

## MEMORIE VAN TOELICHTING

DAMES EN HEREN,

De invoering van een wet inzake concessies wordt opgelegd in het kader van de omzetting van de Europese richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten.

Op dit ogenblik is de gunning van concessies voor openbare werken onderworpen aan de basisregels van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten ("klassieke sectoren"). Concessies voor diensten die een grensoverschrijdend belang hebben, zijn onderworpen aan de beginselen van het Verdrag inzake het vrije verkeer, de vrijheid van vestiging en de vrije dienstverlening, en aan de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, niet-discriminatie, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie.

Richtlijn 2014/23/EU gaat dus uit van deze vaststelling, namelijk "het ontbreken van duidelijke regels op uniaal niveau voor de gunning van concessieovereenkomsten" en van de gevolgen hiervan inzake rechtsonzekerheid, belemmeringen voor de vrije dienstverlening, verstoringen in de werking van de interne markt, en bijgevolg het mislopen van zakelijke kansen door ondernemers van de Unie, met name kmo's, en de onmogelijkheid voor autoriteiten om overheidsgeld zodanig te besteden dat kwaliteitsdiensten tegen de beste prijs worden aangeboden.

Bijgevolg wil richtlijn 2014/23/EU deze situatie verhelpen door "een toereikend, evenwichtig en flexibel rechtskader voor de gunning van concessies" tot stand te brengen. Ze wil eenvoudige en duidelijke regels invoeren die rekening houden met de bijzondere kenmerken van concessies ten opzichte van overheidsopdrachten. Deze concessies zijn immers "een belangrijk instrument voor de structurele ontwikkeling op lange termijn van infrastructuur en strategische diensten, doordat zij bijdragen tot een betere mededinging op de interne markt, het mogelijk maken om de deskundigheid van de privésector te benutten en helpen om doelmatigheid en innovatie te verwezenlijken" (overweging 3).

Hoofddoel is te zorgen voor "effectieve en niet-discriminerende toegang tot de markt voor alle ondernemers binnen de Unie en rechtszekerheid [...], hetgeen

## EXPOSÉ DES MOTIFS

MESDAMES, MESSIEURS,

L'adoption d'une loi sur les concessions est imposée dans le cadre de la transposition de la directive européenne 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

Actuellement, l'attribution de concessions de travaux publics est soumise aux règles de base de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation de marchés publics de travaux, fournitures et service ("secteurs classiques"). Les concessions de services présentant un intérêt transfrontalier sont soumises aux principes de libre circulation, liberté d'établissement et libre prestation de services du Traité et ceux qui en découlent tels que les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence.

La directive 2014/23/UE part donc de ce constat, c'est-à-dire "l'absence, au niveau de l'Union, de règles claires régissant l'attribution de contrats de concession" et de ses conséquences en termes d'insécurité juridique, d'entraves à la libre prestation des services, de distorsions dans le fonctionnement du marché intérieur, et donc de pertes d'opportunités commerciales pour les opérateurs économiques de l'Union, en particulier les PME, et d'impossibilité pour les pouvoirs publics de déterminer les solutions optimales pour l'utilisation des deniers publics de manière à offrir des services de qualité au meilleur prix.

La directive 2014/23/UE entend dès lors remédier à cette situation en établissant "un cadre juridique approprié, équilibré et flexible pour l'attribution de concessions". Elle vise à mettre en place des "règles simples et claires" qui tiennent compte des spécificités des concessions par rapport aux marchés publics. Ces concessions sont en effet "des instruments importants dans le développement structurel à long terme d'infrastructures et de services stratégiques, car ils concourent au progrès de la concurrence sur le marché intérieur, permettent de tirer parti de l'expertise du secteur privé et contribuent à réaliser des progrès en matière d'efficacité et à favoriser l'innovation" (considérant 3).

L'objectif essentiel est d'assurer "un accès effectif et non discriminatoire au marché pour tous les opérateurs économiques de l'Union, ainsi qu'une sécurité juridique,

overheidsinvesteringen in infrastructuur en strategische diensten voor de burger bevordert” (overweging 1).

Bijgevolg heeft richtlijn 2014/23/EU enerzijds tot doel de bepalingen van richtlijn 2004/18/EG betreffende de concessies voor openbare werken op te heffen en te vervangen, en anderzijds een regeling te bieden voor de concessies voor diensten.

Ze voert één enkele eenvoudige en flexibele regeling in, die van toepassing is op de plaatsing van alle concessies (zowel voor werken als voor diensten) waarvan de geraamde waarde gelijk is aan of hoger is dan 5 186 000 euro, zowel in de klassieke als in de “speciale” sectoren alsook op defensie- en veiligheidsgebied.

“Speciale sectoren” zijn de activiteiten bedoeld in bijlage 2 van richtlijn 2014/23/EU. De in bijlage II omschreven activiteiten stemmen overeen met de in richtlijn 2014/25/EU omschreven activiteiten, met uitzondering van de activiteiten in de sector van de productie, het vervoer en de distributie van drinkwater. Richtlijn 2014/23/EU en dit ontwerp zijn niet van toepassing op concessies die voor deze activiteiten worden gegund.

Wat betreft de plaatsing van concessies, brengt de richtlijn een kader van regels en beginselen tot stand waarbinnen aanbestedende overheden vrij handelen om hun plaatsingsprocedure te bepalen. De bepalingen zijn dus eenvoudiger en flexibeler dan de bepalingen van richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU, die de plaatsing van overheidsopdrachten regelen en die tegelijk met richtlijn 2014/23/EU zijn aangenomen.

Zoals voor overheidsopdrachten wil richtlijn 2014/23/EU regels vastleggen die toelaten kmo's een ruime toegang tot concessies te verlenen, sociale dumping te bestrijden, de energie-efficiëntie van gebouwen en het gebruik van sociale of milieuclausules te bevorderen en, wat de technische specificaties betreft, normen op te leggen voor de toegang en het gebruik door personen met een handicap.

Richtlijn 2014/23/EU bevat enkele bepalingen betreffende de uitvoering van concessies, die grotendeels overeenstemmen met de bepalingen van richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU voor de uitvoering van overheidsopdrachten. Het betreft regels in verband met de wijziging van overeenkomsten tijdens de uitvoering, de onderaanneming en de stopzetting van concessies.

Tot slot wil richtlijn 2014/23/EU de bepalingen van richtlijnen inzake rechtsmiddelen toepasselijk maken op concessies.

favorisant ainsi les investissements publics dans les infrastructures et les services stratégiques pour le citoyen” (considérant 1).

La directive 2014/23/UE, vise dès lors, d'une part, à annuler et remplacer les dispositions de la directive 2004/18/CE qui régissaient les concessions de travaux publics et, d'autre part, à régir les concessions de services.

Elle met en place un régime unique, simple et flexible de règles applicables à la passation de toutes les concessions (qu'elles soient de travaux ou de services), dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 5 186 000 euros, qu'elles soient passées dans les secteurs classiques, les secteurs “spéciaux” ou dans les domaines de la défense et de la sécurité.

Les “secteurs spéciaux” sont les activités visées à l'annexe 2 de la directive 2014/23/UE. Les activités définies à l'annexe II sont identiques à celles définies dans la directive 2014/25/UE, à l'exclusion des activités dans le secteur de la production, du transport et de la distribution d'eau potable. La directive 2014/23/UE et le présent projet ne s'appliquent pas aux concessions attribuées pour ces activités.

Pour ce qui concerne la passation des concessions, la directive établit un cadre de règles et de principes dans lequel les pouvoirs adjudicateurs agissent librement pour définir leur procédure de passation. Les dispositions sont donc plus simples et flexibles que dans les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE encadrant la passation des marchés publics et qui ont été adoptées en même temps que la directive 2014/23/UE.

Comme pour les marchés publics, la directive 2014/23/UE entend fixer des règles qui permettent de donner un accès large aux concessions pour les PME, de lutter contre le dumping social, d'encourager l'efficacité énergétique des bâtiments, de favoriser l'utilisation de clauses sociales ou environnementales et, au niveau des spécifications techniques, d'imposer des normes d'accès et d'utilisation par des personnes handicapées.

La Directive 2014/23/UE contient quelques dispositions relatives à l'exécution des concessions, très similaires à celles prévues par les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE pour l'exécution des marchés publics. Il s'agit de règles sur les modifications des contrats en cours d'exécution, la sous-traitance et la résiliation des concessions.

Enfin, la directive 2014/23/UE entend rendre applicables aux concessions les dispositions des directives en matière de recours.

De omzetting van richtlijn 2014/23/EU in Belgisch recht werd geleid door drie hoofddoelstellingen: zorgen voor een getrouwe omzetting, niet verder gaan dan de eisen van de richtlijn en een vereenvoudiging tot stand brengen.

Aldus voorziet dit ontwerp in één enkele regeling. De voorschriften en beginselen in de Titels 3 en 4 van dit ontwerp vormen een gemeenschappelijke regeling die van toepassing is op concessies die worden verleend in de klassieke sectoren, op defensie- en veiligheidsgebied, alsook in het kader van de in bijlage II omschreven activiteiten. Het toepassingsgebied ervan varieert evenwel aangezien bepaalde uitsluitingen/vrijstellingen enkel gelden voor concessies die geplaatst worden voor de activiteiten van bijlage II, andere enkel van toepassing zijn op aanbestedende overheden en nog andere alleen van toepassing zijn op defensie- en veiligheidsgebied.

De vereenvoudiging blijkt tevens uit de wil om zo dicht mogelijk bij de regeling van het wetsontwerp inzake overheidsopdrachten te blijven, die de richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU omzet, telkens als richtlijn 2014/23/EU de lidstaten enige beleidsvrijheid laat.

Net als het wetsontwerp inzake overheidsopdrachten heeft dit ontwerp niet enkel betrekking op de regels betreffende de plaatsing van concessies. Het vormt ook de wettelijke basis voor de uitvoeringsregels van concessies, die het voorwerp zullen uitmaken van een koninklijk besluit.

Dit ontwerp voorziet evenwel niet in de omzetting van de bepalingen van richtlijn 2014/23/EU betreffende de motivering, de informatie of de rechtsmiddelen. Die bepalingen zullen worden ingevoegd door het wetsontwerp tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten.

Het wetsontwerp is als volgt ingedeeld:

— Titel 1 bevat de inleidende bepaling, het voorwerp en de definities.

— Titel 2 bepaalt het toepassingsgebied van de wet.

In het eerste hoofdstuk worden de beginselen uiteengezet. Het tweede hoofdstuk bevat de uitzonderingen. Het derde hoofdstuk bepaalt de regels die moeten worden toegepast in geval van een gemengde overeenkomst.

La transposition en droit belge de la directive 2014/23/UE a été guidée par trois objectifs principaux: assurer une transposition fidèle, ne pas aller au-delà de ce que la directive requiert, et assurer la simplification.

Ainsi, un régime unique a été prévu dans le présent projet. Les règles et principes établis par les Titres 3 et 4 du présent projet forment un régime commun applicable aux concessions octroyées dans les secteurs classiques, dans les domaines de la défense et de la sécurité ainsi que dans le cadre des activités définies à l'annexe II, mais leur champ d'application varie dans la mesure où certaines exclusions/exemptions ne valent que pour les concessions passées pour les activités de l'annexe II, d'autres sont uniquement applicables aux pouvoirs adjudicateurs, d'autres encore ne visent que les domaines de la défense et de la sécurité.

La simplification se manifeste également par la volonté de rester le plus proche possible du régime institué par le projet de loi relative aux marchés publics transposant les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE chaque fois que la directive 2014/23/UE laissait aux États membres une marge de manœuvre.

Ce projet, à l'instar du projet de loi relative aux marchés publics, ne vise pas uniquement les règles relatives à la passation des concessions. Il constitue également la base légale pour les règles d'exécution des concessions qui feront l'objet d'un arrêté royal.

Par contre, le présent projet ne transpose pas les dispositions de la directive 2014/23/UE en matière de motivation, d'information ou de recours. Ces dispositions seront insérées par le projet de loi modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

En ce qui concerne la structure du projet de loi, il se présente comme suit:

— Le Titre 1<sup>er</sup> contient la disposition introductive, l'objet et les définitions.

— Le Titre 2 détermine le champ d'application de la loi.

Le premier chapitre pose les principes. Le second chapitre prévoit les exceptions. Le troisième chapitre détermine les règles à appliquer en présence d'un contrat mixte.

— In Titel 3 komen de algemene bepalingen aan bod.

— Titel 4 bevat de bepalingen die van toepassing zijn op de plaatsing van concessies.

Deze titel bestaat uit 4 hoofdstukken: In het eerste hoofdstuk worden de beginselen uiteengezet. Het tweede hoofdstuk handelt over de voorbereiding van concessies. Het derde hoofdstuk bevat de bekendmakings- en transparantiemaatregelen. In het vierde hoofdstuk komt tot slot de gunning van concessies aan bod.

— Titel 5 bevat de regels betreffende de uitvoering van concessieovereenkomsten.

— Titel 6 handelt over het toezicht en de rapportage.

In dit ontwerp is in zeer grote mate gevolg geven aan de opmerkingen geformuleerd door de Raad van State in zijn advies 58 623/1 van 27 januari 2016. Wat betreft de opmerkingen van de Raad van State waaraan geen gevolg is gegeven, worden in de commentaar bij de kwestieuze artikelen telkens de beweegredenen hiervoor uiteengezet.

## TITEL 1

*Inleidende bepaling, voorwerp en definities*

### HOOFDSTUK 1

#### **Inleidende bepaling en definities**

*Inleidende bepaling*

#### Artikel 1

Paragraaf 1 van dit artikel bepaalt dat dit ontwerp een aangelegenheid regelt als bedoeld in artikel 74 van de Grondwet en voorziet in de gedeeltelijke omzetting van artikel 7 van richtlijn 2009/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2009 tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen, artikel 6 van richtlijn 2012/27/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 betreffende energie-efficiëntie, tot wijziging van Richtlijnen 2009/125/EG en 2010/30/EU en houdende intrekking van de Richtlijnen 2004/8/EG en 2006/32/EG, en richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten.

In dit verband wordt verwezen naar de preambule van richtlijn 2014/23/EU: "Het ontbreken van duidelijke

— Le Titre 3 prévoit les dispositions générales.

— Le Titre 4 contient les dispositions applicables à la passation des concessions.

Ce titre est divisé en 4 chapitres: Le premier chapitre établit les principes. Le deuxième chapitre traite de la préparation des concessions. Le troisième chapitre prévoit les mesures de publicité et de transparence. Le quatrième chapitre traite enfin de l'attribution des concessions.

— Le Titre 5 contient les règles relatives à l'exécution des contrats de concession.

— Le Titre 6 traite des contrôles et rapports.

Dans ce projet, il est donné suite dans une très large mesure aux remarques formulées par le Conseil d'État dans son avis 58 623/1 du 27 janvier 2016. En ce qui concerne les remarques du Conseil d'État auxquelles il n'est pas donné suite, les raisons en sont exposées dans le commentaire des articles en question.

## TITRE 1<sup>ER</sup>

*Disposition introductive, objet et définitions*

### CHAPITRE 1<sup>ER</sup>

#### **Disposition introductive et définitions**

*Disposition introductive*

#### Article 1<sup>er</sup>

Le paragraphe 1<sup>er</sup> de cet article précise que le présent projet règle une matière visée à l'article 74 de la Constitution et transpose partiellement l'article 7 de la directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, l'article 6 de la directive 2012/27/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique, modifiant les directives 2009/125/CE et 2010/30/UE et abrogeant les directives 2004/8/CE et 2006/32/CE, et la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concessions.

Suivant le préambule de la directive 2014/23/UE, "l'absence, au niveau de l'Union, de règles claires

regels op het niveau van de Europese Unie voor de gunning van concessieovereenkomsten geeft aanleiding tot rechtsonzekerheid en tot belemmeringen voor de vrije dienstverlening, en veroorzaakt verstoringen in de werking van de interne markt” (overweging 1). Vanuit die vaststelling wil richtlijn 2014/23/EU “een toereikend, evenwichtig en flexibel rechtskader voor de gunning van concessies” tot stand brengen om te zorgen voor “effectieve en niet-discriminerende toegang tot de markt voor alle ondernemers binnen de Unie en rechtszekerheid [...], hetgeen overheidsinvesteringen in infrastructuur en strategische diensten voor de burger bevordert” (overweging 1). Op die manier wil de richtlijn “ondernemers [...] meer rechtszekerheid bieden” maar ook “een basis en een instrument [...] vormen voor de verdere openstelling van de internationale markten voor overheidsopdrachten en de bevordering van de wereldhandel”. Verder verduidelijkt de richtlijn in deze eerste overweging dat ze bijzondere aandacht wil geven “aan het verbeteren van de toegangsmogelijkheden voor kleine en middelgrote ondernemingen tot de markten voor concessies in de gehele Unie”.

Bijgevolg heeft richtlijn 2014/23/EU (i) enerzijds tot doel de bepalingen van richtlijn 2004/18/EG betreffende de concessies voor openbare werken op te heffen en te vervangen (ii) en anderzijds één enkele vereenvoudigde en flexibele regeling te bieden voor de concessies voor diensten, die zowel in de klassieke als in de “speciale” sectoren als bedoeld in bijlage II van toepassing is, maar ook op defensie- en veiligheidsgebied als bedoeld in de wet defensie en veiligheid.

De in bijlage II bepaalde activiteiten zijn dezelfde als deze bepaald in het ontwerp van wet inzake overheidsopdrachten in zijn Titel 3, met uitzondering van de activiteiten in de sector van de productie, het vervoer en de distributie van drinkwater. De richtlijn 2014/23/EU en onderhavig ontwerp zijn niet van toepassing voor de concessies die gegund worden voor deze activiteiten.

Wat betreft de activiteiten van bijlage II, past het te verduidelijken dat, zoals gezegd in de overweging 25 van de richtlijn, dat de toepasselijke activiteit in de luchthavensector ook aan de reizigers aangeboden diensten omvat die bijdragen tot het goed functioneren van de luchthavenfaciliteiten en die verwacht worden in een goed functionerende, moderne luchthaven, zoals bijvoorbeeld winkels, eet- en drinkgelegenheden en parkings.

Waar het gaat om activiteiten in het domein van de productie, transmissie of distributie van verwarming en van koeling verduidelijkt de considerans 26 van de richtlijn 2014/23/EU bovendien dat “de transmissie en/

régissant l’attribution de contrats de concession crée une insécurité juridique et des entraves à la libre prestation des services et provoque des distorsions dans le fonctionnement du marché intérieur” (considérant 1). Partant de ce constat, la directive 2014/23/UE entend mettre en place “un cadre juridique approprié, équilibré et flexible pour l’attribution de concessions” aux fins d’assurer “un accès effectif et non discriminatoire au marché pour tous les opérateurs économiques de l’Union, ainsi qu’une sécurité juridique, favorisant ainsi les investissements publics dans les infrastructures et les services stratégiques pour le citoyen” (considérant 1). La directive entend ainsi offrir “une plus grande sécurité juridique aux opérateurs économiques” mais également “une base et un instrument pour ouvrir davantage les marchés internationaux en matière de commande publique et pour renforcer les échanges commerciaux internationaux”. Toujours dans son premier considérant, la directive précise qu’elle entend “accorder une importance particulière à l’amélioration des possibilités d’accès des PME aux marchés des concessions de l’Union”.

La directive 2014/23/UE, vise dès lors (i) d’une part à annuler et remplacer les dispositions de la directive 2004/18/CE qui régissaient les concessions de travaux publics (ii) et d’autre part à régir les concessions de service, le tout dans le cadre d’un régime unique, simplifié et flexible, applicable tant dans les secteurs classiques que dans les secteurs dits “spéciaux”, tels que définis à l’annexe II, mais également dans les domaines de la défense et de la sécurité, au sens de la loi défense et sécurité.

Les activités définies à l’annexe II sont identiques à celles définies dans le projet de loi relative aux marchés publics en son Titre 3, à l’exclusion des activités dans le secteur de la production, du transport et de la distribution d’eau potable. La directive 2014/23/UE et le présent projet ne s’appliquent pas aux concessions attribuées pour ces activités.

Concernant les activités de l’annexe II, il convient de préciser, à l’instar du considérant 25 de la directive, que l’activité concernée dans le secteur des aéroports couvre également les services offerts aux passagers qui contribuent au bon fonctionnement des installations aéroportuaires et qu’on est en droit d’attendre dans un aéroport moderne et fonctionnel, par exemple, le commerce de détail, les services de restauration et les parkings.

Par ailleurs, s’agissant des activités dans les domaines de la production, de la transmission ou de la distribution de chauffage et de réfrigération, le considérant 26 de la directive 2014/23/UE précise que “la

of distributie van verwarming een door bijlage II bestreken activiteit is en dat de instanties die actief zijn in de sector verwarming bijgevolg onderworpen zijn aan de voorschriften van deze richtlijn die van toepassing zijn op aanbestedende instanties, voor zover zij als dusdanig worden aangemerkt. Ook instanties die werkzaam zijn in de sector koeling, zijn onderworpen aan de voorschriften van deze richtlijn die van toepassing zijn op aanbestedende instanties, voor zover zij als dusdanig worden aangemerkt. Tot slot moet worden verduidelijkt dat concessies die worden gegund voor de uitoefening van overeenkomsten op het gebied van zowel verwarming als koeling, op grond van de bepalingen inzake overeenkomsten voor de uitoefening van verscheidene activiteiten moeten worden behandeld wanneer dient te worden bepaald welke aanbestedingsvoorschriften eventueel op de gunning van deze concessies van toepassing zijn.”

Volgens paragraaf 2 bevat het wetsontwerp de beginselen en basisregels voor concessies die binnen het toepassingsgebied van deze wet vallen.

Het begrip “plaatsing” is niet gedefinieerd in richtlijn 2014/23/EU. Naar analogie van het wetsontwerp inzake overheidsopdrachten wordt hiermee meer algemeen bedoeld op het uitschrijven van een concessie met toepassing van dit ontwerp, hetgeen leidt tot de gunning en vervolgens tot de sluiting van de concessie. Bijgevolg omvat de “plaatsing” alle precontractuele fasen van de procedure, gaande van de voorbereiding van de concessie en met name de voorafgaande marktconsultaties, over de bekendmaking en de selectie, in voorkomend geval, tot en met de gunning en de sluiting van de concessie, waardoor de concessieovereenkomst tot stand komt.

Hierbij moet worden herinnerd worden aan het feit dat dit ontwerp

— niet enkel betrekking heeft op de regels betreffende de plaatsing van concessies. Het vormt ook de wettelijke basis voor de uitvoeringsregels van concessies;

— geen omzetting geeft aan de bepalingen van de richtlijn 2014/23/EU betreffende de informatie, motivering en rechtsmiddelen. Deze bepalingen worden omgezet in het kader van de herziening van de “beroepswet” van 17 juni 2013.

transmission et/ou la distribution de chauffage est une activité relevant de l’annexe II et donc que les entités actives dans le secteur du chauffage sont soumises aux règles de la présente directive applicables entités adjudicatrices, dans la mesure où elles peuvent être considérées comme telles. En revanche, les entités actives dans le domaine de la réfrigération sont soumises aux règles de la présente directive applicables aux pouvoirs adjudicateurs, dans la mesure où elles peuvent être considérées comme telles. Enfin, il convient de préciser que les concessions attribuées à la fois pour des contrats de chauffage et de réfrigération devraient être examinées à la lumière des dispositions relatives aux contrats concernant l’exercice de plusieurs activités afin de déterminer quelles sont les règles de passation des concessions qui régissent éventuellement l’attribution de ces contrats.”

Le paragraphe 2 indique que le projet de loi contient les principes et les règles de base applicables aux concessions qui entrent dans le champ d’application de la présente loi.

La notion de “passation” n’est pas définie dans la directive 2014/23/UE. Par analogie avec le projet de loi relative aux marchés publics, elle fait référence de façon plus générale au lancement d’une concession, en application du présent projet, conduisant à l’attribution puis à la conclusion de la concession. La “passation” inclut dès lors toutes les phases précontractuelles de la procédure allant de la préparation de la concession et notamment les consultations préalables du marché, à la publication et la sélection, le cas échéant, jusqu’à l’attribution et la conclusion de la concession, celle-ci donnant lieu à la naissance du contrat de concession.

Il convient de rappeler que ce projet

— ne vise pas uniquement les règles relatives à la passation des concessions. Il constitue également la base légale pour les règles d’exécution des concessions;

— ne transpose pas les dispositions de la directive 2014/23/UE relatives à l’information, la motivation et aux voies de recours. Ces dispositions seront transposées dans le cadre de la révision de la loi “recours” du 17 juin 2013.

*Definities*

## Art. 2

Het begrip “aanbestedende overheid”, zoals gedefinieerd in dit wetsontwerp, voorziet in de omzetting van artikel 6 van richtlijn 2014/23/EU. Bovendien stemt het overeen met de definitie van “aanbestedende overheid” in het wetsontwerp inzake overheidsopdrachten.

Artikel 6 van richtlijn 2014/23/EU bepaalt dat het begrip “regionale overheden” de overheden omvat die niet limitatief zijn opgesomd in NUTS 1 en 2, als bedoeld in verordening (EG) nr. 1059/2003 van het Europees Parlement en de Raad, terwijl het begrip “lokale overheden” betrekking heeft op alle overheden van de onder NUTS 3 vallende bestuurlijke eenheden en kleinere bestuurlijke eenheden, als bedoeld in die verordening. Aangezien deze lijsten niet limitatief en onvolledig zijn, zal dit ontwerp ze niet als referentie gebruiken. In dit verband kan worden verwezen naar de memorie van toelichting van de wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten waarin de gewesten, de gemeenschappen, de provincies, de gemeenten en de verenigingen van die overheden worden vermeld.

Het begrip “publiekrechtelijke instelling” is herhaaldelijk onderzocht in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie. In dit verband wordt verwezen naar overweging 21 van richtlijn 2014/23/EU: “Derhalve moet worden bepaald dat een instelling die onder normale marktvoorwaarden opereert, winst nastreeft, en de verliezen draagt die voortvloeien uit haar activiteiten, niet als een “publiekrechtelijke instelling” worden beschouwd, “aangezien de behoeften van algemeen belang – en zij is precies opgericht of heeft tot taak gekregen in die behoeften te voorzien – kunnen worden geacht een industrieel of commercieel karakter te hebben. Ook de voorwaarde met betrekking tot de oorsprong van de financiering van de bedoelde instelling, is door het Hof onderzocht, dat heeft verduidelijkt dat onder “grotendeels” financiering voor meer dan de helft wordt verstaan, die ook betalingen van gebruikers kan omvatten welke in overeenstemming met publiekrechtelijke regels worden opgelegd, berekend en geïnd”.

Het stemt niet overeen met het begrip van publiekrechtelijke rechtspersoon in het Belgisch recht. Het begrip “overheidsbedrijf” van de richtlijn 2014/23/EU (en van de richtlijnen “overheidsopdrachten” en van onderhavig ontwerp bedoelt de rechtspersonen (ongeacht of ze privaat- of publiekrechtelijk zijn), die de activiteiten waarnemen bedoeld in bijlage II van dit ontwerp en die onder de overheersende invloed staan van de aanbestedende overheden. Het begrip “overheidsbedrijf” van de richtlijn 2014/23/EU (en van

*Définitions*

## Art. 2

La notion de “pouvoir adjudicateur” définie dans le présent projet de loi transpose l’article 6 de la directive 2014/23/UE. Elle est par ailleurs identique à la définition du “pouvoir adjudicateur” reprise dans le projet de loi relative aux marchés publics.

En son article 6, la directive 2014/23/UE précise que l’expression “autorités régionales” comprend les autorités dont la liste non exhaustive figure dans les NUTS 1 et 2 visées dans le règlement (CE) n° 1059/2003 du Parlement européen et du Conseil, tandis que l’expression “autorités locales” désigne toutes les autorités des unités administratives relevant de la NUTS 3 et des unités administratives de plus petite taille visées dans ledit règlement. Néanmoins, ces listes étant non exhaustives et incomplètes, elles ne seront pas utilisées comme point de référence dans le présent projet. On peut s’en référer à l’exposé des motifs de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics où sont mentionnées, les régions, les communautés, les provinces, les communes et les associations de ces autorités.

La notion d’“organisme de droit public” a été examinée à plusieurs reprises dans la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne. Suivant le considérant 21 de la directive 2014/23/UE, “Il faudrait par conséquent préciser qu’un organisme qui opère dans des conditions normales de marché, poursuit un but lucratif et supporte les pertes liées à l’exercice de son activité ne devrait pas être considéré comme un “organisme de droit public”, étant donné que les besoins d’intérêt général pour la satisfaction desquels il a été créé ou qu’il a été chargé de satisfaire peuvent être réputés avoir un caractère industriel ou commercial. De même, la condition liée à l’origine du financement de l’organisme considéré a également été examinée par la Cour, qui a précisé que la notion de “financement majoritaire” signifie un financement pour plus de la moitié, qui peut comprendre des paiements provenant d’utilisateurs qui sont imposés, calculés et recouvrés conformément aux règles de droit public”.

Elle ne coïncide pas avec la notion de personne morale de droit public en droit administratif belge. La notion “d’entreprise publique” de la directive 2014/23/UE (et des directives “marchés publics”) et du présent projet vise les personnes morales, (qu’elles soient de droit public ou de droit privé), opérant des activités visées à l’annexe II du présent projet et qui sont sous l’influence dominante des pouvoirs adjudicateurs. La notion “d’entreprise publique” de la directive 2014/23/UE (et des directives “marchés publics”) se définit donc par

de richtlijnen “overheidsopdrachten”) is dus vastgelegd in relatie met de activiteiten van bijlage II. Het bestaat bijgevolg slechts in deze sectoren.

Aldus zijn de openbare radio- en televisiezenders zoals de VRT of de RTBF geen overheidsbedrijven in de voormelde zin, maar wel degelijk aanbestedende overheden.

Tenslotte sluit de hoedanigheid van overheidsbedrijf in de voormelde zin nochtans niet uit, voor dezelfde entiteit, dat deze ook aanbestedende overheid kan zijn. In het kader van onderhavige wet zal dit onderscheid slechts een effect hebben voor het bepalen van de uitzonderingen die van toepassing zijn en die kunnen verschillen naargelang de activiteitensector/domein in het kader waarvan de concessieovereenkomst wordt geplaatst. In de wet inzake overheidsopdrachten zal het onderscheid het stelsel van de van toepassing zijnde regels bepalen voor de intercommunale al naargelang de opdracht wordt geplaatst in de “klassieke sectoren” of in de “speciale sectoren”.

De definitie van persoon die bijzondere of exclusieve rechten geniet, die vervat is in artikel 2, 3°, van dit ontwerp, voorziet in de omzetting van artikel 7.2 van richtlijn 2014/23/EU en bevat de definities van exclusieve en bijzondere rechten die vervat zijn in de bepalingen 5.10 en 5.11 van richtlijn 2014/23/EU.

Bovenvermelde definities van “exclusieve rechten” en “bijzondere rechten” dient niet in aanmerking te worden genomen in het kader van de in artikel 4 van dit ontwerp bedoelde vrijstellingen.

Als voorbeeld van een persoon die bijzondere of exclusieve rechten als bedoeld in dit punt geniet, kan het bedrijf Brussels Airport Company worden genoemd.

De definitie van aanbestedende entiteit in artikel 2, 4°, van dit ontwerp stemt overeen met artikel 7 van richtlijn 2014/23/EU.

De definitie van “aanbesteder” in artikel 2, 5°, van dit ontwerp is niet opgenomen in richtlijn 2014/23/EU. Dit begrip is opgevat als een functionele definitie om de leesbaarheid van de gemeenschappelijke bepalingen die van toepassing zijn op de aanbestedende overheden en aanbestedende entiteiten te bevorderen. Zodoende waarborgt de auteur van dit ontwerp de samenhang met het wetsontwerp inzake overheidsopdrachten dat op dezelfde wijze het begrip “aanbesteder” gebruikt en definieert.

rapport aux activités de l’annexe II. Elle n’existe donc que dans ces secteurs.

Ainsi, les diffuseurs de radio et de télévision publique comme la VRT ou la RTBF ne sont pas des entreprises publiques au sens précité, mais bien des pouvoirs adjudicateurs.

Enfin, la qualité d’entreprise publique au sens précité n’exclut toutefois pas, pour la même entité, la qualité de pouvoir adjudicateur. Dans le cadre de la présente loi, la distinction n’aura d’effet que pour déterminer les exemptions applicables qui peuvent être différentes suivant le secteur/domaine d’activité dans le cadre duquel la concession est passée. Dans la loi relative aux marchés publics, la distinction déterminera le régime de règles applicables à l’intercommunale suivant qu’elle passe le marché dans les “secteurs classiques” ou dans les “secteurs spéciaux”.

La définition de personne bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs reprise à l’article 2, 3°, du présent projet transpose l’article 7.2 de la directive 2014/23/UE et reprend les définitions de droits exclusifs et de droits spéciaux des dispositions 5.10 et 5.11 de la directive 2014/23/UE.

La définition donnée ici à la notion de “droits exclusifs” et de “droit spéciaux” n’est pas celle qui doit être retenue dans le cadre des exemptions visées à l’article 4 du présent projet.

À titre d’exemple d’une personne de bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs au sens du présent point, on peut citer la société Brussels Airport Company.

La définition d’entité adjudicatrice de l’article 2, 4°, du présent projet correspond à l’article 7 de la directive 2014/23/UE.

La définition de “adjudicateur” reprise à l’article 2, 5°, du présent projet n’est pas reprise de la directive 2014/23/UE. Cette notion est conçue comme une définition fonctionnelle afin de faciliter la lecture des dispositions communes applicables aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices. Ce faisant, l’auteur du présent projet assure une cohérence avec le projet de loi relative aux marchés publics qui adopte et définit de la même manière la notion d’adjudicateur.



In dit verband wordt verwezen naar overweging 49 van richtlijn 2014/23/EU: “Verduidelijkt moet worden dat het begrip “ondernemers” in ruime zin dient te worden opgevat, zodat daaronder ook personen en/of diensten vallen die de uitvoering van werken, de levering van producten of de verrichting van diensten op de markt aanbieden, ongeacht de rechtsvorm die zij voor hun activiteiten hebben gekozen. Aldus moeten firma’s, bijkantoren, dochterondernemingen, partnerschappen, coöperatieve vennootschappen, besloten vennootschappen, openbare of particuliere universiteiten en andere vormen van entiteiten zonder uitzondering onder het begrip “ondernemer” vallen, ongeacht of deze in alle omstandigheden “rechtspersonen” zijn”. Hierbij wordt nog opgemerkt dat een ondernemer, naargelang de omstandigheden, ook een aanbestedende overheid kan zijn.

Punt 7 van artikel 2 definieert het begrip concessie. Dit begrip is van wezenlijk belang omdat het toepassingsgebied van de regels definieert die het voorwerp uitmaken van dit ontwerp.

Concessies zijn overeenkomsten, onder bezwarende titel, waarbij een aanbesteder werken of diensten en het beheer ervan laat uitvoeren, waarvoor de tegenprestatie bestaat in het recht het werk of de diensten te exploiteren of in dit recht en een betaling. Het hoofdkenmerk van de concessie vormt de overdracht van het exploitatierisico.

Concessies voor werken hebben betrekking op het verwerven, onder bezwarende titel, van werken, waarbij de ondernemer, als tegenprestatie, het recht verkrijgt om het werk te exploiteren. Deze exploitatie kan gepaard gaan met een betaling. Het “verwerven van werken” impliceert niet noodzakelijk dat de aanbesteder de eigendom verwerft van de werken of van het werk tijdens of na afloop van de concessie. In dit verband wordt verwezen naar overweging 11 van richtlijn 2014/23/EU: “Een dergelijke overeenkomst kan, maar hoeft niet noodzakelijkerwijs, een overdracht van eigendom aan de aanbestedende diensten of de aanbestedende instanties inhouden, maar de aanbestedende diensten of de aanbestedende instanties verkrijgen in elk geval de voordelen van de betrokken werken of diensten”. Deze overweging sluit aan bij de rechtspraak van het Hof van Justitie, en met name bij zijn arrest van 25 maart 2010, gewezen in de zaak C-451/08, waarin het Hof van oordeel was dat er slechts sprake is van een overeenkomst die onder bezwarende titel wordt gesloten, wanneer de werken/het werk een rechtstreeks economisch voordeel opleveren/oplevert voor de aanbesteder. In datzelfde arrest wees het Hof erop dat er slechts sprake is van een concessie (of van een overheidsopdracht) voor werken, wanneer “de uitvoering van de werken”, zoals

Aux termes du considérant 49 de la directive 2014/23/UE, “Il convient de préciser que la notion d’“opérateur économique” devrait s’interpréter au sens large, de manière à inclure toute personne ou entité qui offre la réalisation d’ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le marché, quelle que soit la forme juridique sous laquelle elle a choisi d’opérer. Dès lors, les sociétés, les succursales, les filiales, les partenariats, les sociétés coopératives, les sociétés anonymes, les universités, qu’elles soient publiques ou privées, ainsi que d’autres formes d’entités devraient tous relever de la notion d’opérateur économique, qu’il s’agisse ou non de “personnes morales” en toutes circonstances.” Il convient encore de préciser qu’un opérateur économique peut également selon les circonstances être un pouvoir adjudicateur.

