samengesteld uit waarnemers die worden gemandateerd door opperste leidinggevenden van door de federale Staat geregelde, maar ervan onderscheiden openbare rechtspersonen, of van de federale politie;

– artikel 11 van het ontwerp, waarin onder meer wordt vermeld dat het SFA een huishoudelijk reglement opstelt "dat ter goedkeuring wordt voorgelegd aan de voorzitters en daarmee gelijkgestelden".

Uit de opgesomde bepalingen van het ontwerp volgt dat de samenstelling en de werking van het SFA als coördinatiecomponent van de centralisatiestructuur gedeeltelijk wordt afhankelijk gemaakt van het optreden van opperste leidinggevenden van functioneel gedecentraliseerde instellingen en van de federale politie. Hierdoor worden de laatstgenoemden ook tot een dergelijk optreden verplicht. Daarvoor beschikt de Koning niet over een eigen verordeningsbevoegdheid, maar is een wettelijke rechtsgrond vereist.

Bij ontstentenis van een voldoende wettelijke rechtsgrond kunnen de voornoemde bepalingen niet ongewijzigd in het ontwerp worden gehandhaafd. Zij zouden wel, binnen de grenzen van de grondwettelijke rechtsgrond, in het ontwerp een plaats kunnen krijgen indien zij zouden worden aangepast. Zo zouden de aanstelling van een strategische coördinator met specialisatie in gemeenschappelijke overeenkomsten inzake ICT en de goedkeuring van het huishoudelijk reglement van het SFA kunnen worden toevertrouwd aan de opperste leidinggevenden van uitsluitend de actieve deelnemers,[15] en zou de aanwezigheid van alle

[15] Vgl. de artikelen 4, § 2, vierde lid, en 8 van het ontwerp. Als de artikelen 4, § 1, eerste lid, 2°, en 11 in een dergelijke zin zouden worden aangepast, blijft in het ontworpen besluit enkel nog artikel 20, 2°, over als bepaling waarin wordt voorzien in een optreden van "de voorzitters en daarmee gelijkgestelden" zonder beperking tot de

‡LW-CIMRKCDBD-GCEGEVT‡

waarnemers in het SFA facultatief kunnen worden gemaakt door de instanties die de waarnemers kunnen mandateren daartoe louter uit te nodigen.[16] Een in die zin aangepast koninklijk besluit zou wel degelijk kunnen worden gesteund op de grondwettelijke bepalingen waaraan in het eerste lid van de aanhef wordt gerefereerd.

4.3. De gezamenlijke plaatsing van overheidsopdrachten voor verschillende federale aanbestedende overheden op basis van gemeenschappelijke overeenkomsten waarbij een van die overheden verantwoordelijk is voor de plaatsing, houdt een bevoegdheidsoverdracht in overeenkomstig artikel 169, derde lid, van de wet van 17 juni 2016. In die mate kan het ontwerp geacht worden om mede rechtsgrond te vinden in de voornoemde bepaling van de wet van 17 juni 2016.

VORMVEREISTEN

5. In de aanhef van het ontwerp wordt melding gemaakt van het vervullen van diverse vormvereisten. De betrokken vormvereisten hebben evenwel alle betrekking op de tekst van het ontwerp zoals die het voorwerp uitmaakte van advies 62.008/1/V van 15 september 2017 van de Raad van State, afdeling Wetgeving. Het heden om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit bevat evenwel diverse inhoudelijke wijzigingen in vergelijking met het eerder opgestelde ontwerp waarover de afdeling Wetgeving al heeft geadviseerd. In zoverre de inhoudelijke aanpassingen van de tekst van dat laatste niet het gevolg zijn van advies 62.008/1/V dienen de stellers van het ontwerp erover te oordelen of de tekstaanpassingen van die aard zijn dat met betrekking tot het aldus aangepaste ontwerp opnieuw aan de voorheen vervulde vormvereisten zal moeten worden voldaan.

actieve deelnemers. Een dergelijke bepaling lijkt niet problematisch, maar ook geenszins onontbeerlijk: in artikel 20 zou kunnen worden volstaan met een voorstelling door het dienstencentrum "procurement" van de resultaten van de opvolging (lees: "vervolgbehandeling") van de in artikel 19 bepaalde indicatoren aan het SFA, op maandbasis, en aan de Ministerraad, op jaarbasis. De driemaandelijkse voorstelling aan de voorzitters en daarmee gelijkgestelden zou, zonder dat het in het tot stand te brengen koninklijk besluit hoeft te worden vermeld, kunnen worden overgelaten aan de betrokken strategische coördinatoren en eventuele waarnemers in het SFA. In dat laatste geval zou de definitie van "voorzitter en daarmee gelijkgestelde" (of eenvoudiger: "opperste leidinggevenden"), in artikel 1, 5°, van het ontwerp, kunnen worden beperkt tot de voorzitter van het directiecomité van een federale overheidsdienst, de voorzitter van een programmatorische overheidsdienst en de chef defensie.

[16] Vgl. de eerste zin van artikel 4, § 1, tweede lid, van het ontwerp, inzonderheid in zoverre het de "bijkomende waarnemers" betreft.

‡LW-CIMRKCDBD-GCEGEVT‡

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

6. In de aanhef van het ontwerp dient ook te worden verwezen naar de regelgevingsimpactanalyse die met betrekking tot de ontworpen regeling is uitgevoerd. Daartoe vervolledige men de aanhef met de volgende verwijzing:

"Gelet op de impactanalyse van de regelgeving, uitgevoerd op 5 juli 2017, overeenkomstig de artikelen 6, § 1, en 7, § 1, van de wet van 15 december 2013 houdende diverse bepalingen inzake administratieve vereenvoudiging;".

7. Men passe de redactie van het lid van de aanhef waarin wordt gerefereerd aan het advies van de Raad van State aan als volgt:

"Gelet op de adviezen 62.008/1/V en 62.464/1 van de Raad van State, respectievelijk gegeven op 15 september 2017 en op 13 december 2017, met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;".

Artikel 1

8. In artikel 1, 1°, van het ontwerp wordt het begrip "overheidsopdracht" omschreven als "elke overheidsopdracht, raamovereenkomst of prijsvraag als bedoeld in artikel 2, 2°, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren".

In artikel 2, 2°, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 wordt onder meer gerefereerd aan artikel 2, 17° en 18°, van de wet van 17 juni 2016, die respectievelijk mede en enkel betrekking hebben op overheidsopdrachten voor werken. Dit is evenwel niet het geval voor de ontworpen regeling, zoals blijkt uit artikel 3, eerste lid, van het ontwerp. Gelet op de omschrijving van het toepassingsgebied *ratione materiae* van het ontworpen koninklijk besluit, in artikel 3, eerste lid, ervan, is een definitie van het begrip "overheidsopdracht" voor de toepassing van de ontworpen regeling trouwens overbodig[17] en wordt deze het best weggelaten. De andere onderdelen van artikel 1 van het ontwerp dienen dan uiteraard te worden vernummerd.

9. In artikel 1, 2°, van het ontwerp vervange men de woorden "aanbestedende overheden gedefinieerd in artikel 1, 3°," door de woorden "aanbestedende overheden zoals omschreven onder 3°,".

[17] Dat in artikel 3, eerste lid, van het ontwerp, benevens van het begrip "overheidsopdracht" niet tevens melding wordt gemaakt van de begrippen "raamovereenkomst" of "prijsvraag", zoals wel het geval is artikel 1, 1°, van het ontwerp, vormt geen bezwaar voor het weglaten van de laatstgenoemde bepaling. Uit de verwijzing naar "het toepassingsgebied (…) van titel 2 van de wet van 17 juni 2016" in artikel 3, eerste lid, vloeit immers een gelijkstelling voort van raamovereenkomsten en prijsvragen met overheidsopdrachten (zie artikel 19, derde lid, van die wet). Eventueel kan die gelijkstelling in herinnering worden gebracht bij de toelichting van het materiële toepassingsgebied in het verslag aan de Koning bij het ontworpen koninklijk besluit.

‡LW-CIMRKCDBD-GCEGEVT‡

10. Rekening houdend met de omschrijving van "actieve deelnemer", in artikel 1, 4°, a), van het ontwerp, vervange men aan het einde van artikel 1, 6°, van het ontwerp, de zinsnede "tussen de verschillende aanbestedende overheden vermeld in artikel 2, § 1" door de zinsnede "tussen de verschillende actieve deelnemers". Een gelijkaardige aanpassing kan dan worden aangebracht in de artikelen 5, § 1, tweede lid, 7, § 2, eerste lid, en 12, § 1, eerste lid, en § 2, van het ontwerp.[18]

Artikel 2

11. In de Nederlandse tekst van artikel 2, § 1, van het ontwerp schrijve men ter wille van de redactionele eenvormigheid en de overeenstemming met de Franse tekst, "de diensten van de federale Staat" in plaats van "de diensten van de Staat". Tevens dient in dezelfde paragraaf, in zowel de Nederlandse als de Franse tekst, te worden verwezen naar "artikel 2, eerste lid, 1°, van de wet van 22 mei 2003" (niet: artikel 2, 1°, van de wet van 22 mei 2003). In gelijkaardige zin moet in artikel 2, § 2, 1°, van het ontwerp, worden verwezen naar "artikel 2, eerste lid, 3°, van de wet van 22 mei 2003" (niet: artikel 2, 3°, van de wet van 22 mei 2003).

12. Aan het einde van artikel 2, § 2, 2°, van het ontwerp dient de vermelding van het opschrift van het koninklijk besluit van 3 april 1997 te worden vervolledigd met de zinsnede ", met toepassing van artikel 47 van de wet van 26 juli 1996 tot modernisering van de sociale zekerheid en tot vrijwaring van de leefbaarheid van de wettelijke pensioenstelsels".

Artikel 4

13. In artikel 4, § 1, van het ontwerp is blijkbaar niet voorzien in een mogelijkheid om waarnemers in het SFA te mandateren voor de (rest)categorie van "de andere federale aanbestedende overheden", bedoeld in artikel 2, § 2, 4°, van het ontwerp, tenzij als "bijkomende waarnemers" in de zin van artikel 4, § 1, tweede lid, van het ontwerp, en op initiatief van het SFA zelf. Dergelijke mogelijkheid bestaat daarentegen wel voor de andere categorieën van passieve deelnemers die worden vermeld in artikel 2, § 2, van het ontwerp. Vraag is of dit onderscheid gewild is en, in het bevestigende geval, welke redenen dat onderscheid kunnen verantwoorden. Het verdient aanbeveling om dergelijke verantwoording in voorkomend geval weer te geven in het verslag aan de Koning.

14. Rekening houdend met de omschrijving van "passieve deelnemer", in artikel 1, 4°, b), van het ontwerp, vervange men in artikel 4, § 1, tweede lid, van het ontwerp, de woorden "door de aanbestedende overheden geïdentificeerd in artikel 2, § 2," door de woorden "door de passieve deelnemers".

[18] In artikel 9, 4°, van het ontwerp wordt de bestaande tekst het best behouden, rekening houdend met de woorden "die niet aan een gemeenschappelijke overeenkomst wenst deel te nemen" die in die bepaling voorkomen.

‡LW-CIMRKCDBD-GCEGEVT‡

15. Ter wille van de duidelijkheid en de transparantie van de regeling explicitere men in artikel 4, § 2, vierde lid, van het ontwerp, dat erin het geval wordt beoogd van het "uitblijven van de in het derde lid vermelde consensus" en dat het gaat om "het dienstencentrum 'procurement', bedoeld in artikel 6".

16. In artikel 4, § 3, van het ontwerp, wordt onder meer bepaald dat artikel 4, § 2, niet van toepassing is "voor de gemeenschappelijke overeenkomsten met betrekking tot ICT, waarvoor een specifieke inhoudelijk coördinerende beheersstructuur bestaat".

Aan de gemachtigde werd gevraagd welke beheersstructuur precies wordt bedoeld en in welke normatieve bepalingen die structuur wordt geregeld. De gemachtigde antwoordde:

> "Met 'specifiek inhoudelijk coördinerende beheersstructuur' wordt de G-Cloud met zijn coördinatie-organen bedoeld (zijnde de G-Cloud Strategic Board met topambtenaren van de onderscheiden soorten overheidsdiensten, en de G-Cloud Operational Board, met ICT-managers van de onderscheiden soorten overheidsdiensten). Dit is een operationeel samenwerkingsverband dat is uitgebouwd door de onderscheiden federale overheidsdiensten en dat door de Regering in Ministerraad is goedgekeurd. Meer informatie over de G-Cloud en de uitgebouwde diensten, vindt u op https://www.gcloud.belgium.be/. Het is een samenwerkingsverband gebaseerd op beslissingen van de onderscheiden overheidsdiensten. Een regelgeving hierover is niet voorzien. Door de G-Cloud Strategic Board is wel een huishoudelijk reglement opgesteld."

Naarmate in de regelgeving veelvuldiger wordt verwezen naar de voornoemde beheersstructuur[19] zou het, ter wille van de duidelijkheid en de rechtszekerheid, aanbeveling verdienen om de feitelijke organisatie van die structuur in de regelgeving op te nemen en om met andere woorden het bestaan, de inrichting en de werking van die structuur formeel te regelen in een wettelijke of verordenende tekst.