Le point 7 de l’article 2 définit la notion de concession. Elle est capitale en ce qu’elle définit le champ d’application des règles reprises dans le présent projet.

Les concessions sont des contrats, à titre onéreux, par lesquels un adjudicateur confie l’exécution de travaux ou la prestation et la gestion d’un service, la contrepartie consistant dans le droit d’exploiter l’ouvrage ou les services ou dans ce droit accompagné d’un prix. La caractéristique essentielle de la concession consiste dans le transfert du risque d’exploitation.

La concession de travaux vise l’acquisition, à titre onéreux, de travaux, l’opérateur économique recevant, en contrepartie, le droit d’exploiter l’ouvrage, cette exploitation pouvant s’accompagner du paiement d’un prix. L’ “acquisition de travaux” n’implique pas nécessairement que l’adjudicateur acquiert la propriété des travaux ou de l’ouvrage pendant ou au terme de la concession. En effet, précise le considérant 11 de la directive 2014/23/UE, “si de tels contrats peuvent impliquer, sans que cela soit obligatoirement le cas, un transfert de propriété aux pouvoirs adjudicateurs ou aux entités adjudicatrices, ce sont toujours les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices qui obtiennent les avantages liés aux travaux ou services en question”. Ce considérant fait écho à la jurisprudence de la Cour de Justice, et notamment son arrêt du 25 mars 2010, rendu en l’aff.C-451/08, où la Cour avait indiqué que, pour que le contrat soit conclu à titre onéreux, il faut que l’adjudicateur tire un intérêt économique direct des travaux/de l’ouvrage. Dans ce même arrêt, la Cour indique que, pour qu’il y ait concession (ou marché public) de travaux, il faut par ailleurs que “l’exécution des travaux”, telle que définie au point 7, a), i), de l’article 2, implique l’obligation contractuelle pour l’opérateur de les exécuter et non le simple droit de le faire. Il faut que

gedefinieerd in punt 7, a), i), van artikel 2, bovendien impliceert dat de ondernemer contractueel verplicht is om ze uit te voeren en niet alleen maar het recht heeft om dit te doen. De concessiehouder is verplicht de werken uit te voeren (te laten uitvoeren) en de uitvoering van die verplichting dient in rechte afdwingbaar te zijn. Wat de uitvoering van een werk betreft, dient het werk ook te voldoen aan de eisen van de aanbesteder die minstens een beslissende invloed uitoefent op het soort werk of op het ontwerp ervan. Tot slot verduidelijkt hetzelfde arrest dat er slechts sprake is van een concessie van het exploitatierecht van een werk wanneer de aanbesteder over de exploitatie van dat werk beschikt. Bijgevolg zou er geen sprake zijn van een concessie wanneer het exploitatierecht van de ondernemer zijn oorsprong *alleen* in het eigendomsrecht vindt.

De definitie van concessie voor diensten in richtlijn 2014/23/EU (net zoals die in richtlijn 2004/18/EG) stemt niet overeen met die van het begrip “concessie voor openbare diensten” in het Belgisch administratief recht. Concessies voor diensten in de zin van het Unierecht verwijzen naar overeenkomsten voor het verrichten en beheren van alle soorten diensten, behoudens specifieke uitsluitingen, die zowel door overheden als door personen worden geplaast die beantwoorden aan de definitie van “aanbestedende overheden”, “overheidsbedrijven” of van “personen die bijzondere of exclusieve rechten genieten”. Volgens richtlijn 2014/23/EU en de richtlijnen “overheidsopdrachten” kunnen, theoretisch, alle soorten diensten vermeld in de CPV-nomenclatuur worden verricht en beheerd, hetzij via een concessie, hetzij via een opdracht, waarbij het onderscheidend criterium de overdracht van het exploitatierisico is (cf. infra). Volgens P. Goffaux heeft een concessie voor openbare diensten, in de zin van het Belgisch administratief recht, daarentegen betrekking op een administratieve overeenkomst waarbij een administratieve overheid (de concessieverlenende overheid) een openbare of privépersoon (de concessiehouder) belast met het beheer van een openbare dienst, op zijn kosten en risico, onder toezicht van en volgens de voorschriften van de concessieverlenende overheid en tegen een vergoeding die afkomstig is van de betaling van een bijdrage ten laste van de gebruikers van de dienst of van een betaling door de concessieverlenende overheid (P. Goffaux, “Dictionnaire élémentaire de droit administratif”, Bruylant 2006; zie ook P. Oriane, “La loi et le contrat dans les concessions de service public”, Larcier, 1961).

Alhoewel concessies voor openbare diensten in het Belgisch administratief recht en concessies voor diensten in het Unierecht gemeenschappelijke hoofdkenmerken vertonen (de overdracht van het exploitatierisico), verschillen ze hoofdzakelijk door hun voorwerp: concessies in het Unierecht kunnen betrekking hebben

le concessionnaire assume l’obligation de (faire) réaliser les travaux et que l’exécution de cette obligation puisse être réclamée en justice. S’agissant de la réalisation d’un ouvrage, il faut en outre que celui-ci réponde aux exigences définies par l’adjudicateur qui exerce à tout le moins une influence décisive sur le type ou la conception de l’ouvrage. Enfin, toujours suivant le même arrêt de la Cour de Justice, pour qu’il y ait concession du droit d’exploitation d’un ouvrage, il faut que l’adjudicateur dispose de l’exploitation de cet ouvrage. Il n’y aurait dès lors pas concession lorsque le droit d’exploitation de l’opérateur économique tire sa *seule* source du droit de propriété.

La définition de la concession de services de la directive 2014/23/UE (comme celle de la directive 2004/18/CE) ne concorde pas avec la notion de “concession de service public” telle qu’elle existe en droit administratif belge. Les concessions de services au sens du droit de l’Union renvoient à des contrats de prestation et de gestion de tous types de services, sauf exclusions particulières, passés tant par des autorités publiques que par des personnes répondant à la définition de “pouvoirs adjudicateurs”, “entreprises publiques” ou “personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs”. En réalité et en théorie, tous les types de services identifiés dans la nomenclature CPV peuvent, suivant la directive 2014/23/UE et les directives “marchés publics” être prestés et gérés soit suivant le mode “concessif”, soit suivant le mode “marché”, le critère distinctif étant le transfert du risque d’exploitation (cf. infra). Par contre, la concession de service public au sens du droit administratif belge vise “un contrat administratif par lequel une autorité administrative (l’autorité concédante), charge une personne publique ou privée (le concessionnaire) de gérer un service public, à ses frais, risques et périls, sous le contrôle et suivant les modalités déterminées par l’autorité concédante et moyennant une rémunération provenant du paiement d’une redevance à charge des usagers du service ou d’un prix payé par l’autorité concédante” (P. Goffaux, “Dictionnaire élémentaire de droit administratif”, Bruylant 2006; voir aussi P. Oriane, “La loi et le contrat dans les concessions de service public”, Larcier, 1961).

Si la concession de service public du droit administratif belge et la concession de service du droit de l’Union présentent des caractéristiques essentielles communes (le transfert du risque d’exploitation), elles se distinguent principalement par leur objet: les concessions du droit de l’Union peuvent concerner n’importe quel type de

op om het even welk soort dienst, behoudens uitsluitingen bepaald in richtlijn 2014/23/EU, terwijl concessies voor openbare diensten in het Belgisch administratief recht enkel betrekking hebben op overeenkomsten betreffende een openbare dienst. Het begrip openbare dienst is gedefinieerd in het nationale recht. Volgens prof. P. Orienne is er enkel sprake van openbare dienstverlening als die door de wetgever als dusdanig wordt beschouwd. Op het niveau van de lokale en provinciale overheden loopt het begrip van openbare dienst doorheen dit van dienst van gemeentelijk of provinciaal belang, waarvan de inhoud bijgevolg evolutief en ruim is. Om een concessie voor openbare diensten te kunnen verlenen, moet de concessieverlenende overheid dus, door of krachtens de wet *sensu lato*, belast zijn met taken van openbare dienstverlening en die kunnen uitbesteden.

Zowel richtlijn 2014/23/EU als dit ontwerp zijn van toepassing op concessies voor diensten die, volgens het geval, in het Belgisch administratief recht, ook concessies voor *openbare* diensten kunnen zijn. Concessies voor diensten die uitgesloten zijn van het toepassingsgebied van dit ontwerp, hetzij omdat de geraamde waarde ervan lager is dan de drempel van 5 186 000 euro, hetzij omdat deze wet niet van toepassing is op niet-economische diensten van algemeen belang (krachtens artikel 3 van dit ontwerp), noch op activiteiten op het gebied van water als bedoeld in artikel 7 van dit ontwerp, maar die aan de definitie van concessie voor openbare diensten beantwoorden, blijven onderworpen aan de algemene beginselen en aan de voorschriften van het nationaal administratief recht, zoals het beginsel van gelijke behandeling en de verplichting tot uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen. Alhoewel het beginsel van gelijke behandeling niet verplicht om, in alle omstandigheden, de gunning van een concessie te laten voorafgaan door bekendmakingsmaatregelen, vloeit uit de wettelijke verplichting tot uitdrukkelijke motivering voort dat de concessieverlenende overheid steeds haar besluit om de concessie met een bepaalde ondernemer te sluiten zal moeten motiveren, in voorkomend geval, bij gebrek aan bekendmakingsmaatregelen, in geval er feitelijk correcte en in rechte legitieme gronden bestaan om het te rechtvaardigen. De afwezigheid van bekendmakingsmaatregelen is uitzonderlijk.

De definitie van concessies voor werken en voor diensten maakt het mogelijk om die te onderscheiden (i) van overeenkomsten, regelingen of handelingen van de aanbesteders die geen concessies zijn en (ii) van overheidsopdrachten (voor werken en diensten).

Zo vloeit voort uit overwegingen 12 tot 16 van richtlijn 2014/23/EU dat noch onder het begrip concessies (voor

service sauf exclusions définies par la directive 2014/23/UE, les concessions de service public du droit administratif belge ne concernent que les contrats qui ont pour objet un service public. La notion de service public est définie en droit interne. Suivant le prof. P. Orienne, il n'est de service public que celui qui est érigé comme tel par le législateur. Au niveau local et provincial, la notion de service public se confond avec celle de services d'intérêt communal ou provincial, dont le contenu est dès lors évolutif et large. Pour pouvoir octroyer une concession de service public, l'autorité concédante doit donc, par ou en vertu de la loi *sensu lato*, être en charge de missions de service public et avoir la capacité de les déléguer.

Tant la directive 2014/23/UE que le présent projet s'appliquent aux concessions de services, qui suivant les cas, pourront également, en droit administratif belge, être une concession de service *public*. Les concessions de services qui sont exclues du champ d'application du présent projet soit parce que leur valeur estimée est inférieure au seuil de 5 186 000 d'euros, soit parce que la présente loi ne s'applique pas aux services d'intérêt général non économiques (en vertu de l'article 3 du présent projet) ni aux activités dans le domaine de l'eau visées à l'article 7 du présent projet, mais qui répondent à la définition de concession de service public restent soumises aux principes généraux et règles du droit administratif interne, tels que le principe d'égalité de traitement et l'obligation de motivation formelle des actes administratifs. Si le principe d'égalité de traitement n'oblige pas, en toutes circonstances, à faire précéder l'attribution d'une concession de mesures de publicité, l'obligation légale de motivation formelle obligera toujours l'autorité concédante à motiver sa décision de conclure la concession avec un opérateur déterminé et le cas échéant, en l'absence de mesures de publicité lorsqu'il existe des motifs corrects dans les faits et légitimes en droit pour le justifier. L'absence de mesures de publicité est exceptionnelle.

La définition des concessions de travaux et de services, permet de les distinguer (i) des contrats, arrangements ou actes des adjudicateurs qui ne sont pas des concessions et (ii) des marchés publics (de travaux et de services).

Ainsi il résulte des considérants 12 à 16 de la directive 2014/23/UE que ne relèvent pas de la notion de

werken of voor diensten), noch overigens onder het begrip overheidsopdracht vallen:

— De loutere financiering van een activiteit of van een project via subsidies.

— Behalve dat de subsidie een eenzijdige handeling is (die evenwel aanpasbaar is en gepaard kan gaan met een overeenkomst), onderscheidt ze zich, volgens de rechtsleer, van opdrachten en concessies door twee hoofdkenmerken: (i) de opbrengst van de tegenprestatie voor de subsidie is niet bedoeld om te worden ingebracht in het eigen vermogen van de persoon van de subsidiërende overheid of is niet nodig voor het verrichten van de openbare diensten waarmee ze belast is of is niet nodig voor de werking ervan; (ii) de tegenprestatie voor een subsidie moet een actie zijn die noodzakelijk uitgaat van de gesubsidieerde persoon. (“Les Subventions”, o.l.v. David RENDERS, Larcier, 2011, met name de punten 91 tot 124).

— Regelingen, zelfs van contractuele aard, waarbij alle ondernemers die aan bepaalde voorwaarden voldoen, het recht hebben een specifieke taak of dienst uit te voeren, zoals bijvoorbeeld het systeem van de dienstencheques.

— Systemen waarbij overheden, op verzoek van de ondernemer, een machtiging (vergunning) afleveren voor een specifieke activiteit (of verrichting) op basis van een stelsel van voorwaarden die op voorhand zijn vastgesteld door die overheid en niet de verplichting meebrengen om die activiteit (verrichting) uit te oefenen. Bij deze systemen is er immers geen sprake van wederzijdse en bindende contractuele verplichtingen en verbintenissen.

— (Contractuele of eenzijdige) publiek- of privaatrechtelijke handelingen, waarbij een aanbesteder een ondernemer toestemming geeft voor huisvesting in, gebruik van of exploitatie van goederen of rijkdommen in staatsbezit, met name in de zee-, binnenhaven- of luchthavensector. Deze handelingen vallen niet onder het begrip concessie (voor diensten of werken) als bedoeld in dit ontwerp, voor zover de aanbestedende entiteiten zich beperken tot het bepalen (in de machtiging of in de overeenkomst) van de voorwaarden voor het gebruik of de exploitatie van de ter beschikking gestelde goederen of rijkdommen, dit wil zeggen in het algemeen clausules betreffende de inbezitneming door de pachter, het gebruik van het gepachte, de verplichtingen pachter en verpachter met betrekking tot het onderhoud van het gepachte, de looptijd van de beschikbaarstelling en de teruggave van het gepachte aan de verpachter, de pachtprijs en de door de pachter te betalen bijkomende kosten. Zo is, in principe, de domeinconcessie

concessions (de services ou de travaux) ni d'ailleurs de celle de marché public:

— Le simple financement d'une activité ou d'un projet par la voie de subsides ou subventions.

— Outre que la subvention est un acte unilatéral (qui peut toutefois être modalisé et accompagné d'une convention), elle se distingue, suivant la doctrine, des marchés et concessions par deux caractéristiques essentielles: (i) le produit de la contrepartie à la subvention n'est pas destinée à entrer dans le patrimoine propre de la personne de l'autorité subsidiante ou n'est pas nécessaire à l'accomplissement des services publics dont elle a la charge ou n'est pas nécessaire à son fonctionnement; (ii) la contrepartie à une subvention doit être une action nécessairement initiée par la personne subsidiée. (“Les Subventions”, dir. David RENDERS, Larcier, 2011, spéc. points 91 à 124).

— Les mécanismes, même de type contractuel, dans le cadre desquels tous les opérateurs remplissant certaines conditions ont le droit d'exécuter une tâche ou un service particulier, comme par exemple le système des titres services.

— Les systèmes par lesquels des autorités délivrent, à la demande de l'opérateur économique, une autorisation (licence, permis) d'exercer une activité (ou une opération) particulière sur la base d'un régime de conditions fixées au préalable par cette autorité et qui n'emportent pas obligation d'exercer cette activité (opération). En effet, dans ces systèmes, il n'y pas d'obligations et d'engagements contractuels mutuels et contraignants.

— Les actes (contractuels ou unilatéraux), de droit public ou privé, par lesquels un adjudicateur autorise un opérateur à occuper, faire usage ou exploiter des biens ou ressources publics, notamment dans le secteur des ports maritimes, intérieurs ou des aéroports. Ces actes ne relèvent pas de la notion de concession (de services ou travaux) au sens du présent projet pour autant que les autorités adjudicatrices se limitent à définir (dans l'autorisation ou le contrat) les conditions d'usage ou d'exploitation du bien ou de la ressource mise à disposition, c'est-à-dire généralement les conditions applicables à l'entrée en possession du preneur, à l'usage auquel le bien est destiné, aux obligations du bailleur et du preneur relatives à l'entretien du bien, à la durée de la mise à disposition et à la restitution de la possession au bailleur, à la location et aux frais accessoires à charge du preneur. Ainsi, en principe, les concessions (et autorisations) domaniales définies en droit administratif belge comme “un contrat administratif par lequel

(-machtiging), die in het Belgisch administratief recht gedefinieerd wordt als een voorlopige en herroepbare administratieve overeenkomst waarbij de overheid, op exclusieve en tijdelijke basis, de toelating verleent gebruik te maken van het openbaar domein, met het oog op een privaatieve exploitatie, geen concessie in de zin van dit ontwerp. Indien de domeinconcessie (-machtiging) daarentegen slechts een onlosmakelijk en bijkomstig onderdeel van een overeenkomst vormt dat, voor een aanbesteder, hoofdzakelijk betrekking heeft op het laten uitvoeren van werken of diensten die aan de door hem bepaalde eisen voldoen en waarvan hij de uitvoering kan eisen/afdwingen, waarbij de tegenprestatie bestaat in het recht om het werk of de diensten te exploiteren, zal de overeenkomst als een concessie in de zin van dit ontwerp worden beschouwd. Tot slot herinneren we eraan dat alhoewel domeinconcessies “in de strikte betekenis” geen concessies zijn als bedoeld in dit ontwerp, de verlening ervan niettemin onderworpen blijft aan de algemene beginselen en voorschriften van het administratief recht, met name aan het beginsel van gelijke behandeling en de verplichting tot uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen.

— (Contractuele of eenzijdige) handelingen waarbij doorgangsrechten worden verleend die gepaard gaan met het gebruik van publieke onroerende goederen voor de beschikbaarstelling of exploitatie van vaste lijnen of netten bestemd voor openbare dienstverlening, voor zover deze overeenkomsten niet een verplichting tot verlening of aankoop van diensten of werken door de aanbesteder aan zichzelf of aan eindgebruikers opleggen. In het Belgisch recht verwijst deze categorie hoofdzakelijk naar de wettelijke systemen inzake erfdiensbaarheden van openbaar nut voor kabels, leidingen, enz. op het gebied van water, energie, vervoer of elektronische communicatie.

Concessies (voor werken of voor diensten) en opdrachten hebben met elkaar gemeen dat ze voorzien in wederzijdse bindende verplichtingen, het verwerven van werken of diensten en een bezwarend karakter hebben. Het onderscheidend element is de tegenprestatie van de concessiehouder die bestaat in het recht het werk of de diensten te exploiteren, al dan niet met een betaling.

Het exploitatierecht is noodzakelijk maar onvoldoende. Volgens richtlijn 2014/23/EU is de overdracht (aan de ondernemer) van het exploitatierisico immers doorslaggevend voor de classificatie van de overeenkomst als concessie. Overweging 20 van richtlijn 2014/23/EU verduidelijkt dat het exploitatierisico wordt opgevat als een “risico van blootstelling aan de grillen van de markt, dat kan bestaan in een vraagrisico of een aanbodrisico, of in zowel een vraag- als een aanbodrisico. Onder vraagrisico moet worden verstaan het risico in verband

l’*autorité publique* accorde un droit d’occupation du domaine public, à titre exclusif et à temps mais de façon précaire et révocable, aux fins d’une exploitation à titre privatif” ne sont pas des concessions au sens du présent projet. Par contre, si la concession (autorisation) domaniale n’est qu’un élément indissociable et accessoire d’un contrat qui vise principalement, pour un adjudicateur, à confier l’exécution de travaux ou de services répondant aux exigences qu’il définit et dont il peut exiger/forcer l’exécution, contre le droit d’exploiter l’ouvrage ou les services, le contrat sera qualifié de concession au sens du présent projet. Rappelons enfin que si les concessions domaniales “pures” ne sont pas des concessions visées par le présent projet, leur octroi n’en reste pas moins soumis aux principes généraux et règles du droit administratif, notamment le principe d’égalité de traitement et l’obligation de motivation formelle des actes administratifs.

— Les actes (contractuels ou unilatéraux) qui octroient un droit de passage pour l’utilisation de biens immobiliers publics en vue de la mise à disposition ou de l’exploitation de lignes fixes ou de réseaux destinés à fournir un service au public, dans la mesure où ces accords n’imposent pas d’obligation de fourniture ni ne prévoient l’acquisition de services ou de travaux par l’adjudicateur pour son propre compte ou pour des utilisateurs finaux. Cette catégorie renvoie principalement, en droit belge, aux systèmes de servitudes légales d’utilité publique qui existent pour les câbles, canalisations etc. dans les domaines de l’eau, de l’énergie, des transports ou encore des communications électroniques.

Les concessions (de travaux ou de services) et les marchés ont en commun de prévoir des obligations contraignantes mutuelles, l’acquisition de travaux ou de services et un caractère onéreux. Ce qui les distingue c’est la contrepartie du concessionnaire qui consiste en son droit d’exploitation de l’ouvrage ou des services, qui peut être assorti d’un prix.

Le droit d’exploiter est nécessaire mais pas suffisant. En effet, la directive 2014/23/UE indique que l’élément déterminant pour la qualification du contrat en concession consiste dans le transfert (à l’opérateur économique) du risque d’exploitation. Dans son considérant 20, la directive 2014/23/UE précise que le risque d’exploitation est conçu comme “un risque d’exposition aux aléas du marché qui peut être soit un risque lié à la demande, soit un risque lié à l’offre, soit un risque lié à la demande et à l’offre. Le risque lié à

met de feitelijke vraag naar de werken of de diensten die het voorwerp zijn van de overeenkomst. Onder aanbodrisico moet worden verstaan het risico in verband met het aanbod van de werken of de diensten die het voorwerp zijn van de overeenkomst, in het bijzonder het risico dat de verrichting van de diensten niet aansluit op de vraag. Met het oog op de beoordeling van het exploitatierisico kan op consistente en eenvormige wijze rekening worden gehouden met de netto contante waarde van alle investeringen, kosten en inkomsten van de concessiehouder". Het feit dat de concessiehouder de risico's draagt die verband houden met slecht beheer ten aanzien van de aanbesteder (overeenkomstsluitende partij), de gevolgen van zijn contractuele inbreuken (niet-naleving van de door de aanbesteder vastgelegde voorwaarden van de dienst) of de gevolgen van overmacht is evenwel niet doorslaggevend om te bepalen dat het om een concessie gaat,"aangezien die risico's inherent zijn aan elk type contract, of het nu een overheidsopdracht of een concessie betreft" (overweging 20 van richtlijn 2014/23/EU).

Volgens de considerans 18 van de richtlijn 2014/23/EU wordt de overdracht van het exploitatierisico vermoed wanneer de concessiehouder niet zeker is in normale exploitatieomstandigheden, dat de door hem gedane investeringen of kosten die hij gedragen heeft tijdens de exploitatie van de werken of diensten die het voorwerp vormen van de concessie kunnen afgeschreven worden, zelfs als de aanbesteder een deel van de risico's blijft dragen.

De aldus gedefinieerde overdracht van het exploitatierisico moet bovendien relevant zijn, wat impliceert dat:

— er geen sprake is van een concessie wanneer de ondernemer een gewaarborgde vergoeding krijgt die gelijk is aan of hoger is dan zijn kosten en investeringen, ongeacht of die waarborg contractueel is of voortvloeit uit de wetgeving/regelgeving van de dienst die het voorwerp van de concessie vormt. Zo bepaalt overweging 18 van richtlijn 2014/23/EU dat "indien de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie de ondernemer van elk potentieel verlies zou ontlasten door minimuminkomsten te garanderen gelijk aan of hoger dan de gedane investeringen en de kosten die de ondernemer met betrekking tot de uitvoering van de overeenkomst dient te maken", er geen sprake is van een concessie in de zin van dit ontwerp. Het feit dat de concessiehouder uitsluitend door de aanbesteder wordt beloond, belet evenwel niet dat de overeenkomst als een concessie wordt aangemerkt, "wanneer het terugverdienen van de investeringen en de kosten die door de exploitant voor de uitvoering van de werken of het verrichten van de diensten zijn gemaakt, afhangt van de werkelijke vraag naar of het aanbod van de dienst of het

la demande désigne le risque portant sur la demande effective pour les travaux ou services qui font l'objet du contrat. Le risque lié à l'offre désigne le risque portant sur la fourniture des travaux ou services qui font l'objet du contrat, en particulier le risque que la fourniture des services ne corresponde pas à la demande. Aux fins de l'évaluation du risque d'exploitation, la valeur actuelle nette de tous les investissements, coûts et recettes du concessionnaire devrait être prise en compte de manière homogène et uniforme". Par contre, le fait que le concessionnaire assume les risques liés à une mauvaise gestion vis-à-vis de l'adjudicateur (partie contractante), les conséquences de ses manquements contractuels (non-respect des conditions du service fixées par l'adjudicateur) ou les conséquences de la force majeure n'est pas déterminant pour définir s'il s'agit d'une concession, "ces risques étant inhérents à tous les contrats, qu'il s'agisse d'un marché public ou d'une concession" (considérant 20 de la directive 2014/23/UE).

Selon le considérant 18 de la directive 2014/23/UE, le transfert du risque d'exploitation est présumé lorsque le concessionnaire, dans des conditions d'exploitation normales, n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou services qui font l'objet de la concession, même si l'adjudicateur continue de supporter une partie du risque.

Le transfert du risque d'exploitation ainsi défini doit par ailleurs être "significatif", ce qui implique que:

— il n'y a pas de concession lorsque l'opérateur économique est garanti d'une rémunération qui égale ou dépasse les investissements et coûts qu'il a exposés, que cette garantie soit contractuelle ou résulte de la législation/réglementation du service objet de la concession. Ainsi, précise le considérant 18 de la directive 2014/23/UE, "si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice évitait à l'opérateur économique tout risque de pertes, en lui garantissant un revenu minimal supérieur ou égal aux investissements effectués et aux coûts qu'il doit supporter dans le cadre de l'exécution du contrat", il n'y a pas de concession au sens du présent projet. Mais le fait que le concessionnaire soit exclusivement rémunéré par l'adjudicateur n'empêche pas la qualification de concession "lorsque le recouvrement des investissements et des coûts supportés par l'opérateur pour l'exécution des travaux ou la fourniture des services dépend de la demande réelle ou de la fourniture du service ou de l'actif". Le considérant 19 de la directive 2014/23/UE indique encore que "lorsqu'une réglementation sectorielle élimine le risque en prévoyant l'octroi

goed". Overweging 19 van richtlijn 2014/23/EU wijst er nog op dat "wanneer sectorspecifieke regelgeving het risico uitschakelt door te voorzien in een waarborg voor de concessiehouder betreffende de rendabiliteit van de investeringen en de kosten die voor de exploitatie van de overeenkomst zijn gemaakt", deze overeenkomst niet als een concessie kan worden aangemerkt. Zo voorziet overweging 17 van de richtlijn in de uitsluiting van "overeenkomsten die geen betalingen aan de ondernemer met zich brengen en waarbij de ondernemer wordt beloond op basis van gereguleerde tarieven, die zodanig zijn berekend dat zij alle door de aannemer voor het verrichten van de dienst gemaakte kosten en investeringen dekken".

— Het feit dat het overgedragen risico beperkt is, hetzij contractueel, hetzij wegens het regelgevingskader van de concessie belet evenwel niet dat de overeenkomst als een concessie wordt aangemerkt. Hieromtrent wordt in overweging 19 van richtlijn 2014/23/EU het volgende bepaald: "Het feit dat het risico van meet af aan beperkt is, hoeft niet te beletten dat de overeenkomst als een concessie wordt aangemerkt. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn in sectoren met gereguleerde tarieven of indien het operationeel risico beperkt is door contractuele afspraken" die voorzien in gedeeltelijke compensatie, waaronder een vergoeding "in geval van vroegtijdige beëindiging van de concessie om redenen die zijn toe te schrijven aan de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie of om redenen van overmacht".

Uit de bepalingen van de richtlijn die de concessies definiëren, vloeit voort dat de vergoedingswijze van de ondernemer niet doorslaggevend is voor de classificatie van de overeenkomst. Het is niet nodig dat de ondernemer wordt beloond, al was het maar gedeeltelijk, door de gebruikers van het werk of van de dienst. Met andere woorden, het feit dat de concessiehouder uitsluitend door de aanbesteder wordt beloond, sluit op zich niet uit dat er sprake is van een concessie. Het is evenmin kenmerkend voor de concessie dat de ondernemer erfpachter of eigenaar van het werk is in de loop van de uitvoering van de concessie (die deel uitmaakt van de opstal), voor zover hij het recht heeft om het volledig of gedeeltelijk te exploiteren en zijn vergoeding niet garandeert dat hij zijn investeringen en kosten zal kunnen terugverdienen op grond van de werkelijke vraag of het werkelijke aanbod voor het gebruik van het werk of van de diensten.

Bijgevolg mag hieruit worden afgeleid dat de in richtlijn 2014/23/EU vermelde definitie van concessies een bijzondere analyse van elke overeenkomst (bestek) vereist en met name van alle contractuele bepalingen ervan en van de risico's die ze al dan niet overdraagt aan de ondernemer. De analyse is eerder economisch

au concessionnaire d'une garantie d'atteinte du seuil de rentabilité en ce qui concerne les investissements consentis et les coûts exposés pour l'exploitation du contrat", ce contrat ne peut être qualifié de concession. Ainsi, le considérant 17 de la directive exclut de la notion de concession "les contrats ne prévoyant pas de paiements à l'opérateur et en vertu desquels ce dernier est rémunéré sur la base d'un tarif réglementé, établi de manière à couvrir tous les coûts et investissements supportés par l'opérateur pour fournir le service".

— Par contre, le fait que le risque transféré soit limité que ce soit contractuellement ou en raison du cadre réglementaire dans lequel s'inscrit la concession n'empêche pas sa qualification comme telle. Ainsi le considérant 19 de la directive 2014/23/UE précise que, "le fait que le risque soit limité dès l'origine ne devrait pas exclure l'attribution du statut de concession. Tel peut être le cas, par exemple, dans les secteurs disposant de tarifs réglementés ou lorsque le risque d'exploitation est limité par des arrangements contractuels prévoyant une compensation partielle, y compris une indemnisation en cas de résiliation d'une concession pour des raisons imputables au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, ou pour des raisons de force majeure".

Il résulte des dispositions de la directive définissant les concessions, que le mode de rémunération de l'opérateur n'est pas décisif pour la qualification du contrat. Il n'est pas nécessaire que l'opérateur soit rémunéré, fût-ce en partie, par les usagers de l'ouvrage ou du service. Autrement dit, le fait que le concessionnaire soit exclusivement rémunéré par l'adjudicateur n'exclut pas, en soi, qu'il y ait concession. Il n'est pas davantage caractéristique de la concession que l'opérateur soit emphytéote ou propriétaire de l'ouvrage pendant la durée de la concession (superficiaire), du moment qu'il a le droit de l'exploiter en tout ou en partie et que sa rémunération ne permette pas de garantir qu'il recouvre ses investissements et coûts en raison de la demande ou offre réelle pour l'utilisation de l'ouvrage ou des services.

Il faut en conclure dès lors que la définition donnée par la directive 2014/23/UE des concessions requiert une analyse particulière de chaque contrat (cahier des charges) et en particulier de toutes ses clauses contractuelles et des risques qu'il transfère (ou non) à l'opérateur économique. L'analyse est davantage

en financieel dan juridisch en de sleutel voor het onderscheid hangt af van wat de rechtspraak als “marktrisico” zal definiëren. Hierbij wordt gewezen op het feit dat de definitie van de overdracht van het risico in richtlijn 2014/23/EU alleszins niet overeenstemt met die aangenomen door de regelgevingen betreffende het Europees stelsel van economische rekeningen (ESER2010) en de interpretatie ervan door EUROSTAT.

Bovendien wordt de aandacht van de aanbesteders gevestigd op de risico's die gepaard kunnen gaan met alternatieve financieringsvormen, in het bijzonder op de mogelijke meerkost van een alternatieve financieringsvorm ten opzichte van de klassieke financiering ten laste van de overheidsbegroting.

Bovenvermelde definitie van concessies voor werken heeft met name de schrapting gerechtvaardigd, in het wetsontwerp inzake overheidsopdrachten, van het begrip “promotieopdracht van werken” zoals gedefinieerd in de wet van 15 juni 2006, dit wil zeggen “de overheidsopdracht die zowel betrekking heeft op het financieren als op het uitvoeren van werken en, in voorkomend geval, op elke dienstverlening in dat verband”. Deze definitie is immers niet kenmerkend voor de opdracht, wat wel het geval is voor de concessie die ook het financieren en het uitvoeren van werken, en dienstverlening omvat). Alleen de overdracht van het exploitatierisico maakt het mogelijk om de (promotie) opdracht te onderscheiden van de concessie (voor werken). Bovendien is deze vroegere “Belgische” categorie van de overheidsopdracht voor werken niet noodzakelijk in het licht van de definitie van het Unierecht van overheidsopdrachten voor werken (die met name “*het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst die een beslissende invloed uitoefent op het soort werk en het ontwerp van het werk*” - zie richtlijn 2014/24/EU omvat). Bovendien is deze categorie evenmin correct in het licht van de voorschriften van de Unie betreffende de gemengde opdrachten, d.w.z. opdrachten die zowel diensten als werken omvatten, waarbij, per geval, het hoofdvoorwerp van de opdracht moet worden bepaald.

De opheffing van het begrip en van de definitie van “promotieopdracht van werken” in het wetsontwerp inzake overheidsopdrachten betekent niet dat deze “promotieopdrachten” verdwijnen, noch dat deze niet meer geregeld zouden zijn.

Wanneer een aanbesteder een overeenkomst overweegt dat zowel de financiering als de uitvoering van werken inhoudt (en hun concept of van andere diensten betreffende werken), zal hij deze moeten analyseren in termen van “overdracht van exploitatierisico” in de

économique et financière que juridique et la clef de la distinction dépendra de ce que la jurisprudence définira comme “risque de marché”. On attirera l'attention sur le fait que, en tout état de cause, la définition du transfert de risque de la directive 2014/23/UE n'est pas celle adoptée par les réglementations concernant le Système européen des comptes (SEC2010) et leur interprétation par EUROSTAT.

Par ailleurs, l'attention des adjudicateurs est attirée sur les risques qui peuvent aller de pair avec des modes de financement alternatifs, en particulier sur l'éventuel surcoût d'un mode de financement alternatif par rapport à un financement classique à charge du budget public.

La définition précitée des concessions de travaux a notamment justifié la suppression, dans le projet de loi relatif aux marchés publics, de la notion de “marché public de promotion de travaux” telle qu'elle était définie dans la loi du 15 juin 2006, c'est-à-dire “le marché public portant à la fois sur le financement et l'exécution de travaux ainsi que, le cas échéant, sur toute prestation de services relative à ceux-ci”. En effet, cette définition n'est pas caractéristique du marché par opposition à la concession qui, elle aussi, inclut le financement et l'exécution de travaux ainsi que la prestation de services. C'est uniquement le transfert de risque d'exploitation qui permet de distinguer le marché (de promotion) de la concession (de travaux). Par ailleurs, cette ancienne catégorie “belge” du marché public de travaux n'est ni nécessaire au regard de la définition du droit de l'Union des marchés publics de travaux (qui inclut notamment “la réalisation par quelque moyen que ce soit d'un ouvrage répondant aux exigences définies par l'adjudicateur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception” - voir la directive 2014/24/UE) ni correcte au regard des règles de l'Union relatives aux marchés mixtes, c'est-à-dire contenant à la fois des services et des travaux, où il faut, au cas par cas, déterminer l'objet principal dudit contrat.

La suppression de la notion et de la définition de “marché public de promotion de travaux” dans le projet de loi relatives aux marchés publics ne signifie pas que ces “marchés de promotion” n'existent plus ni qu'ils ne sont pas régulés.

Simplement, lorsqu'un adjudicateur envisage un contrat incluant le financement et l'exécution de travaux (et leur conception ou d'autres services relatifs aux travaux), il devra l'analyser en termes de “transfert de risque d'exploitation” au sens précité pour déterminer



voormelde zin teneinde te bepalen of het gaat over een overheidsopdracht of een concessie en aldus om het stelsel te kennen dat erop van toepassing is.

De aanbesteder moet erop worden gewezen dat het niet is omdat de overeenkomst die hij wil plaatsen in een vergoeding van de ondernemer door de gebruikers van het werk of van de dienst voorziet, dat die overeenkomst noodzakelijk een concessie is. De contractuele bepalingen (en het regelgevend kader van de concessie) moeten ook waarborgen dat de ondernemer de grillen van de markt (de vraag- en/of aanbodrisico's) draagt en daardoor het risico loopt dat hij zijn investeringen en kosten in het kader van de uitvoering van de overeenkomst niet zal kunnen terugverdienen. Omgekeerd biedt het feit dat de overeenkomst bepaalt dat de ondernemer uitsluitend door de aanbesteder wordt betaald geen garantie dat de overeenkomst een opdracht is. Men dient zich ervan te vergewissen dat deze betaling en de andere bepalingen van de overeenkomst ook uitsluiten dat de ondernemer is blootgesteld aan de grillen van vraag en/of aanbod en daardoor aan het risico dat hij zijn kosten en investeringen niet zal kunnen terugverdienen.