Dezelfde opmerking geldt voor de verwijzing naar de betrokken "beheersstructuur" in de artikelen 5, § 3, en 6, § 2, eerste lid, van het ontwerp.

17. Aan het einde van artikel 4, § 3, van het ontwerp, schrijve men "aan het SFA via de afgevaardigde bedoeld in paragraaf 1, eerste lid, 2°" in plaats van "aan de SFA via de afgevaardigde bedoeld in artikel 4, § 1, 2°".

In de artikelen 5, § 3, en 6, § 2, tweede lid, van het ontwerp, dient dan melding te worden gemaakt van de "afgevaardigde bedoeld in artikel 4, § 1, eerste lid, 2°".

[19] Aan het bestaan van *G-cloud* wordt ook gerefereerd in een considerans in de aanhef en in artikel 2, eerste lid, 23° en 30°, van het koninklijk besluit van 22 februari 2017 'houdende oprichting van de Federale Overheidsdienst Beleid en Ondersteuning', evenals in het bijbehorende verslag aan de Koning.

‡LW-CIMRKCDBD-GCEGEVT‡

Artikel 6

18. Men late artikel 6, § 2, eerste lid, van het ontwerp, aanvangen als volgt: "De bepalingen van paragraaf 1, eerste lid, 3°, 5° en 6°, zijn …".

Artikel 7

19. Rekening houdend met de omschrijving van het begrip "actieve deelnemer", in artikel 1, 4°, a), van het ontwerp, kan voor de inleidende zin van artikel 7, § 1, eerste lid, van het ontwerp, worden volstaan met de volgende redactie: "Elke actieve deelnemer is ertoe gehouden om:".

20. Aan de gemachtigde werd gevraagd welke beslissingen van de strategische coördinator precies worden beoogd in artikel 7, § 2, tweede lid, van het ontwerp en of die beslissingen verband houden met wat is vermeld in artikel 7, § 1. Ook werd aan de gemachtigde gevraagd wat het bepaalde in artikel 7, § 2, tweede lid, toevoegt aan hetgeen reeds uit artikel 4, § 2, derde lid, van het ontwerp, voortvloeit.

De gemachtigde heeft hierop geantwoord dat er effectief een verband is tussen de artikelen 4, § 2, derde lid, en 7, § 2, tweede lid, van het ontwerp. Artikel 7, § 1, van het ontwerp, is volgens de gemachtigde evenwel bedoeld om een verplichting op te leggen aan de actieve deelnemers en niet noodzakelijk aan hun strategische coördinatoren. Steeds volgens de gemachtigde ligt aan artikel 7, § 2, tweede lid, van het ontwerp, de bedoeling ten grondslag om het voor de coördinator mogelijk te maken om de actieve deelnemers te verbinden, zodat de coördinator dus niet enkel de vergaderingen kan bijwonen als waarnemer. De gemachtigde stelt daarom voor om de redactie van artikel 7, § 2, tweede lid, van het ontwerp, in het licht van die bedoeling aan te passen en om de aldus aangepaste bepaling te integreren in artikel 4 van het ontwerp.

Met deze suggestie kan worden ingestemd.

Artikel 9

21. Ter wille van de rechtszekerheid schrijve men in artikel 9, 7°, van het ontwerp "op het ogenblik van het opstarten van de procedure tot plaatsing van een overheidsopdracht via die overeenkomst" in plaats van "op het ogenblik van het opstarten van de plaatsingsprocedure van de gemeenschappelijke overeenkomst".

22. Nog in artikel 9, 7°, van het ontwerp, wordt bepaald dat de deelnemers "in principe" blijven deelnemen tot het einde van de gemeenschappelijke overeenkomst.

In het verslag aan de Koning wordt hieromtrent het volgende verduidelijkt:

> "Een deelnemer zou zijn deelname kunnen herzien indien er, bijvoorbeeld, tijdens de uitvoering van de overheidsopdracht problemen ontstaan die het functioneren van de dienst in het gedrang kunnen brengen mits motivering aan het SFA. Deze problemen

‡LW-CIMRKCDBD-GCEGEVT‡

kunnen, zonder exhaustief te zijn, de volgende zijn: een acuut hoogdringend karakter, het onverzoenbaar blijken van technische specificaties ondanks het gebruik van maatregelen die deze verschillen zouden moeten kunnen overbruggen …".

Indien het de bedoeling is om de herziening te laten afhangen van een "motivering aan het SFA" zou die bedoeling met zoveel woorden tot uitdrukking moeten worden gebracht in de tekst van het ontwerp. Daarenboven zou in deze laatste in de mate van het mogelijke moeten worden aangegeven in welk soort gevallen een afwijking van het principe van een deelneming tot aan het einde van de gemeenschappelijke overeenkomst mogelijk is (bijvoorbeeld in het geval waarin het functioneren van de dienst in het gedrang dreigt te komen).

Artikel 11

23. In artikel 11 van het ontwerp wordt onder meer bepaald dat het SFA een huishoudelijk reglement opstelt "waarin de regels worden hernomen volgens dewelke de gemeenschappelijke overeenkomsten worden gerealiseerd, met name bepalingen met betrekking tot beslissingstermijnen, behandeling van gevallen van gebrek aan consensus, vertragingen in geval van het uitblijven van voorstellen of in geval van niet gunning (lees: "niet-gunning')".

Er moet evenwel worden opgemerkt dat in een huishoudelijk reglement enkel louter praktische bepalingen inzake de werkwijze van het betrokken orgaan kunnen worden opgenomen en geen verregaande bepalingen zoals essentiële regels inzake de besluitvorming. Zulke bepalingen dienen in het ontwerp zelf te worden opgenomen. Het hernemen in een huishoudelijk reglement van bepalingen van een verordenende tekst leidt trouwens tot een te vermijden vermenging van normen.

Artikel 12

24. Teneinde geen onduidelijkheid te laten bestaan over de draagwijdte van de woorden "deze behoeften", in artikel 12, § 1, tweede lid, van het ontwerp, vervange men die woorden door de woorden "de in de meerjarenplanning geraamde behoeften".

Ook in artikel 13, 1°, a), van het ontwerp, zou het duidelijker zijn indien melding werd gemaakt van "de meerjarenplanning van de behoeften" in plaats van "de planning van de behoeften".

Artikel 14

25. Om de reden vermeld *sub* 14 vervange men in artikel 14, eerste lid, van het ontwerp, de woorden "informeert de passieve deelnemers hernomen in artikel 2, § 2, van" door de woorden "informeert de passieve deelnemers over".

‡LW-CIMRKCDBD-GCEGEVT‡

26. Men passe de redactie van artikel 14, tweede lid, van het ontwerp, aan als volgt:

"Iedere aanbestedende overheid, bedoeld in artikel 2, § 2, die aan een gemeenschappelijke overeenkomst wenst deel te nemen als passieve deelnemer, informeert het dienstencentrum 'procurement' daarover binnen de door dat centrum vastgestelde termijnen. Het dienstencentrum informeert het SFA en het betrokken TOFA daarover."