De aanbesteder die de minste twijfel heeft over de classificatie van de overeenkomst die hij wil plaatsen (rekening houdend met de bepalingen van zijn "bestek") of die niet wil dat de overdracht van het exploitatierisico een niet-bespreekbare "minimumeis" is, zal er dus alle belang bij hebben om de plaatsingsregels voor overheidsopdrachten (bekendmaking en procedure) toe te passen. Deze voorschriften en procedures voldoen immers aan de in dit ontwerp bedoelde bekendmakings-eisen en procedurele waarborgen voor de plaatsing van concessies. Bijgevolg waarborgen ze, in principe, de geldigheid van de plaatsingsprocedure, ongeacht of de overeenkomst, op termijn, als concessie of als opdracht wordt aangemerkt.

Omgekeerd zal de aanbesteder die zeker is dat de overeenkomst die hij wil plaatsen een concessie is, rekening houdend met de vergoeding ten laste van de gebruikers, maar ook en vooral met de bepalingen van zijn bestek die de overdracht van het exploitatierisico waarborgen in de door de richtlijn bepaalde zin, deze bepalingen als niet bespreekbaar/wijzigbaar in de loop van de procedure moeten aanmerken (cf. *infra* – commentaar bij artikel 46). Tijdens de onderhandelingen zal hij ook elke wijziging van of toevoeging aan bepalingen van het bestek/van de overeenkomst moeten weigeren die tot gevolg zou hebben dat de rentabiliteit van de verrichting voor de ondernemer wordt gewaarborgd, op straffe van onregelmatigheid van de plaatsingsprocedure.

s'il s'agit d'un marché public ou d'une concession et ainsi déterminer le régime qui s'appliquera.

Il faut attirer l'attention de l'adjudicateur sur le fait que ce n'est pas parce que le contrat qu'il entend passer prévoit une rémunération de l'opérateur par les usagers de l'ouvrage ou du service, que ce contrat est nécessairement une concession. Il faut en outre que les clauses contractuelles (et le cadre réglementaire dans lequel s'inscrit la concession) assurent que l'opérateur supporte les aléas du marché (les risques de l'offre et/ou de la demande) et coure de ce fait le risque de ne pas récupérer les investissements et coûts qu'il expose dans le cadre de l'exécution du contrat. À l'inverse, le fait que le contrat prévoit que l'opérateur soit rémunéré exclusivement par l'adjudicateur n'est pas une garantie de ce que le contrat soit un marché. Il faut s'assurer que ce paiement et les autres clauses du contrat excluent, par ailleurs, que l'opérateur économique soit exposé aux aléas de l'offre et/ou de la demande et de ce fait, au risque de ne pas récupérer ses coûts et investissements.

Dès lors, l'adjudicateur qui a le moindre doute sur la qualification du contrat qu'il entend passer (au regard des clauses de son "cahier des charges") ou qui n'entend pas faire du transfert de risque d'exploitation une "exigence minimale" non négociable, aura tout intérêt à faire application des règles de passation (publicité et procédure) des marchés publics. Ces règles et procédures répondent en effet aux exigences de publicité et garanties procédurales prévues par le présent projet pour la passation des concessions. Elles permettront dès lors d'assurer, en principe, la validité de la procédure de passation, que le contrat soit, à terme, qualifié de concession ou de marché.

À l'inverse, l'adjudicateur certain de ce que le contrat qu'il entend passer est une concession au regard non seulement de la rémunération à charge des usagers mais également et surtout des clauses de son cahier des charges qui assurent le transfert de risque d'exploitation au sens défini par la directive, devra qualifier ces clauses comme non négociables/modifiables en cours de procédure (cf. *infra* – commentaire sous l'article 46). Il devra également refuser, en cours de négociation, toute modification ou adjonction aux clauses du cahier des charges/au contrat qui aurait pour résultat de garantir la rentabilité de l'opération pour l'opérateur économique, sous peine d'irrégularité de la procédure de passation.

De definities in de punten 8 tot 13 vereisen geen commentaar. Ze zijn opgenomen in richtlijn 2014/23/EU (artikel 5), met soms lichte terminologische aanpassingen.

De in punt 14 van artikel 2 gedefinieerde term innovatie is overgenomen uit artikel 5 van richtlijn 2014/23/EU. De definitie ervan stemt overeen met die in het wetsontwerp inzake overheidsopdrachten. Onderzoek en innovatie, waaronder eco-innovatie en sociale innovatie, behoren tot de voornaamste drijvende krachten van toekomstige groei en staan centraal in de Europa 2020-strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei. Het is de bedoeling aanbestedende entiteiten ertoe aan te zetten overheidsopdrachten zo strategisch mogelijk aan te wenden om innovatie te bevorderen. Er wordt immers erkend dat de aankoop van innovatieve producten, werken en diensten een centrale rol speelt in het verbeteren van de efficiëntie en kwaliteit van overheidsdiensten en een antwoord vormt op grote maatschappelijke uitdagingen. Dergelijke aankopen laten toe de overheidsgelden op optimale wijze te besteden en ruimere economische, milieu- en maatschappelijke voordelen te realiseren, zoals het doen rijpen van nieuwe ideeën, deze omzetten in innovatieve producten en diensten en daarmee duurzame economische groei stimuleren.

Behalve de term in punt 18, dat voorziet in de omzetting van artikel 27 van richtlijn 2014/23/EU (toepassing van de Gemeenschappelijke woordenlijst overheidsopdrachten), zijn de termen in de punten 15 tot 23 van dit ontwerp niet gedefinieerd in richtlijn 2014/23/EU. De definitie ervan is gebaseerd op de definities in het wetsontwerp inzake overheidsopdrachten.

In punt 24 is in een definitie voorzien van het begrip "lidstaat". Deze definitie werd overgenomen uit het Wetboek van Economisch recht (artikel I.1, 8°). Uit een eenvoudige deductieve redenering kan bijgevolg afgeleid worden dat onder "derde land" een land wordt bedoeld dat geen lidstaat is.

Les définitions reprises aux points 8 à 13 n'appellent pas de commentaires. Elles sont reprises de la directive 2014/23/UE (article 5), moyennant parfois de légères adaptations de vocabulaire.

Le terme innovation défini au point 14 de l'article 2 est repris de l'article 5 de la directive 2014/23/UE. Sa définition est identique à celle reprise dans le projet de loi relatif aux marchés publics. La recherche et l'innovation, y compris l'éco-innovation et l'innovation sociale, comptent parmi les principaux moteurs de la croissance future et ont été placées au cœur de la stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive. L'objectif est d'encourager les autorités adjudicatrices à faire le meilleur usage stratégique des marchés publics pour stimuler l'innovation. Il est en effet reconnu que l'acquisition de produits, travaux et services innovants joue un rôle essentiel dans l'amélioration de l'efficacité et de la qualité des services publics tout en permettant de faire face aux grands enjeux de société. Elle aide non seulement à parvenir à une utilisation optimale des deniers publics mais également à dégager de plus larges avantages économiques, environnementaux et sociétaux à travers les nouvelles idées générées, leur concrétisation sous la forme de produits et services innovants et, partant, la promotion d'une croissance économique durable.

A l'exception du terme repris au point 18, qui vise à transposer l'article 27 de la directive 2014/23/UE (application du Vocabulaire commun pour les marchés publics), les termes repris aux points 15 à 23 du présent projet ne sont pas définis dans la directive 2014/23/UE. Leur définition s'inspire de celles reprises dans le projet de loi relatif aux marchés publics.

Au point 24 figure une définition de la notion "État membre". Cette définition a été reprise du Code de droit économique (article I.1, 8°). Un simple raisonnement déductif mène par conséquent à la conclusion que la notion "pays tiers" vise tout pays n'étant pas un État membre.

## TITEL 2

*Toepassingsgebied*

## HOOFDSTUK 1

**Beginnelsen**

## Art. 3

Artikel 3 voorziet in de omzetting van de artikelen 1, 8.1 en 9 van richtlijn 2014/23/EU.

Het omschrijft het toepassingsgebied van de regels in dit ontwerp.

Wat de aanbestedende overheden betreft, zijn deze regels van toepassing:

— op hun concessies voor werken ongeacht de waarde ervan, waarbij de concessies met een waarde gelijk aan of hoger dan de door de Koning bepaalde drempel onderworpen zullen zijn aan de Europese bekendmaking;

— en op hun concessies voor diensten die de door de Koning bepaalde financiële drempel bereiken;

ongeacht de activiteiten in het kader waarvan zij hun concessies plaatsen, dit wil zeggen met inbegrip van de concessies geplaatst op het gebied van en voor de in bijlage II bedoelde activiteiten (“speciale sectoren, met uitzondering van de productie, het vervoer en de distributie van drinkwater”), maar ook op defensie- en veiligheidsgebied, behoudens bijzondere vrijstellingen of uitsluitingen. Opgemerkt wordt dat de aanbestedende overheden zich op bepaalde vrijstellingen slechts kunnen beroepen voor de concessies die ze verlenen in het kader van hun “bijlage II” activiteiten (met name vrijstellingen betreffende de verlening van concessies aan verbonden ondernemingen of gezamenlijke ondernemingen). Ook op defensie- en veiligheidsgebied is in bijzondere uitsluitingen voorzien.

Concessies van personen die bijzondere of exclusieve rechten genieten als gedefinieerd in artikel 2, 3°, zijn slechts onderworpen aan dit ontwerp voor zover (i) de werken of diensten betrekking hebben op een van de in bijlage II bedoelde activiteiten en (ii) de geraamde waarde ervan gelijk is aan of hoger is dan de door de Koning bepaalde financiële drempel, behalve indien deze personen die bijzondere of exclusieve rechten genieten ook aanbestedende overheden zijn. In dat geval wordt verwezen naar de voorgaande regels (die van toepassing zijn op concessies voor werken, ongeacht de

## TITRE 2

*Champ d'application*CHAPITRE 1<sup>ER</sup>**Principes**

## Art. 3

L'article 3 transpose les articles 1<sup>er</sup>, 8.1 et 9 de la directive 2014/23/UE.

Il définit le champ d'application des règles établies par le présent projet.

S'agissant des pouvoirs adjudicateurs, ces règles s'appliquent:

— à leurs concessions de travaux quelle que soit leur valeur, celles dont la valeur égale ou dépasse le seuil fixé par le Roi étant soumises à la publicité européenne;

— et à celles de leurs concessions de services qui atteignent le seuil financier fixé par le Roi;

et ce, peu importe les activités dans le cadre desquelles ils passent leurs concessions, c'est-à-dire y inclus les concessions passées dans et pour les activités visées à l'annexe II (“secteurs spéciaux, hors production, transport et distribution d'eau potable”) mais également dans le domaine de la défense et de la sécurité, sauf exemptions ou exclusions particulières. On notera que les pouvoirs adjudicateurs ne pourront invoquer certaines exemptions que pour celles de leurs concessions qu'ils octroient dans le cadre de leurs activités “annexe II” (notamment les exemptions relatives à l'octroi de concessions à des entreprises liées ou à des co-entreprises). Des exclusions particulières sont également prévues dans les domaines de la défense et de la sécurité.

S'agissant des “personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs”, telles que définies à l'article 2, 3°, leurs concessions ne seront soumises au présent projet que pour autant que (i) les travaux ou services sont destinés à l'une des activités visées à l'annexe II et (ii) que leur valeur estimée est égale ou supérieure au seuil financier fixé par le Roi, sauf si ces “personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, sont par ailleurs également des pouvoirs adjudicateurs. Dans ce cas, on s'en réfère aux règles précédentes (application aux concessions de travaux, quelle que soit leur valeur,

waarde ervan, en op concessies voor diensten waarvan de waarde gelijk aan of hoger is dan de door de Koning bepaalde financiële drempel).

Overheidsbedrijven zullen geassimileerd worden met aanbestedende overheden, gezien hun definitie in richtlijn 2014/23/EU (en de richtlijnen inzake overheidsopdrachten), wanneer zij een concessieovereenkomst plaatsen voor één van de activiteiten bedoeld in bijlage II, in het kader van hun taken van openbare dienst. Zij worden geassimileerd met “personen die genieten van bijzondere of exclusieve rechten”, wanneer ze een concessieovereenkomst toekennen buiten hun taken van openbare dienst.

De financiële drempel bedoeld in dit artikel 3 zal worden vastgesteld op 5 225 000 euro (bedrag zoals herzien door de Europese Commissie krachtens artikel 9 van richtlijn 2014/23/EU).

In de richtlijn betreft het één enkele drempel (zowel voor de concessies voor werken als voor de concessies voor diensten) die het toepassingsgebied ervan bepaalt. In Belgisch recht zal deze drempel een drempel voor de Europese bekendmaking zijn voor de concessies voor werken van aanbestedende overheden (en van overheidsbedrijven die optreden in het kader van hun taken van openbare dienst) en een drempel die de toepassing van de regels in dit ontwerp bepaalt in de andere gevallen.

Volgens overweging 23 van richtlijn 2014/23/EU geeft deze financiële drempel het duidelijk grensoverschrijdende belang van concessies weer voor ondernemers die gevestigd zijn in andere lidstaten dan die van de aanbestedende overheid. Het is met andere woorden niet uitgesloten dat concessies waarvan de geraamde waarde lager is dan deze drempel een “grensoverschrijdend belang” kunnen vertonen. In dat geval moeten ze worden voorafgegaan door een Europese bekendmaking en geplaatst worden met inachtneming van de algemene beginselen van het Verdrag zoals het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en van dienstverlening alsook de daarvan afgeleide regels: gelijke behandeling, niet-discriminatie, wederzijdse erkenning, transparantie en evenredigheid.

In zijn arrest van 6 november 2014 (zaak C-42/13) heeft het Hof van Justitie erop gewezen dat om het grensoverschrijdende belang van een overheidsopdracht te bepalen, met name rekening moest worden gehouden met “het belang en de plaats van uitvoering ervan”. In een arrest van 14 november 2013 (zaak C-388/12) heeft het Hof van Justitie als volgt geoordeeld: “Uit het feit alleen dat een concessie geen nettoopbrengsten van betekenis noch een onrechtmatig

application aux concessions de services d’une valeur égale ou supérieure au seuil financier défini par le Roi).

S’agissant des entreprises publiques, et vu leur définition dans la directive 2014/23/UE (et les directives marchés publics), elles sont assimilées aux pouvoirs adjudicateurs lorsqu’elles passent leur concession pour une des activités visées à l’annexe II, dans le cadre de leurs tâches de service public. Elles sont assimilées aux “personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs”, lorsqu’elles octroient une concession en dehors de leurs tâches de service public.

Le seuil financier visé au présent article 3 sera fixé à 5 225 000 d’euros (montant révisé par la Commission européenne en vertu de l’article 9 de la directive 2014/23/UE).

Dans la directive, il s’agit d’un seuil unique (tant pour les concessions de travaux que de services) qui définit son champ d’application. En droit belge, ce seuil sera un seuil pour la publicité européenne pour les concessions de travaux des pouvoirs adjudicateurs (et des entreprises publiques agissant dans le cadre de leur tâches de service public) et un seuil déterminant l’application des règles fixées par le présent projet dans les autres cas.

Ce seuil financier reflète, suivant le considérant 23 de la directive 2014/23/UE l’intérêt transfrontalier manifeste des concessions pour les opérateurs économiques situés dans des États membres autres que celui de l’adjudicateur. En d’autres termes, il n’est pas exclu que des concessions dont la valeur estimée est inférieure à ce seuil puissent présenter “un intérêt transfrontalier”. Dans ce cas, elles devront être précédées d’une publicité au niveau européen et passées dans le respect des principes généraux du Traité que sont la libre circulation des biens, la liberté d’établissement et de prestation de services ainsi que des règles qui en découlent: l’égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la transparence et la proportionnalité.

Dans son arrêt du 6 novembre 2014 (affaire C-42/13), la Cour de Justice a indiqué que, pour déterminer l’intérêt transfrontalier d’un marché public, il y avait lieu d’avoir égard “notamment, à son importance et au lieu de son exécution”. Dans un arrêt du 14 novembre 2013 (affaire C-388/12), la Cour de Justice a considéré que “la circonstance qu’une concession ne soit susceptible ni de générer des rentrées nettes importantes ni de procurer un avantage indu à une entreprise ou à une collectivité

voordeel kan opleveren voor een onderneming of een publiekrechtelijk collectief lichaam, kan [...] niet worden afgeleid dat die concessie geen economisch belang heeft voor ondernemingen die in andere lidstaten zijn gevestigd dan die van de concessieverlenende instantie. In het kader van een economische strategie om een deel van haar activiteiten ook in een andere lidstaat te ontplooiën, kan een onderneming immers het tactische besluit nemen, een concessie in die staat aan te vragen – ook al kan die op zich geen voldoende winst opleveren –, aangezien dat haar hoe dan ook de kans biedt haar intrede op de markt van die staat te maken en er bekendheid te verwerven, teneinde haar toekomstige expansie voor te bereiden.” In zijn arrest “Renaissance” van 2 mei 2011 (nr. 212 886) heeft de Raad van State geoordeeld dat een concessie voor diensten moest worden gegund met inachtneming van de voorschriften van het Verdrag, aangezien deze betrekking had op diensten als bedoeld in artikel 49 van het Verdrag en in voorkomend geval niet was aangetoond dat het om een zuiver interne situatie ging (exploitatie van een gebouw dat eigendom was van de stad Namen en als bioscoopzaal was ingericht). Deze rechtspraak dient evenwel te worden genuanceerd aangezien ze dateert van vóór richtlijn 2014/23/EU en dit wetsontwerp.

Bijgevolg is het niet uitgesloten dat een concessie waarvan de geraamde waarde lager is dan de drempel van 5 186 000 euro toch een grensoverschrijdend belang kan hebben en moet worden geplaatst met inachtneming van de voorschriften en beginselen van het Verdrag en dus met name onderworpen is aan de Europese bekendmaking.

Overigens wordt eraan herinnerd (zie de commentaar bij artikel 2, 7°, b) – definitie van de concessie voor diensten), dat indien een concessie voor diensten waarvan de waarde lager is dan de drempel van 5 186 000 euro voldoet aan de definitie van “concessie voor openbare diensten” in het Belgisch administratief recht, deze minstens met inachtneming van de voorschriften en beginselen van het Belgisch administratief recht zoals het beginsel van gelijke behandeling en de verplichting tot uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen moet worden gegund.

Paragraaf 2 van artikel 3 voorziet in de omzetting van artikel 1.4 van richtlijn 2014/23/EU.

Bij de omzetting van artikel 4 van richtlijn 2014/23/EU, wijst paragraaf 3 erop dat niet-economische diensten van algemeen belang buiten diens toepassingsgebied vallen. Het begrip “diensten van algemeen belang” werd ontwikkeld op Europees niveau om de “openbare diensten” aan te duiden. Het Unierecht onderscheidt

publiek ne permet pas, à elle seule, de conclure que cette concession ne revêt pas un intérêt économique pour des entreprises situées dans des États membres autres que celui dont relève l'autorité concédante. En effet, dans le cadre d'une stratégie économique visant à étendre une partie de ses activités dans un autre État membre, une entreprise peut prendre la décision tactique de solliciter l'attribution dans cet État d'une concession en dépit du fait que cette dernière est insusceptible en tant que telle de générer des profits adéquats, car il n'en demeure pas moins que cette occasion peut lui permettre de s'installer sur le marché dudit État et de s'y faire connaître dans le but de préparer sa future expansion”. Dans son arrêt “Renaissance” du 2 mai 2011 (n° 212 886), le Conseil d'État a considéré que dès lors qu'elle vise des services au sens de l'article 49 du Traité et qu'il n'était pas démontré en l'espèce que la situation était purement interne (exploitation d'un bâtiment appartenant à la ville de Namur aménagé en salle de cinéma), l'attribution d'une concession de service devait se faire dans le respect des règles du Traité. Il faut toutefois nuancer ces jurisprudences dans la mesure où elles précèdent la directive 2014/23/UE et le présent projet de loi.

Dès lors, il n'est pas exclu qu'une concession dont la valeur estimée serait inférieure au seuil de 5 186 000 d'euros puisse avoir un intérêt transfrontalier et doit être passée dans le respect des règles et principes du Traité et donc notamment faire l'objet d'une publicité au niveau européen.

Par ailleurs, on rappellera (voir commentaire sous article 2, 7°, b) – définition de la concession de service), que si la concession de service, dont la valeur est inférieure au seuil de 5 186 000 d'euros répond à la définition de “concession de service public” du droit administratif belge, son attribution devra se faire à tout le moins dans le respect des règles et principes de droit administratif belge tels que le principe d'égalité de traitement et l'obligation de motivation formelle des actes administratifs.

Le paragraphe 2 de l'article 3 transpose l'article 1.4 de la directive 2014/23/UE.

Transposant l'article 4 de la directive 2014/23/UE, le paragraphe 3 précise que les services d'intérêt général non économiques ne relèvent pas de son champ d'application. La notion de “services d'intérêt général” a été développée au niveau européen pour désigner les “services publics”. Le droit de l'Union distingue

economische en niet-economische diensten van algemeen belang. Deze laatste zijn diensten die niet geleverd worden in ruil voor een economische tegenprestatie. Deze activiteiten vormen geen diensten in de zin van artikel 57 VWEU en, ze vallen in ieder geval niet onder de dienstenrichtlijn die ze voor de eerste keer erkent in het Unierecht. Ze maken geen deel uit van een markt en zijn gebaseerd op een logica van solidariteit en herverdeling en ontsnappen aan de regels van mededinging. Vallen hieronder, de gezagsdepartementen (politie, justitie, ...), of andere zoals gezondheidszorg, opvoeding, cultuur of milieu. De vraag is te weten of een dienst door een lidstaat moet beschouwd worden als een dienst van economische of niet-economische aard, in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie. In ieder geval mogen de lidstaten alle diensten die tot een specifiek domein behoren, bijvoorbeeld de opvoedende diensten, niet beschouwen als diensten van niet-economisch belang.

Naar Belgisch recht, volgens professor Oriane, bestaat slechts een openbare dienst (om hem te onderscheiden van een dienst van algemeen belang), voor zover deze als dusdanig bij wet werd opgericht. Op gemeentelijk niveau komt het begrip overeen met dit van diensten van gemeentelijk belang. Op provinciaal niveau stemt dit begrip overeen met dit van provinciaal belang. De gemeentelijke (op provinciale) openbare dienst is bijgevolg een ruim en evolutief begrip.

De concessie van diensten die uitgesloten zijn van het toepassingsgebied van onderhavig ontwerp omdat zij betrekking hebben op een niet-economische dienst van algemeen belang, kan bijgevolg een concessie van openbare dienst zijn in de zin van het Belgisch administratief recht, waarvan de plaatsing onderworpen is aan de regels en beginselen van het administratief recht.

Overweging 7 voegt toe dat richtlijn 2014/23/EU "niet van invloed is op de socialezekerheidswetgeving van de lidstaten".

Tot slot wordt erop gewezen dat artikel 2 van richtlijn 2014/23/EU het beginsel van de bestuurlijke vrijheid van de overheid erkent en verduidelijkt dat de richtlijn de stelsels van de lidstaten inzake het eigendomsrecht onverlet laat.

entre les services d'intérêt général économiques et non économiques. Ces derniers sont des services qui ne sont pas fournis en échange d'une contrepartie économique. Ces activités ne constituent pas un service au sens de l'article 57 du TFUE et, par conséquent, elles ne sont en tout état de cause pas couvertes par la directive "services" qui les identifie pour la première fois dans le droit de l'Union. Ils n'appartiennent pas à un marché et sont fondés sur une logique de solidarité et de redistribution, ils échappent donc aux règles de la concurrence. Parmi eux, les services régaliens (la police, la justice, ...), ou d'autres tels que la santé, l'éducation, la culture ou l'environnement. La question de savoir si un service considéré comme étant d'intérêt général par un État membre est de nature économique ou non économique doit être appréciée à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice. En tout état de cause, les États membres ne peuvent pas considérer tous les services relevant d'un domaine particulier, par exemple les services d'éducation, comme des services d'intérêt général non économiques.

En droit belge, suivant le professeur Oriane, il n'est de service public (pour le distinguer du service d'intérêt général) que celui qui est érigé comme tel par la loi. Au niveau communal, la notion correspond à celle de service d'intérêt communal. Au niveau provincial, elle correspond à la notion d'intérêt provincial. Le service public communal (ou provincial) est une notion large et évolutive.

La concession de services exclue du champ d'application du présent projet au motif qu'elle vise un service d'intérêt général non économique peut dès lors être une concession de service public au sens du droit administratif belge, dont la passation est soumise au respect des règles et principes du droit administratif.

Le considérant 7 ajoute que la directive 2014/23/UE "ne devrait pas affecter la législation des États membres en matière de sécurité sociale".

Rappelons enfin que l'article 2 de la directive 2014/23/UE reconnaît le principe de libre administration par les pouvoirs publics et précise que la directive n'affecte pas les régimes de la propriété des États membres.

## HOOFDSTUK 2

## Uitsluitingen

*Op basis van een exclusief recht verleende concessies voor diensten*

## Art. 4

Artikel 4 voorziet in de omzetting van de bepalingen 10.1, 10.2 en 10.9 van richtlijn 2014/23/EU. De vrijstellingen die het bevat, hebben enkel betrekking op de concessies voor diensten en zijn gerechtvaardigd gezien de exclusiviteitssituatie van de dienstverlener, waardoor geen enkele bekendmaking of een andere vorm van mededinging gerechtvaardigd is, noch op grond van dit ontwerp, noch bijgevolg op grond van de algemene beginselen van het Unierecht of het Belgisch administratief recht. Het begrip "exclusief recht" waarvan sprake bij de vrijstellingen van artikel 4, stemt niet overeen met dat gebruikt in de definitie van "persoon die bijzondere of exclusieve rechten geniet" van artikel 2, 3°, van dit ontwerp, dat het toepassingsgebied *ratione personae* van deze wet bepaalt.

In verband met de uitsluiting bedoeld in artikel 4, 1°, wordt verwezen naar overweging 32 van richtlijn 2014/23/EU: "In sommige gevallen kan een bepaalde aanbestedende instantie die een nationale, regionale of lokale overheidsdienst is of een publiekrechtelijke instelling is, of een bepaalde vereniging daarvan, de enige bron zijn voor een bepaalde dienst, voor de verlening waarvan hij een uitsluitend recht geniet uit hoofde van nationale wettelijke of bekendgemaakte bestuursrechtelijke bepalingen die verenigbaar zijn met het VWEU. Er moet worden verduidelijkt dat in die situaties een aanbestedende overheid of een aanbestedende instantie als bedoeld in deze overweging, of een vereniging daarvan concessies aan dergelijke diensten mag gunnen zonder dat deze richtlijn wordt toegepast".

In verband met de uitsluiting bedoeld in artikel 4, 2°, wordt verwezen naar overweging 33 van richtlijn 2014/23/EU: "Tevens behoren bepaalde aan ondernemers gegunde concessies voor diensten buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn te blijven, wanneer zij worden gegund op basis van een uitsluitend recht dat die ondernemer krachtens nationale wettelijke of bekendgemaakte bestuursrechtelijke bepalingen geniet en dat is verleend in overeenstemming met het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en handelingen van de Unie tot vaststelling van gemeenschappelijke voorschriften betreffende de toegang tot de markt die van toepassing zijn op in bijlage

## CHAPITRE 2

## Exclusions

*Concessions de services octroyées sur la base d'un droit exclusif*

## Art. 4

L'article 4 transpose les dispositions 10.1, 10.2 et 10.9 de la directive 2014/23/UE. Les exemptions qu'il prévoit visent uniquement les concessions de services et sont justifiées par la situation d'exclusivité du prestataire de services, de sorte qu'aucune publicité ou autre forme de mise en concurrence ne se justifie ni en vertu du présent projet, ni dès lors en vertu des principes généraux du droit de l'Union ou du droit administratif belge. La notion de "droit exclusif" visée dans les exemptions de l'article 4 n'est pas celle utilisée dans la définition des "personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs" de l'article 2, 3°, du présent projet, qui détermine le champ d'application *ratione personae* de la présente loi.

Dans son considérant 32, la directive 2014/23/UE précise, eu égard à l'exclusion visée à l'article 4, 1°, que "dans certains cas, un pouvoir adjudicateur donné ou une entité adjudicatrice qui est un pouvoir public national, régional ou local, ou un organisme de droit public,, ou encore une association donnée de ces différents éléments pourrait être la seule source d'un service donné, pour la fourniture duquel il jouit d'un droit exclusif en vertu de dispositions nationales législatives, réglementaires ou administratives publiées qui sont compatibles avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Il convient de préciser que, dans ces situations, un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice visé dans le présent considérant ou une association de ces éléments peut attribuer des concessions de services à ces organismes sans que la présente directive ne leur soit applicable".

Dans son considérant 33, la directive 2014/23/UE précise, eu égard à l'exclusion visée par l'article 4, 2°, qu'il "convient également d'exclure du champ d'application de la présente directive certaines concessions de services attribuées à des opérateurs économiques lorsque ces concessions sont attribuées sur la base d'un droit exclusif dont jouit ledit opérateur en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales publiées et qui a été accordé conformément au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou aux actes de l'Union établissant des règles communes concernant l'accès au marché applicables aux activités visées à l'annexe II, étant donné qu'un tel droit

Il bedoelde activiteiten, aangezien dat uitsluitend recht het volgen van een aanbestedingsprocedure voor de gunning onmogelijk maakt. Bij wijze van uitzondering, en onverminderd de juridische gevolgen van het buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn blijven, moeten concessies (...) onderworpen zijn aan de verplichting een aankondiging van de gunning van een concessie te publiceren om te zorgen voor elementaire transparantie tenzij de sectorale wetgeving in de voorwaarden van die transparantie voorziet. Met het oog meer transparantie, moet een lidstaat, wanneer een lidstaat aan een ondernemer een uitsluitend recht voor de verrichting van een van de in bijlage II bedoelde activiteiten verleent, de Commissie daarvan in kennis stellen”.

In verband met de uitsluiting bedoeld in artikel 4, 3°, wordt verwezen naar overweging 35 van richtlijn 2014/23/EU: “Deze richtlijn dient de vrijheid van de lidstaten om, overeenkomstig de Uniewetgeving, methoden te kiezen voor het organiseren en controleren van de werking van kansspelen en weddenschappen, mede door middel van vergunningen, onverlet te laten. Het is passend van het toepassingsgebied van deze richtlijn concessies voor de exploitatie van loterijen uit te sluiten die door een lidstaat aan een ondernemer zijn gegund op grond van een uitsluitend recht dat is verleend in het kader van een procedure waaraan geen bekendheid is gegeven, overeenkomstig toepasselijke nationale wettelijke en bekendgemaakte bestuursrechtelijke bepalingen die in overeenstemming zijn met het VWEU. Deze uitsluiting wordt gerechtvaardigd door het feit dat een ondernemer een uitsluitend recht geniet, waardoor er geen sprake kan zijn van toepassing van een mededingingsprocedure, en is tevens ingegeven door de noodzaak om voor de lidstaten de mogelijkheid te behouden de kansspelsector om redenen van bescherming van de openbare orde en de samenleving nationaal te reguleren.”

Deze uitsluiting geldt niet voor gokactiviteiten die worden gegund in de vorm van een concessie, zoals bijvoorbeeld casinoconcessies.

#### *Concessies op grond van andere regelgevingen*

##### Art. 5

Artikel 5 van dit ontwerp voorziet in de omzetting van de bepalingen 10.3 en 10.4 van richtlijn 2014/23/EU.

De eerste paragraaf voorziet in de uitsluiting van concessies voor luchtvervoerdiensten en diensten betreffende personenvervoer over de weg en per spoor.

exclusif rend impossible le recours à une procédure d’attribution par mise en concurrence. Par dérogation, et sans préjudice des conséquences juridiques de l’exclusion générale du champ d’application de la présente directive, (ces) concessions (...) devraient faire l’objet d’une obligation de publication d’un avis d’attribution de concession afin de garantir une transparence minimale, à moins que la législation sectorielle ne prévoit les conditions d’une telle transparence. En vue de renforcer la transparence, lorsqu’un État membre accorde un droit exclusif à un opérateur économique pour l’exercice d’une des activités visées à l’annexe II, il en informe la Commission”.

Dans son considérant 35, la directive 2014/23/UE précise, eu égard à l’exclusion visée par l’article 4, 3°, que “la présente directive ne devrait pas porter atteinte à la liberté des États membres de fixer, conformément au droit de l’Union, les méthodes d’organisation et de contrôle des opérations de jeux et de paris, y compris au moyen d’autorisations. Il convient d’exclure du champ d’application de la présente directive les concessions liées à l’exploitation de loteries attribuées par un État membre à un opérateur économique sur la base d’un droit exclusif octroyé par une procédure n’impliquant pas de publicité, en vertu de la législation, de la réglementation ou des dispositions administratives publiées nationales applicables, conformément au traité sur le fonctionnement de l’Union européenne. Cette exclusion se justifie par l’octroi d’un droit exclusif à un opérateur économique rendant inapplicable une procédure concurrentielle, ainsi que par la nécessité de préserver la possibilité pour les États membres de réguler au niveau national le secteur des jeux en raison de leurs obligations en termes de protection de l’ordre public et social.”

Ne sont pas concernées par cette exclusion les activités de jeux d’argent qui sont régies sur un mode concessif, comme les concessions de casino par exemple.

#### *Concessions réglées par d’autres réglementations*

##### Art. 5

L’article 5 du présent projet transpose les dispositions 10.3 et 10.4 de la directive 2014/23/UE.

Le premier paragraphe exclut les concessions de services de transport aérien et de transports de voyageurs par route et par chemin de fer.



Wat het luchtvervoer betreft, heeft de uitzondering betrekking op alle activiteiten die exploiteerbaar zijn via luchtvervoer zoals bepaald in verordening EG nr. 1008/2008. Deze activiteiten omvatten het luchtvervoer van passagiers, post en/of vracht.

Goederenvervoer per spoor en over de weg valt echter niet onder de in artikel 7, 1°, bedoelde uitsluiting en is dus opgenomen bij de activiteiten waarop de wet van toepassing is.

De tweede paragraaf voorziet in de uitsluiting van concessies voor diensten en voor werken die op grond van internationale voorschriften worden geplaatst. Het maakt een onderscheid tussen twee situaties:

1° Wanneer de aanbesteder verplicht is zijn concessie te plaatsen op grond van andere internationale voorschriften die van dit ontwerp waarin is voorzien door een internationale organisatie of via een rechtsinstrument, dat niet noodzakelijk een internationale overeenkomst moet zijn. Dit rechtsinstrument moet worden meegegeed aan het aanspreekpunt als bedoeld in artikel 161, § 2, van het wetsontwerp inzake overheidsopdrachten, die contact zal opnemen met de Europese Commissie.

2° Wanneer de aanbesteder een concessie plaatst die volledig door een internationale financiële organisatie of instelling wordt gefinancierd die over eigen regels beschikt die verschillen van die in dit ontwerp.

Deze tweede paragraaf is niet van toepassing op de concessies in defensie- en veiligheidsgebied, waarvoor in een gelijkaardige maar specifieke uitzondering is voorzien (zie artikel 15 van dit ontwerp).

#### *Uitsluiting van bepaalde diensten*

##### Art. 6

Artikel 6 van dit ontwerp voorziet in de omzetting van artikel 10.8 en artikel 25 van richtlijn 2014/23/EU. De uitsluitingen hebben betrekking op diensten die, omwille van de aard ervan, verondersteld worden geen grensoverschrijdend belang te hebben en om die reden noch onder dit ontwerp, noch onder de beginselen van het Unierecht vallen. Aangezien het geen openbare diensten zijn, kan men ze niet als concessies voor openbare diensten beschouwen die overeenkomstig de beginselen en voorschriften van het Belgisch administratief recht moeten worden gegund. Als deze diensten

Concernant le transport aérien, l'exception recouvre l'ensemble des activités exploitables par transport aérien tel que défini par le règlement CE n° 1008/2008. Ces activités recouvrent le transport aérien de passagers, de courrier et/ou de fret.

En revanche, les services de transport de marchandises par chemin de fer et par route ne sont pas visés par l'exclusion prévue à l'article 7, 1°, et figurent donc parmi les activités soumises à la loi.

Le deuxième paragraphe prévoit l'exclusion des concessions de services et de travaux passées en vertu de règles internationales. Il distingue deux situations:

1° Lorsque l'adjudicateur a l'obligation de passer sa concession en vertu de règles internationales différentes de celles du présent projet qui sont fixées soit par une organisation internationale soit par un instrument juridique, qui ne doit pas nécessairement être un accord international. Cet instrument juridique doit être communiqué au point de contact visé à l'article 161, § 2, de la loi relative aux marchés publics, qui prendra contact avec la Commission européenne.