Artikel 15

27. Benevens een actieve deelnemer kan ook het dienstencentrum "procurement" door het SFA worden aangewezen om de plaatsing van een gemeenschappelijke overeenkomst te beheren. Het dienstencentrum is evenwel zelf geen aanbestedende overheid. Bijgevolg wordt in artikel 15 van het ontwerp de zinsnede ", op basis van de expertise en de geschiktheid van deze aanbestedende overheid" het best vervangen door de zinsnede ", naargelang van de beschikbare expertise en de geschiktheid".

Artikel 17

28. In de eerste zin van artikel 17 van het ontwerp schrijve men "de evaluatie van de offertes, de gunning en de sluiting van de overheidsopdracht" (niet: "de evaluatie van de offertes en de gunning of het sluiten van de overheidsopdracht"). De sluiting van een overheidsopdracht vormt immers geen alternatief voor de gunning ervan, maar vereist integendeel dat die gunning eraan voorafgaat.[20]

Artikel 20

29. In artikel 20, 1°, van het ontwerp, is er een gebrek aan overeenstemming tussen de Nederlandse ("maandelijks aan het netwerk van het SFA") en de Franse tekst ("mensuellement, au CSAF"). Beide teksten moeten beter op elkaar worden afgestemd.

Artikel 23

30. De aanwijzing van strategische coördinatoren of waarnemers door de aanbestedende overheden, bepaald (niet: "hernomen") in artikel 4, § 1, van het ontwerp, is geen eenmalige, maar een te actualiseren maatregel. Die maatregel wordt dan ook beter niet ingeschreven in een artikel 23 dat wordt ondergebracht bij de slotbepalingen van het ontwerp, maar wordt bij voorkeur geïntegreerd in het voornoemde artikel 4, § 1, van het ontwerp. Voorts wordt de eerste zin van artikel 23 van het ontwerp, zoals het om advies is voorgelegd, het best aangevuld met de woorden "en bij elke vervanging".

[20] Zie de definities van de genoemde begrippen in artikel 2, 38° en 39°, van de wet van 17 juni 2016.

‡LW-CIMRKCDBD-GCEGEVT‡

Artikel 24

31. In artikel 24 van het ontwerp dient te worden gespecificeerd welke de ministers zijn die worden belast met de uitvoering van het te nemen besluit. Het betreft de ministers van de federale regering die bevoegd zijn om op te treden in de bij dat besluit geregelde aangelegenheden. Zij moeten worden aangewezen op een abstracte wijze, met een omschrijving van hun bevoegdheid die relevant is voor de geregelde aangelegenheden.[21] Hiermee rekening houdend kan worden overwogen om artikel 24 van het ontwerp te redigeren als volgt:

"De minister bevoegd voor Ambtenarenzaken en de minister bevoegd voor Begroting zijn, ieder wat hem betreft, belast met de uitvoering van dit besluit."[22]

*

[21] Zie *Beginselen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, aanbevelingen nrs. 166 en 167, inzonderheid voorbeeld a), alsook formule F 4-7-2.

[22] Vgl. tevens de vermelding van de ministers die het ontworpen koninklijk besluit voordragen en medeondertekenen.

‡LW-CIMRKCDBD-GCEGEVT‡

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.

*

ANTÉCÉDENTS

2. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a pour objet d'élaborer un modèle de coopération en vue d'accroître l'efficacité de la gestion des formes d'achats fédéraux communs en ce qui concerne les marchés publics de services et de fournitures.

Le projet constitue la version adaptée du projet d'arrêté royal sur lequel, le 15 septembre 2017, le Conseil d'État, section de législation, a donné l'avis 62.008/1//V [1]. Dans cet avis, il avait été constaté que « le système de centralisation de certains marchés publics au niveau (réglementaire) de l'autorité fédérale envisagé par [ce] régime, est conçu en des termes trop larges pour pouvoir aboutir sur la base du seul article 37 de la Constitution ».

Par rapport au projet qui a fait l'objet de l'avis 62.008/1/V, le projet d'arrêté royal soumis une nouvelle fois pour avis invoque un fondement juridique différent et plus différencié (voir les points 4.1 à 4.3 ci-dessous) et apporte un certain nombre de modifications matérielles, dont les plus importantes seront brièvement mentionnées au point 3 ci-dessous.

3. Une distinction plus stricte est opérée entre, d'une part, la participation active et obligatoire et, d'autre part, la participation passive et volontaire au modèle de coopération. La première forme de participation n'est plus prescrite que pour les services de l'État fédéral visés à l'article 2, alinéa 1er, 1°, de la loi du 22 mai 2003 'portant organisation du budget et de la comptabilité de l'État fédéral', à l'exception des services de police visés à l'article 2, 2°, de la loi du 7 décembre 1998 'organisant un service de police intégré, structuré à deux niveaux' [2]. L'autre possibilité de participation s'applique aux organismes administratifs publics fédéraux, aux institutions publiques de sécurité sociale, aux services de police précités et aux autres pouvoirs adjudicateurs fédéraux qui relèvent de l'article 2, 1°, a) et c) de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' [3].

Le fonctionnement du régime de coopération est aligné sur la distinction plus rigoureuse entre la participation active et la participation passive. Lorsqu'il y a participation active, la passation des marchés publics est structurellement intégrée dans ce fonctionnement [4].

[1] Avis CE 62.008/1/V du 15 septembre 2017 sur un projet d'arrêté royal 'relatif aux marchés publics fédéraux centralisés dans le cadre de la politique fédérale d'achats'.

[2] Voir les articles 1er, 4°, a), et 2, § 1er, du projet, dont le champ d'application est ainsi restreint aux services de l'administration générale de l'autorité fédérale.

[3] Voir les articles 1er, 4°, b), et 2, § 2, du projet.

[4] Voir, notamment, l'article 12 du projet.

‡LW-CIMRKCDBD-GCEGEVT‡

La participation passive requiert par contre, pour chaque contrat commun, la signature préalable d'une convention d'adhésion [5].

Le champ d'application matériel du dispositif en projet reste limité aux marchés publics de fournitures et de services relevant du champ d'application du titre 2 de la loi du 17 juin 2016, sous la réserve d'exceptions, qui sont étendues aux « marchés publics dont les spécificités justifient leur passation sur un territoire étranger par des représentations diplomatiques et consulaires »[6].

La composition du réseau de concertation stratégique des achats fédéraux (ci-après en abrégé « CSAF ») est également modifiée. Le CSAF est composé de coordinateurs stratégiques qui représentent les participants actifs, un coordinateur stratégique spécialisé dans les contrats communs en matière d'ICT désigné par consensus par les présidents et assimilés [7] réunis en collège, des observateurs mandatés par les différents participants passifs et, le cas échéant, également des experts et des observateurs supplémentaires [8].

La composition d'un réseau de concertation tactique et opérationnelle des achats fédéraux (ci-après, en abrégé « CTOA ») est désormais limitée à des coordinateurs opérationnels désignés par les pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 2, § 1er, du projet [9].

Diverses dispositions ont été adaptées à l'abandon de l'exigence selon laquelle les contrats communs doivent être passés à l'intervention d'une centrale d'achat au sens de l'article 2, 6°, a), de la loi du 17 juin 2016 [10].

FONDEMENT JURIDIQUE

4.1. Les deux premiers alinéas du préambule du projet définissent le fondement juridique du dispositif en projet par référence, respectivement, aux articles 37 et 167, § 1er, alinéa 2 (dans le texte néerlandais « tweede lid » et non « tweede alinea »), de la Constitution, et à l'article 169, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2016, précitée.

Le Conseil d'État, section de législation, renvoie aux observations qu'il a formulées dans l'avis 62.008/1/V du 15 septembre 2017, relativement au fondement juridique du projet d'arrêté royal concerné, en particulier à propos de l'article 37 de la Constitution.

En outre, pour ce qui est plus spécifiquement du fondement juridique du dispositif adapté par le projet à l'examen, il convient d'encore observer ce qui suit.

---

[5] Voir, outre la phrase introductive de l'article 2, § 2, surtout l'article 14 du projet.

[6] Voir l'article 3 du projet.

[7] La définition, donnée à l'article 1er, 5°, du projet, est restée inchangée.

[8] Voir l'article 4 du projet.

[9] Voir l'article 5 du projet.

[10] Voir les articles 1er, 4°, 4, § 2, alinéa 2, 5, § 3, 6, § 1er, alinéa 2, 9, 3° et 9°, 15, 17, 18 et 21, alinéas 1er, 3, et 4, du projet.

‡LW-CIMRKCDBD-GCEGEVT‡

4.2. La base constitutionnelle invoquée pour le dispositif en projet peut procurer un fondement juridique à la participation active obligatoire des pouvoirs adjudicateurs qui sont des services de l'État fédéral, dénués de personnalité juridique, visés à l'article 2, alinéa 1er, 1°, de la loi du 22 mai 2003, à l'exception des services de police, à l'organisation, par le pouvoir exécutif fédéral et au sein de celui-ci et avec la collaboration de la force armée [11], de la centralisation de certains marchés publics par des contrats communs. Ces contrats sont élaborés selon un modèle de coopération, qui repose sur une structure de réseau double comprenant une composante de coordination et une composante de mise en œuvre, et qui est soutenu par un centre de services 'procurement' créé au sein d'un service public fédéral.

Un tel mécanisme de coopération peut également être ouvert à une participation passive volontaire, au moyen de conventions d'adhésion communes, d'autres pouvoirs adjudicateurs qui relèvent de la compétence réglementaire de l'État fédéral, même s'ils ne participent pas de sa personnalité juridique [12], mais ont une personnalité juridique propre [13], ou s'il s'agit de services de police dont l'organisation doit, à tout le moins pour l'essentiel, être réglée par la loi [14]. Le caractère volontaire et les conventions d'adhésion dans lesquelles la coopération s'inscrit, semblent garantir à suffisance l'indépendance ou la légitimité qui s'applique aux actes des autres pouvoirs adjudicateurs visés. De telles conventions peuvent en effet être conclues que conformément aux règles légales ou autres, qui régissent l'intervention des autorités concernées.

Pour que les considérations qui précèdent puissent être admises, il faut toutefois avoir égard aux conditions suivantes. La structure prévue pour la centralisation des marchés publics concernés doit pouvoir être située, intégralement et exclusivement, au niveau des services pour lesquels le Roi puise son pouvoir réglementaire autonome directement dans la Constitution. Cette structure ne peut donc en aucune façon imposer la collaboration d'instances autres que les services précités, ni dépendre de celle-ci. Sur le fondement de la compétence constitutionnelle visée, et en l'absence de fondement légal, le Roi ne peut en effet pas imposer d'obligations à de telles instances, en ce qui concerne, par exemple, la composition des organes créés par Lui. Cette observation ne fait pas obstacle à ce que de telles instances participent d'une manière purement passive et volontaire à des contrats communs qui sont passés par l'intermédiaire de la structure mise en place par le Roi. Il faut alors définir la distinction entre une telle participation et la participation active obligatoire d'une manière cohérente sur le plan organisationnel.

Dans le projet à l'examen, tel n'est pas toujours le cas. À cet égard, on peut en particulier attirer l'attention sur les dispositions suivantes du projet :

---

[11] Une collaboration de la force armée est apparemment prévue également eu égard, notamment, au fait que le Ministère de la Défense est un service de l'État fédéral au sens précité.

[12] Ce qui est cependant encore le cas, par exemple, des services administratifs à comptabilité autonome et des entreprises d'État, visées à l'article 2, alinéa 1er, 2° et 4°, de la loi du 22 mai 2003.

[13] Il s'agit des organismes administratifs publics fédéraux, des institutions publiques de sécurité sociale et des pouvoirs adjudicateurs fédéraux qui tombent dans le champ d'application de l'article 2, 1°, c), de la loi du 17 juin 2016, mentionnés à l'article 2, § 2, 1°, 2° et 4°, *in fine*, du projet.

[14] Voir l'article 2, § 2, 3°, du projet. Au sujet du principe de légalité qui s'applique aux services précités, voir l'avis C.E. 62.008/1/V, p. 5, n° 2.2, *in fine*.

‡LW-CIMRKCDBD-GCEGEVT‡

– l'article 1er, 5°, qui définit le « président et assimilé » non seulement comme « le président du comité de direction d'un [s]ervice [p]ublic [f]édéral, le président d'un [s]ervice [p]ublic [f]édéral de [p]rogrammation, [et] le chef de la [d]éfense », mais aussi comme « le commissaire général de la [p]olice [f]édérale, ainsi que le fonctionnaire dirigeant d'un organisme administratif public ou l'administrateur général d'une institution publique de sécurité sociale » ;

– l'article 4, § 1er, alinéa 1er, 2°, sur la base duquel, pour le CSAF « un coordinateur stratégique spécialisé dans les contrats communs en matière d'ICT [est] désigné par consensus par les présidents et assimilés réunis en collège » ;

– l'article 4, § 1er, alinéa 1er, 3° à 6°, en application duquel le CSAF est notamment composé d'observateurs qui sont mandatés par les hauts responsables de personnes morales de droit public, règlementées par l'État fédéral, mais qui en sont distinctes, ou de la police fédérale ;

– l'article 11 du projet, qui mentionne notamment que le CSAF rédige un règlement d'ordre intérieur « qui est approuvé par les présidents et assimilés ».