2° Lorsque l'adjudicateur passe une concession financée entièrement par une organisation ou institution financière internationale qui dispose de ses propres règles, différentes de celles prévues par le présent projet.

Le deuxième paragraphe ne s'applique pas aux concessions passées dans les domaines de la défense et de la sécurité pour lesquelles une exemption similaire mais spécifique est prévue (voir article 15 du présent projet).

#### *Exclusion de certains services*

##### Art. 6

L'article 6 du présent projet transpose l'article 10.8 et l'article 25 de la directive 2014/23/UE. Les exclusions visent des services qui, en raison de leur nature, sont présumés ne pas avoir d'intérêt transfrontalier et pour cette raison ne sont soumis ni au présent projet, ni aux principes du droit de l'Union. Dans la mesure où ils ne constituent pas des services publics, il n'y pas lieu de considérer qu'il s'agit de concessions de service public dont l'attribution doit se faire dans le respect des principes et règles de droit administratif belge. Toutefois si ces services sont passés sous forme de marchés, il

evenwel in de vorm van opdrachten worden geplaatst, wordt, om de toepasselijke regels te bepalen, verwezen naar de wet inzake overheidsopdrachten.

Het Hof van Justitie heeft de gelegenheid gehad om, in het kader van verschillende arresten, de in het eerste punt bedoelde uitsluiting te verduidelijken. Dat punt verwijst naar verrichtingen waarbij een aanbesteder onroerende goederen of onroerende zakelijke rechten verwerft. In bepaalde omstandigheden, wanneer het een verrichting betreft die tot doel heeft een gebouw (en geen naakte grond) ter beschikking te stellen van een aanbesteder, is het immers moeilijk die te onderscheiden van een overheidsopdracht voor werken (of een concessie voor werken) die beide “het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbesteder die een beslissende invloed uitoefent op het soort werk of het ontwerp van het werk” beogen. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie vloeit voort dat twee criteria doorslaggevend zijn: het feit dat het gebouw al dan niet bestaat op het ogenblik dat de verbintenis tot beschikbaarstelling genomen wordt en het feit dat de aanbesteder de technische specificaties van het gebouw bepaalt of een beslissende invloed uitoefent bij het bepalen ervan (zie met name: arrest van 29 oktober 2009 (zaak C-536/07) en arrest van 10 juli 2014 (zaak C-213/13)).

Hierbij wordt opgemerkt dat deze “onroerende” diensten (aankoop, huur, enz.) uitgesloten blijven, zelfs wanneer de overeenkomst, bijkomstig, werken omvat. In dit verband wordt verwezen naar overweging 8 van richtlijn 2014/24/EU: “Indien deze werken (...) van bijkomende aard zijn en daarvan een uitvloeisel zijn of daarop een aanvulling vormen, is het feit dat die werken deel uitmaken van de opdracht echter geen reden om de overheidsopdracht voor diensten als een overheidsopdracht voor werken aan te merken”.

De in punt 1 bedoelde uitsluiting moet worden onderscheiden van de gevallen waarin publieke onroerende goederen (of rechten op die onroerende goederen) worden verkocht. Deze verrichtingen zijn uitgesloten van het toepassingsgebied omdat het geen concessies zijn. Volgens de algemene beginselen van het administratief recht en de voorschriften van het Verdrag inzake staatsteun moet de overheid in principe echter voor voldoende en passende bekendmaking zorgen, behalve wanneer het sluiten van een onderhandse overeenkomst gewettigd is. Ook hier kan het moeilijk zijn om een onderscheid te maken tussen de verkoop van publieke onroerende goederen en opdrachten of concessies voor werken, wanneer stedenbouwkundige ontwikkeling er deel van uitmaakt (zie met name: H.J.E.U., arrest van 25 maart 2010 (zaak C-451/08); H.J.E.U. est van 11 juli 2013 C-576/10).

convient, pour déterminer les règles applicables, de s'en référer à la loi relative aux marchés publics.

La Cour de Justice a eu l'occasion, dans le cadre de plusieurs arrêts, de préciser l'exclusion visée sous le premier point qui fait référence aux opérations par lesquelles un adjudicateur acquiert des immeubles ou des droits réels immobiliers. Dans certaines circonstances en effet, lorsqu'il s'agit d'une opération visant à mettre un bâtiment (et non un terrain nu) à la disposition d'un adjudicateur, il est difficile de la distinguer d'un marché public de travaux (ou d'une concession de travaux) qui visent tous deux “la réalisation par quelque moyen que ce soit d'un ouvrage répondant aux exigences définies par l'adjudicateur qui exerce une influence dominante sur le type d'ouvrage ou la conception de l'ouvrage”. Il résulte de la jurisprudence de la Cour de Justice que deux critères sont déterminants: le fait que le bâtiment existe ou non au moment où l'engagement de mise à disposition est pris et le fait que l'adjudicateur définit les spécifications techniques du bâtiment ou exerce une influence dominante sur la définition de celles-ci. (voir notamment: arrêt du 29 octobre 2009 (affaire C-536/07) et arrêt du 10 juillet 2014 (affaire C-213/13)).

On notera que ces services “immobiliers” (achat, prise à bail, etc.) restent exclus même si le contrat inclut, à titre accessoire, des travaux. Ainsi, le considérant 8 de la directive 2014/24/UE précise que “dans la mesure où ces travaux sont accessoires (...) et en constituent une conséquence éventuelle ou un complément, le fait qu'ils soient inclus dans le marché ne justifie pas que le marché public de service soit qualifié de marché public de travaux”.

L'exclusion visée sous le point 1 est à distinguer des hypothèses des ventes de biens immobiliers publics (ou de droits sur ces biens immobiliers). Ces opérations sont exclues du champ d'application puisqu'elles ne sont pas des concessions. Toutefois, tant en vertu des principes généraux de droit administratif que des règles du Traité en matière d'aides d'État, l'autorité publique doit en principe assurer une publicité suffisante et adaptée, sauf motifs légitimes de traiter de gré à gré. Ici aussi, les opérations de vente de biens immobiliers publics peuvent être difficiles à distinguer des marchés ou concessions de travaux lorsqu'elles incluent des opérations d'aménagement urbain (voir notamment: C.J.U.E., arrêt du 25 mars 2010 (affaire C-451/08); C.J.U.E. arrêt du 11 juillet 2013 C-576/10).

Overweging 43 van richtlijn 2014/23/EU wijst erop dat de in punt 2 van artikel 6 bedoelde uitsluiting gerechtvaardigd is omdat bij het verrichten van deze diensten moet rekening kunnen worden gehouden met overwegingen van cultureel en sociaal belang, waardoor toepassing van de voorschriften voor gunning van concessies niet geschikt is. Om die redenen, is het volgens de richtlijn “wenselijk te voorzien in een uitzondering voor door de aanbieders van mediadiensten zelf gegunde concessies voor diensten die betrekking hebben op de aankoop, de ontwikkeling, de productie of de coproductie van gebruiksklaar programmamateriaal en van andere voorbereidende diensten, zoals die betreffende scenario's of de artistieke prestaties die nodig zijn voor de totstandbrenging van het programmamateriaal. Tevens dient te worden verduidelijkt dat deze uitzondering eveneens geldt voor media-omroepdiensten, alsmede voor diensten op aanvraag (niet-lineaire diensten). Deze uitzondering dient evenwel niet te gelden voor de levering van het technisch materiaal dat nodig is voor de productie, de coproductie en de uitzending van dat programmamateriaal”.

Voor de toepassing van dit punt, hebben de begrippen “audiovisuele mediadiensten” en “aanbieders van mediadiensten” dezelfde betekenis als in artikel 1, lid 1, onder a) en d), van richtlijn 2010/13/EU van het Europees Parlement en de Raad. “Programma” heeft dezelfde betekenis als in artikel 1, lid 1, onder b), van die richtlijn, maar het omvat ook radioprogramma's en radioprogrammamateriaal. Voorts wordt voor de toepassing van deze bepaling onder “programmamateriaal” hetzelfde verstaan als onder “programma”.

In dit verband wordt verwezen naar overweging 44 van richtlijn 2014/23/EU: “Deze richtlijn laat de bevoegdheid van de lidstaten onverlet om te voorzien in de financiering van de publieke omroep voor zover aan omroeporganisaties financiering wordt verstrekt voor het vervullen van hun overeenkomst als publieke dienst zoals deze door elke lidstaat wordt verleend, wordt omschreven en wordt georganiseerd in overeenstemming met het aan het VWEU en VEU gehechte Protocol nr. 29 betreffende het openbare-omroepstelsel in de lidstaten”.

Punt 3 van artikel 6 voorziet in de uitsluiting van concessies die betrekking hebben op arbitrage- en bemiddelingsdiensten. Net zoals voor juridische diensten kan men zich moeilijk inbeelden dat deze diensten het voorwerp zouden uitmaken van een concessie. Ze zijn alleszins ook uitgesloten wanneer ze het voorwerp uitmaken van een overheidsopdracht voor diensten. In dit verband herinnert overweging 24 van richtlijn

Selon le considérant 43 de la directive 2014/23/UE, l'exclusion visée par le point 2 de l'article 6 se justifie par le fait que la fourniture de ces services devrait pouvoir tenir compte de considérations revêtant une importance culturelle ou sociale, qui rendent inadéquates l'application de règles de la présente directive. Pour ces motifs, poursuit la directive “il convient donc de prévoir une exception pour les concessions de services attribuées par les fournisseurs de services de médias eux-mêmes visant l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes immédiatement disponibles sur le marché sans adaptation et d'autres services préparatoires, tels que ceux relatifs aux scénarios ou aux performances artistiques nécessaires pour la réalisation du programme. Il y a lieu également de préciser que cette exclusion devrait s'appliquer de la même manière aux services de médias de radiodiffusion et aux services à la demande (services non linéaires). Toutefois, cette exclusion ne devrait pas s'appliquer à la fourniture du matériel technique nécessaire pour la production, la coproduction et l'émission de ces programmes”.

Aux fins du présent point, les expressions “services de médias audiovisuels” et “fournisseurs de services de médias” revêtent respectivement le même sens qu'à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe premier, points a) et d), de la directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil. Le terme “programme” a le même sens qu'à l'article 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup>, point b), de ladite directive, mais il englobe également les programmes radiophoniques et le matériel pour programmes radiophoniques. En outre, aux fins de la présente disposition, l'expression “matériel de programmes” a le même sens que le terme “programme”.

Dans son considérant 44, la directive 2014/23/UE précise que “la présente directive s'entend sans préjudice de la compétence des États membres de pourvoir au financement du service public de radiodiffusion dans la mesure où ce financement est accordé aux organismes de radiodiffusion aux fins de l'accomplissement de la mission de service public telle qu'elle a été conférée, définie et organisée par chaque État membre conformément au protocole no 29 sur le système de radiodiffusion publique dans les États membres annexé au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et au traité sur l'Union européenne”.

Le point 3 de l'article 6 exclut les concessions ayant pour objet les services d'arbitrage et de conciliation. Comme pour les services juridiques, il est difficile de concevoir ces services sous forme de concession. Ils sont en tout état de cause exclus également lorsqu'ils font l'objet d'un marché public de services. À cet égard, le considérant 24 de la directive 2014/24/UE rappelle que “les services d'arbitrage et de conciliation,

2014/24/EU eraan dat arbitrage- en bemiddelingsdiensten en andere vormen van alternatieve geschillenbeslechting gewoonlijk verleend worden door instanties of personen “die gekozen of geselecteerd worden op een wijze die niet door de aanbestedingsvoorschriften kan worden geregeld”. Daarom is dit ontwerp niet van toepassing op opdrachten voor diensten die betrekking hebben op het verlenen van deze diensten, ongeacht hun benaming in het nationale recht.

Punt 4 van artikel 6 voorziet in de uitsluiting van bepaalde juridische diensten waarvan mag worden aangenomen dat ze, gezien de aard ervan, geen grensoverschrijdend belang hebben. Opgemerkt wordt dat diensten voor juridisch advies door advocaten enkel zijn uitgesloten wanneer ze verband houden met een geschilprocedure, hetzij om die voor te bereiden, hetzij om die te voorkomen en te vermijden. Er is meer nodig dan alleen de mogelijkheid van een beroepsprocedure om de uitsluiting van deze door advocaten verleende diensten te rechtvaardigen.

Verduidelijkt moet worden dat een soepelere regeling (als bedoeld in artikel 34 van dit ontwerp) bestaat voor de juridische diensten die onder de CPV-codes 79100000-5 tot 79140000-7 en 75231100-5 vallen, voor zover ze niet zijn uitgesloten krachtens dit punt. Het betreft meer bepaald de volgende diensten: juridische diensten, juridisch advies en juridische vertegenwoordiging, juridisch advies, juridische vertegenwoordiging, vertegenwoordigingsdiensten voor belanghebbenden, adviezen inzake octrooien en auteursrechten, adviezen inzake auteursrechten, adviezen inzake auteursrechten voor software, juridische documentatie en certificering, documentatiedienstverlening, certificeringsdienstverlening, certificatie-dienst voor elektronische handtekeningen, juridische adviezen en informatie, en administratieve diensten met betrekking tot rechtbanken.

Het waarmerken en voor echt verklaren is slechts uitgesloten voor zover deze diensten, volgens de nationale regelgeving, aan notarissen worden voorbehouden.

Alhoewel men moeilijk inziet hoe de in dit punt 4 bedoelde diensten de vorm van een concessie voor diensten kunnen aannemen, zijn ze alleszins ook uitgesloten van de toepassing van richtlijn 2014/24/EU en dus van het wetsontwerp inzake overheidsopdrachten, dat in een soepelere regeling voorziet voor de andere juridische diensten die met bovengenoemde CPV-codes overeenstemmen.

Ook voor financiële diensten die volgens punt 5 van artikel 6 uitgesloten zijn van de toepassing van dit

ainsi que d'autres modes alternatifs similaires de règlement des conflits, sont habituellement fournis par des organismes ou des personnes qui sont agréés ou sélectionnés d'une manière qui ne peut être soumise à des règles de passation des marchés publics". C'est pourquoi, ce projet ne s'applique pas aux marchés de services portant sur la fourniture de tels services, et ce, quelle que soit leur dénomination conformément au droit national.

Le point 4 de l'article 6 exclut certains services juridiques dont on peut en effet considérer, par leur nature, qu'ils n'ont pas d'intérêt transfrontalier. On notera que les services de consultance juridique prestés par les avocats ne sont exclus que lorsqu'ils sont en lien avec une procédure contentieuse, soit pour la préparer, soit pour la prévenir et l'éviter. Il faut davantage qu'une simple éventualité d'un recours hypothétique pour justifier l'exclusion de ces services prestés par des avocats.

Il convient de préciser qu'il existe un régime assoupli (visé à l'article 34 du présent projet) pour les services juridiques correspondant aux codes CPV 79100000-5 à 79140000-7 et 75231100-5 dans la mesure où ils ne sont pas exclus en vertu du présent point. Il s'agit plus précisément des services suivants: les services juridiques, les services de conseils et de représentation juridiques, les services de conseil juridique, les services de représentation légale, les services de représentation des parties prenantes, les services de conseils en matière de brevets et de droits d'auteurs, les services de conseils en matière de droits d'auteur, les services de conseils en matière de droits d'auteurs de logiciels, les services de documentation et de certification juridiques, les services de documentation, les services de certification, les services de certification de signature électronique, les services de conseils et d'information juridiques, et les services administratifs des tribunaux.

Les services de certification et d'authentification ne sont exclus que pour autant qu'ils soient réservés, suivant la réglementation nationale, aux seuls notaires.

Si l'on voit difficilement comment les services visés sous ce point 4 pourraient être rendus sous la forme d'une concession de services, ils sont en tout état de cause également exclus du champ d'application de la directive 2014/24/UE et donc du projet de loi relative aux marchés publics, qui prévoit un régime assoupli pour les autres services juridiques correspondant aux codes CPV précités.

Les services financiers exclus du champ d'application du présent projet par le point 5 de l'article 6 sont tout

ontwerp, is het moeilijk om zich in te beelden dat ze in de vorm van een concessie voor diensten worden verricht en beheerd. Ze zijn alleszins ook uitgesloten van de toepassing van richtlijn 2014/24/EU en van het wetsontwerp inzake overheidsopdrachten, net zoals de in punt 6 bedoelde leningen. Alle kredietvormen worden bedoeld voor zover het om een dienst en niet om een levering (zoals een leasingovereenkomst) gaat.

De in punt 7 van artikel 6 bedoelde uitsluiting heeft betrekking op concessies betreffende bepaalde nooddiensten. Zoals aangegeven in overweging 36 van richtlijn 2014/23/EU, dient deze richtlijn “niet van toepassing te zijn op bepaalde reddingsdiensten die door organisaties of verenigingen zonder winstoogmerk worden verricht, aangezien de bijzondere aard van dergelijke organisaties moeilijk te vrijwaren valt indien de aanbieders van deze diensten in overeenstemming met de procedures van deze richtlijn zouden moeten worden geselecteerd”. Opgemerkt wordt dat het ziekenvervoer per ambulance (dat onder CPV-code 85143000-3 valt) niet is uitgesloten krachtens dit punt, maar onderworpen is aan de soepelere regeling bedoeld in artikel 34 van dit ontwerp.

Tot slot moet worden verduidelijkt dat de CPV-groep 601 “diensten voor vervoer over land” geen ambulancediensten (CPV-klasse 8514) omvat. “Bijgevolg zouden concessieovereenkomsten voor het aanbieden van ambulancediensten in het algemeen ook onder de lichte regeling vallen indien de waarde van de ambulancediensten voor gewoon ziekenvervoer groter is dan de waarde van andere ambulancediensten”.

Volgens punt 8 van artikel 6 is dit ontwerp niet van toepassing op concessies voor diensten inzake politieke campagnes die onder de CPV-codes 79341400-0, 92111230-3 en 92111240-6 vallen, indien deze worden gegund door een politieke partij in het kader van een verkiezingscampagne. Overweging 37 van richtlijn 2014/23/EU luidt als volgt: “Bepaalde diensten (zoals het vervaardigen van propagandafilms en -videobandopnamen) zijn, wanneer zij in het kader van een verkiezingscampagne worden verricht, in die mate onlosmakelijk met de politieke opvattingen van de dienstverrichter verbonden dat de dienstverrichters doorgaans worden geselecteerd op zodanige wijze dat de voorschriften inzake concessies geen toepassing kunnen vinden”. Deze uitsluiting is in België van weinig belang omdat de politieke partijen momenteel geen rechtspersoonlijkheid hebben en bijgevolg niet als aanbestedende overheden kunnen worden beschouwd. In ieder geval, en voor zover nodig, wordt voortaan verduidelijkt dat genoemde diensten uitgesloten zijn van de toepassing van dit ontwerp en van het wetsontwerp inzake overheidsopdrachten.

aussi difficilement concevables à prester et gérer sous la forme d’une concession de services. Ils sont en tout état de cause également exclus du champ d’application de la directive 2014/24/UE et du projet de loi relative aux marchés publics”, à l’instar des prêts visés par le point 6. Toutes les formes de crédits sont visées pour autant qu’il s’agisse d’un service et non d’une fourniture (par exemple un contrat de leasing).

L’exclusion visée par le point 7 de l’article 6 a trait aux concessions ayant pour objet certains services d’urgence. Comme le souligne le considérant 36 de la directive 2014/23/UE “la présente directive ne devrait pas s’appliquer à certains services d’urgence lorsque ceux-ci sont fournis par des organisations ou associations à but non lucratif, étant donné qu’il serait difficile de préserver la nature particulière de telles organisations si les prestataires de services devaient être sélectionnés conformément aux procédures définies dans la présente directive.”. Il faut noter que les services ambulanciers de transport de patients (visés sous le code CPV 85143000-3) ne sont pas exclus en vertu du présent point, mais sont soumis au régime assoupli visé à l’article 34 du présent projet.

Il faut enfin préciser que le groupe CPV 601 “Services de transport routier” ne couvre pas les services ambulanciers, qui relèvent de la classe 8514. “Par conséquent, les contrats de concession mixtes portant sur la fourniture de services ambulanciers en général seraient également soumis au régime assoupli si la valeur des services ambulanciers de transport de patients était supérieure à la valeur d’autres services ambulanciers”.

Le point 8 de l’article 6 exclut du champ d’application du présent projet les concessions de services liés aux campagnes politiques relevant des codes CPV 79341400-0, 92111230-3 et 92111240-6, lorsqu’elles sont attribuées par un parti politique dans le cadre d’une campagne électorale. Suivant le considérant 37 de la directive 2014/23/UE “certains services (comme les services de production de films et de vidéos de propagande) sont si indissociablement liés aux opinions politiques du prestataire de services lorsque les services sont fournis dans le cadre d’une campagne électorale que, en règle générale, le mode de sélection des prestataires de services ne peut pas être régi par les règles applicables à la concession”. Cette exclusion n’a que peu d’intérêt en Belgique dans la mesure où, actuellement, les partis politiques ne disposent pas de personnalité juridique et ne peuvent dès lors être considérés comme des pouvoirs adjudicateurs. En tout état de cause, et pour autant que de besoin, il est précisé dorénavant que les services précités sont exclus du champ d’application tant du présent projet que du projet de loi relative aux marchés publics.

Tot slot voorziet punt 9 van artikel 6 in de uitsluiting van onderzoeks- en ontwikkelingsdiensten, behoudens bepaalde diensten, wanneer de overeenkomst aan volgende tweeledige voorwaarde voldoet: de baten van het onderzoek of de ontwikkeling komen uitsluitend toe aan de aanbesteder die de diensten volledig betaalt. Dit ontwerp is enkel van toepassing op onderzoeks- en ontwikkelingsdiensten die aan bovengenoemde tweeledige voorwaarde voldoen en onder de CPV-codes CPV 73000000-2 tot 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 en 73430000-5 vallen. Men kan zich afvragen of deze onderzoeks- en ontwikkelingsdiensten de vorm van een concessie voor diensten kunnen aannemen. Indien ze beantwoorden aan de definitie van overheidsopdracht, vallen ze in ieder geval onder de regels bepaald in de wet inzake overheidsopdrachten. In dit verband herinneren we eraan dat opdrachten voor onderzoeks- en ontwikkelingsdiensten op defensie- en veiligheidsgebied onderworpen zijn aan de wet defensie en veiligheid.

#### *Specifieke uitsluitingen op het gebied van water*

##### Art. 7

Artikel 7 voorziet in de omzetting van artikel 12 van richtlijn 2014/23/EU. Het bepaalt dat dit ontwerp niet van toepassing is op concessies gegund voor de productie, het vervoer of de distributie van drinkwater, door aanbestedende overheden of door aanbestedende entiteiten.

Concessies die betrekking hebben op waterbouw-technische projecten, bevoeiing of drainage (die voldoen aan de voorwaarde van de twintig procent) en/of afvoer of behandeling van afvalwater zijn alleen uitgesloten van het toepassingsgebied van dit wetsontwerp als ze betrekking hebben op een activiteit op het gebied van de productie, het vervoer of de distributie van drinkwater. Zo niet zijn deze concessies onderworpen aan dit ontwerp.

Verder herinneren we eraan dat als een concessie voor diensten, krachtens dit artikel 7, uitgesloten is van de toepassing van dit wetsontwerp (en van richtlijn 2014/23/EU), ze onderworpen blijft aan de voorschriften en beginselen van het Belgisch administratief recht als ze, volgens het Belgisch administratief recht, beantwoordt aan de definitie van een concessie voor *openbare* diensten.

Tot slot is de in dit artikel 7 bedoelde uitsluiting niet overgenomen in het wetsontwerp inzake overheidsopdrachten. De in dit artikel 7 bedoelde activiteiten komen aldaar aan bod bij de in Titel 3 bedoelde activiteiten (speciale sectoren) in de watersector. Opdrachten

Enfin, le point 9 de l'article 6 exclut les services de recherche et développement sauf certains services lorsque le contrat répond à la double condition que les résultats de la recherche ou du développement appartiennent exclusivement à l'adjudicateur qui rémunère entièrement les services. Ne sont inclus dans le champ d'application du présent projet que les services de recherche et développement, répondant à la double condition précitée, qui sont visés par les codes CPV 73000000-2 à 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 et 73430000-5. On peut se demander si ces services de recherche et développement peuvent se concevoir sous la forme d'une concession de services. En tout état de cause, s'ils répondent à la définition du marché public, c'est aux règles fixées par la loi relative aux marchés publics qu'ils seront assujettis. Rappelons à cet égard que les marchés de services de recherche et développement en matière de défense et de sécurité relèvent de la loi défense et sécurité.

#### *Exclusions spécifiques dans le domaine de l'eau*

##### Art. 7

L'article 7 transpose l'article 12 de la directive 2014/23/UE. Il exclut du champ d'application du présent projet les concessions attribuées pour la production, le transport et la distribution d'eau potable, que ce soit par des pouvoirs adjudicateurs ou par des entités adjudicatrices.

Les concessions qui visent des projets de génie hydraulique d'irrigation, de drainage (qui répondent à la condition des vingt pourcent) et/ou d'évacuation et de traitement des eaux usées ne sont exclues du champ d'application du présent projet de loi que lorsqu'elles concernent une activité de production, transport ou distribution d'eau potable. A défaut, ces concessions sont soumises au présent projet.

Rappelons que si une concession de service est exclue, en vertu du présent article 7, du champ d'application du présent projet de loi (et de la directive 2014/23/UE), elle restera soumise aux règles et principes du droit administratif belge si elle correspond à la définition, suivant ce même droit administratif belge, de la concession de service *public*.

Enfin, l'exclusion visée par le présent article 7 n'est pas reproduite dans le projet de loi relatif aux marchés publics. Les activités visées sous le présent article 7 y sont reprises au titre des activités visées par le Titre 3 (secteurs spéciaux) dans le secteur de l'eau.

betreffende waterbouwtechnische projecten, bevoei-  
ing of drainage (die voldoen aan de voorwaarde van  
de twintig procent) en/of afvoer of behandeling van  
afvalwater die *geen* betrekking hebben op activiteiten  
inzake productie, vervoer of distributie van drinkwater,  
vallen onder de toepassing van Titel 2 (aanbestedende  
overheden/klassieke sector).

*Specifieke uitsluitingen op het gebied van  
elektronische communicatie*

Art. 8

Artikel 8 van dit ontwerp voorziet in de omzetting  
van artikel 11 van richtlijn 2014/23/EU. In dit artikel  
hebben de begrippen “openbaar elektronische commu-  
nicatienetwerk” en “elektronische communicatiedienst”  
dezelfde betekenis als in de wet van 13 juni 2005 betref-  
fende de elektronische communicatie.

Het begrip “elektronische communicatie” omvat niet  
alleen de telecommunicatienetwerken, maar ook alle  
soorten openbare communicatienetwerken. Zo moeten  
de televisie-, radio-omroep- en kabeltelevisienetwer-  
ken als elektronische communicatienetwerken worden  
beschouwd.

*Concessies tussen aanbestedende overheden*

Art. 9

In dit verband wordt verwezen naar overweging 45 van  
richtlijn 2014/23/EU: “Het enkele feit dat beide partijen in  
een overeenkomst zelf overheidsdiensten zijn, sluit op  
zich de toepassing van de in deze richtlijn opgenomen  
regels niet uit. De toepassing van de in deze richtlijn  
opgenomen regels mag echter niet ten koste gaan van  
de vrijheid van overheidsdiensten om hun taken van  
algemeen belang te vervullen met gebruikmaking van  
hun eigen middelen, waaronder de mogelijkheid samen  
te werken met andere overheidsdiensten. Er moet voor  
worden gezorgd dat de uitzondering voor samenwerking  
tussen overheidsdiensten niet leidt tot vervalsing van de  
mededinging ten opzichte van particuliere ondernemers  
voor zover een particuliere dienstverlener daardoor in  
een voordeelpositie ten opzichte van zijn concurrenten  
geraakt”.

Daarom hebben de artikelen 9 en 10 van dit ontwerp,  
die voorzien in de omzetting van artikel 17 van richtlijn  
2014/23/EU, tot doel de rechtsregels te codificeren en te  
consolideren die het Hof van Justitie van de Europese  
Unie de laatste twintig jaar ontwikkeld heeft aangaande

Les marchés visant les projets de génie hydraulique,  
d’irrigation ou de drainage (assortis de la condition des  
vingt pourcent) et/ou les projets d’évacuation ou de  
traitement des eaux usées qui ne concernent *pas* les  
activités de production, transport ou distribution d’eau  
potable sont visés par le Titre 2 (pouvoirs adjudicateurs/  
secteurs classiques).

*Exclusions spécifiques dans le domaine des  
communications électroniques*

Art. 8

L’article 8 du présent projet transpose l’article 11 de la  
directive 2014/23/UE. Aux fins de cet article, les expres-  
sions “réseau public de communications électroniques”  
et “service de communication électronique” revêtent le  
même sens que dans la loi du 13 juin 2005 relative aux  
communications électroniques.

Le terme de “communications électroniques” vise  
non seulement les réseaux de télécommunications  
mais également toutes sortes de réseaux publics de  
communications. Ainsi, les réseaux de télévision, de  
radiodiffusion et de télévision par câble doivent être  
considérés comme des réseaux de communications  
électroniques.

*Concessions entre pouvoirs adjudicateurs*

Art. 9

Comme l’indique le considérant 45 de la directive  
2014/23/UE, “Le seul fait que les deux parties à un  
accord sont elles-mêmes des pouvoirs publics n’exclut  
pas en soi l’application des règles établies dans la pré-  
sente directive. L’application de ces règles ne devrait  
toutefois pas interférer avec la liberté des pouvoirs  
publics d’exécuter les missions de service public qui leur  
sont confiées en mobilisant leurs propres ressources,  
ce qui inclut la possibilité de coopérer avec d’autres  
pouvoirs publics. Il convient de veiller à ce qu’aucune  
coopération public-public ainsi exemptée ne fausse la  
concurrence à l’égard d’opérateurs économiques pri-  
vés, dans la mesure où elle placerait un prestataire de  
services privé dans une situation privilégiée par rapport  
à ses concurrents”.

A cette fin, les articles 9 et 10 du présent projet, qui  
transposent l’article 17 de la directive 2014/23/UE, ont  
pour objet de codifier et de consolider les règles jurispru-  
dentielles élaborées durant ces vingt dernières années  
par la Cour de Justice de l’Union européenne au sujet

horizontale of verticale samenwerking tussen overheidsdiensten. Sommige van deze regels zijn verduidelijkt, andere versoepeld.

Artikel 9 voorziet in verschillende vormen van “in-house-toezicht” (of quasi-interne gunning), terwijl artikel 10 de regels bevat die toepasselijk zijn op “niet-geïstitutionaliseerde horizontale samenwerking”.

Deze beide artikelen hebben uitsluitend betrekking op de aanbestedende overheden en zijn van toepassing ongeacht de activiteiten in het kader waarvan ze deze concessies plaatsen.

Alvorens de artikelen 9 en 10 te bespreken, is het nuttig te verwijzen naar overweging 48 van richtlijn 2014/23/EU: “Er zijn gevallen waarin een juridische entiteit volgens de toepasselijke bepalingen van het nationaal recht optreedt als een instrument of technische dienst voor bepaalde aanbestedende diensten of aanbestedende instanties, en verplicht is de instructies van deze aanbestedende diensten of aanbestedende instanties uit te voeren, en geen invloed heeft op de vergoeding van zijn prestatie. Gezien het niet-contractuele karakter ervan zou een dergelijke louter administratieve verhouding niet onder de werkingssfeer van de procedures voor gunning van concessies vallen”. De richtlijn komt tegemoet aan het arrest “Asemfo” van het Hof van Justitie van 19 april 2007 (zaak C-295/05) dat, alhoewel het niet echt aansluit op het in-house-toezicht, er altijd mee in verband wordt gebracht.

Paragraaf 1 van artikel 9 gaat nader in op het begrip “gewoon inhousetoezicht” dat is ontleend aan de rechtspraak van het Hof van Justitie. Dat begrip werd evenwel aangepast. Het begrip “onrechtstreeks (analoog) toezicht” werd ingevoerd. Paragraaf 2 van artikel 9 behandelt de “opwaartse” en “collaterale” in-house-relaties. Paragraaf 3 is gewijd aan het begrip “gezamenlijke in house” dat is ontleend aan het arrest “Coditel” van het Hof van Justitie.

De eerste paragraaf somt de eisen op waaraan moet worden voldaan om de uitzondering “gewone in-house” te kunnen invoeren. Drie cumulatieve voorwaarden moeten vervuld zijn: (i) het (onrechtstreeks) analoog toezicht; (ii) het deel van de activiteiten dat de gecontroleerde persoon aan de aanbestedende overheid wijdt en (iii) het ontbreken van directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon.

Opgemerkt wordt dat deze hypothese betrekking heeft op concessies geplaatst door een aanbestedende overheid bij een publiekrechtelijk of privaatrechtelijk rechtspersoon, die niet noodzakelijk zelf een aanbestedende overheid is.

de la coopération public-public, horizontale ou verticale. Certaines de ces règles ont été tantôt clarifiées, tantôt assouplies.

L'article 9 envisage différents types de contrôle dits “in house” (ou “quasi-régie”) alors que l'article 10 établit les règles applicables à la “coopération horizontale non institutionnalisée”.

Ces deux articles visent exclusivement les pouvoirs adjudicateurs et s'appliquent quelles que soient les activités dans le cadre desquelles ils passent ces concessions.

Avant de commenter les articles 9 et 10, il est utile de citer le considérant 48 de la directive 2014/23/UE aux termes duquel “Dans certains cas, une entité juridique agit, en vertu des dispositions applicables de la législation nationale, en tant qu'instrument ou service technique pour le compte de pouvoirs adjudicateurs donnés ou d'entités adjudicatrices données et est tenue d'exécuter les instructions que ces pouvoirs ou entités lui donnent, sans avoir d'influence sur la rémunération de sa prestation. Compte tenu de son caractère non contractuel, une relation purement administrative de cette nature ne devrait pas relever du champ d'application des procédures d'attribution de concessions”. La directive fait écho à l'arrêt “Asemfo” de la Cour de Justice du 19 avril 2007 (aff. C-295/05) qui sans réellement s'inscrire dans l'in house y a toujours été associé.

L'article 9 envisage, en son paragraphe 1<sup>er</sup>, ce que l'on pourrait appeler le “in house simple”, dégagé par la jurisprudence de la Cour de Justice, en l'adaptant et y introduisant la notion de contrôle (analogue) “indirect”. En son paragraphe 2, l'article 9 envisage une relation in house “ascendante” et “collatérale”. Le paragraphe 3 reprend l'hypothèse de ce qu'on appelle le “in house conjoint” dégagé par l'arrêt “Coditel” de la Cour de Justice.

Le paragraphe premier cite les exigences à satisfaire pour que l'exception “in house simple” puisse être invoquée. Trois conditions cumulatives doivent être rencontrées: (i) le contrôle analogue (indirect); (ii) la part d'activité que la personne contrôle consacre au pouvoir adjudicateur et (iii) l'absence de participation privée directe dans le capital de la personne morale contrôlée.

On notera que cette hypothèse vise les concessions passées par un pouvoir adjudicateur avec une personne morale de droit public ou de droit privé, qui ne doit pas nécessairement être elle-même un pouvoir adjudicateur.



De definitie van analoog toezicht sluit aan bij de rechtspraak van het Hof van Justitie in die zin dat dit toezicht vereist dat de aanbestedende overheid zowel op strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon een beslissende invloed uitoefent. Volgens het Hof (met name arrest HvJ, 17 juli 2008, C-371/05, Commissie v. Italië, punt 26) moet de mate waarin het toezicht wordt uitgeoefend globaal worden beoordeeld, in het licht van het beheer en de structuren van de betrokken entiteit, en niet op basis van haar gedrag in een specifieke overheidsopdrachtenprocedure. Bijgevolg volstaat het dat dit toezicht kan plaatsvinden, ongeacht de wijze waarop het werkelijk zou worden uitgeoefend. Tot slot verduidelijkt de tekst dat dit toezicht onrechtstreeks kan worden uitgeoefend, d.w.z. uitgeoefend door een (andere) persoon op wie de aanbestedende overheid een analoog toezicht uitoefent.

Wat de activiteiten van de gecontroleerde persoon betreft, en het deel ervan dat door de aanbestedende overheid moet worden uitgeoefend, stelt de tekst een cijfermatig criterium (meer dan tachtig procent) vast, dat nauwkeuriger maar ook restrictiever is dan het begrip “het merendeel van de werkzaamheden” in de rechtspraak van het Hof van Justitie. De tekst verduidelijkt ook hoe dat activiteitspercentage moet worden berekend.

Er mag geen sprake zijn van directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon. In dit verband wordt verwezen naar overweging 46 van richtlijn 2014/23/EU: “aangezien de gunning van een concessie zonder aanbestedingsprocedure in dat geval de particuliere ondernemer die kapitaal bezit in de gecontroleerde rechtspersoon, een onrechtmatig voordeel ten opzichte van zijn concurrenten oplevert.” De tekst voert evenwel een uitzondering in die een versoepeling vormt ten opzichte van de rechtspraak van het Hof van Justitie aangezien “krachtens de nationale wetgeving vereiste niet-controlerende en niet-blokkerende vormen van participatie van privékapitaal, in overeenstemming met het Verdrag, die geen beslissende invloed uitoefenen op gecontroleerde rechtspersoon” toegestaan zijn. Deze regel, die directe participatie van privékapitaal verbiedt, is evenwel niet van toepassing in gevallen waarin de participatie van specifieke particuliere ondernemers in het kapitaal van de gecontroleerde rechtspersoon verplicht wordt gesteld door nationale wetgeving die in overeenstemming is met de Verdragen, mits het een participatie betreft die geen controle of blokkerende macht oplevert en waarvan geen beslissende invloed op de besluiten van de gecontroleerde rechtspersoon uitgaat.

La définition du contrôle analogue est conforme à la jurisprudence de la Cour de Justice en ce qu’il requiert que le pouvoir adjudicateur exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée. L’intensité du contrôle exercé doit, selon la Cour (notamment l’arrêt CJCE, 17 juillet 2008, C-371/05, Commission c. Italie, point 26), être appréciée de manière globale, au regard de l’ensemble de la gestion et des structures de l’entité concernée, et non par rapport à son comportement particulier dans une procédure de marché public donnée. Il suffit dès lors que ce contrôle puisse avoir lieu, et ce quelle que soit la manière dont celui-ci serait en réalité exercé. Enfin, le texte précise que ce contrôle peut être indirect, c’est-à-dire exercé par une (autre) personne sur laquelle le pouvoir adjudicateur exerce un contrôle analogue.

S’agissant des activités de la personne contrôlée, et de la part de celles-ci qui doit être exercée pour le pouvoir adjudicateur, le texte fixe un critère chiffré (plus de quatre-vingt pourcent), plus précis mais restrictif également que la notion “d’essentiel des activités” dégagé par la Cour de Justice. Le texte précise également comment il convient de calculer ce pourcentage d’activité.

La personne morale contrôlée ne peut pas supporter de participation directe de capitaux privés. En effet, indique le considérant 46 de la directive 2014/23/UE, “dans de telles circonstances, l’attribution d’une concession sans recours à une procédure de mise en concurrence conférerait à l’opérateur économique privé détenant une participation dans le capital de la personne morale contrôlée un avantage indu par rapport à ses concurrents”. Toutefois, le texte introduit une exception qui constitue un assouplissement au regard de la jurisprudence de la Cour de Justice dans la mesure où il permet “des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d’exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée”. Toutefois, cette règle de l’interdiction de participation directe de capitaux privés, ne s’applique pas dans les cas où la participation d’opérateurs économiques privés spécifiques dans le capital de la personne morale contrôlée est rendue obligatoire par des dispositions législatives nationales en conformité avec les Traités, à condition que cette participation ne donne pas une capacité de contrôle ou de blocage et ne confère pas une influence décisive sur les décisions de la personne morale contrôlée.

Krachtens overweging 46 van richtlijn 2014/23/EU moet worden verduidelijkt dat enkel de directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon doorslaggevend is. “In het geval van een particuliere deelneming in het kapitaal van de toezicht houdende aanbestedende dienst (...) of in de toezicht houdende aanbestedende diensten (...), belet zulks bijgevolg niet dat een overheidsopdracht aan de gecontroleerde rechtspersoon wordt gegund, zonder dat de procedures van deze richtlijn worden toegepast, aangezien een dergelijke deelneming geen nadelige invloed heeft op de concurrentie tussen particuliere ondernemers”.

Paragraaf 2 van artikel 9 voorziet voor het eerst in twee nieuwe gevallen van “inhousetoezicht”:

— het “omgekeerde” of “opwaartse” in-house-toezicht biedt de gecontroleerde rechtspersoon de mogelijkheid om een concessie te sluiten met de controlerende aanbestedende overheid;

— het “collaterale” *inhousetoezicht* biedt de door een aanbestedende overheid gecontroleerde rechtspersoon de mogelijkheid om een concessie te sluiten met een andere door diezelfde aanbestedende overheid gecontroleerde rechtspersoon (d.w.z. met een zusterentiteit).

Deze beide gevallen zijn enkel van toepassing voor zover (i) de gecontroleerde rechtspersoon een aanbestedende overheid is en (ii) er geen directe participatie van privékapitaal is in de rechtspersoon/de aanbestedende overheid aan wie de concessie wordt gegund, met uitzondering, zoals in de eerste paragraaf, van geen controle of blokkerende macht opleverende vormen van participatie van privékapitaal, vereist krachtens de nationale wetgeving, in overeenstemming met de Verdragen, die geen beslissende invloed uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon.

Paragraaf 3 van artikel 9 bekrachtigt de Coditel-rechtspraak van het Hof van Justitie (arrest HvJ, 13 november 2008, C-324/07) volgens dewelke, wanneer verschillende aanbestedende overheden samen een entiteit in handen hebben en er toezicht op uitoefenen, zij vrijgesteld zijn van de verplichting om de regels inzake bekendmaking en inmededingingstelling voor de plaatsing van concessies na te leven in het kader van hun betrekkingen met die entiteit.

In dit geval gelden drie voorwaarden: (i) het gezamenlijk analoog toezicht, (ii) het deel van de activiteiten dat de gecontroleerde rechtspersoon voor rekening van de controlerende aanbestedende overheden uitoefent en (iii) het ontbreken van directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon.

On précisera que, en vertu du considérant 46 de la directive 2014/23/UE, la participation privée directe dans le capital de la personne morale contrôlée constitue le seul élément déterminant. “Par conséquent, le fait que le ou les pouvoirs adjudicateurs de contrôle (...) comportent une participation de capitaux privés ne fait pas obstacle à l’attribution de contrats publics à la personne morale contrôlée, sans appliquer les procédures prévues par la présente directive, étant donné que ces participations ne nuisent pas à la concurrence entre les opérateurs économiques privés”.

Le paragraphe 2 de l’article 9 consacre pour la première fois deux cas nouveaux de “*in house*”:

— le in house “inversé” ou “ascendant” permet à la personne morale contrôlée de conclure une concession avec le pouvoir adjudicateur qui la contrôle;

— le in house “collatéral” permet à la personne morale contrôlée par un pouvoir adjudicateur de conclure une concession avec une autre personne morale contrôlée par ce même pouvoir adjudicateur (c’est-à-dire avec une “entité sœur”).

Ces deux hypothèses ne s’appliquent que pour autant que (i) la personne morale contrôlée soit un pouvoir adjudicateur et que (ii) la personne morale/le pouvoir adjudicateur auquel la concession est attribuée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l’exception, comme au paragraphe premier, des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux Traités, qui ne permettent pas d’exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Le paragraphe 3 de l’article 9 consacre la jurisprudence Coditel de la Cour de Justice (arrêt CJUE 13 novembre 2008, C-324/07) en vertu de laquelle, lorsque plusieurs pouvoirs adjudicateurs détiennent et contrôlent conjointement une entité, ceux-ci sont dispensés de respecter, dans leurs rapports avec cette entité, les règles de publicité et de mise en concurrence pour la passation des concessions.

Trois conditions assortissent cette hypothèse: (i) le contrôle analogue conjoint, (ii) la part d’activités de la personne morale contrôlée exercée pour le compte des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent et (iii) l’absence, dans la personne morale contrôlée, de participation directe de capitaux privés.

Opgemerkt wordt dat:

— De gecontroleerde rechtspersoon niet noodzakelijk een aanbestedende overheid moet zijn.

— Het gezamenlijk “analoog” toezicht wordt in de richtlijn en in dit ontwerp gedefinieerd aan de hand van drie nauwkeurige cumulatieve voorwaarden.

— De gecontroleerde rechtspersoon moet meer dan tachtig procent van zijn activiteiten verrichten voor de controlerende aanbestedende overheden of voor andere rechtspersonen die door die aanbestedende overheden worden gecontroleerd.

— Er mag geen sprake zijn van directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon, behalve wanneer die geen controlerende of blokkerende macht oplevert, ze vereist is krachtens de nationale wetgeving, in overeenstemming is met de Verdragen en geen beslissende invloed uitoefent op de gecontroleerde rechtspersoon.

— Het is niet mogelijk voor de gecontroleerde rechtspersoon om een concessie te gunnen aan een van de controlerende aanbestedende overheden, noch aan een andere rechtspersoon die door die aanbestedende overheden gecontroleerd wordt.

*Overeenkomsten uitsluitend tussen  
aanbestedende overheden*

Art. 10

Artikel 10, dat voorziet in de omzetting van artikel 17.4. van richtlijn 2014/23/EU, bevat de regels inzake niet-geïnstitutionaliseerde horizontale samenwerking. Zoals uiteengezet in overweging 47 van richtlijn 2014/23/EU, “moeten aanbestedende overheden (...) er immers voor kunnen kiezen hun openbare diensten gezamenlijk in de vorm van een samenwerkingsverband te verrichten, zonder dat zij verplicht zijn daartoe een bepaalde rechtsvorm aan te nemen. Een dergelijke samenwerking kan betrekking hebben op alle soorten activiteiten die verband houden met het verlenen van diensten of het uitoefenen van verantwoordelijkheden die zijn toegewezen aan of gedragen worden door de deelnemende diensten, zoals taken die lokale of regionale diensten of instanties verplicht of vrijwillig op zich nemen of diensten waarvoor, krachtens het publiek recht, specifieke instanties bevoegd zijn”.

Krachtens artikel 10 van dit ontwerp zijn overeenkomsten met het oog op het gezamenlijk verrichten van openbare diensten niet onderworpen aan de

On notera que:

— La personne morale contrôlée ne doit pas nécessairement être un pouvoir adjudicateur.

— Le contrôle “analogue” conjoint est défini par la directive et le présent projet par référence à trois conditions cumulatives précises.

— La personne morale contrôlée doit réaliser plus de quatre-vingt pourcent de ses activités pour les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ou pour d’autres personnes morales contrôlées par ces pouvoirs adjudicateurs.

— La personne morale contrôlée ne peut comporter de participation directe de capitaux privés, sauf si elle n’entraîne pas de capacité de contrôle ou de blocage, si elle est requise par les dispositions législatives nationales, conformément aux Traités et si elle ne permet pas d’exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

— Il n’y a pas de possibilité pour la personne morale contrôlée d’attribuer une concession à l’un ou l’autre des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ni à une autre personne morale contrôlée par ces pouvoirs adjudicateurs.

*Contrats exclusivement entre  
pouvoirs adjudicateurs*

Art. 10

L’article 10, qui transpose l’article 17.4. de la directive 2014/23/UE, établit les règles relatives à la coopération horizontale non institutionnalisée. Comme l’explique le considérant 47 de la directive 2014/23/UE, “les pouvoirs adjudicateurs (...) devraient pouvoir choisir de fournir conjointement leurs services publics par la voie de la coopération, sans être contraints de recourir à une forme juridique particulière. Cette coopération pourrait porter sur tous les types d’activités liées à l’exécution de services et à l’exercice de responsabilités confiées aux pouvoirs participants ou assumées par eux, telles que des missions obligatoires ou volontaires relevant de pouvoirs locaux ou régionaux ou des services confiés à des organismes particuliers par le droit public”.

En vertu de l’article 10 du présent projet, les contrats concernant la fourniture conjointe de services publics ne sont pas soumis à l’application des règles de publicité et

bekendmakings- en mededingingsvoorschriften van dit ontwerp, mits drie voorwaarden vervuld zijn.

De eerste voorwaarde vereist dat deze overeenkomsten uitsluitend tussen twee of meer aanbestedende overheden worden gesloten om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die zij moeten uitvoeren, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen.

Zoals vermeld in overweging 46 van richtlijn 2014/23/EU, moeten aanbestedende overheden, zoals de personen die beantwoorden aan de voorwaarden opgesomd in artikel 2, 1°, c), en waar sprake kan zijn van participatie van privékapitaal, zich kunnen beroepen op de uitzondering wegens horizontale samenwerking. Deze overweging voegt hieraan toe dat, indien aan alle overige voorwaarden inzake horizontale samenwerking is voldaan, deze uitzondering bijgevolg ook moet gelden voor die aanbestedende overheden, voor zover de overeenkomst uitsluitend tussen aanbestedende overheden wordt gesloten.

Vervolgens, en dat is een versoepeling ten opzichte van de rechtspraak van het Hof van Justitie, verlangt de tekst van de richtlijn en van dit ontwerp enkel van de aanbestedende overheden dat ze gemeenschappelijke doelstellingen nastreven en hun respectievelijke taken van algemeen belang vervullen. In dit verband wordt verwezen naar overweging 47 van richtlijn 2014/23/EU: *“De verschillende door de diverse deelnemende diensten of instanties verleende diensten hoeven niet noodzakelijk identiek te zijn; zij mogen elkaar ook aanvullen”*.

De tweede voorwaarde vereist dat de invulling van die samenwerking uitsluitend op overwegingen in verband met het openbaar belang berust.

Volgens overweging 47 van richtlijn 2014/23/EU geldt dit ook voor de financiële overdrachten tussen de deelnemende aanbestedende overheden, met als gevolg dat laatstgenoemden over een zekere speelruimte beschikken om hun onderlinge geldstromen te regelen, voor zover die overdrachten, vanzelfsprekend, uitsluitend uit overwegingen van algemeen belang plaatsvinden.

Deze voorwaarde heeft vooral tot doel te vermijden dat de samenwerking uit andere overwegingen, met name commerciële, zou plaatsvinden.

Daaruit vloeit de derde voorwaarde voort, waarin de huidige rechtspraak van het Hof van Justitie niet voorziet, en die vereist dat de deelnemende aanbestedende

de mise en concurrence établies par le présent projet, à une triple condition.

La première condition requiert que ces contrats soient conclus exclusivement entre deux ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d’atteindre les objectifs qu’ils ont en commun.

Comme le souligne le considérant 46 de la directive 2014/23/UE, les pouvoirs adjudicateurs tels que les personnes qui répondent aux conditions énumérées à l’article 2, 1°, c), et qui peuvent comporter une participation de capitaux privés, devraient être en mesure de se prévaloir de l’exemption concernant la coopération horizontale. Par conséquent, indique ce même considérant, lorsque toutes les autres conditions relatives à la coopération horizontale sont remplies, cette exemption devrait également s’appliquer à ces pouvoirs adjudicateurs, pour autant que le contrat soit conclu exclusivement entre pouvoirs adjudicateurs.

Ensuite, et cela constitue un assouplissement par rapport à la jurisprudence de la Cour de Justice, le texte de la directive et du présent projet exige uniquement des pouvoirs adjudicateurs qu’ils poursuivent des objectifs communs et agissent dans le cadre de leurs missions respectives de service public. Comme le précise le considérant 47 de la directive 2014/23/UE “il n’est pas nécessaire que les services fournis par les différents pouvoirs participants ou les différentes entités participantes soient identiques; ils pourraient également être complémentaires”.

La deuxième condition exige que la mise en œuvre de cette coopération n’obéisse qu’à des considérations d’intérêt public.

Ceci vaut également pour les transferts financiers entre les pouvoirs adjudicateurs participants, précise le considérant 47 de la directive 2014/23/UE. Ces derniers bénéficient donc d’une certaine marge de manœuvre pour régler les flux financiers entre eux pour autant, bien entendu, que ces transferts soient uniquement guidés par des considérations d’intérêt public.

Cette condition a particulièrement pour objectif d’éviter que la coopération ne soit guidée par d’autres considérations, notamment commerciales.

De là découle la troisième condition, qui n’est pas prévue par la jurisprudence actuelle de la Cour de Justice, et qui exige que les pouvoirs adjudicateurs participants

overheden op de open markt niet meer dan twintig procent van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening nemen.

Deze voorwaarde heeft tot doel het risico op verval-sing van de mededinging te beperken, zoals vereist door het criterium van de tachtig procent voor zogenoemde in-house-vrijstellingen. Overweging 47 van richtlijn 2014/23/EU wijst er immers op dat er slechts sprake is van vrijgestelde samenwerking voor zover “geen enkele particuliere dienstverlener een voordeelpositie ten opzichte van zijn concurrenten verwerft”.

Om aan deze drie voorwaarden te voldoen, moet de samenwerking, volgens overweging 47 van richtlijn 2014/23/EU, “gebaseerd zijn op een samenwerkingsmodel. Bij een dergelijke samenwerking is niet vereist dat alle deelnemende diensten de nakoming van de voornaamste contractuele verplichtingen op zich nemen, mits er sprake is van verbintenissen om in een samenwerkingsverband bij te dragen tot het verrichten van de openbare dienst in kwestie”.

#### *Activiteiten in een derde land*

##### Art. 11

Artikel 11 van dit ontwerp voorziet in de omzetting van artikel 10.10 van richtlijn 2014/23/EU. Dit vergt geen verdere commentaar.

#### *Concessies gegund aan een verbonden onderneming*

##### Art. 12

Artikel 12 van dit ontwerp, dat voorziet in de omzetting van artikel 13 en gedeeltelijk van artikel 15 van richtlijn 2014/23/EU, bevat een uitzondering voor concessies gegund door aanbestedende entiteiten (of een gezamenlijke onderneming van aanbestedende entiteiten) aan een “gebonden onderneming”. We herinneren eraan dat het begrip “aangeboden entiteit” de aanbestedende overheden omvat wanneer ze een concessie verlenen voor de uitoefening van een van de activiteiten van bijlage II.

Volgens overweging 38 van richtlijn 2014/23/EU is deze uitzondering gerechtvaardigd omdat heel wat aanbestedende entiteiten georganiseerd zijn in de vorm van een combinatie van ondernemers, die een reeks afzonderlijke ondernemingen kan omvatten; vaak vervult elk van deze ondernemingen een gespecialiseerde rol binnen de algemene context van de combinatie. “Sommige

réalisent sur le marché concurrentiel moins de vingt pourcent des activités concernées par la coopération.

Cette condition a pour objectif de limiter les risques de distorsion de concurrence, tout comme le prévoit le critère des quatre-vingt pourcent pour les exemptions dites “in house”. Le considérant 47 de la directive 2014/23/UE indique en effet qu’il n’y a de coopération exemptée que pour autant “qu’aucun prestataire privé de services ne soit placé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents”.

Pour que ces trois conditions soient remplies, indique le considérant 47 de la directive 2014/23/UE, “il convient que la coopération soit fondée sur la notion de coopération. Cette coopération n’exige pas que tous les pouvoirs participants se chargent de l’exécution des principales obligations contractuelles, pour autant que l’engagement ait été pris de coopérer à l’exécution de la mission de service public en question”.

#### *Activités dans un pays tiers*

##### Art. 11

L’article 11 du présent projet transpose l’article 10.10 de la directive 2014/23/UE. Il n’appelle pas de commentaire particulier.

#### *Concessions attribuées à une entreprise liée*

##### Art. 12

L’article 12 du présent projet, qui transpose l’article 13 et partiellement l’article 15 de la directive 2014/23/UE, contient une exemption relative aux concessions attribuées par les entités adjudicatrices (ou une coentreprise d’entités adjudicatrices) à une “entreprise liée”. Rappelons que la notion d’entité adjudicatrice inclut les pouvoirs adjudicateurs lorsqu’ils octroient une concession pour l’exercice d’une des activités de l’annexe II.

Cette exemption se justifie, aux termes du considérant 38 de la directive 2014/23/UE, par le fait que de nombreuses entités adjudicatrices sont organisées en tant que groupement économique pouvant comporter une série d’entreprises distinctes; chacune de ces entreprises jouant souvent un rôle spécialisé dans le contexte global du groupement économique. “Il convient

overeenkomsten voor diensten, leveringen en werken, toegekend aan een verbonden onderneming waarvan de voornaamste activiteit erin bestaat deze diensten, leveringen of werken te verrichten voor de combinatie waarvan zij deel uitmaakt en niet op de markt te verhandelen, moeten derhalve worden uitgesloten. Buiten het toepassingsgebied dienen ook te blijven bepaalde concessies voor diensten en werken die een aanbestedende instantie gunt aan een gemeenschappelijke onderneming die uit verschillende aanbestedende instanties, waaronder zichzelf, bestaat, voor de uitoefening van onder deze richtlijn vallende activiteiten”.

Om evenwel te vermijden dat daardoor vervalsing van de mededinging ontstaat ten gunste van de ondernemingen of gezamenlijke ondernemingen die verbonden zijn met de aanbestedende entiteiten, voorziet dit ontwerp, overeenkomstig artikel 13 van richtlijn 2014/23/EU, in verschillende voorwaarden met name wat betreft (i) de maximumgrenzen waarbinnen ondernemingen een deel van hun omzet op de markt mogen behalen en waarboven zij de mogelijkheid verliezen dat aan hen een concessie wordt gegund zonder oproepen tot mededinging, (ii) de samenstelling van gezamenlijke ondernemingen en (iii) de stabiliteit van de betrekkingen tussen die gezamenlijke ondernemingen en de aanbestedende entiteiten waaruit zij bestaan.

In dit verband wordt verwezen naar overweging 39 van richtlijn 2014/23/EU: “Ondernemingen moeten als verbonden worden beschouwd indien een directe of indirecte overheersende invloed bestaat tussen de aanbestedende instantie en de betrokken onderneming, of indien de aanbestedende instantie en de betrokken onderneming onder de overheersende invloed van een andere onderneming staan; in dit verband hoeft particuliere deelneming op zich niet relevant te zijn. Er moet zo gemakkelijk mogelijk kunnen worden nagegaan of een onderneming al dan niet verbonden is met een bepaalde aanbestedende instantie. Aangezien het al dan niet bestaan van een directe of indirecte overheersende invloed reeds moet zijn getoetst om te kunnen vaststellen of de jaarrekeningen van de desbetreffende ondernemingen en instanties moeten worden geconsolideerd, betekent dit dat ondernemingen als verbonden moeten worden beschouwd indien zij geconsolideerde jaarrekeningen hebben. De Unievoorschriften inzake geconsolideerde rekeningen zijn in een bepaald aantal gevallen echter niet van toepassing, bijvoorbeeld op grond van de grootte van de betrokken ondernemingen of omdat niet is voldaan aan bepaalde voorwaarden met betrekking tot hun rechtsvorm. In dergelijke gevallen moet, indien

dès lors d’exclure certaines concessions de services et de travaux attribuées à des entreprises liées dont l’activité principale est de fournir ces services ou travaux au groupe dont elles font partie et non de les commercialiser sur le marché. Il convient également d’exclure certaines concessions de services et de travaux attribués par une entité adjudicatrice à une coentreprise constituée de plusieurs entités adjudicatrices aux fins de l’exercice d’activités visées par la présente directive et dont ladite entité fait partie”.

Toutefois, pour éviter que cette exemption ne provoque des distorsions de concurrence au bénéfice des entreprises ou des coentreprises qui sont liées aux entités adjudicatrices, le présent projet prévoit, conformément à l’article 13 de la directive 2014/23/UE, plusieurs conditions portant notamment (i) sur les limites maximales de chiffre d’affaires que les entreprises peuvent réaliser sur le marché et au-delà desquelles elles perdraient la possibilité de se voir attribuer des concessions sans mise en concurrence, (ii) sur la composition des coentreprises ainsi que (iii) sur la stabilité des liens entre ces coentreprises et les entités adjudicatrices qui les composent.

Le considérant 39 de la directive 2014/23/UE précise que “Des entreprises devraient être considérées comme liées lorsqu’il existe un rapport d’influence dominante direct ou indirect entre l’entité adjudicatrice et l’entreprise concernée, ou lorsqu’elles sont toutes deux soumises à l’influence dominante d’une tierce entreprise; dans ce contexte, la participation privée ne devrait pas être pertinente en soi. Il devrait être aussi facile que possible de vérifier si une entreprise est liée à une certaine entité adjudicatrice. Par conséquent, comme l’éventualité d’une telle influence dominante directe ou indirecte devrait déjà avoir été vérifiée afin de décider si les comptes annuels des entreprises et des entités concernées devraient être consolidés, il convient de considérer que des entreprises sont liées lorsque leurs comptes annuels sont consolidés. Néanmoins, les règles de l’Union concernant les comptes consolidés ne sont pas applicables dans certains cas, par exemple, en raison de la taille des entreprises concernées ou parce que certaines conditions liées à leur forme juridique ne sont pas remplies. En pareils cas, lorsque la directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil n’est pas applicable, il faut examiner si une influence dominante directe ou indirecte est exercée en tenant

Richtlijn 2013/34/EU van het Europees Parlement en de Raad niet van toepassing is, aan de hand van de eigendom, de financiële deelneming of de voorschriften die op de desbetreffende ondernemingen van toepassing zijn, worden uitgemaakt of sprake is van een directe of indirecte overheersende invloed”.

*Concessies gegund aan een gezamenlijke onderneming of aan een aanbestedende entiteit die deel uitmaakt van een gezamenlijke onderneming*

Art. 13

Artikel 13 van dit ontwerp voorziet in de omzetting van artikel 14 en gedeeltelijk van artikel 15 van richtlijn 2014/23/EU.

Het bevat een uitzondering voor concessies gegund door een gezamenlijke onderneming bestaande uit aanbestedende entiteiten aan een van die aanbestedende entiteiten en omgekeerd.

In dit verband herinneren we eraan dat het begrip aanbestedende entiteit de aanbestedende overheden omvat wanneer ze een concessie verlenen voor de uitoefening van een van de activiteiten van bijlage II.

*Activiteiten die rechtstreeks blootstaan aan mededinging*

Art. 14

Artikel 14 van dit ontwerp voorziet in de omzetting van artikel 16 van richtlijn 2014/23/EU.

De procedure die moet worden gevolgd om vast te stellen dat de betrokken activiteit rechtstreeks blootstaat aan mededinging, is deze die voorzien wordt in de artikelen 34 en 35 van richtlijn 2014/25/EU (richtlijn “overheidsopdrachten in de speciale sectoren”). Het betreft de procedure waarvan sprake in artikel 115 van de wet inzake overheidsopdrachten.

In dit verband wordt verwezen naar overweging 41 van richtlijn 2014/23/EU: “Om te zorgen voor rechtszekerheid moet worden verduidelijkt dat alle vóór de inwerkingtreding van deze richtlijn op grond van artikel 30 van Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad vastgestelde besluiten van toepassing zullen blijven”.

compte de la propriété, de la participation financière ou des règles régissant ces entreprises”.

*Concessions attribuées à une coentreprise ou à une entité adjudicatrice faisant partie d'une coentreprise*

Art. 13

L'article 13 du présent projet transpose l'article 14 et partiellement l'article 15 de la directive 2014/23/UE.

Il contient une exemption pour les concessions attribuées par une coentreprise d'entités adjudicatrices à une de ces entités adjudicatrices et inversement.

Rappelons ici aussi que la notion d'entité adjudicatrice inclut les pouvoirs adjudicateurs lorsqu'ils octroient une concession pour l'exercice d'une des activités de l'annexe II.

*Activités directement exposées à la concurrence*

Art. 14

L'article 14 du présent projet transpose l'article 16 de la directive 2014/23/UE.

La procédure qui doit être suivie pour établir que l'activité concernée est directement exposée à la concurrence est celle prévue par les articles 34 et 35 de la directive 2014/25/UE (directive “marchés publics dans les secteurs spéciaux”). Il s'agit de la procédure dont question à l'article 115 de la loi relative aux marchés publics.

Le considérant 41 de la directive 2014/23/UE précise que “Dans un souci de sécurité juridique, il convient de préciser que toutes les décisions adoptées avant l'entrée en vigueur de la présente directive sur la base de l'article 30 de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil continueront de s'appliquer.”.

## Art. 15 tot 17

De artikelen 15 tot 17 van dit ontwerp voorzien in de omzetting van de bepalingen 10.5, 10.6 en 10.7 van richtlijn 2014/23/EU.

We herinneren eraan dat dit ontwerp in principe van toepassing is op concessies op defensie- en veiligheidsgebied als bedoeld in de wet defensie en veiligheid.

De artikelen 15 tot 17 bevatten de specifieke uitsluitingen voor deze concessies.

De begrippen essentiële veiligheidsbelangen, militair materieel, gevoelig materieel, gevoelige werken en gevoelige diensten moeten worden opgevat als in de zin van de wet defensie en veiligheid.

## HOOFDSTUK 3

**Gemengde concessies en overeenkomsten of concessies en overeenkomsten die betrekking hebben op verschillende activiteiten**

*Gemengde concessies*

## Art. 18

Artikel 18 van dit ontwerp voorziet in de omzetting van artikel 20.1 van richtlijn 2014/23/EU.

Het voorziet in de regeling die van toepassing is op gemengde concessies, d.w.z. die betrekking heeft op diensten en werken of op verschillende soorten diensten die onderworpen zijn aan verschillende regelingen.

Het hoofdvoorwerp is het criterium van de definitie/kwalificatie van de concessie. De vraag of een gemengde concessie als een concessie voor diensten of voor werken moet worden beschouwd, is vooral van belang voor het toepassingsgebied van deze wet. Het is immers zo dat concessies voor diensten van de aanbestedende overheden enkel onderworpen zijn aan dit ontwerp wanneer ze de in artikel 3 genoemde financiële drempel bereiken en dat bepaalde vrijstellingen enkel betrekking hebben op concessies voor diensten met uitzondering van concessies voor werken. Voor het overige wordt eraan herinnerd dat de berekeningsmodaliteiten van de waarde van concessies dezelfde zijn voor concessies voor diensten en voor werken (de totale vergoeding/omzet van de concessiehouder, exclusief btw).

Het tweede lid wijst erop dat voor concessies voor diensten die tegelijk betrekking hebben op diensten

## Art. 15 à 17

Les articles 15 à 17 du présent projet transposent les dispositions 10.5, 10.6 et 10.7 de la directive 2014/23/UE.

Rappelons que le présent projet s'applique en principe aux concessions dans les domaines de la défense et de la sécurité au sens de la loi défense et sécurité.

Les articles 15 à 17 énoncent les exclusions spécifiques à ces concessions.

Les notions d'intérêts essentiels de sécurité, d'équipement militaire, d'équipement sensible, de travaux sensibles et de services sensibles doivent s'entendre au sens de loi défense et sécurité.

## CHAPITRE 3

**Concessions et contrats mixtes ou destinés à plusieurs activités**

*Concessions mixtes*

## Art. 18

L'article 18 du présent projet transpose l'article 20.1 de la directive 2014/23/UE.

Il détermine le régime applicable aux concessions mixtes, c'est à dire ayant pour objet des services et des travaux ou différents types de services soumis à des régimes différents.

L'objet principal est le critère de définition/qualification de la concession. La question de savoir si une concession mixte doit être qualifiée de services ou de travaux présente principalement de l'intérêt au niveau du champ d'application de la présente loi dans la mesure où les concessions de services des pouvoirs adjudicateurs ne sont assujetties au présent projet que lorsqu'elles atteignent le seuil financier visé à l'article 3 et où certaines exemptions visent uniquement les concessions de services à l'exclusion des concessions de travaux. Pour le reste, on rappellera que les modalités de calcul de la valeur des concessions est identique pour les concessions de services et de travaux (la totalité de la rémunération/chiffre d'affaires du concessionnaire, hors TVA).

L'alinéa 2 précise que pour les concessions de services qui visent à la fois des services soumis au régime



die onder de soepele regeling van artikel 34 vallen en andere diensten, het hoofdvoorwerp bepaald wordt door de respectieve waarde van de diensten.

Alhoewel dit niet vermeld is in richtlijn 2014/23/EU, kan men dezelfde redenering hanteren voor concessies voor diensten die tegelijk betrekking hebben op uitgesloten diensten en andere diensten.

### *Beginnelsen*

#### Art. 19

Artikel 19 voorziet in de regeling die van toepassing is op gemengde overeenkomsten, d.w.z. overeenkomsten die elementen van een "concessie" en elementen van andere soorten (openbare) overeenkomsten, met name en in het bijzonder (overheids)opdrachten, bevatten.

De regels variëren naargelang de verschillende onderdelen van een gemengde overeenkomst objectief gezien al dan niet van elkaar te scheiden zijn.

Indien ze objectief gezien niet van elkaar te scheiden zijn, wordt de toepasselijke regeling bepaald door het hoofdvoorwerp van de overeenkomst.

Indien ze van elkaar te scheiden zijn, staat het de aanbesteders, volgens overweging 30 van richtlijn 2014/23/EU altijd vrij "afzonderlijke overeenkomsten te gunnen voor de onderscheiden onderdelen van de gemengde overeenkomst, in welk geval de bepalingen die voor elk onderdeel apart gelden, uitsluitend door de kenmerken van die specifieke overeenkomst dienen te worden bepaald". Indien de aanbesteders daarentegen besluiten één enkele (gemengde) overeenkomst te gunnen, dient de richtlijn de regels vast te stellen om de toepasselijke regeling te bepalen. Dat is het voorwerp van onderhavige bepaling die voorziet in de gedeeltelijke omzetting van de bepalingen 20.2. tot 20.5 van richtlijn 2014/23/EU. Voor gemengde overeenkomsten waaraan defensie- of veiligheidsaspecten verbonden zijn, gelden specifieke regels: dat is het voorwerp van artikel 20 van dit ontwerp dat voorziet in de omzetting van artikel 21 van richtlijn 2014/23/EU.

Zoals aangegeven in overweging 29 van richtlijn 2014/23/EU, moet geval per geval worden nagegaan of de verschillende onderdelen van een overeenkomst van elkaar te scheiden zijn, rekening houdend met de toepasselijke rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie. De uitgesproken of veronderstelde bedoeling van de aanbesteder om de diverse aspecten

assoupli de l'article 34 et d'autres services, l'objet principal est déterminé par la valeur respective des services.

Même si la directive 2014/23/UE ne le dit pas, on peut raisonner de la même façon pour les concessions de services visant à la fois des services exclus et d'autres services.

### *Principes*

#### Art. 19

L'article 19 détermine le régime applicable aux contrats mixtes, c'est à dire aux contrats qui comportent des éléments de "concession" et des éléments d'autres types de contrats (publics), notamment et en particulier des marchés (publics).

Les règles varient suivant que les différentes parties d'un contrat mixte sont ou non objectivement dissociables.

Si elles sont objectivement indissociables, c'est l'objet principal du contrat qui déterminera le régime applicable.

Si elles sont dissociables, le considérant 30 de la directive 2014/23/UE précise que les adjudicateurs "sont toujours libres d'attribuer des contrats distincts pour les différentes parties du contrat mixte, auquel cas les dispositions applicables à chaque partie distincte sont établies exclusivement eu égard aux caractéristiques du contrat en question". Si, à l'inverse, les adjudicateurs décident d'attribuer un contrat unique (mixte), il était impératif de fixer, dans la directive, les règles qui déterminent quel régime est applicable. C'est l'objet du présent article qui transpose partiellement les dispositions 20.2. à 20.5 de la directive 2014/23/UE. Des règles spécifiques sont prévues pour les contrats mixtes comprenant des éléments de défense et sécurité: c'est l'objet de l'article 20 du présent projet qui transpose l'article 21 de la directive 2014/23/UE.

Comme l'indique le considérant 29 de la directive 2014/23/UE, l'appréciation du caractère dissociable ou non des différentes parties d'un contrat doit se faire au cas par cas et se fonder sur la jurisprudence pertinente de la Cour de justice de l'Union européenne. Les intentions exprimées ou présumées de l'adjudicateur de considérer les différents aspects d'un contrat mixte

van een gemengde overeenkomst als ondeelbaar te beschouwen volstaat niet, maar moet gestaafd worden met objectieve elementen waaruit de noodzaak van één enkele overeenkomst blijkt. Aan die onderbouwde noodzaak om één overeenkomst te sluiten kunnen redenen van technische of economische aard ten grondslag liggen. Die noodzaak kan bijvoorbeeld aanwezig zijn bij het oprichten van één enkel gebouw waarvan een deel rechtstreeks wordt gebruikt door de aanbestedende overheid en een ander deel wordt geëxploiteerd als concessie, bijvoorbeeld in de vorm van een openbare parkeergelegenheid of een openbaar restaurant. Verduidelijkt moet worden dat de noodzaak om één overeenkomst te sluiten kan zijn ingegeven door redenen van technische en economische aard.

In geval van een gemengde opdracht die elementen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen of diensten bevat die onder titel 2 of 3 van de wet inzake overheidsopdrachten vallen, alsook elementen van concessies die onder de onderhavige wet vallen, is de wet inzake overheidsopdrachten systematisch van toepassing.

*Gemengde overeenkomsten waaraan defensie- of veiligheidsaspecten verbonden zijn*

Art. 20

Artikel 20 van dit ontwerp, dat voorziet in de omzetting van artikel 21 van richtlijn 2014/23/EU, voorziet in de specifieke regeling voor gemengde overeenkomsten waaraan zowel aspecten van concessies als defensie- en veiligheidsaspecten verbonden zijn.