Il découle des dispositions énumérées du projet que la composition et le fonctionnement du CSAF en tant que composante coordinatrice de la structure centralisée dépend partiellement de l'intervention de hauts responsables d'institutions décentralisées sur le plan fonctionnel et de la police fédérale. Ces dernières sont ainsi également tenues d'intervenir de la sorte. Le Roi ne disposant pas d'un pouvoir réglementaire propre pour ce faire, un fondement légal est requis.

À défaut de fondement légal, les dispositions précitées ne peuvent pas être maintenues en l'état dans le projet. Elles pourraient cependant y trouver une place, dans les limites du fondement juridique constitutionnel, si elles étaient adaptées. C'est ainsi que la désignation d'un coordinateur stratégique spécialisé dans les contrats communs en matière d'ICT et l'approbation du règlement d'ordre intérieur du CSAF pourraient être confiés aux seuls hauts responsables des participants actifs [15], et la présence de tous les observateurs dans le CSAF pourrait être rendue facultative en invitant simplement à cet effet les instances qui peuvent les mandater [16]. Un arrêté royal adapté en ce sens pourrait effectivement s'appuyer sur les dispositions constitutionnelles auxquelles il est fait référence dans le premier alinéa du préambule.

[15] Comparer avec les articles 4, § 2, alinéa 4, et 8, du projet. Si on adapte les articles 4, § 1er, alinéa 1er, 2°, et 11 en ce sens similaire, il ne subsiste plus dans l'arrêté en projet que l'article 20, 2°, comme disposition prévoyant une intervention des « présidents et assimilés », sans limitation aux participants actifs. Une telle disposition ne paraît pas être problématique, mais n'est en rien indispensable : à l'article 20, il pourrait suffire d'une présentation par le centre de services « procurement » des résultats du suivi (en néerlandais, lire : « vervolgbehandeling » et non : « opvolging ») des indicateurs mentionnés à l'article 19, au CSAF, sur une base mensuelle, et une fois l'an au Conseil des Ministres. La présentation trimestrielle aux présidents et assimilés pourrait, sans que l'arrêté royal à élaborer doive le mentionner, être laissée aux coordinateurs stratégiques concernés et aux éventuels observateurs au sein du CSAF. Dans ce dernier cas, la définition de « président et assimilés » (ou plus simplement : « hauts responsables »), à l'article 1er, 5°, du projet, pourrait être limitée au président du Comité de direction d'un service public fédéral, au président d'un service public de programmation et au chef de la défense.

[16] Comparer avec la première phrase de l'article 4, § 1er, alinéa 2, du projet, notamment en ce qu'il concerne les « observateurs supplémentaires ».

‡LW-CIMRKCDBD-GCEGEVT‡

4.3. La passation conjointe de marchés publics pour divers pouvoirs adjudicataires fédéraux sur la base de contrats communs, où un de ces pouvoirs est responsable de la passation, emporte un transfert de compétence conformément à l'article 169, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2016. Dans cette mesure, on peut considérer que le projet trouve notamment un fondement juridique dans la disposition précitée de la loi du 17 juin 2016.

FORMALITÉS

5. Le préambule du projet vise l'accomplissement de diverses formalités. Ces dernières ont toutefois toutes trait au texte du projet qui faisait l'objet de l'avis 62.008/1/V du 15 septembre 2017 du Conseil d'État, section de législation. Le projet d'arrêté royal présentement soumis pour avis comporte cependant plusieurs modifications matérielles par rapport au projet rédigé antérieurement sur lequel la section de législation a déjà donné un avis. Dans la mesure où les adaptations substantielles du texte de ce dernier ne sont pas la conséquence de l'avis 62.008/1/V, les auteurs du projet doivent apprécier si les adaptations sont d'une nature telle, qu'en ce qui concerne le projet ainsi adapté, il faudra à nouveau satisfaire aux formalités accomplies antérieurement.

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

6. Le préambule du projet doit également viser l'analyse d'impact de la réglementation qui a été réalisée en ce qui concerne le dispositif en projet. À cet effet, on complétera le préambule ainsi qu'il suit :

« Vu l'analyse d'impact de la réglementation réalisée le 5 juillet 2017, conformément aux articles 6, § 1er, et 7, § 1er, de la loi du 15 décembre 2013 portant des dispositions diverses concernant la simplification administrative ; ».

7. On adaptera la rédaction de l'alinéa du préambule visant l'avis du Conseil d'État comme suit :

« Vu les avis 62.008/1/V et 62.464/1 du Conseil d'État, donnés respectivement le 15 septembre 2017 et le 13 décembre 2017, en application de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 2°, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973 ; ».

Article 1er

8. L'article 1er, 1°, du projet définit la notion de « marché public » comme étant « tout marché public, accord-cadre ou concours visé à l'article 2, 2°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ».

‡LW-CIMRKCDBD-GCEGEVT‡

L'article 2, 2°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 renvoie notamment à l'article 2, 17° et 18°, de la loi du 17 juin 2016, lesquels ont respectivement pour objet, l'un, notamment, et l'autre, uniquement, l'exécution de travaux. Ainsi qu'il ressort de l'article 3, alinéa 1er, du projet, tel n'est toutefois pas le cas du dispositif en projet. Eu égard à la définition du champ d'application *ratione materiae* de l'arrêté royal en projet, telle qu'elle figure en son article 3, alinéa 1er, une définition de la notion de « marchés publics » est par ailleurs superflue pour l'application des règles en projet [17] et mieux vaudrait qu'elle soit omise. Il convient évidemment de modifier en conséquence la numérotation des autres divisions de l'article 1er du projet.

9. On remplacera à l'article 1er, 2°, du projet les mots « pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 1er, 3°, » par les mots « pouvoirs adjudicateurs visés au 3°, ».

10. Compte tenu de la définition de « participant actif », à l'article 1er, 4°, a), du projet, on remplacera dans l'article 1er, 6°, *in fine*, du projet, le membre de phrase « entre les différents pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 2, § 1er » par le membre de phrase « entre les différents participants actifs ». Dans ce cas, les articles 5, § 1er, alinéa 2, 7, § 2, alinéa 1er, et 12, § 1er, alinéa 1er, et § 2, du projet [18] pourront être adaptés dans le même sens.

Article 2

11. Dans le texte néerlandais de l'article 2, § 1er, du projet, on écrira par souci d'uniformité rédactionnelle et de correspondance avec le texte français, « de diensten van de federale Staat » au lieu de « de diensten van de Staat ». En outre convient-il de faire référence dans ce même paragraphe, tant dans le texte français que néerlandais, à « l'article 2, alinéa 1er, 1°, de la loi du 22 mai 2003 » (et non : l'article 2, 1°, de la loi du 22 mai 2003). De même y aura-t-il lieu de viser à l'article 2, § 2, 1°, du projet « l'article 2, alinéa 1er, 3°, de la loi du 22 mai 2003 » (et non : l'article 2, 3°, de la loi du 22 mai 2003).

12. À la fin de l'article 2, § 2, 2°, du projet, la mention de l'intitulé de l'arrêté royal du 3 avril 1997 doit être complétée par le membre de phrase « , en application de l'article 47 de la loi du 26 juillet 1996 portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux des pensions ».

[17] Le fait que l'article 3, alinéa 1er, du projet, n'énonce pas les notions d' « accord-cadre » et de « concours » à la suite de la notion de « marché public », comme le fait l'article 1er, 1°, du projet, n'empêche pas d'omettre cette dernière disposition. En effet, la référence qui est faite au « champ d'application du titre 2 de la loi du 17 juin 2016 » et qui est inscrite à l'article 3, alinéa 1er, infère une assimilation des accords-cadres et des concours avec les marchés publics (voir l'article 19, alinéa 3, de cette loi). Les développements relatifs au champ d'application matériel dans le rapport au Roi qui accompagne l'arrêté royal en projet rappelleront éventuellement cette assimilation.

[18] À l'article 9, 4°, du projet, mieux vaudrait conserver le texte existant, compte tenu de la présence, dans cette disposition, des mots « qui ne souhaite pas participer à un contrat commun ».

‡LW-CIMRKCDBD-GCEGEVT‡

Article 4

13. L'article 4, § 1er, du projet ne prévoit apparemment pas la possibilité de mandater des observateurs du CSAF pour la catégorie (restante) des « autres pouvoirs adjudicateurs fédéraux », visée à l'article 2, § 2, 4°, du projet, si ce n'est comme « observateurs supplémentaires » au sens de l'article 4, § 1er, alinéa 2, du projet et à l'initiative du CSAF lui-même. Par contre, une telle possibilité existe bel et bien pour les autres catégories de participants passifs que mentionne l'article 2, § 2, du projet. La question est de savoir si cette distinction a été voulue et, dans l'affirmative, quels sont les motifs qui la justifient. Il est recommandé de reproduire, le cas échéant, une telle justification dans le rapport au Roi.

14. Compte tenu de la définition de « participant passif » inscrite à l'article 1er, 4°, b), du projet, on remplacera à l'article 4, § 1er, alinéa 2, du projet, les mots « par les pouvoirs adjudicateurs identifiés à l'article 2, § 2, » par les mots « par les participants passifs ».

15. Pour des raisons de clarté et de transparence des règles, on précisera à l'article 4, § 2, alinéa 4, du projet qu'est ainsi visé le cas de l'absence « de consensus mentionné à l'alinéa 3 » et qu'il s'agit du « centre de services 'procurement', visé à l'article 6 ».

16. L'article 4, § 3, du projet, prévoit notamment que l'article 4, § 2, ne s'applique pas « pour les contrats communs concernant l'ICT, pour lesquels une structure de gestion et de coordination spécifiques existe ».

Interrogé sur la question de savoir quelle est la structure de gestion qui est précisément visée et quelles sont les dispositions normatives qui règlent cette structure, le délégué a répondu comme suit :

> « Met 'specifiek inhoudelijk coördinerende beheersstructuur' wordt de G-Cloud met zijn coördinatie-organen bedoeld (zijnde de G-Cloud Strategic Board met topambtenaren van de onderscheiden soorten overheidsdiensten, en de G-Cloud Operational Board, met ICT-managers van de onderscheiden soorten overheidsdiensten). Dit is een operationeel samenwerkingsverband dat is uitgebouwd door de onderscheiden federale overheidsdiensten en dat door de Regering in Ministerraad is goedgekeurd. Meer informatie over de G-Cloud en de uitgebouwde diensten, vindt u op https://www.gcloud.belgium.be/. Het is een samenwerkingsverband gebaseerd op beslissingen van de onderscheiden overheidsdiensten. Een regelgeving hierover is niet voorzien. Door de G-Cloud Strategic Board is wel een huishoudelijk reglement opgesteld ».

Dans la mesure où la réglementation fait plus fréquemment référence à la structure de gestion susvisée [19], il serait préférable, dans un souci de clarté et de sécurité juridique, d'intégrer l'organisation de fait de cette structure dans la réglementation et en d'autres termes,

[19] Il est en outre fait référence à l'existence de *G-cloud* dans un considérant du préambule et dans l'article 2, alinéa 1er, 23° et 30°, de l'arrêté royal du 22 février 2017 'portant régime transitoire des actuelles fonctions de management suite à la création du Service public fédéral Stratégie et Appui', de même que dans le rapport au Roi y afférent.

‡LW-CIMRKCDBD-GCEGEVT‡

d'en régler formellement l'existence, l'organisation et le fonctionnement dans un texte légal ou réglementaire.

Il en va de même du renvoi qui est fait à la « structure de gestion » dont il est question dans les articles 5, § 3, et 6, § 2, alinéa 1er, du projet.

17. À l'article 4, § 3, *in fine,* du projet, on écrira « au CSAF est effectué par le délégué visé au paragraphe 1er, alinéa 1er, 2° » au lieu de « au CSAF est effectué par le délégué visé à l'article 4, § 1, 2° ».

Dans les articles 5, § 3, et 6, § 2, alinéa 2, du projet, on fera dans ce cas mention du « délégué visé à l'article 4, § 1er, alinéa 1er, 2° ».

Article 6

18. Il convient de commencer l'article 6, § 2, alinéa 1er, du projet comme suit : « Les dispositions du paragraphe 1er, alinéa 1er, 3°, 5° et 6°, sont … ».

Article 7

19. Compte tenu de la définition de la notion de « participant actif », à l'article 1er, 4°, a), du projet, il peut suffire de rédiger la phrase introductive de l'article 7, § 1er, alinéa 1er, du projet, comme suit : « Tout participant actif doit : ».

20. Il a été demandé au délégué de préciser les décisions du coordinateur stratégique que vise précisément l'article 7, § 2, alinéa 2, du projet et de spécifier si ces décisions se rapportent bel et bien à ce qui est énoncé à l'article 7, § 1er. Il lui a en outre été demandé de clarifier ce que l'article 7, § 2, alinéa 2, ajoute à ce qu'il est déjà permis d'inférer de l'article 4, § 2, alinéa 3, du projet.