De principes blijven dezelfde voor zover ze gebaseerd zijn op het onderscheid tussen overeenkomsten waarvan de onderdelen van elkaar te scheiden zijn en overeenkomsten waarvan de onderdelen niet van elkaar te scheiden zijn en waarbij, wanneer de onderdelen van elkaar te scheiden zijn, de aanbesteders kunnen besluiten afzonderlijke overeenkomsten of één enkele overeenkomst te gunnen. In geval van een overeenkomst waarvan de prestaties niet van elkaar te scheiden zijn en in geval van één enkele (gemengde) overeenkomst gelden evenwel specifieke regels die afwijken van de regeling vervat in artikel 19.

comme indivisibles ne suffisent pas; elles doivent être corroborées par des éléments de preuve objectifs de nature à les justifier et à établir la nécessité de conclure un contrat unique. Ce besoin justifié de conclure un contrat unique pourrait être dû à des raisons techniques ou économiques et pourrait, par exemple, exister dans le cas de la construction d'un seul et même bâtiment dont l'une des parties est destinée à être utilisée directement par le pouvoir adjudicateur concerné et l'autre à être exploitée sur la base d'une concession, par exemple pour offrir des emplacements de stationnement ou un restaurant au public. Il convient de préciser que la nécessité de conclure un contrat unique peut être due à des raisons tant techniques qu'économiques.

Lorsqu'un contrat mixte comprend des éléments de marchés publics de travaux, de fournitures ou de services relevant des titres 2 ou 3 de la loi relative aux marchés publics, ainsi que des éléments de concessions relevant de la présente loi, la loi relative aux marchés publics est systématiquement d'application.

*Contrats mixtes comportant des éléments de défense et de sécurité*

Art. 20

L'article 20 du présent projet, qui transpose l'article 21 de la directive 2014/23/UE, contient le régime spécifique applicable aux contrats mixtes comportant des éléments "concession" et des éléments "défense et sécurité".

Les principes restent identiques dans la mesure où ils reposent sur la distinction entre contrats dont les parties sont dissociables et les contrats dont les parties sont indissociables et où, lorsque les parties sont dissociables, les adjudicateurs peuvent choisir entre attribuer des contrats distincts ou un contrat unique. Par contre les règles applicables en cas de contrat dont les prestations sont indissociables et en cas de contrat unique (mixte) sont particulières et dérogoires au régime fixé à l'article 19.

*Overeenkomsten die betrekking hebben op verschillende activiteiten bedoeld in bijlage II of in titel 3 van de wet inzake overheidsopdrachten*

Art. 21

Artikel 21 voorziet in de gedeeltelijke omzetting van de artikelen 21.1 en 20.4. van richtlijn 2014/23/EU.

De artikelen 22 en 23 voorzien respectievelijk in de omzetting van de artikelen 22 en 23 van richtlijn 2014/23/EU.

Ze voorzien in de regeling die van toepassing is op concessies gegund door aanbestedende entiteiten om te voldoen aan de vereisten van meerdere activiteiten waarvoor verschillende wettelijke regelingen kunnen gelden.

De principes stemmen overeen met die vervat in de artikelen 19 en 20 voor gemengde overeenkomsten. De aanbesteders kunnen immers besluiten om ofwel afzonderlijke overeenkomsten, waarbij elke overeenkomst onderworpen is aan de regeling die geldt voor de betrokken activiteit, ofwel één enkele overeenkomst te gunnen.

Krachtens overweging 31 van richtlijn 2014/23/EU moeten de aanbestedende entiteiten, wanneer ze besluiten één enkele concessie (die betrekking heeft op verschillende activiteiten) te gunnen, in principe de regels toepassen die gelden voor de activiteit waarop deze concessie hoofdzakelijk betrekking heeft. Om te bepalen op welke activiteit de concessie hoofdzakelijk betrekking heeft, kan men zich baseren op een analyse van de vereisten waaraan de specifieke concessie moet voldoen, uitgevoerd door de aanbestedende entiteit met de bedoeling de waarde van de concessie te ramen en de documenten voor de gunning van een concessie op te stellen. Wanneer het objectief onmogelijk is te bepalen op welke activiteit de concessie hoofdzakelijk betrekking heeft, bevat artikel 22 van richtlijn 2014/23/EU, omgezet bij artikel 22 van dit ontwerp, de regels aan de hand waarvan de toepasselijke regeling kan worden bepaald.

*Overeenkomsten voor activiteiten als bedoeld in bijlage II en andere activiteiten*

Art. 22

Artikel 22 van dit ontwerp beoogt de omzetting van artikel 22 van de richtlijn 2014/23/EU. Dit artikel vergt geen andere commentaar dan deze bij artikel 21.

*Contrats couvrant plusieurs activités visées à l'annexe II ou au titre 3 de la loi relatives aux marchés publics*

Art. 21

L'article 21 transpose partiellement les articles 21.1 et 20.4. de la directive 2014/23/UE.

Les articles 22 et 23 transposent respectivement les articles 22 et 23 de la directive 2014/23/UE.

Ils visent à déterminer le régime applicable aux concessions attribuées par des entités adjudicatrices pour satisfaire les exigences inhérentes à différentes activités, soumises éventuellement à des régimes juridiques différents.

Les principes sont identiques à ceux prévus aux articles 19 et 20 pour les contrats mixtes. En effet, les adjudicateurs peuvent choisir entre soit attribuer des contrats distincts, chaque contrat étant alors soumis au régime applicable à l'activité concernée, soit attribuer un contrat unique.

En vertu du considérant 31 de la directive 2014/23/UE, lorsqu'ils décident d'attribuer une concession unique (destinée à couvrir plusieurs activités), les entités adjudicatrices doivent appliquer, en principe, les règles applicables à l'activité à laquelle cette concession est principalement destinée. Pour déterminer à quelle activité la concession est principalement destinée, on peut se fonder sur une analyse des besoins auxquels doit répondre cette concession, effectuée par l'entité adjudicatrice aux fins de l'estimation de la valeur de la concession et de l'établissement des documents d'attribution de la concession. Dans les cas où il s'avère objectivement impossible de déterminer à quelle activité la concession est principalement destinée, l'article 22 de la directive 2014/23/UE, transposé par l'article 22 du présent projet, prévoit les règles à utiliser pour savoir quel régime s'appliquera.

*Contrats couvrant des activités visées à l'annexe II et d'autres activités*

Art. 22

L'article 22 du présent projet transpose l'article 22 de la directive 2014/23/UE. Il n'appelle pas d'autres commentaires que ceux repris sous l'article 21.

Het past echter de aandacht nog te vestigen op het feit dat het begrip aanbestedende entiteit in dit artikel 22 de aanbestedende overheden omvat wanneer deze een concessie sluiten in het kader van de activiteiten in bijlage II.

*Overeenkomsten die de in bijlage II bedoelde werkzaamheden omvatten alsook activiteiten waaraan defensie-of veiligheidsaspecten verbonden zijn*

Art. 23

Artikel 23 voorziet in de omzetting van artikel 23 van richtlijn 2014/23/EU en voorziet in een specifieke regeling voor concessies/overeenkomsten die zowel betrekking hebben op activiteiten inzake defensie en veiligheid als op activiteiten in de speciale sectoren, als bedoeld in bijlage II van dit ontwerp en in Titel 3 van het wetsontwerp inzake overheidsopdrachten.

Het past echter hier ook de aandacht te vestigen op het feit dat het begrip aanbestedende entiteit in dit artikel 22 de aanbestedende overheden omvat wanneer deze een concessie sluiten in het kader van de activiteiten in bijlage II.

TITEL 3

*Algemene bepalingen*

*Beginselen van gelijke behandeling, niet-discriminatie en transparantie*

Art. 24

Artikel 24 voorziet in de gedeeltelijke omzetting van artikel 3.1 van richtlijn 2014/23/EU.

Het wijst erop dat de aanbesteders de beginselen van gelijke behandeling, niet-discriminatie, transparantie en evenredigheid moeten naleven, zowel in het kader van de plaatsing als van de uitvoering van concessie.

Het tweede lid bevat een verwijzing naar de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten (GPA) en andere internationale overeenkomsten. De GPA heeft, in het kader van de Wereldhandelsorganisatie, tot doel een multilateraal kader van evenwichtige rechten en verplichtingen op het gebied van overheidsaankopen tot stand te brengen met het oog op de verdere liberalisering en uitbreiding van de wereldhandel. Voor opdrachten die onder de bijlagen 1, 2, 4 en 5 en de algemene opmerkingen bij aanhangsel I van de Europese Unie bij de GPA-overeenkomst vallen, alsmede onder andere

Rappelons toutefois que la notion d'entité adjudicatrice utilisée au présent article 22 inclut les pouvoirs adjudicateurs lorsqu'ils passent une concession dans le cadre des activités de l'annexe II.

*Contrats couvrant des activités visées à l'annexe II et des activités comportant des aspects défense et sécurité*

Art. 23

L'article 23 transpose l'article 23 de la directive 2014/23/UE et détermine le régime particulier des concessions/contrats qui sont destinés à couvrir à la fois de activités défense et sécurité et des activités "secteurs spéciaux" au sens de l'annexe II du présent projet et du Titre 3 du projet de loi relative aux marchés publics.

Rappelons que la notion d'entité adjudicatrice inclut les pouvoirs adjudicateurs lorsqu'ils passent une concession dans le cadre des activités de l'annexe II.

TITRE 3

*Dispositions générales*

*Principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence*

Art. 24

L'article 24 transpose partiellement l'article 3.1 de la directive 2014/23/UE.

Il indique que les adjudicateurs doivent respecter les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, de transparence et de proportionnalité dans le cadre de la passation mais également de l'exécution des concessions.

Le deuxième alinéa comprend un renvoi à l'Accord sur les Marchés Publics (AMP) et à d'autres conventions internationales. Le but de l'AMP dans le cadre de l'Organisation mondiale du Commerce est d'établir un cadre multilatéral de droits et d'obligations équilibrés en matière d'achats publics en vue de réaliser la libéralisation et l'expansion du commerce mondial. Pour les marchés relevant des annexes 1, 2, 4 et 5 et des notes générales relatives à l'Union européenne de l'appendice I de l'AMP ainsi que d'autres accords internationaux pertinents par lesquels l'Union est liée,

toepasselijke internationale overeenkomsten waardoor de Unie gebonden is, moeten de aanbesteders voldoen aan de verplichtingen uit deze overeenkomsten, door dit ontwerp toe te passen op ondernemers van derde landen die partij bij de overeenkomsten zijn.

*Verbod op mededingingsvertekenende handelingen*

Art. 25

Artikel 25 voorziet in de gedeeltelijke omzetting van artikel 3.1. en artikel 35 van richtlijn 2014/23/EU.

Het beoogt elke mededingingsvertekenende handeling te verbieden en te bestraffen, ongeacht of die uitgaat van aanbesteders (§ 1) of van ondernemers (§ 2).

Elke mededingingsvertekenende handeling, afspraak of overeenkomst door toedoen van ondernemers kan, tijdens de plaatsingsprocedure, de uitsluiting van de kandidaat of inschrijver (zie artikel 52) rechtvaardigen en, indien de concessieovereenkomst met zodanige handeling, overeenkomst of afspraak is gesloten, de stopzetting ervan of iedere andere sanctie wegens een (ernstige) contractuele inbreuk door de concessiehouder.

Artikel 25 voorziet evenwel niet in een specifieke sanctie indien de aanbesteder de mededinging op kunstmatige wijze heeft vertekend of beperkt. De ondernemer die hierdoor nadeel ondervindt, beschikt echter over de in de "rechtsbeschermingswet" genoemde rechtsmiddelen. In de gevallen waarin de door de aanbesteder gekozen offerte twintig procent meer bedraagt dan de raming ervan en de voorschriften van deze wet bijgevolg niet zijn nageleefd, dient de aanbesteder de procedure bovendien stop te zetten (zie artikel 35, § 2 betreffende de raming van de waarde van de concessies en de commentaar bij dat artikel).

*Belangenconflicten*

Art. 26

Artikel 26 van dit ontwerp behandelt de maatregelen om belangenconflicten te voorkomen, te onderkennen en op te lossen. Het voorziet in de omzetting van artikel 35 van richtlijn 2014/23/EU.

De bepalingen van dit artikel 26 stemmen overeen met de bepalingen van artikel 6 van de wet inzake overheidsopdrachten, voor zover het om de plaatsing en uitvoering van een concessie en niet van een opdracht gaat.

les adjudicateurs devraient remplir les obligations prévues par ces accords en appliquant le présent projet aux opérateurs économiques des pays tiers qui en sont signataires.

*Interdiction des actes faussant la concurrence*

Art. 25

L'article 25 transpose partiellement l'article 3.1. et l'article 35 de la directive 2014/23/UE.

Il vise à interdire et sanctionner tout acte visant à fausser la concurrence, qu'il soit posé par les adjudicateurs (§ 1<sup>er</sup>) ou par les opérateurs économiques (§ 2).

Le fait que la concurrence ait été faussée suite à un acte, une entente ou un accord du fait des opérateurs économiques peut justifier, en cours de procédure de passation, l'exclusion du candidat ou soumissionnaire (cf. article 52) et, si le contrat de concession a été conclu suite à ces actes, accords ou ententes, sa résiliation ou toute autre sanction pour manquement contractuel (grave) dans le chef du concessionnaire.

Si, par contre, c'est l'adjudicateur qui a faussé ou limité artificiellement la concurrence, le texte de l'article 25 ne prévoit pas de sanction particulière. Toutefois l'opérateur économique qui s'en trouve préjudicié dispose des voies de recours prévues par la loi "recours". Par ailleurs, dans les cas où l'offre retenue par l'adjudicateur est supérieure de plus de vingt pourcent à son estimation et que, de ce fait, les règles de la présente loi n'ont pas été respectées, l'adjudicateur doit arrêter la procédure (voir article 35, § 2, relatif à l'estimation de la valeur des concessions et le commentaire y relatif).

*Conflits d'intérêt*

Art. 26

L'article 26 du présent projet traite des mesures visant à prévenir, détecter et corriger des conflits d'intérêts. Il vise à transposer l'article 35 de la directive 2014/23/UE.

Les dispositions du présent article 26 sont identiques aux dispositions de l'article 6 de la loi relative aux marchés publics, sous réserve de ce qu'il s'agit de la passation ou exécution d'une concession et non d'un marché.

Paragraaf 2 bepaalt dat het principiële verboden is, wanneer iemand zich in een toestand van belangenconflict bevindt, om rechtstreeks of onrechtstreeks tussen te komen bij de plaatsing of uitvoering van de concessie.

In uitzonderlijke gevallen is dit verbod niet van toepassing. Dit kan het geval zijn wanneer het belangenconflict de aanbesteder verhindert in zijn behoeften te voorzien of zelfs de continuïteit van de openbare dienst waarmee hij belast is in gevaar brengt. Het is immers denkbaar dat er gevallen zijn waarin de aanbesteder over geen enkele oplossing beschikt om de concessie verder af te wikkelen in geval van wraking van de betrokken ambtenaar of openbare gezagsdrager; dit kan het geval zijn wanneer geen enkele andere persoon juridisch gemachtigd is om de concessie verder af te wikkelen, zelfs bij delegatie. De aanbesteder moet alle interne middelen waarover hij beschikt, hebben uitgeput.

In deze gevallen zal het mogelijk om artikel 52 toe te passen, volgens hetwelke de aanbesteder, in elk stadium van de plaatsingsprocedure, een kandidaat of een inschrijver kan uitsluiten, wanneer een belangenconflict niet met andere minder ingrijpende maatregelen kan worden verholpen.

Aangezien de aanbesteders, volgens paragraaf 1, de nodige maatregelen moeten treffen om tijdens de plaatsing en uitvoering van een concessie belangenconflicten doeltreffend te voorkomen, te onderkennen en op te lossen, zou de hierboven beschreven situatie zich echter slechts in uitzonderlijke gevallen voordoen. De aanbesteders moeten immers de nodige maatregelen treffen om ervoor te zorgen dat de bevoegdheden van een ambtenaar of openbaar gezagsdrager die zichzelf wraakt, waar mogelijk, worden overgedragen aan andere ambtenaren of openbare gezagsdragers, zodat de plaatsingsprocedure (of de uitvoering) van de concessie gewoon verder kan worden afgewikkeld.

### *Sociaal, milieu- en arbeidsrecht*

#### Art. 27

Artikel 27 van dit ontwerp voorziet in de omzetting van artikel 30.3 van richtlijn 2014/23/EU. Het stemt overeen met artikel 7 van de wet inzake overheidsopdrachten.

Een algemene draagwijdte wordt gegeven aan de verplichting, voor de kandidaten, inschrijvers en concessiehouders en voor hun onderaannemers, om al hun verplichtingen krachtens het milieu-, sociaal en arbeidsrecht (zowel nationaal, Europees als internationaal) na te leven. In geval van niet-naleving van deze algemene

Le paragraphe 2 pose un principe d'interdiction, pour une personne qui se trouve en conflit d'intérêt, d'intervenir, directement ou indirectement, dans la passation ou l'exécution de la concession.

Cette interdiction peut disparaître dans des cas exceptionnels. Ce serait le cas lorsque la situation de conflit d'intérêt empêche l'adjudicateur de pourvoir à ses besoins voire met en péril la continuité du service public dont il est en charge. On peut en effet concevoir qu'il peut y avoir des cas où l'adjudicateur ne dispose d'aucune solution lui permettant de poursuivre la concession en cas de récusation du fonctionnaire ou l'officier public concerné; ce serait le cas s'il n'existe aucune autre personne habilitée juridiquement à poursuivre la concession, fût-ce par délégation. L'adjudicateur doit avoir épuisé tous les moyens disponibles en interne.

Dans ces cas, il sera possible d'appliquer l'article 52, selon lequel l'adjudicateur peut exclure, à quelque stade que ce soit de la procédure de passation, un candidat ou un soumissionnaire, lorsqu'il ne peut être remédié à un conflit d'intérêts par d'autres mesures moins intrusives.

Les adjudicateurs étant tenus, en vertu du paragraphe 1<sup>er</sup>, de prendre les mesures nécessaires permettant de prévenir, de détecter et de corriger de manière efficace des conflits d'intérêts survenant lors de la passation et de l'exécution d'une concession, la situation décrite ci-dessus ne devrait vraiment se présenter que dans des cas exceptionnels. Les adjudicateurs doivent en effet prendre les mesures nécessaires afin que les compétences d'un fonctionnaire ou d'un officier public qui se récuse soient, dans la mesure du possible, transférées à d'autres fonctionnaires ou officiers publics, de sorte que la procédure de passation (ou l'exécution) de la concession puisse être poursuivie.

### *Droit social, environnemental et du travail*

#### Art. 27

L'article 27 du présent projet transpose l'article 30.3 de la directive 2014/23/UE. Il est identique à l'article 7 de la loi relative aux marchés publics.

Une portée générale est conférée à l'obligation, pour les candidats, soumissionnaires et concessionnaires et leurs sous-traitants, de se conformer à toutes les obligations qui leur incombent en vertu du droit (national, de l'Union ou international) environnemental, social et du travail. En cas de manquement à cette obligation

verplichting kan de ondernemer worden bestraft, zowel in het stadium van de plaatsing (cf. artikelen 50, 51 en 52 betreffende de uitsluitingsgronden) als van de uitvoering van de concessie.

De naleving van deze wettelijke, Europese en internationale verplichtingen mag niet worden verward met de sociale of milieuclausules waarin de aanbesteder bovendien kan voorzien als uitvoeringsvoorwaarden, technische of functionele specificaties of nog als gunnings- of selectiecriteria. Deze clausules gaan verder dan de naleving van deze wettelijke of internationale verplichtingen.

De naleving door de ondernemers van hun verplichtingen inzake milieu-, sociaal en arbeidsrecht wordt voortaan beschouwd als een leidend beginsel in het kader van de wetgeving betreffende de concessies en overheidsopdrachten.

Voor het Belgisch sociaal en arbeidsrecht betreft het onder meer, ongeacht of deze voortvloeien uit de wet of uit paritaire akkoorden op federaal, gewestelijk of lokaal vlak, de wet- en regelgeving en conventionele bepalingen die betrekking hebben op:

- de uitbetaling van het loon;
- het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk;
- de algemene tewerkstellingsvoorwaarden;
- tewerkstelling van buitenlandse werknemers;
- de verplichtingen op het vlak van de sociale zekerheid.

Er wordt aan herinnerd dat de ondernemers die voor de uitvoering van de opdracht in België ter beschikking gestelde werknemers tewerkstellen, zoals bedoeld in de wet van 5 maart 2002 tot omzetting van richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, en tot invoering van een vereenvoudigd stelsel betreffende het bijhouden van sociale documenten door ondernemingen die in België werknemers ter beschikking stellen, ten minste de krachtens deze wet van toepassing zijnde de arbeids-, loons- en tewerkstellingsvoorwaarden moeten naleven en doen naleven door elke persoon die handelt als onderaannemer in welke fase ook, en door elke persoon die personeel tewerkstelt voor de uitvoering van de concessie.

générale, l'opérateur économique pourra être sanctionné, tant au stade de la passation (cf. articles 50, 51 et 52 définissant les motifs d'exclusion) que de l'exécution de la concession.

Le respect de ces obligations légales, européennes et internationales n'est pas à confondre avec les clauses sociales ou environnementales que l'adjudicateur peut par ailleurs prévoir au titre des conditions d'exécution, spécifications techniques ou fonctionnelles ou encore des critères d'attribution ou de sélection et qui vont au-delà du respect de ces obligations légales ou internationales.

Le respect par les opérateurs économiques de leurs obligations dans les domaines du droit environnemental, social et du travail est désormais considéré comme un principe directeur dans la législation relative aux concessions et aux marchés publics.

En ce qui concerne le droit social et du travail belge, il s'agit notamment des dispositions légales, réglementaires et conventionnelles, que celles-ci résultent de la loi ou d'accords paritaires sur le plan fédéral, régional ou local, concernant:

- le paiement de la rémunération;
- le bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail;
- les conditions générales de travail;
- l'occupation de travailleurs étrangers;
- les obligations en matière de sécurité sociale.

Il est rappelé que les opérateurs économiques qui mettent à disposition, pour l'exécution du marché, des travailleurs détachés en Belgique, tels que visés dans la loi du 5 mars 2002 transposant la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et instaurant un régime simplifié pour la tenue de documents sociaux par les entreprises qui détachent des travailleurs en Belgique, sont tenus de respecter au moins les conditions de travail, de rémunérations et d'emploi applicables en vertu de la présente loi et de les faire respecter par toute personne agissant en qualité de sous-traitant à quelque stade que ce soit, et par toute personne mettant du personnel à disposition pour l'exécution de la concession.

Bovendien herinneren we eraan dat de wetgever recent heeft voorzien in aantal in detail uitgewerkte stelsels inzake hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden.

Meer bepaald heeft de wetgever, via de programwet van 29 maart 2012, de artikelen 35/1 tot en met 35/6 ingevoegd in de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers (hierna de wet van 12 april 1965 genoemd). Het stelsel van hoofdelijke aansprakelijkheid dat die wet heeft ingevoerd, is van toepassing voor bepaalde activiteiten (niet alleen in de bouwsector, maar ook in de bewakings-/toezichtsector, de landbouwsector, enz.) en is afhankelijk van een overeenkomstig het Sociaal Strafwetboek opgemaakte kennisgeving van de arbeidsinspectie, waarbij de opdrachtgevers, aannemers en onderaannemers die voor de betreffende activiteiten een beroep doen op een of meer aannemers of onderaannemers, schriftelijk ervan in kennis worden gesteld dat hun aannemers of de na hun aannemers komende onderaannemers, de verplichting om aan hun werknemers tijdig het loon te betalen waarop deze recht hebben, ernstig verwaarlozen. Veertien (14) werkdagen na deze kennisgeving neemt de hoofdelijke aansprakelijkheid een aanvang. Tijdens die termijn krijgen de betrokken opdrachtgever, aannemers en onderaannemers eerst nog de mogelijkheid om, desgevallend, de nodige maatregelen te nemen.

Artikel 27 van dit ontwerp bepaalt dat de inbreuken op de sociale verplichtingen die door de aanbesteder worden vastgesteld, aanleiding geven tot de toepassing van de van de in deze wet genoemde uitsluitingen en, indien de concessie reeds is gesloten, van de maatregelen voor inbreuken op de bepalingen van de concessie (herziening, stopzetting, enz.), zo dit nodig zou zijn. Dit zou niet het geval zijn indien de inbreuken niet ernstig zijn of indien, na ontvangst van het proces-verbaal van ingebrekestelling, de concessiehouder zijn situatie heeft geregulariseerd.

De verplichtingen inzake betalingen in het domein van de sociale zekerheid zijn sociaalrechtelijke verplichtingen.

De niet-naleving door de concessiehouder van zijn fiscale verplichtingen is niet opgenomen bij de algemene beginselen, maar vormt een verplichte uitsluitingsgrond.

Rappelons par ailleurs que le législateur a récemment prévu un certain nombre de régimes détaillés en matière de responsabilité solidaire pour les dettes salariales.

Plus précisément, le législateur a inséré, par le biais de la loi-programme du 29 mars 2012, les articles 35/1 à 35/6 inclus dans la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs (ci-après la loi du 12 avril 1965). Le régime de responsabilité solidaire instauré par cette loi s'applique à certaines activités (dans le secteur de la construction mais également du gardiennage/de la surveillance, de l'agriculture, etc.) et dépend d'une notification de l'inspection du travail établie conformément au Code pénal social, par laquelle les donneurs d'ordre, les entrepreneurs et les sous-traitants qui font appel, pour les activités concernées à un ou à plusieurs entrepreneurs ou sous-traitants, sont informés par écrit que leurs entrepreneurs ou les sous-traitants se succédant à ceux-ci, manquent gravement à leur obligation de payer dans les délais, à leurs travailleurs, la rémunération à laquelle ceux-ci ont droit. Quatorze (14) jours ouvrables après cette notification, la responsabilité solidaire commence à courir. Pendant ce délai, il est permis d'abord au donneur d'ordre, aux entrepreneurs et aux sous-traitants concernés de prendre, le cas échéant, les mesures nécessaires.

L'article 27 du présent projet prévoit que les manquements aux obligations sociales constatés par l'adjudicateur donnent lieu à l'application des exclusions prévues par la présente loi et, si la concession est déjà conclue, des mesures prévues en cas de manquement aux clauses de la concession (révision, résiliation, etc.), si cela s'avère nécessaire. Ce qui ne serait pas le cas si les manquements ne sont pas graves ou si, après réception du proces-verbal de manquement, le concessionnaire a régularisé sa situation.

Les obligations de paiement en matière de sécurité sociale sont des obligations de droit social.

Le non-respect par le concessionnaire de ses obligations fiscales n'est pas repris au titre des principes généraux, mais constitue une cause d'exclusion obligatoire.



*Prijs*

## Art. 28

Artikel 28 neemt het beginsel van de forfaitaire grondslag die van toepassing is voor de overheidsopdrachten en de begrenzings of uitzonderingen erop over uit het wetsontwerp inzake overheidsopdrachten en past het aan de concessies aan.

Wanneer de concessie samengaat met de betaling van een prijs door de aanbestedder, dan moet deze forfaitair zijn. Het forfaitair principe was eveneens van toepassing op de concessies (van openbare werken) onder de wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten. Het werd bijgevolg overgenomen in dit ontwerp. Het is eveneens gerechtvaardigd door de overdracht van risico die karakteristiek is voor de concessies. De flexibiliteit nodig in het geval van complexe concessieopdrachten heeft de wetgever er echter toe geleid uitzonderingen te aanvaarden, voor zover deze behoorlijk gemotiveerd zijn in de concessiedocumenten.

De aanbestedder zal er in de opdrachtdocumenten over waken dat hij over de nodige middelen beschikt om de prijzenstructuur te controleren en, in dit kader, onder meer ook de structuur en de kost van de financiering. Het betreft immers een belangrijk instrument in het kader van de strijd tegen de sociale dumping, dat geconcipeerd zal worden in functie van de aard, van het belang en van het domein waarbinnen de concessieovereenkomst gesitueerd is.

Dit ontwerp bevestigt het principe van de forfaitaire prijs enkel in hoofde van de prijs betaald door de aanbestedder. Het staat de partijen vrij in het concessiedocument of -contract het al dan niet forfaitair karakter op te leggen van de eventuele vergoedingen, die contractueel ten laste vallen van de concessiehouder ten voordele van de aanbestedder. Indien deze een forfaitair karakter voorzien, kan eveneens een prijsherzieningsclausule (indexatie) van het bedrag van de vergoeding voorzien worden. In dit geval zal de uitsluiting van toepassing van artikel 57 van de economische herstellwet ook van toepassing zijn ingevolge diens algemene formulering.

Artikel 28, § 2, geeft echter aan dat deze forfaitaire grondslag geen belemmering vormt voor een herziening (vaak "indexering" genoemd) van deze prijs, zodat deze kan worden aangepast aan de prijsevolutie van de componenten van de kosten en investeringen van de concessiehouder.

Deze herziening ("indexering") kan enkel plaatsvinden voor zover de concessieovereenkomst een herzieningsclausule ("indexeringsclausule") bevat, ofwel omdat de

*Prix*

## Art. 28

L'article 28 reprend le principe du forfait applicable aux marchés publics, en l'adaptant aux concessions, et indique également ses limites ou exceptions.

Lorsque la concession est assortie d'un prix payé par l'adjudicateur, il doit être forfaitaire. Le principe de forfait s'appliquait également aux concessions (de travaux publics) sous la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics. Il est donc repris dans le présent projet. Il se justifie également par le transfert de risques qui caractérise les concessions. La flexibilité nécessaire aux contrats complexes de concession a toutefois conduit le législateur à accepter des exceptions pour autant qu'elles soient dûment motivées dans les documents de concession.

L'adjudicateur veillera à se donner les moyens, dans les documents de concession, de pouvoir contrôler la structure du prix et notamment, dans ce cadre, la structure et le coût du financement. Il s'agit en effet d'un outil important dans le cadre de la lutte contre le dumping social, qui sera conçu en fonction de la nature, de l'importance et du domaine dans lequel se situe la concession.

Le présent projet ne consacre le principe forfaitaire que pour le prix payé par l'adjudicateur. Les parties sont libres de déterminer dans le document/contrat de concession le caractère, forfaitaire ou non, des éventuelles redevances mises contractuellement à charge du concessionnaire au bénéfice de l'adjudicateur. Si elles prévoient un caractère forfaitaire, elles peuvent également prévoir une clause de révision (indexation) du montant de la redevance. Dans ce cas, l'exclusion de l'application de l'article 57 de la loi de redressement économique s'appliquera également vu sa formulation générale.

L'article 28, § 2, indique toutefois que ce caractère forfaitaire ne fait pas obstacle à une clause de "révision" (dite souvent "indexation") de ce prix de sorte qu'il puisse s'adapter à l'évolution du prix des composantes du coût et des investissements supportés par le concessionnaire.

Cette révision ("indexation") ne peut se faire que pour autant qu'une clause de révision ("indexation") ait été reprise dans le contrat de concession, soit qu'elle a été

aanbesteder deze heeft opgenomen in het concessiedocument (bestek), ofwel omdat hij de grenzen/essentiële eisen ervan heeft bepaald en het aan de inschrijvers heeft overgelaten om een herzieningsclausule (indexeringsclausule) op te nemen in hun offerte.

De Koning zal de nadere regels van deze herzieningsclausules bepalen, in de wetenschap dat deze niet onder artikel 57 van de herstellwet van 1976 zullen vallen, die niet toepasselijk wordt verklaard op concessies. Deze uitzondering heeft zowel betrekking op de concessieovereenkomst als op de contracten afgesloten tussen de concessiehouder en zijn onderaannemers en tussen de onderaannemers onderling.

In paragraaf 3 verschaft artikel 28 een wettelijke grondslag aan een tweede versoepeling van het beginsel van de forfaitaire grondslag: de imprevisie. De paragraaf voorziet dat de concessies gewijzigd kunnen worden in geval van een ontwrichting van het contractueel evenwicht, in de gevallen en volgens de modaliteiten bepaald door de Koning, die de uitvoeringsregels voor de concessies zal bepalen. Deze wijziging van de concessie mag niet worden verward met de in paragraaf 1 bedoelde herziening/indexering ervan, die van toepassing is buiten ieder geval van imprevisie om.

#### *Betalingen*

##### Art. 29

Artikel 29 neemt het voor overheidsopdrachten geldende beginsel over volgens hetwelk betalingen alleen mogen worden gedaan voor verstrekte en aanvaarde prestaties. De Koning zal op vrij ruime wijze bepalen welke afwijkingen toegestaan zijn, aangezien concessies over het algemeen ingewikkelde overeenkomsten zijn die een zekere flexibiliteit vereisen op het gebied van organisatie en contractualisering.

#### *Ondernemers*

##### Art. 30

Artikel 30 voorziet in de omzetting van artikel 26 van richtlijn 2014/23/EU en stemt overeen met artikel 8 van de wet inzake overheidsopdrachten.

Paragraaf 1, eerste lid, bevat een regel die inherent is aan de beginselen van het vrije verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging van het Verdrag. Volgens het tweede lid mogen aanbesteders rechtspersonen die deelnemen aan een procedure, verplichten om in hun offerte (of in hun aanvraag tot deelneming) de namen

fixée par l'adjudicateur dans le document de concession (cahier des charges), soit qu'il en ait déterminé les limites/exigences essentielles et ait laissé aux soumissionnaires le soin de prévoir une clause de révision (indexation) dans leur offre.

Le Roi fixera les modalités précises de ces clauses de révision, sachant qu'elles ne seront pas encadrées par les dispositions de l'article 57 de la loi de redressement de 1976 qui est rendu inapplicable aux concessions. Cette exclusion vise tant le contrat de concession que les contrats conclus par le concessionnaire avec ses sous-traitants et entre les sous-traitants.

En son paragraphe 3, l'article 28 donne un fondement légal à un deuxième assouplissement au principe du forfait: la théorie de l'imprévision. Ce paragraphe prévoit que la concession peut être modifiée en cas de bouleversement de l'équilibre contractuel, dans les cas et suivant les modalités qui seront déterminés par le Roi qui fixera les règles d'exécution des concessions. Cette modification de la concession n'est pas à confondre avec la révision/indexation visée au paragraphe 1<sup>er</sup> qui s'applique en dehors de toute hypothèse d'imprévision.

#### *Paiements*

##### Art. 29

L'article 29 reprend le principe du paiement pour service fait et accepté applicable aux marchés publics. Le Roi indiquera les dérogations qui seront admises de façon assez large dans la mesure où les concessions sont généralement des contrats complexes qui requièrent une flexibilité certaine pour les organiser et contractualiser.

#### *Opérateurs économiques*

##### Art. 30

L'article 30 transpose l'article 26 de la directive 2014/23/UE. Il est identique à l'article 8 de la loi relative aux marchés publics.

Le paragraphe 1<sup>er</sup> pose, en son premier alinéa, une règle inhérente aux principes de libre circulation des services et de liberté d'établissement du Traité. En son deuxième alinéa, il permet aux adjudicateurs d'imposer aux personnes morales qui participent à la procédure d'indiquer dans leur offre (ou leur demande

en beroepskwalificaties te vermelden van de natuurlijke personen die met de uitvoering van de concessie worden belast.

Paragraaf 2 wijst erop dat een aanbesteder in de fase van de selectie of indiening van de offerte niet mag eisen dat een combinatie van inschrijvers de vorm van een tijdelijke vereniging of iedere andere vorm uit het Wetboek van vennootschappen of het Burgerlijk Wetboek zou aannemen. Volgens paragraaf 3 mag de aanbesteder daarentegen in zijn concessiedocumenten van de concessie houdende combinatie eisen dat zij een bepaalde vorm aanneemt voor de uitvoering van de concessie. Deze eis kan tegemoetkomen aan financieringsvoorwaarden van de concessie en/of aan waarborgen betreffende de aansprakelijkheid van de concessiehouder.

Volgens paragraaf 2 kunnen aanbesteders in de concessieaankondiging of de concessiedocumenten verduidelijken hoe een combinatie van ondernemers moet voldoen aan de selectievoorwaarden.

Opgemerkt dient te worden dat, in geval van een combinatie, iedere ondernemer die lid is van deze combinatie in principe moet aantonen dat hij zich niet in een uitsluitingsgeval bevindt. De combinatie moet daarentegen, eveneens in principe, in haar geheel voldoen aan de selectievoorwaarden, rekening houdend met de regel dat een inschrijver/kandidaat een beroep kan doen op de draagkracht van derden of van de leden van zijn combinatie om te voldoen aan de kwalitatieve selectievoorwaarden (cf. artikel 49).

Volgens de tweede paragraaf mogen aanbesteders afwijken van dit beginsel door te voorzien in andere regels om te bepalen of een combinatie voldoet aan de selectievoorwaarden, maar enkel om objectieve redenen die het evenredigheidsbeginsel in acht nemen. Deze bepaling sluit aan bij het arrest van het Hof van Justitie van 10 oktober 2013 (zaak C-94/12), waarin het Hof erkende dat het "uiteraard niet uitgesloten [is] dat werkzaamheden bijzonderheden vertonen die een bepaalde draagkracht vereisen die niet kan worden verkregen door de kleinere draagkracht van meerdere ondernemingen bij elkaar te brengen. In een dergelijke situatie zou de aanbestedende dienst mogen verlangen dat één ondernemer het minimumniveau van de betrokken draagkracht heeft of, in voorkomend geval [...] dat de draagkracht door een beperkt aantal ondernemers wordt geleverd, voor zover dat vereiste verband zou houden met en in verhouding zou staan tot het voorwerp van de opdracht".

de participation) quelles sont les personnes physiques qui seront en charge de l'exécution de la concession en précisant leurs qualifications professionnelles.