Le délégué a répondu qu'il existe effectivement un rapport entre les articles 4, § 2, alinéa 3, et 7, § 2, alinéa 2, du projet. D'après lui, l'objectif poursuivi par l'article 7, § 1er, du projet est toutefois d'imposer une obligation aux participants actifs et pas nécessairement à leurs coordinateurs stratégiques. Toujours selon lui, l'article 7, § 2, alinéa 2, du projet a pour objet de permettre au coordinateur d'imposer une contrainte aux participants actifs de sorte qu'il puisse assister ainsi aux réunions en dehors de la seule qualité d'observateur. Le délégué propose dès lors d'adapter la rédaction de l'article 7, § 2, alinéa 2, du projet au regard de cet objectif et d'intégrer la disposition ainsi adaptée dans l'article 4 du projet.

On peut se rallier à cette suggestion.

‡LW-CIMRKCDBD-GCEGEVT‡

Article 9

21. Par souci de sécurité juridique, on écrira à l'article 9, 7°, du projet, « au moment du lancement de la procédure de passation d'un marché public par ce contrat » au lieu de « au moment du lancement de la procédure de passation du contrat commun ».

22. En outre, l'article 9, 7°, du projet, prévoit que les participants poursuivent « en principe » leur participation jusqu'à la fin du contrat commun.

À cet égard, le rapport au Roi précise ce qui suit :

> « Un participant pourrait revoir sa participation, par exemple si pendant l'exécution du marché public des problèmes voient le jour qui pourraient mettre en danger le fonctionnement du service, moyennant une motivation au CSAF. Ces problèmes peuvent être les suivants (liste non exhaustive) : un caractère aigu urgent, le caractère manifestement inconciliable des spécifications techniques malgré l'utilisation de mesures qui devraient permettre de surmonter ces différences... ».

Si l'intention est de subordonner la révision à une « motivation au CSAF », le texte du projet devrait l'exprimer en termes exprès. De surcroît, il devrait, dans la mesure du possible, indiquer dans quel type de cas il est permis de déroger au principe d'une participation jusqu'à la fin du contrat commun (par exemple dans le cas où le fonctionnement du service est compromis).

Article 11

23. L'article 11 du projet prévoit notamment que le CSAF rédige un règlement d'ordre intérieur « où sont reprises les règles sur base desquelles les contrats communs sont réalisés, en particulier les dispositions concernant les délais de décision, le traitement des cas où un consensus n'est pas atteint, les délais en cas d'absence de propositions ou en cas de non-attribution ».

Il convient toutefois de rappeler qu'un règlement d'ordre intérieur peut uniquement énoncer des dispositions purement pratiques portant sur le mode de fonctionnement de l'organe concerné et qu'il ne peut renfermer des dispositions importantes comme des règles essentielles relatives à la prise de décisions. De telles dispositions doivent figurer dans le projet même. Qui plus est, l'intégration dans un règlement d'ordre intérieur, de dispositions issues d'un texte réglementaire entraîne une combinaison de normes qu'il convient d'éviter.

Article 12

24. Afin d'écarter toute ambiguïté quant à la portée des mots « ces besoins » inscrits à l'article 12, § 1er, alinéa 2, du projet, on les remplacera par les mots « les besoins estimés dans la planification pluriannuelle ».

Le texte de l'article 13, 1°, a), du projet gagnerait lui aussi en clarté s'il y était fait état de « la planification pluriannuelle des besoins » au lieu de « la planification des besoins ».

‡LW-CIMRKCDBD-GCEGEVT‡

Article 14

25. Pour le motif évoqué au point 14, on remplacera à l'article 14, alinéa 1er, du projet, les mots « informe les participants passifs repris à l'article 2, § 2, des » par les mots « informe les participants passifs sur ».

26. On adaptera la rédaction de l'article 14, alinéa 2, du projet comme suit:

> « Chaque pouvoir adjudicateur visé à l'article 2, § 2, souhaitant participer à un contrat commun en tant que participant passif en informe le centre de service 'procurement' dans les délais fixés par ce centre. Le centre de service en informe le CSAF et le CTOA concerné ».

Article 15

27. Outre un participant actif, le centre de service 'procurement' peut lui aussi être désigné par le CSAF pour gérer la passation d'un contrat commun. Toutefois, le centre de service n'est pas en soi un pouvoir adjudicateur. Par conséquent, mieux vaudrait remplacer à l'article 15 du projet « , sur la base de l'expertise et de la capacité de ce pouvoir adjudicateur » par le membre de phrase « , en fonction de l'expertise disponible et de la capacité ».

Article 17

28. Dans la première phrase de l'article 17 du projet, on écrira « l'évaluation des offres, l'attribution et la conclusion du marché public » (et non : « l'évaluation des offres, et l'attribution ou la conclusion des marchés publics »). En effet, la conclusion d'un marché public ne constitue pas une variante à l'attribution de ce dernier mais requiert au contraire que cette attribution la précède [20].

Article 20

29. À l'article 20, 1°, du projet, les textes français (« mensuellement, au CSAF ») et néerlandais sont discordants (« maandelijks aan het netwerk van het SFA »). Il convient de mieux harmoniser les deux textes.

Article 23

30. La désignation de coordinateurs stratégiques ou d'observateurs par les pouvoirs adjudicateurs visés (et non : « repris ») à l'article 4, § 1er, du projet, n'est pas une mesure unique mais une mesure qui doit faire l'objet d'une actualisation. Il serait dès lors indiqué de ne pas faire figurer cette mesure à l'article 23 qui s'inscrit dans le cadre des dispositions finales du projet mais de l'intégrer de préférence dans l'article 4, § 1er, précité du projet. Ensuite,

[20] Voir les définitions des notions évoquées à l'article 2, 38° et 39° de la loi du 17 juin 2016.

‡LW-CIMRKCDBD-GCEGEVT‡

mieux vaudrait compléter la première phrase de l'article 23 du projet, tel qu'il a été soumis pour avis, par les mots « ainsi qu'à chaque remplacement ».

Article 24

31. À l'article 24 du projet, on spécifiera les ministres qui sont chargés de l'exécution de l'arrêté envisagé. Il s'agit des ministres du gouvernement fédéral qui sont compétents pour agir dans les matières régies par cet arrêté. Ils doivent être désignés de façon abstraite par une description de leur compétence qui est pertinente pour les matières à régler [21]. Si l'on tient compte de la règle qui vient d'être énoncée, on peut envisager de rédiger l'article 24 du projet comme suit :

« Le ministre qui a la Fonction publique dans ses attributions et le ministre qui a le Budget dans ses attributions sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent arrêté [22] ».

DE GRIFFIER - LE GREFFIER DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES Marnix VAN DAMME

[21] Voir *Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, Conseil d'État, 2008, recommandations nos. 166 et 167, en particulier l'exemple a), ainsi que la formule F 4-7-2.

[22] Cf. en outre la mention des ministres qui proposent et contresignent l'arrêté royal en projet.

‡LW-CIMRKCDBD-GCEGEVT‡