Le paragraphe 2 rappelle qu'un adjudicateur ne peut pas exiger, au stade de la sélection ou de la remise d'offre, qu'un groupement de soumissionnaires prenne la forme d'une société momentanée ou de toute autre forme prévue par le Code des Sociétés ou le Code Civil. Par contre, comme l'indique le paragraphe 3, l'adjudicateur peut imposer, dans ses documents de concession, que le groupement concessionnaire prenne une forme déterminée pour l'exécution de la concession. Cette exigence peut répondre à des contraintes de financement de la concession et/ou à des garanties relatives à la responsabilité du concessionnaire.

Le paragraphe 2 autorise les adjudicateurs à préciser dans l'avis de concession ou les documents de concession comment, en cas de groupement d'opérateurs économiques, il doit être satisfait aux conditions de sélection.

Rappelons qu'en principe, en cas de groupement, chaque opérateur membre doit établir qu'il ne se trouve pas en situation d'exclusion. Par contre, et toujours en principe, c'est dans son ensemble que le groupement doit satisfaire aux conditions de sélection, tenant compte de la règle suivant laquelle un soumissionnaire/candidat peut faire valoir la capacité de tiers ou des membres de son groupement pour satisfaire aux conditions de sélection qualitative (cf. article 49).

Le deuxième paragraphe autorise les adjudicateurs à déroger à ce principe en prévoyant d'autres règles pour établir qu'un groupement répond aux conditions de sélection, mais uniquement pour des raisons objectives et respectueuses du principe de proportionnalité. Cette disposition fait écho à l'arrêt de la Cour de Justice du 10 octobre 2013 (aff. C-94/12) dans lequel la Cour avait admis "qu'il ne saurait être exclu qu'il existe des travaux qui présentent des particularités nécessitant une certaine capacité qui n'est pas susceptible d'être obtenue en rassemblant des capacités inférieures de plusieurs opérateurs. Dans une telle hypothèse, le pouvoir adjudicateur serait fondé à exiger que le niveau minimal de la capacité concernée soit atteint par un opérateur économique unique ou, le cas échéant, par le recours à un nombre limité d'opérateurs économiques [...], dès lors que cette exigence serait liée et proportionnée à l'objet du marché en cause".

Om dezelfde redenen en binnen dezelfde grenzen kan de aanbesteder in de concessiedocumenten ook voorwaarden opnemen voor de uitvoering van de concessie door een combinatie van ondernemers (zoals de hoofdelijke aansprakelijkheid van de leden van een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid) die verschillen van de voorwaarden voor de uitvoering van de concessie door één enkele ondernemer (één juridische entiteit). Zoals hiervoor vermeld, kan de aanbesteder van een combinatie ook eisen dat ze een bepaalde vorm aanneemt voor de uitvoering van de concessie, indien dit nodig is voor de goede uitvoering van de overeenkomst.

### *Vertrouwelijkheid*

#### Art. 31

Artikel 31, dat voorziet in de omzetting van artikel 28 van richtlijn 2014/23/EU, bepaalt de regels betreffende de toegang tot de documenten en de beperkingen ervan in verband met de vertrouwelijkheid.

De eerste paragraaf verwijst naar artikel 10, § 2, tweede lid, van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, dat gewijzigd moet worden om de artikelen van Titel 4 van de richtlijn 2014/23/EU om te zetten. Volgens dit artikel hebben de kandidaten, deelnemers, inschrijvers en derden geen toegang tot de documenten betreffende de procedure, met name de aanvragen tot deelneming, de offertes en de interne documenten van de aanbesteder, zolang de aanbesteder geen beslissing heeft genomen, naargelang het geval, over de selectie van de kandidaten of deelnemers, de evaluatie van de offertes, de gunning van de opdracht of de beslissing om af te zien van het plaatsen van de opdracht. Pas na de beslissing kan toegang tot de documenten worden verleend met inachtneming van de beperkingen in paragraaf 2.

Er wordt evenwel een uitzondering toegestaan op de regel in het eerste lid ten behoeve van de onderhandelingen die in het kader van de plaatsingsprocedure worden gevoerd: de aanbesteder mag uitzonderlijk de vertrouwelijke informatie die een aan de onderhandelingen deelnemende kandidaat of inschrijver heeft verstrekt, aan de andere deelnemers meedelen, voor zover hij beschikt over diens voorafgaande, schriftelijke toestemming. Deze toestemming mag geen algemene strekking hebben, maar moet verwijzen naar de beoogde bekendmaking van specifieke informatie.

Paragraaf 2 verbiedt de aanbesteder om vertrouwelijke informatie bekend te maken die kandidaten of

Pour les mêmes raisons et dans les mêmes limites, l'adjudicateur peut également prévoir, dans les documents de concession, des conditions d'exécution de la concession par un groupement d'opérateurs économiques (telles que la responsabilité solidaire des membres d'un groupement sans personnalité juridique) qui diffèrent des conditions d'exécution de la concession par un opérateur unique (une seule entité juridique). L'adjudicateur peut également, comme indiqué ci-avant, exiger que le groupement prenne une forme déterminée pour l'exécution de la concession, si la bonne exécution du contrat le nécessite.

### *Confidentialité*

#### Art. 31

L'article 31, qui transpose l'article 28 de la directive 2014/23/UE, fixe les règles concernant l'accès aux documents et ses restrictions liées à la confidentialité.

Le premier paragraphe fait écho aux dispositions de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, qui doit être modifiée pour transposer les articles du Titre 4 de la directive 2014/23/UE. Selon l'actuel article 10, § 2, alinéa 2 de cette loi, les candidats, les participants, les soumissionnaires et les tiers n'ont aucun accès aux documents relatifs à la procédure, notamment aux demandes de participation, aux offres et aux documents internes de l'adjudicateur, et ce aussi longtemps que l'adjudicateur n'a pas pris de décision, selon le cas, relativement à la sélection des candidats ou des participants, à l'évaluation des offres, l'attribution du marché ou à la renonciation à la passation du marché. Ce n'est qu'après la prise de décision que l'accès à ces documents peut être accordé dans le respect des limitations prévues au paragraphe 2.

La règle de l'alinéa 1<sup>er</sup> reçoit toutefois une exception pour les besoins des négociations menées dans le cadre de la procédure de passation: l'adjudicateur peut exceptionnellement révéler aux autres participants les informations confidentielles communiquées par un candidat ou un soumissionnaire participant aux négociations, pour autant qu'il ait obtenu un accord écrit et préalable de ce dernier. Cet accord ne revêt pas la forme d'une renonciation générale mais vise des informations précises dont la communication est envisagée.

Le paragraphe 2 interdit à l'adjudicateur de divulguer les informations confidentielles communiquées par les

inschrijvers in het kader van de plaatsingsprocedure van een concessie hebben verstrekt. Wat betreft aanbesteders die administratieve overheden zijn, is dit verbod slechts van toepassing voor zover het niet tegenstrijdig is met de wetten, decreten en ordonnances betreffende de openbaarheid van bestuur. Voor de overige aanbesteders betreft het een absoluut verbod, onverminderd de verplichtingen inzake bekendmaking en informatieverstrekking in deze wet en in de wet van 17 juni 2013.

Volgens paragraaf 3 kan de aanbesteder vertrouwelijkheid opleggen met betrekking tot informatie die hij beschikbaar stelt in het kader van de plaatsing of uitvoering van een concessie.

### *Communicatiemiddelen*

#### Art. 32

Artikel 32 van dit ontwerp voorziet in de omzetting van artikel 29 van richtlijn 2014/23/EU.

Er dient evenwel te worden opgemerkt dat vooraankondigingen, concessieaankondigingen en aankondigingen van gegunde concessies enkel langs elektronische weg bekendgemaakt kunnen worden. Behoudens in de door de Koning voorziene gevallen, zal de aanbesteder voor elke mededeling en uitwisseling van informatie met de ondernemers, kandidaten, inschrijvers gebruik maken van elektronische middelen.

Het begrip “elektronische middelen” moet worden begrepen volgens de definitie in artikel 2, 41°, van de wet inzake overheidsopdrachten, dat wil zeggen “elektronische apparatuur voor de verwerking, met inbegrip van digitale compressie, en opslag van gegevens die worden verspreid, overgebracht en ontvangen door draden, straalverbindingen, optische middelen of andere elektromagnetische middelen”.

### *Voorbehouden concessies*

#### Art. 33

Artikel 33 voorziet in de omzetting van artikel 24 van richtlijn 2014/23/EU en stemt overeen met artikel 15 van de wet inzake overheidsopdrachten.

Deze bepaling laat aanbesteders toe om het recht om deel te nemen aan plaatsingsprocedures voor te behouden aan beschermde werkplaatsen en aan ondernemers die de maatschappelijke en professionele

candidats ou soumissionnaires dans le cadre de la procédure de passation d’une concession. Cette interdiction ne s’applique que pour autant qu’elle n’entre pas en contradiction avec les lois, décrets et ordonnances relatifs à la publicité de l’administration, pour ceux des adjudicateurs qui sont des autorités administratives. Pour les autres adjudicateurs, l’interdiction est absolue, sans préjudice des obligations de publicité et d’information prévues par la présente loi et la loi du 17 juin 2013.

Le paragraphe 3 permet à l’adjudicateur d’imposer la confidentialité aux informations qu’il met à disposition dans le cadre de la passation ou de l’exécution d’une concession.

### *Moyens de communication*

#### Art. 32

L’article 32 du présent projet transpose l’article 29 de la directive 2014/23/UE.

Rappelons toutefois que les avis de préinformation, de concession ou d’attribution de concession ne peuvent être publiés que par des moyens électroniques. Ces modalités prévues par la directive 2014/23/UE seront transposées dans l’arrêté royal d’exécution du présent projet de loi. Sauf dans les cas prévus par le Roi, l’adjudicateur utilisera les moyens électroniques pour toutes les communications et tous les échanges d’informations avec les opérateurs économiques, candidats, soumissionnaires et concessionnaires.

La notion de moyens électroniques doit être entendue au sens défini par l’article 2, 41°, de la loi relative aux marchés publics, c’est-à-dire “un équipement électronique de traitement, y compris la compression numérique, et de stockage de données, diffusées, acheminées et reçues par fils, par radio, par moyens optiques ou par d’autres moyens électromagnétiques”.

### *Concessions réservées*

#### Art. 33

L’article 33 transpose l’article 24 de la directive 2014/23/UE. Il est identique à l’article 15 de la loi relative aux marchés publics.

Cette disposition permet aux adjudicateurs de réserver le droit de participer aux procédures de passation à des ateliers protégés et à des opérateurs économiques dont l’objet principal est l’intégration sociale et

integratie van personen met een handicap of kansarmen tot hoofddoel hebben, of de uitvoering van deze concessies voor te behouden in het kader van programma's voor beschermde arbeid. De terminologie om deze instellingen te benoemen is verschillend naargelang de deelstaat. Zo worden in het Vlaams Gewest bijvoorbeeld de benamingen "beschutte werkplaats" en "maatwerkbedrijf" gebruikt. In het Waals Gewest spreekt men van "entreprise de travail adapté". Bijgevolg wordt de terminologie van de richtlijn gevolgd. Men zal dus moeten nagegaan of de voorwaarden voor de toepassing van deze bepaling vervuld zijn, ongeacht de benaming van de instelling. Bijgevolg worden werkplaatsen, ondernemers en programma's aanvaard die beantwoorden aan gelijkwaardige voorwaarden als die welke met name in de decreten of ordonnances zijn vastgesteld.

Beroep en werk zijn bevorderlijk voor maatschappelijke integratie en zijn van fundamenteel belang voor het waarborgen van gelijke kansen voor iedereen. Beschermde werkplaatsen kunnen in dit verband een belangrijke rol spelen. Hetzelfde geldt voor andere sociale ondernemingen waarvan het belangrijkste doel de ondersteuning is van de sociale en beroepsmatige integratie of herintegratie van personen met een handicap en kansarmen, zoals bepaalde categorieën werklozen, leden van achtergestelde minderheden of andere maatschappelijk gemarginaliseerde groepen. Het is echter mogelijk dat dergelijke werkplaatsen of ondernemingen er bij normale mededingingsvoorwaarden niet in slagen om concessies toegewezen te krijgen. Daarom kunnen aanbesteders de toegang tot plaatsingsprocedures van concessies aan hen voorbehouden indien zij dit passend of wenselijk achten.

Het voorbehouden van een concessie belet uiteraard niet dat de voorschriften en beginselen van dit ontwerp, zowel wat betreft de bekendmaking, de kwalitatieve selectie als de uitsluitingsgronden, alsook andere procedurele waarborgen moeten worden toegepast. De toepassing ervan wordt evenwel beperkt tot de vernoemde ondernemers (ook van de andere lidstaten indien een Europese bekendmaking vereist is), die op gelijke en niet-discriminerende wijze moeten worden behandeld, met inachtneming van de beginselen van transparantie en evenredigheid.

Artikel 33 bepaalt tevens dat *de uitvoering* van een concessie kan worden voorbehouden aan ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van kansarmen tot hoofddoel hebben.

Kunnen bijvoorbeeld als kansarm worden beschouwd:

professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées, ou de réserver l'exécution de ces concessions dans le cadre de programmes d'emplois protégés. La terminologie utilisée pour désigner ces organismes diffère selon les entités fédérées. C'est ainsi qu'en Région flamande, on parle par exemple de "beschutte werkplaats" et "maatwerkbedrijf" et en Région wallonne, d' "entreprise de travail adapté". Il est donc opté pour la terminologie de la directive. Ceci implique qu'il faudra vérifier les conditions pour l'application de la présente disposition, indépendamment de la dénomination de l'organisme. Par conséquent, sont acceptés les ateliers, opérateurs et programmes qui répondent à des conditions équivalentes à celles fixées notamment par les décrets ou ordonnances.

L'emploi et le travail contribuent à l'insertion dans la société et constituent des éléments essentiels pour garantir l'égalité des chances pour tous. Les ateliers protégés peuvent jouer un rôle considérable à cet égard. Cela vaut également pour d'autres entreprises sociales ayant pour objectif principal de soutenir l'intégration ou la réintégration sociale et professionnelle des personnes handicapées et défavorisées telles que certaines catégories de chômeurs, les membres de minorités défavorisées ou de groupes socialement marginalisés pour d'autres raisons. Toutefois, de tels ateliers ou entreprises pourraient ne pas être en mesure de se voir attribuer des concessions dans des conditions de concurrence normales. C'est pourquoi il est prévu que les adjudicateurs peuvent leur réserver l'accès aux procédures de passation de concession lorsqu'ils l'estiment approprié ou souhaitable.

Bien sûr, cette réservation n'empêche pas l'application des règles et principes du présent projet que ce soit en matière de publicité, de sélection qualitative ou de motifs d'exclusion, et d'autres garanties procédurales, mais limite leur application aux opérateurs précités (également des autres États membres si la publicité doit être faite au niveau européen) qui devront être traités sur un pied d'égalité, sans discrimination, dans le respect des principes de transparence et de proportionnalité.

L'article 33 prévoit également que *l'exécution* d'une concession peut être réservée à des opérateurs économiques dont l'objet principal est l'intégration sociale et professionnelle de personnes défavorisées.

Peuvent par exemple être considérées comme des personnes défavorisées:

— wegens hun leeftijd moeilijk inzetbare werkzoekenden (bijvoorbeeld jonger dan 24 jaar of ouder dan 50 jaar);

— een moeilijk inzetbare werkzoekende;

— leden van kansarme minderheden of maatschappelijk gemarginaliseerde groepen.

De vereiste van dertig procent is niet alleen van toepassing op ondernemingen die de integratie van personen met een handicap of kansarmen tot hoofddoel hebben, maar ook op beschermde werkplaatsen, alsook in het kader van programma's voor beschermde arbeid.

Wanneer de aanbesteder artikel 33 toepast, moet hij dit vermelden in zijn concessieaankondiging of in ieder ander concessiedocument dat voor de bekendmaking of inmededingingstelling wordt gebruikt, met name voor de bekendmaking van de vooraankondiging voor de in artikel 35 bedoelde diensten. Het volstaat niet het voorbehouden van de concessie zonder meer te vermelden.

*Lichte regeling voor sociale diensten  
en andere specifieke diensten*

Art. 34

Artikel 34 voorziet in de omzetting van artikel 19 van richtlijn 2014/23/EU.

De bepalingen van Titel 4 van dit ontwerp zijn niet van toepassing op de concessies voor diensten bedoeld in bijlage V van dit ontwerp, met uitzondering van artikel 42, lid 2 (publicatie van een vooraankondiging), van artikel 44 (publicatie van een bericht van gegunde concessie) en van de regels bedoeld in paragraaf 2.

Voor deze diensten is in een specifieke en bijzonder soepele regeling voorzien (met name doordat het niet verplicht is een concessieaankondiging bekend te maken). Volgens overweging 53 van richtlijn 2014/23/EU is dit verantwoord door het feit dat de in bijlage V bedoelde diensten "worden verricht binnen een bijzondere context die als gevolg van verschillende culturele tradities sterk verschilt per lidstaat".

Naast de bekendmaking van een vooraankondiging en een aankondiging van gegunde concessie verplicht deze in het tweede lid 2 omschreven afwijkende regeling de aanbesteder om indien mogelijk verschillende ondernemers te raadplegen.

De term "indien mogelijk" wijst erop dat er omstandigheden kunnen zijn waarin slechts één ondernemer

— des demandeurs d'emploi difficiles à placer en raison de leur âge (par exemple âgés de moins de 24 ans ou de plus de 50 ans);

— un demandeur d'emploi difficile à placer;

— des membres de minorités défavorisées ou de groupes socialement marginalisés.

L'exigence de trente pourcent ne s'applique pas seulement aux entreprises dont l'objet principal est l'intégration de personnes handicapées ou défavorisées, mais aussi aux ateliers protégés, ainsi que dans le cadre de programmes d'emplois protégés.

Lorsque l'adjudicateur fait application de l'article 33, il doit le préciser dans son avis de concession ou tout autre document de concession utilisé pour la publicité ou la mise en concurrence, notamment pour la publication de l'avis de préinformation pour les services visés à l'article 35. Une simple mention de la réservation de la concession ne suffit pas.

*Régime assoupli pour les services sociaux  
et autres services spécifiques*

Art. 34

L'article 34 transpose l'article 19 de la directive 2014/23/UE.

Les dispositions du Titre 4 du présent projet ne s'appliquent pas aux concessions de services visés à l'annexe V du présent projet, à l'exception de l'article 42, alinéa 2 (publication d'un avis de préinformation), de l'article 44 (publication d'un avis d'attribution de concession) et des règles visées au paragraphe 2.

Un régime spécifique et particulièrement léger (notamment par l'absence d'obligation de publication d'un avis de concession) est prévu pour ces services. Cela se justifie, aux termes du considérant 53 de la directive 2014/23/UE, par le fait que les services visés à l'annexe V "s'inscrivent dans un contexte particulier qui varie grandement d'un État membre à l'autre, du fait de traditions culturelles différentes".

Outre la publication d'un avis de préinformation et d'attribution de concession, ce régime dérogatoire, décrit à l'alinéa 2, oblige l'adjudicateur à consulter, si possible, plusieurs opérateurs.

Le terme "si possible" indique qu'il peut y avoir des circonstances dans lesquelles seul un opérateur peut

wordt geraadpleegd. De aanbesteder zal waken over de rechtvaardiging van die omstandigheden.

De vooraankondiging is geen uitnodiging om een offerte in te dienen. Zij geeft enkel de intenties aan van de aanbesteder. Desalniettemin kan deze wel de belangstelling van de ondernemers uitlokken. Wat dit laatste betreft wordt verwezen naar de recente rechtspraak van de Raad van State betreffende de spontane offertes in een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Zelfs al is er geen recht op het indienen van een offerte voor deze ondernemers, is de weigering om ze te raadplegen, ondanks hun vraag, of de weigering om een dergelijke spontane offerte in beschouwing te nemen in principe een afwijking op het beginsel van de vrije mededinging. Deze weigering zal slechts geldig zijn indien deze gemotiveerd is en de motieven in feite en in rechte juist zijn (RvS nr 227 909 van 26 juni 2014).

De aanbestedende overheden moeten de afwezigheid van de uitsluitingsgronden bedoeld in de artikelen 50 en 51 kunnen controleren. De aanbestedende entiteiten, die geen aanbestedende overheden zijn kunnen de artikelen 50 en 51 toepassen. Behoudens tegenovergestelde bepaling in het concessiedocument, is artikel 52 niet van toepassing.

Gezien de aanbesteders de ondernemers van hun keuze raadplegen, of zelfs een enige ondernemer, is het door de identificatie van deze ondernemer(s) dat de kwalitatieve selectie in principe plaats heeft. Niettemin is het niet verboden dat de aanbesteders selectiecriteria voorzien in hun uitnodiging om een offerte in te dienen, behalve *de facto* in het geval waarin er slechts één ondernemer bestaat.

Volgens overweging 54 van richtlijn 2014/23/EU mogen aanbesteders voor de keuze van de dienstverleners specifieke kwaliteitscriteria gebruiken, zoals die welke zijn vastgesteld in het facultatieve Europees kwaliteitskader voor sociale diensten van het Comité voor sociale bescherming van de Europese Unie.

Bovendien kan de aanbesteder, voor wat betreft de sociale, gezondheids- en opvoedingsdiensten, voor de selectie, de bepaling van de gunningscriteria en/of minimale vereisten, rekening houden met de noodzaak om innovatie te waarborgen en, overeenkomstig artikel 14 van het Verdrag en van het protocol 26, met de noodzaak om een hoog kwaliteits- en veiligheidsniveau te verzekeren, maar eveneens met de continuïteit, de toegangsmogelijkheden, de beschikbaarheid en de

être consulté. L'adjudicateur veillera à justifier ces circonstances.

L'avis de préinformation n'est pas une invitation à remettre offre. Il ne fait état que des intentions de l'adjudicateur. Toutefois, il pourra susciter des marques d'intérêt d'opérateurs économiques. A cet égard, on rappellera la jurisprudence récente du Conseil d'État sur les offres spontanées en procédure négociée sans publicité. S'il n'existe pas de droit à remettre offre pour ces opérateurs, le refus de les consulter, malgré leur demande, ou le refus de prendre en considération une offre spontanée de ceux-ci est une dérogation au principe d'ouverture à la concurrence. Ce refus ne sera valable que s'il est motivé et que les motifs avancés sont corrects dans les faits et légitimes en droit (C.E. n°227 909 du 26 juin 2014).

Les pouvoirs adjudicateurs doivent vérifier l'absence des causes d'exclusion visées aux articles 50 et 51. Les entités adjudicatrices, qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, peuvent appliquer les articles 50 et 51. Sauf indication contraire dans le document de concession, l'article 52 ne s'applique pas.

En principe, puisque les adjudicateurs consultent les opérateurs de leur choix, voire un opérateur unique, c'est par l'identification de cet (ces) opérateur(s) qu'il opère sa sélection qualitative. Malgré tout, il n'est pas interdit aux adjudicateurs de prévoir des critères de sélection dans leur invitation à remettre offre, excepté *de facto* le cas où il n'existe qu'un seul opérateur.

Le considérant 54 de la directive 2014/23/UE indique que les adjudicateurs peuvent utiliser, pour la sélection des prestataires de services, des critères qualitatifs spécifiques tels que ceux définis dans le cadre européen volontaire de qualité pour les services sociaux, rédigé par le Comité de la protection sociale de l'Union européenne.

En outre, pour les services sociaux, de santé et d'éducation, l'adjudicateur peut tenir compte, pour la sélection, la fixation des critères d'attribution et/ou les exigences minimales, de la nécessité d'assurer l'innovation ainsi que, conformément à l'article 14 du Traité et au protocole 26, de la nécessité d'assurer un niveau élevé de qualité et de sécurité mais également de la continuité, l'accessibilité, la disponibilité et du caractère abordable des services ainsi que des besoins



redelijke aard van de diensten, zonder de specifieke behoeften van de verschillende categorieën van gebruikers, met inbegrip van de kansarme en kwetsbare categorieën, te vergeten.

De aanbesteder moet geen gunningscriteria voorzien wanneer er slechts één enkele ondernemer is die bekwaam is om zijn behoefte te beantwoorden om de redenen vermeld in artikel 43, § 1, 2<sup>o</sup>, van onderhavig ontwerp.

De aanbesteder mag onderhandelingen voeren met inachtneming van het beginsel van gelijke behandeling. Deze onderhandelingen mogen niet tot gevolg hebben dat het voorwerp van de concessie of de gunningscriteria zou worden gewijzigd. Uitzonderlijk kan de aanbesteder, in de loop van de onderhandelingen, de eventuele minimumeisen die hij gesteld zou hebben wijzigen voor zover hij daarbij de beginselen van gelijkheid en transparantie eerbiedigt. Daarbij zal hij erover moeten waken dat de gewijzigde minimale eisen aan alle inschrijvers doorgegeven worden en dat deze uitgenodigd worden om op basis hiervan een (aangepaste) offerte in te dienen, waarbij hen een redelijke termijn wordt gelaten om dit te doen.

Tot slot wordt erop gewezen dat lidstaten en/of aanbestedende diensten vrij blijven “om deze diensten zelf te verrichten of om sociale diensten zo te organiseren dat er geen sprake is van gunning van concessies, bijvoorbeeld door deze diensten alleen te financieren of door licenties of machtigingen te verlenen aan alle ondernemers die beantwoorden aan de vooraf door de aanbestedende dienst of aanbestedende instantie vastgestelde voorwaarden, zonder beperkingen of quota, op voorwaarde dat dit systeem voor voldoende publiciteit zorgt en aan de beginselen van transparantie en non-discriminatie voldoet”.

#### *Raming van de waarde van concessies*

##### Art. 35

Artikel 35 van dit ontwerp voorziet in de omzetting van de bepalingen 8.2 en 8.3 van richtlijn 2014/23/EU.

Het verduidelijkt dat de waarde van een concessie wordt bepaald door de totale omzet van de concessiehouder, exclusief belasting op de toegevoegde waarde, tijdens de hele looptijd van de concessie. Wat de concessies voor openbare werken betreft, verschilt deze methode van die vervat in de huidige Belgische wetgeving, volgens dewelke “in verband met het bereiken van de Europese drempel wordt opgemerkt dat de geraamde waarde van de concessie [voor openbare

spécifiques des différentes catégories d'utilisateurs, y compris des catégories défavorisées et vulnérables.

L'adjudicateur est dispensé de prévoir des critères d'attribution lorsqu'il n'existe qu'un seul opérateur capable de répondre à son besoin pour les raisons identifiées à l'article 43, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, de ce projet.

L'adjudicateur peut mener des négociations dans le respect du principe d'égalité de traitement. Celles-ci ne peuvent avoir pour conséquence de modifier l'objet de la concession ou les critères d'attribution. De manière exceptionnelle, l'adjudicateur peut, au cours de la négociation, modifier les éventuelles exigences minimales qu'il a posées pour autant que ce faisant, il respecte les principes d'égalité de traitement et de transparence. A cet effet, il veillera à communiquer les exigences minimales modifiées à tous les soumissionnaires et à les inviter à remettre une offre (adaptée) sur cette base, en leur laissant un délai raisonnable pour ce faire.

Enfin, on rappellera que, en vertu du considérant 54 de la directive 2014/23/UE “les États membres et les pouvoirs publics restent libres de fournir eux-mêmes ces services à caractère social ou de les organiser d'une manière qui n'en implique pas la mise en concession, par exemple, en se limitant à financer ces services ou en octroyant des licences ou autorisations à tous les opérateurs économiques remplissant les conditions préalablement définies par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, sans fixation de limites ou de quotas, à condition que de tels systèmes garantissent une publicité suffisante et respectent les principes de transparence et de non-discrimination.”.

#### *Estimation de la valeur des concessions*

##### Art. 35

L'article 35 du présent projet transpose l'article 8.2 et 8.3 de la directive 2014/23/UE.

Il indique que la valeur d'une concession est définie par le chiffre d'affaires total du concessionnaire, hors taxe sur la valeur ajoutée, pour toute la durée de la concession. Cette méthode diffère, pour les concessions de travaux publics, de celle prévue par la législation belge actuelle qui prévoit que “pour déterminer si le seuil européen est atteint, il convient de préciser que la valeur estimée d'une concession [de travaux publics] concerne celle de l'ouvrage lui-même et non le montant

werken] het bouwwerk zelf betreft en niet het bedrag van de retributies" (Verslag aan de Koning, commentaar bij artikel 149 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011).

Feit blijft dat het noodzakelijk en nuttig maar niet voldoende is om rekening te houden met de waarde van het werk voor het bepalen van de waarde van een concessie voor werken. De looptijd van een dergelijke concessie kan immers worden bepaald met het oogmerk om de concessiehouder toe te laten zijn kosten en investeringen (en dus minstens de kosten voor de uitvoering van het werk) terug te verdienen en een rendement op het geïnvesteerde kapitaal te verkrijgen, ook al dient de aanbesteder te voorzien in een compensatiebedrag (zie artikel 37).

Het feit dat de duurtijd van een concessie kan bepaald worden in functie van de tijd nodig om diens rentabiliteit toe te laten is niet van aard de concessie te ontkrachten. Een voldoende lange periode is immers een voorwaarde die nodig is maar niet voldoende om, op zich, te waarborgen dat de concessiehouder zijn kosten en investeringen die hij aanging voor de concessie, recupereert.

De totale vergoeding van de concessiehouder (zijn omzet en de in het vierde lid opgesomde elementen) is niet gelijk aan de nettowaarde van de concessie voor de (toekomstige) concessiehouder. De waarde van de concessie kan heel hoog zijn (wegens de te realiseren investeringen) maar weinig rendabel voor de concessiehouder.

In ieder geval zijn zowel de rentabiliteit als de waarde van een concessie afhankelijk van de looptijd ervan.

Zoals hierna vermeld, kan de aanbesteder zich bij het uitschrijven van de concessie beperken tot een raming van deze looptijd. De looptijd wordt immers nadien tijdens de onderhandelingen door de partijen bepaald.

Door deze vrijheid en de vereiste om risico's over te dragen, is het uiterst moeilijk om de waarde van de concessie te ramen, met name in het licht van de twintig procent-regel waarvan sprake in het derde lid.

Met name maar heel zeker om die reden wordt aanbesteders ten zeerste aanbevolen om bij de voorbereiding van de concessie over te gaan tot voorafgaande marktverkenningen, teneinde in de concessiedocumenten een passende (voldoende lange) maximale looptijd van de concessie te bepalen en zodoende de waarde van de concessie juist te ramen. In dat geval is de maximale looptijd een minimumeis waarover dus niet kan worden onderhandeld.

des rétributions" (Rapport au Roi, commentaire sous l'article 149 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011).

Il reste que prendre en considération la valeur de l'ouvrage est un élément nécessaire et utile mais pas suffisant pour déterminer la valeur d'une concession de travaux dans la mesure où sa durée peut être fixée en vue de permettre au concessionnaire de récupérer ses coûts et investissements (et donc au minimum le coût de réalisation de l'ouvrage) et d'avoir un retour sur les capitaux investis, sauf pour l'adjudicateur à prévoir un paiement compensatoire (voir l'article 37).

Le fait que la durée de la concession puisse être fixée pour permettre sa rentabilité ne dénature pas la concession. En effet, une durée suffisamment longue est une condition nécessaire à la rentabilité mais pas suffisante. Elle ne garantit pas, à elle seule, que le concessionnaire récupère les coûts et investissements exposés pour la concession.

La rémunération totale du concessionnaire (son chiffre d'affaires et les éléments listés à l'alinéa 4) n'est pas égale à la valeur nette de la concession pour le (futur) concessionnaire. La valeur de la concession peut être très élevée (en raison des investissements à opérer) mais peu rentable pour le concessionnaire.

En tout état de cause, tant la rentabilité d'une concession que sa valeur seront dépendantes de sa durée.

Comme indiqué ci-après, au moment du lancement de la concession, l'adjudicateur peut se contenter d'estimer cette durée, la durée étant ensuite déterminée par les parties durant les négociations.

Cette latitude et l'exigence d'un transfert de risques font de l'estimation de la valeur de la concession un exercice excessivement délicat et périlleux, notamment au regard de la règle des vingt pourcent inscrite à l'alinéa 3.

C'est notamment mais très certainement pour cette raison qu'il est très vivement conseillé aux adjudicateurs, dans le cadre de l'étape de préparation de la concession, de procéder à des prospections préalables du marché qui leur permettent de prévoir, dans les documents de la concession, une durée maximale de la concession adéquate (suffisamment longue) et par là d'estimer correctement la valeur de la concession. Dans ce cas, la durée maximale sera une exigence minimale et donc non négociable.

Het derde lid verduidelijkt dat indien de waarde van de concessie op het ogenblik van de gunning meer dan twintig procent hoger is dan de geraamde waarde, deze gunningswaarde bepaalt welke regels van toepassing zijn op de concessie.

Indien de waarde van de gekozen offerte na afloop van de onderhandelingen meer dan twintig procent hoger is dan de oorspronkelijke raming en daardoor gelijk is aan of hoger is dan de financiële drempel die, naargelang het geval, bepalend is voor de Europese bekendmaking of de toepassing van dit ontwerp (5 186 000 euro excl. btw), is de aanbesteder met andere woorden verplicht om zijn plaatsingsprocedure stop te zetten, ofwel omdat hij de concessie niet heeft bekendgemaakt op Europees niveau, ofwel omdat hij geen procedure heeft gebruikt die tegemoetkomt aan de eisen van dit ontwerp.

Bijgevolg wordt aanbesteders ten zeerste aanbevolen hun concessie goed voor te bereiden en niet te aarzelen om voorafgaande marktconsultaties te houden teneinde alle elementen te kunnen vaststellen die bepalend zijn voor de raming van de waarde van de concessie en met name de maximale looptijd ervan, in het licht van de kosten en investeringen en de rentabiliteit van de concessie.

Indien hij twijfelt over de raming van de looptijd en/of de waarde van de concessie zal een voorzichtige aanbesteder deze concessie ofwel onderwerpen aan de bekendmakings- en procedurevoorschriften van dit ontwerp, ook al ligt de raming onder de in artikel 3 bedoelde drempel, ofwel zal hij tijdens de onderhandelingen geen wijzingen aan zijn bestek aanvaarden die de waarde van de concessie kunnen verhogen indien deze verhoging tot de onregelmatigheid van zijn procedure zou leiden.

Volgens het vierde lid moet de methode voor de berekening van de waarde van een concessie worden gespecificeerd in de concessiedocumenten, terwijl de concessieaankondiging "een orde van grootte of indicatieve waarde" van de concessie moet vermelden.

Overeenkomstig artikel 8.3 van richtlijn 2014/23/EU vermeldt het vierde lid vervolgens met welke elementen de aanbesteder rekening moet houden om de waarde van de concessie te ramen.

In dit verband wordt opgemerkt dat de aanbesteder rekening moet houden met alle vergoedingen die de concessiehouder ontvangt, ongeacht of deze, naargelang het geval, afkomstig zijn van de aanbesteder, de gebruikers van de dienst of het werk, overheden of derden (subsidies), of nog de verkoop van activa die deel uitmaken van de concessie.

L'alinéa 3 précise que si, à l'attribution de la concession, il s'avère que sa valeur est supérieure de plus de vingt pourcent à sa valeur estimée, c'est cette valeur d'attribution qui détermine les règles applicables à la concession.

En d'autres termes, si au terme des négociations, la valeur de l'offre retenue dépasse de vingt pourcent l'estimation initiale et de ce fait, est égale ou supérieure au seuil financier déterminant, selon le cas, la publicité européenne ou l'application du présent projet (5 186 000 euros hors TVA), l'adjudicateur sera contraint d'abandonner sa procédure de passation, soit parce qu'il n'aura pas publié au niveau européen soit parce qu'il n'aurait pas fait usage d'une procédure répondant aux exigences du présent projet.

Il est dès lors vivement conseillé aux adjudicateurs de bien préparer leur concession et de ne pas hésiter à opérer des consultations préalables du marché pour être capable de fixer tous les éléments déterminants pour l'estimation de la valeur de la concession et notamment sa durée maximale, au regard des coûts et investissements et de la rentabilité de la concession.

En cas d'incertitude sur l'estimation de la durée et/ou de la valeur de la concession, l'adjudicateur prudent veillera soit à la soumettre aux règles de publicité et de procédure prévues par le présent projet même si son estimation est en dessous du seuil visé à l'article 3, soit à ne pas accepter, lors des négociations, de modifications à son cahier des charges qui puissent augmenter la valeur de la concession si cette augmentation entraîne l'irrégularité de sa procédure.

La méthode de calcul de la valeur d'une concession doit, suivant l'alinéa 4, être reprise dans les documents de concession, l'avis de concession devant indiquer "un ordre de grandeur ou la valeur indicative" de la concession.

L'alinéa 4 énonce ensuite, conformément à l'article 8.3 de la directive 2014/23/UE les éléments que l'adjudicateur doit prendre en considération pour estimer la valeur de la concession.

On notera à cet égard qu'il faut tenir compte de toutes les rémunérations perçues par le concessionnaire qu'elles proviennent, suivant les cas, de l'adjudicateur, des usagers du service ou de l'ouvrage, d'autorités ou personnes tierces (subventions), ou encore de la vente d'actifs faisant partie de la concession.

Tevens moet rekening worden gehouden met zowel de leveringen als de diensten die de aanbesteder ter beschikking stelt aan de concessiehouder, maar enkel indien deze noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de werken of diensten die het voorwerp uitmaken van de concessie.

De richtlijn 2014/23/EU zegt niets over het lot van de eventuele vergoedingen die de concessiehouder zou betalen aan de aanbesteder, noch in het bijzonder over het feit dat deze in mindering kunnen komen van de elementen opgelijst in § 3, voor wat betreft de berekening van het omzetcijfer van de concessiehouder. Dit dient bijgevolg geval per geval geanalyseerd te worden volgens de berekeningswijze (en -basis) van deze vergoeding.

Tot slot bepaalt het vierde lid, overeenkomstig artikel 8.3 van de richtlijn, dat bij de raming van de waarde van de concessie rekening moet worden gehouden met de prijzen voor en overige betalingen aan kandidaten of inschrijvers, hoewel deze, in tegenstelling tot het basisprincipe, geen deel uitmaken van de vergoeding van de concessiehouder (of diens omzet) omdat deze prijzen en betalingen de kosten voor de deelname aan de plaatsingsprocedure van de concessie van niet-geselecteerde kandidaten en inschrijvers moeten vergoeden.

In dit verband worden aanbesteders erop gewezen dat het bij “ingewikkelde” concessies aangewezen is om in de concessiedocumenten een vergoeding op te nemen voor de deelnemers van de procedure teneinde hun deelname en innovatie te bevorderen. Deze prijzen kunnen beperkt worden tot bepaalde fasen van de plaatsingsprocedure of tot bepaalde deelnemers: over het algemeen wordt de vergoeding van niet-geselecteerden bij procedures in twee fasen uitgesloten. Verder zal de prijs slechts betaald worden aan inschrijvers die een offerte hebben ingediend die aan de eisen voldoet. Daarbij kan het bedrag nog variëren naargelang de fase waarin de offerte is afgewezen (voor of na de onderhandelingen, indiening van de definitieve offerte, enz.).

*Bijkomende regels met betrekking tot de geraamde waarde van concessieovereenkomsten*

Art. 36

Artikel 36 van dit ontwerp voorziet in de omzetting van het beginsel vervat in artikel 8.4 van richtlijn 2014/23/EU, volgens hetwelk de aanbesteder de wijze waarop de waarde van een concessie wordt geraamd niet mag kiezen met het oogmerk de toepassing van de bekendmakings- en mededingingsvoorschriften te omzeilen. Meer bepaald wordt erop gewezen dat geen enkele

Il faut également tenir compte non seulement des fournitures mais aussi des services que l'adjudicateur met à la disposition du concessionnaire, mais uniquement lorsqu'ils sont nécessaires à l'exécution des travaux ou services objets de la concession

La directive 2014/23/UE n'indique pas le sort à réserver aux éventuelles redevances que le concessionnaire paierait à l'adjudicateur ni en particulier si celles-ci peuvent venir en déduction des éléments listés au § 3 pour le calcul de l'estimation du chiffre d'affaires du concessionnaire. Cela relève d'une analyse au cas par cas, suivant le mode (et la base) de calcul de cette redevance.

Enfin, l'alinéa 4 prévoit, comme le requiert l'article 8.3 de la directive, que les primes et autres paiements au profit des candidats et soumissionnaires doivent être intégrés dans l'estimation de la valeur de la concession et ce, alors que, contrairement au principe, ils ne font pas partie de la rémunération du concessionnaire (ou son chiffre d'affaires) puisque ces primes et paiements sont voués à rémunérer les coûts de participation à la procédure de passation de la concession des candidats et soumissionnaires non retenus.

A cet égard, on rappellera aux adjudicateurs que, pour les concessions “complexes”, il est conseillé de prévoir, dans les documents de concession, une rémunération des participants à la procédure pour encourager leur participation et l'innovation. Ces primes peuvent être limitées à certains stades de la procédure de passation ou à certains participants: on exclut généralement la rémunération des candidats non sélectionnés dans les procédures en deux temps. On prévoit également que la prime ne sera payée qu'aux soumissionnaires ayant remis une offre conforme, le montant pouvant encore varier suivant le stade de rejet (après ou avant négociations, remise de l'offre finale, etc.).

*Règles additionnelles relatives à la valeur des contrats de concession*

Art. 36

L'article 36 du présent projet transpose le principe, prévu à l'article 8.4 de la directive 2014/23/UE, selon lequel l'adjudicateur ne peut choisir une méthode d'estimation de la valeur de la concession en vue de la soustraire à l'application des règles de publicité et de mise en concurrence. En particulier, il est rappelé qu'aucune concession ne peut être scindée ou subdivisée en vue

concessie mag worden gesplitst of onderverdeeld om de bekendmakingsvoorschriften te omzeilen, tenzij objectieve redenen dit rechtvaardigen. Indien percelen toegestaan zijn, mogen deze modaliteiten niet tot gevolg hebben dat deze percelen worden onttrokken aan de mededinging via een bekendmaking. Wanneer de samengetelde waarde van de percelen gelijk is aan of hoger is dan de in artikel 3 bepaalde financiële drempel, zijn de regels van dit wetsontwerp (en met name de Europese bekendmaking) immers van toepassing op elk perceel.

Deze bepaling kan worden vergeleken met het begrip “*projet unique*” (vrije vertaling: één project) dat door het Hof van Justitie is toegelicht in zijn arrest van 15 maart 2012 (zaak C-574/10) met betrekking tot overheidsopdrachten. Dit begrip kan worden doorgetrokken naar het domein van de concessies rekening houdend met de kenmerken ervan. Door een onderverdeling in percelen kan bijvoorbeeld tegemoetgekomen worden aan budgettaire overwegingen of aan het doel kmo's toe te laten een offerte in te dienen. Deze percelen moeten worden samengeteld om de waarde van de concessie te bepalen. Op basis van die waarde wordt bepaald welke regels op elk perceel van toepassing zijn.

De onderverdeling in percelen moet worden onderscheiden van de problematiek van de gemengde overeenkomsten, waarvoor richtlijn 2014/23/EU bepaalt dat de aanbesteder de verschillende onderdelen van een overeenkomst die aan verschillende juridische kwalificaties of regelingen beantwoorden, kan opsplitsen, om ze afzonderlijk te gunnen volgens de regels die betrekking hebben op deze onderdelen (cf. de artikelen 18 en volgende van dit ontwerp).

### *Looptijd van concessies*

#### Art. 37

Artikel 37, dat betrekking heeft op de looptijd van concessies, voorziet in de omzetting van artikel 18 van richtlijn 2014/23/EU.

Een concessie moet in ieder geval een beperkte looptijd hebben, om de eenvoudige reden dat een concessie van onbeperkte duur in strijd zou zijn met de beginselen van mededinging, vrij verkeer van diensten en vrijheid van vestiging. Met betrekking tot dit debat en het verschil tussen een onbeperkte en oneindige duur kan worden verwezen naar het arrest van het Hof van Justitie van 11 juli 2013, zaak C-576/10, Europese Commissie tegen het Koninkrijk der Nederlanden, en naar de conclusies van advocaat-generaal M. Wathelet van 11 april 2013.

de la soustraire aux règles de publicité, sauf si des raisons objectives le justifient. S'il est permis de prévoir des lots, ces modalités ne peuvent avoir pour conséquence de soustraire ces lots à la mise en concurrence par la publicité. En effet, lorsque la valeur cumulée des lots égale ou dépasse le seuil financier visé à l'article 3, les règles du présent projet de loi (et notamment la publication européenne) s'appliquent à chacun des lots.

Cette disposition peut être rapprochée de la notion de “projet unique” illustrée par la Cour de Justice dans son arrêt du 15 mars 2012 (aff. C-574/10) en matière de marchés publics. Elle peut être transposée en matière de concessions en tenant compte de leurs caractéristiques. La division en lots permet, par exemple, de rencontrer des considérations budgétaires ou l'objectif de permettre aux PME de remettre offre. Ces lots doivent être additionnés pour déterminer la valeur de la concession. C'est cette valeur qui permet de déterminer les règles applicables à chaque lot.

La division en lots est à distinguer de la problématique des contrats mixtes où les règles de la directive 2014/23/UE prévoient la possibilité pour l'adjudicateur de scinder les différentes parties d'un contrat qui répondent à des qualifications juridiques ou des régimes différents, pour les attribuer distinctement suivant les règles qui les concernent (cf. articles 18 et suivants du présent projet).

### *Durée des concessions*

#### Art. 37

L'article 37, qui traite de la durée des concessions, transpose l'article 18 de la directive 2014/23/UE.

La concession doit, en tout état de cause, avoir une durée limitée, pour la simple raison qu'une concession d'une durée illimitée serait contraire aux principes de concurrence, de libre circulation des services et de liberté d'établissement. Sur ce débat, et la différence entre durée illimitée et infinie, on peut renvoyer à l'arrêt de la Cour de Justice du 11 juillet 2013, affaire C-576/10, Commission européenne contre Royaume des Pays-Bas, et aux conclusions de l'Avocat général M. Wathelet présentées le 11 avril 2013.

Dat belet niet dat een concessie een eerder lange looptijd kan hebben indien, aldus overweging 52 van richtlijn 2014/23/EU, “het onontbeerlijk is dat de concessiehouder in staat wordt gesteld de voor de exploitatie van de concessie geplande investeringen terug te verdienen en een rendement op het geïnvesteerde kapitaal te verkrijgen. Voor concessies die langer dan vijf jaar lopen, moet de looptijd derhalve worden beperkt tot de normaliter verwachte periode die de concessiehouder in staat moet stellen onder normale exploitatieomstandigheden zijn investering voor de exploitatie van de werken en diensten met een redelijk rendement op het geïnvesteerde kapitaal terug te verdienen, rekening houdend met specifieke contractuele doelstellingen van de concessiehouder ter verwezenlijking van de eisen die, bijvoorbeeld, op het gebied van kwaliteit of prijs voor de gebruiker zijn gesteld”.

Met betrekking tot de investeringen waarmee rekening moet worden gehouden om de looptijd van de concessie te bepalen, wijst de voornoemde overweging erop dat dit “de initiële alsook de verdere investeringen” zijn “die noodzakelijk worden geacht voor de exploitatie van de concessie, en met name uitgaven voor infrastructuur, auteursrechten, octrooien, uitrusting, logistiek, aanwerving, opleiding van personeel en eerste uitgaven”.

Wanneer een vergoeding is voorzien ten laste van de concessiehouder (en ten voordele van de aanbesteder), zou deze in aanmerking moeten kunnen genomen worden voor de berekening van de duurtijd die de concessiehouder moet toelaten zijn kosten en investeringen terug te winnen en een winst te halen uit het geïnvesteerd vermogen.

Nog steeds volgens overweging 52 moeten aanbesteders

— de *maximale* looptijd van de concessie vermelden in de concessiedocumenten, tenzij de looptijd als gunningscriterium wordt gebruikt. Opgemerkt wordt dat de looptijd van de concessie “indien mogelijk” moet worden vermeld in de concessieaankondiging (zie bijlage V van richtlijn 2014/23/EU die verduidelijkt welke informatie in de concessieaankondiging moet worden opgenomen);

— altijd de mogelijkheid hebben om een concessie te gunnen met een looptijd die korter is dan de periode die nodig is om de gedane investeringen terug te verdienen, mits de bijbehorende compensatie het exploitatierisico niet tenietdoet.

Bijgevolg kan de aanbesteder zich ertoe beperken de looptijd van de concessie bij het uitschrijven ervan te *ramen*. Ze zal dan een indicatieve looptijd vermelden in de concessiedocumenten, terwijl de (werkelijke/vaste) looptijd van de concessie hetzij door de aanbesteder en

Cela n’empêche pas que la concession puisse avoir une durée assez longue si, indique le considérant 52 de la directive 2014/23/UE, “elle est indispensable pour permettre au concessionnaire de recouvrer les investissements prévus pour l’exécution de la concession ainsi que pour obtenir un retour sur les capitaux investis. Par conséquent, pour les concessions d’une durée supérieure à cinq ans, la durée devrait être limitée à la période au cours de laquelle on peut raisonnablement escompter que le concessionnaire recouvre les investissements consentis pour l’exploitation des travaux et des services et obtienne un retour sur les capitaux investis dans des conditions d’exploitation normales, compte tenu des objectifs contractuels spécifiques à la réalisation desquels le concessionnaire s’est engagé pour respecter les exigences concernant, par exemple, la qualité ou le prix pour les utilisateurs”.

S’agissant des investissements dont il doit être tenu compte pour fixer la durée de la concession, le considérant précité indique que ce sont “les investissements initiaux et ultérieurs jugés nécessaires pour l’exploitation de la concession, en particulier les dépenses liées aux infrastructures, aux droits d’auteur, aux brevets, aux équipements, à la logistique, au recrutement et à la formation du personnel ainsi que les frais initiaux”.

Lorsqu’une redevance est prévue à charge du concessionnaire (et au bénéfice de l’adjudicateur), celle-ci devrait pouvoir être prise en considération pour le calcul d’une durée qui permette au concessionnaire de recouvrer ses coûts et investissements et d’avoir un retour sur les capitaux investis.

Toujours aux termes du considérant 52, les adjudicateurs devraient

— fixer la durée *maximale* de la concession dans les documents de concession, à moins que la durée ne constitue un critère d’attribution. Notons que la durée de la concession doit être indiquée “si possible” dans l’avis de concession (voir annexe V de la directive 2014/23/UE reprenant les mentions devant figurer dans les avis de concession);

— toujours pouvoir attribuer une concession pour une période plus courte que celle qui est nécessaire pour recouvrer les investissements, pour autant que la compensation correspondante n’élimine pas le risque d’exploitation.

L’adjudicateur peut donc se limiter à *estimer* la durée de la concession lors de son lancement. Il indiquera alors une durée indicative dans les documents de la concession, tandis que la durée (réelle/fixe) de la concession pourra être déterminée soit par

de inschrijvers (in het kader van de onderhandelingen), hetzij door de inschrijver aan wie de concessie wordt gegund (indien de looptijd een gunningscriterium is) kan worden bepaald.

Door die vrijheid is het evenwel nog moeilijker om de waarde van de concessie te ramen of is het nog meer waarschijnlijk dat deze waarde na afloop van de plaatsingsprocedure zal worden gewijzigd.

Om het risico te beperken dat de procedure zou moeten worden stopgezet en herbegonnen krachtens de twintig procent-regel (zie artikel 35, § 2, en de bijhorende commentaar in dit ontwerp), zal de aanbesteder nuttigheidshalve in de concessiedocumenten een maximale looptijd bepalen waarover niet kan worden onderhandeld (minimumeis) en zal hij op basis daarvan de waarde van de concessie berekenen. De “werkelijke” (vaste) looptijd zal tijdens de onderhandelingen worden bepaald, in voorkomend geval op basis van de offertes van de inschrijvers (indien de looptijd een gunningscriterium is). Zoals hiervoor vermeld, veronderstelt dit een goede voorbereiding van de concessie zodat de aanbesteder de maximale looptijd op adequate wijze kan bepalen.

In ieder geval moet de looptijd die tijdens de plaatsingsprocedure wordt bepaald, tegemoetkomen aan de bepalingen van artikel 37 en mag deze niet langer zijn dan de periode die nodig is om een rendement op het geïnvesteerde kapitaal te verkrijgen. Deze maximale looptijd omvat alle verlengingen die contractueel vastgelegd zouden zijn (in de concessiedocumenten).

#### TITEL 4

*Bepalingen die van toepassing zijn op de plaatsing van concessies*

#### HOOFDSTUK 1

#### **Beginnelsen**

*Organisatie van de plaatsingsprocedure*

#### Art. 38

Artikel 38 voorziet in de omzetting van de bepalingen 30.1 en 30.2 van richtlijn 2014/23/EU.

Concessieovereenkomsten zijn gewoonlijk complexe langetermijnregelingen waarbij de concessiehouder verantwoordelijkheden en risico's op zich neemt die traditioneel door de aanbesteders worden gedragen en gewoonlijk ten hunnen laste vallen. Om deze reden,

l'adjudicateur et les soumissionnaires (dans le cadre des négociations) soit par le soumissionnaire adjudicataire (si la durée est un critère d'attribution).

Cette latitude rend toutefois plus délicate encore l'estimation de la valeur de la concession ou plus probable encore une modification de cette valeur au terme de la procédure de passation.

Pour limiter le risque de devoir abandonner et recommencer sa procédure en vertu de la règle des vingt pour cent (voir article 35, § 2, et commentaire y afférent dans le présent projet), l'adjudicateur fixera utilement une durée maximale non négociable (exigence minimale) dans les documents de concession et calculera sur cette base la valeur de la concession. La durée “réelle” (fixe) sera déterminée lors des négociations, le cas échéant, sur la base des offres des soumissionnaires (si la durée est un critère d'attribution). Cela suppose, comme indiqué ci-avant, une bonne préparation de la concession qui permette à l'adjudicateur de fixer adéquatement la durée maximale.

En tout état de cause, la durée qui sera fixée en cours de procédure de passation devra répondre au prescrit de l'article 37 et ne pas excéder la durée nécessaire à un retour sur capitaux investis. Cette durée maximale inclut toutes les reconductions qui seraient prévues contractuellement (dans les documents de la concession).

#### TITRE 4

*Dispositions applicables à la passation des concessions*

#### CHAPITRE 1<sup>ER</sup>

#### **Principes**

*Organisation de la procédure de passation*

#### Art. 38

L'article 38 transpose l'article 30.1 et 30.2 de la directive 2014/23/UE.

Les concessions sont généralement des contrats complexes, conclus sur le long terme, dans lesquels le concessionnaire assume des responsabilités et des risques traditionnellement assumés par les adjudicateurs et relevant normalement de leurs compétences.

en behoudens de naleving van deze wet en de beginselen van transparantie en gelijke behandeling, moet aanbesteders een grote vrijheid worden gelaten bij het bepalen en organiseren van de procedure die tot de keuze van de concessiehouder leidt.

Om een gelijke behandeling en transparantie gedurende de hele plaatsingsprocedure zeker te stellen, moet dit ontwerp evenwel voorzien in elementaire waarborgen of eisen die de procedure “sui generis” van de aanbesteder in acht moet nemen. Daarover handelt Titel 4 van dit ontwerp.

Deze elementaire waarborgen en eisen hebben met name betrekking op de voorbereiding van een concessie, de bekendmakingsmaatregelen, de selectievoorwaarden en uitsluitingsgronden, de verspreiding van informatie over de concessie, de beperking van het aantal kandidaten of offertes, de gunningscriteria, de termijnen voor de indiening van de offertes, enz.

Niets belet een aanbesteder om één van de plaatsingsprocedures uit het wetsontwerp inzake overheidsopdrachten over te nemen zoals de mededingingsprocedure met onderhandeling of de onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging, voor zover deze de procedurele waarborgen van dit ontwerp in acht nemen.

Idealiter zal de aanbesteder deze procedures evenwel aanpassen om de door dit ontwerp vereiste en toegestane flexibiliteit te waarborgen.

In geval van twijfel over de classificatie van een overeenkomst als concessie of indien het risico bestaat dat deze classificatie niet wordt behouden in het kader van de onderhandelingen, moet de aanbesteder de bekendmakingsvoorschriften en de procedures van de wet inzake overheidsopdrachten toepassen om ervoor te zorgen dat de gunning en de sluiting van de overeenkomst rechtsgeldig zouden zijn (cf. commentaar bij artikel 2,7° – definitie van concessies).

Dès lors, sous réserve du respect des dispositions de la présente loi et des principes de transparence et d'égalité de traitement, les adjudicateurs disposent d'une grande latitude pour définir et organiser la procédure qui conduit au choix du concessionnaire.

Toutefois, pour garantir l'égalité de traitement et la transparence tout au long de la procédure de passation, le présent projet prévoit les garanties ou exigences fondamentales dans le cadre desquelles la procédure “sui generis” de l'adjudicateur doit s'inscrire. C'est l'objet du Titre 4 du présent projet.

Ces garanties et exigences fondamentales visent notamment les opérations de préparation d'une concession, les mesures de publicité, les conditions de sélection et motifs d'exclusion, la diffusion des informations sur la concession, la limitation du nombre de candidats ou d'offres, les critères d'attribution, les délais pour la remise des offres, etc.

Rien n'empêche un adjudicateur de copier l'une des procédures de passation décrites dans le projet de loi relative aux marchés publics telles que la procédure concurrentielle avec négociation ou la procédure négociée avec mise en concurrence préalable dans la mesure où elles respectent les garanties procédurales inscrites dans le présent projet.

Idéalement toutefois, l'adjudicateur adaptera ces procédures pour leur garantir toute la flexibilité requise et permise par le présent projet.

Toutefois, en cas de doute sur la qualification du contrat en concession voire de risque de ne pas la maintenir dans le cadre des négociations, l'adjudicateur devrait appliquer les mesures de publicité et procédures prévues par la loi relative marchés publics pour assurer la validité de l'attribution et de la conclusion du contrat (cf. commentaire sous article 2,7° – définition des concessions).



## HOOFDSTUK 2

**Voorbereiding***Voorafgaande consultaties*

## Art. 39

Artikel 39 staat voorafgaande marktconsultatie toe mits aan een aantal voorwaarden is voldaan. Het is gebaseerd op het overeenkomstige artikel 50 in het wetsontwerp overheidsopdrachten. Richtlijn 2014/23/EU bevat geen bepalingen over voorafgaande marktconsultatie: alhoewel ze die niet regelt, betekent dit nog niet dat ze die verbiedt.

Deze consultatie wordt daarentegen sterk aangera- den en zelfs aangemoedigd gezien het vaak ingewik- kelde karakter van concessies en vooral de moeilijke oefening van de raming van de (maximale) looptijd en de waarde ervan.

Deze voorafgaande consultaties moeten de aanbe- steders ook toelaten hun plaatsingsprocedure zo goed mogelijk te omschrijven en zich te informeren over aller- hande innovaties bij het opstellen van hun technische en functionele specificaties maar ook van de contractuele en financiële bepalingen, om zich ervan te vergewis- sen dat de uitgeschreven concessie in hun behoeften voorziet, maar ook financieerbaar en winstgevend is voor de concessiehouder, omdat zij anders geen offertes zullen ontvangen.

Deze voorafgaande consultatie moet plaatsvinden vóór het opstarten van de plaatsingsprocedure en mag niet leiden tot enige vorm van vooronderhandelingen met bepaalde ondernemingen.

Een dergelijke marktconsultatie mag bovendien niet tot een vertekening van de mededinging leiden en geen aanleiding geven tot een schending van de beginselen van niet-discriminatie en transparantie, wat met name het geval kan zijn indien de technische specificaties van een overheidsopdracht een fabricaat of een bijzondere werkwijze van een ondernemer zouden vermelden, wat overigens in strijd zou zijn met artikel 40 van het ontwerp.

*Voorafgaande betrokkenheid van een kandidaat of inschrijver*

## Art. 40

Artikel 40 voorziet het geval waarin de concessie vooraf wordt voorbereid door een kandidaat of inschrij- ver. Het is geïnspireerd op artikel 51 van het voorontwerp “overheidsopdrachten”. Het feit dat de richtlijn 2014/23/

## CHAPITRE 2

**Préparation***Consultations préalables*

## Art. 39

L'article 39 autorise la consultation préalable du marché moyennant le respect de certaines conditions. Il s'inspire de l'article 50 du projet de loi relative aux marchés publics. La directive 2014/23/UE ne contient pas de disposition sur la consultation préalable du marché: si elle ne la réglemente pas, elle ne l'interdit pas pour autant.

Bien au contraire, elle est vivement conseillée voire encouragée au regard du caractère souvent complexe des concessions et surtout de l'exercice difficile de l'estimation de sa durée (maximale) et de sa valeur.

Ces consultations préalables doivent également permettre aux adjudicateurs de définir au mieux leur procédure de passation et de s'informer des innova- tions de toutes natures pour établir leurs spécifications techniques et fonctionnelles mais également les clauses contractuelles et financières pour s'assurer de lancer une concession qui soit conforme à leurs besoins mais également “bancable” et “rentable” dans le chef du concessionnaire, sous peine de ne pas recueillir d'offres.

Cette consultation préalable doit être antérieure au lancement de toute procédure de passation et elle ne peut pas conduire à une forme de pré-négociation avec certains opérateurs économiques.

De plus, une telle consultation ne peut avoir pour effet de fausser la concurrence ou d'entraîner une violation des principes de non-discrimination et de transparence, ce qui pourrait être le cas notamment si les spécifi- cations techniques d'une concession mentionnaient une fabrication déterminée ou un procédé particulier d'un opérateur économique, ce qui serait par ailleurs contraire à l'article 40 du projet.

*Participation préalable d'un candidat ou soumissionnaire*

## Art. 40

L'article 40 règle l'hypothèse de la préparation préa- ble de la concession par un candidat ou soumission- naire. Il s'inspire de l'article 51 du projet de loi relative aux marchés publics. Si la directive 2014/23/UE ne

EU geen bepalingen in dit verband omvat lijkt niet te beletten dat de nationale wetgever hierin zou voorzien.

Niettemin is dit artikel 40 niet van toepassing in de procedures bedoeld in artikel 34, § 2 (sociale en andere specifieke diensten) en in artikel 43, § 2.

Krachtens dit artikel 40, is het in de eerste plaats aan de aanbesteder om tijdig de geschikte maatregelen te nemen om er over te waken dat de mededinging niet vertekend wordt door de deelname van een betrokken kandidaat of inschrijver. Deze maatregelen zijn met name:

1° de mededeling aan de andere kandidaten en inschrijvers van relevante informatie die is uitgewisseld in het kader van of ten gevolge van de betrokkenheid van de kandidaat of inschrijver bij de voorbereiding van de procedure;

2° de vaststelling van passende termijnen voor de ontvangst van de offertes.

De betrokken kandidaat of inschrijver wordt enkel van de procedure uitgesloten indien er geen andere middelen voorhanden zijn om de naleving van het beginsel van gelijke behandeling te waarborgen, met andere woorden wanneer het nemen van “passende maatregelen” door de aanbesteder niet mogelijk zou zijn of niet tot het gewenste resultaat zou leiden.

In elk geval mag de aanbesteder enkel tot uitsluiting van de ondernemer overgaan (krachtens artikel 52 van dit ontwerp) wanneer het probleem niet met minder vergaande maatregelen kan worden verholpen. De uitsluiting moet immers worden opgevat als een allerlaatste sanctie die enkel mag worden toegepast indien de betrokken kandidaat of inschrijver vooraf zijn “verweermiddelen” heeft kunnen doen gelden. Om zijn beslissing tot uitsluiting geldig te motiveren, moet de aanbesteder rekening houden met de, op zijn verzoek, door de kandidaat/inschrijver verstrekte rechtvaardigingen en aangeven waarom deze niet waarborgen dat de mededinging niet zal worden vertekend.

#### *Functionele en technische specificaties*

##### Art. 41

Artikel 41 voorziet in de omzetting van artikel 36 van richtlijn 2014/23/EU. De bepaling voegt evenwel enkele elementen en verplichtingen toe in vergelijking met artikel 36, hoofdzakelijk wat betreft de toegankelijkheid voor personen met een handicap voor werken en diensten die bedoeld zijn om door natuurlijke personen

prévoit pas de dispositions en la matière, rien n'interdit le législateur national de le faire.

Toutefois, cet article 40 ne s'applique pas dans les procédures visées à l'article 34, § 2 (services sociaux et autres services spécifiques) et à l'article 43, § 2.

En vertu du présent article 40, il revient en premier lieu à l'adjudicateur de prendre, en temps utile, des mesures appropriées pour veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée par la participation du candidat ou soumissionnaire concerné. Au titre de ces mesures, on peut notamment identifier:

1° la communication aux autres candidats et soumissionnaires des informations utiles échangées dans le cadre de la participation du candidat ou soumissionnaire susmentionné à la préparation de la procédure, ou résultant de cette participation;

2° la fixation de délais adéquats pour la réception des offres.

Le candidat ou soumissionnaire concerné est exclu de la procédure s'il n'existe pas d'autre moyen d'assurer le respect du principe de l'égalité de traitement, en d'autres termes, lorsque l'adoption de “mesures appropriées” par l'adjudicateur ne serait pas possible ou ne conduirait pas au résultat souhaité.

En tout état de cause, l'adjudicateur ne peut procéder à une exclusion de l'opérateur économique (en vertu de l'article 52 du présent projet) que lorsqu'il ne peut être remédié au problème par d'autres mesures moins intrusives. L'exclusion doit en effet être considérée comme une sanction ultime qui ne peut par ailleurs être appliquée valablement que si le candidat ou soumissionnaire concerné a pu, au préalable, faire valoir “ses moyens de défense”. Pour valablement motiver sa décision d'exclusion, l'adjudicateur devra tenir compte des justifications qu'il demande et reçoit du candidat/soumissionnaire et indiquer en quoi elles ne permettent pas d'assurer une concurrence non faussée.

#### *Spécifications fonctionnelles et techniques*

##### Art. 41

L'article 41 du présent projet transpose l'article 36 de la directive 2014/23/UE. La disposition ajoute toutefois quelques éléments et contraintes par rapport à l'article 36, principalement pour l'accès aux personnes handicapées pour les travaux et services destinés à être utilisés par des personnes physiques. A cet égard, l'article 41 du

te worden gebruikt. In dit verband neemt artikel 41 van dit ontwerp de verplichtingen van de wet inzake overheidsopdrachten over.

Het is met name in de technische en functionele specificaties dat de aanbesteder milieu- en zelfs ethische overwegingen kan opnemen betreffende de productiewijzen van de elementen die voor de concessie worden gebruikt.

### HOOFDSTUK 3

#### Bekendmaking en transparantie

##### *Concessieaankondiging*

#### Art. 42

Artikel 42, dat voorziet in de omzetting van de bepalingen 31.1, 31.2 en 31.3 van richtlijn 2014/23/EU, stelt het principe van de bekendmaking van een concessieaankondiging voorop, waarmee de plaatsingsprocedure van een concessie wordt opgestart.

De concessieaankondiging moet, doorgaans, op Belgisch en op Europees niveau worden bekendgemaakt. Concessies voor werken van de aanbestedende overheden en de overheidsbedrijven wanneer ze optreden in het kader van hun taken van openbare dienst, worden evenwel enkel op Belgisch niveau bekendgemaakt wanneer de geraamde waarde ervan lager is dan de in artikel 3 bedoelde drempel. Boven die drempel moet de concessieaankondiging ook op Europees niveau worden bekendgemaakt.

Een vooraankondiging gebeurt enkel voor de in artikel 34 bedoelde concessies, d.w.z. die betreffende de in bijlage V bedoelde diensten (sociale diensten en andere specifieke diensten). Voor deze diensten is de vooraankondiging de enige bekendmakingsmodaliteit *a priori*. Deze bekendmaking gebeurt op Belgisch en Europees niveau. Ze heeft tot doel de ondernemers te informeren over de voornemens van de aanbesteder, maar bevat geen uitnodiging om een aanvraag tot deelneming of een offerte in te dienen, aangezien de aanbesteder de ondernemers van zijn keuze raadpleegt, overeenkomstig de in artikel 34, § 2, beschreven procedure.

De Koning bepaalt de modaliteiten van deze bekendmakingen en de inhoud van deze aankondigingen.

présent projet reprend les contraintes prévues par le projet de loi relative aux marchés publics.

C'est notamment dans les spécifications techniques et fonctionnelles que l'adjudicateur peut inclure des considérations environnementales, voire éthiques, liées aux modes de production des éléments utilisés pour la concession.

### CHAPITRE 3

#### Publicité et transparence

##### *Avis de concession*

#### Art. 42

Cette disposition, qui transpose les dispositions 31.1, 31.2 et 31.3 de la directive 2014/23/UE, pose le principe de la publication d'un avis de concession, pour marquer le lancement de la procédure de passation d'une concession.

L'avis de concession doit être, en règle, publié au niveau belge et européen. Toutefois, pour les concessions de travaux des pouvoirs adjudicateurs et des entreprises publiques agissant dans le cadre de leurs tâches de service public, une publication au niveau belge uniquement est prévue lorsque leur valeur estimée est inférieure au seuil visé à l'article 3. Au-delà, la publication de l'avis de concession doit se faire également au niveau européen.

Un avis de préinformation n'est prévu que pour les concessions visées à l'article 34, c'est-à-dire qui ont pour objet les services visés à l'annexe V (services sociaux et autres services spécifiques). Pour ces services, l'avis de préinformation est la seule modalité de publicité *a priori* qui est prévue. Cette publication est faite au niveau belge et européen. Elle vise à informer les opérateurs économiques des intentions de l'adjudicateur, mais ne contient pas d'invitation à déposer une demande de participation ou une offre, l'adjudicateur consultant les opérateurs de son choix, conformément à la procédure décrite à l'article 34, § 2.

Les modalités de ces publications et le contenu de ces avis seront définis par le Roi.

*Afwijkingen op de verplichting tot bekendmaking*

## Art. 43

Artikel 43 voorziet in de omzetting van de bepalingen 31.4 en 31.5 van richtlijn 2014/23/EU.

Het bevat de hypothesen waarin de concessies niet onderworpen zijn aan de bekendmaking van een voorafgaande concessieaankondiging. De tweede en derde hypothese zijn voorzien in richtlijn 2014/23/EU. Een derde hypothese werd toegevoegd: deze van de concessies van werken van aanbestedende overheden (en van overheidsbedrijven die optreden in het kader van hun taken van openbare dienst) van “beperkte waarde”.

De hypothese onder 3° bedoelt deze van een eerste in mededingingstelling, met bekendmaking van een concessieaankondiging, die geen vruchten afwierp bij gebrek aan (geschikte) aanvragen tot deelneming of (geschikte) offertes. In deze hypothese voorziet de richtlijn 2014/23/EU dat de procedure kan herstart worden zonder bekendmaking van een nieuwe concessieaankondiging, voor zover de concessieovereenkomst niet substantieel gewijzigd wordt. Dit betekent dat de selectie- of gunningscriteria kunnen gewijzigd worden. De minimumeisen die de concessieovereenkomst betreffen kunnen echter niet gewijzigd worden, onder meer de maximale duurtijd, het voorwerp van de concessie, alle elementen die slaan op de overdracht van risico of nog de essentiële elementen die vermeld waren in de concessieaankondiging. In het kader van deze nieuwe procedure kunnen andere ondernemers dan deze die geantwoord hadden op de concessieaankondiging geraadpleegd worden: dit is het gevolg zelf van de invulling die de richtlijn geeft aan het begrip “niet geschikte aanvraag tot deelneming”.

Voor de concessies voor werken van beperkte waarde van de aanbestedende overheden en de overheidsbedrijven die optreden in het kader van hun taken van openbare dienst, bepaalt paragraaf 2 van artikel 43 de procedurele verplichtingen en eisen die van toepassing zijn op de aanbesteder.

Ze verplichten de aanbestedende overheid of het overheidsbedrijf om, indien mogelijk, verschillende ondernemers van zijn keuze te raadplegen.

De term “indien mogelijk” toont aan dat er omstandigheden kunnen zijn in dewelke slechts één enkele ondernemer kan geraadpleegd worden. De aanbestedende overheid of het overheidsbedrijf zal er over waken deze omstandigheden te motiveren.

*Dérogations à l'obligation de publication*

## Art. 43

L'article 43 transpose les dispositions 31.4 et 31.5 de la directive 2014/23/UE.

Il prévoit les hypothèses dans lesquelles les concessions ne doivent pas faire l'objet de la publication préalable d'un avis de concession. Les deuxième et troisième hypothèses sont celles prévues par la directive 2014/23/UE. Une troisième hypothèse a été ajoutée: celle des concessions de travaux des pouvoirs adjudicateurs (et des entreprises publiques agissant dans le cadre de leurs tâches de service public) de “faible valeur”.

L'hypothèse reprise sous le 3° vise celle d'une première procédure de mise en concurrence, avec publication d'un avis de concession, qui se révèle infructueuse à défaut de demandes de participation (appropriées) ou d'offres (appropriées). Dans cette hypothèse, la directive 2014/23/UE prévoit que la procédure peut être recommencée sans publication d'un nouvel avis de concession, pour autant que le contrat de concession ne soit pas substantiellement modifié. Ce qui implique que peuvent être modifiés les critères de sélection ou d'attribution. Les exigences minimales qui caractérisent le contrat de concession ne peuvent par contre pas être modifiées, notamment sa durée maximale, son objet, tous les éléments qui caractérisent le transfert de risque ou encore les éléments essentiels qui auraient été mentionnés dans l'avis de concession. Dans le cadre de cette nouvelle procédure, d'autres opérateurs que ceux qui ont répondu à l'avis de concession peuvent être consultés: c'est la conséquence même de la définition que donne la directive à la notion de “demande de participation non appropriée”.

Pour les concessions de travaux des pouvoirs adjudicateurs et des entreprises publiques agissant dans le cadre de leurs tâches de service public de faible montant, le paragraphe 2 de l'article 43 détermine les obligations et exigences procédurales qui s'appliquent à l'adjudicateur.

Elles obligent, si possible, l'adjudicateur ou l'entreprise publique à consulter plusieurs opérateurs de son choix.

Le terme “si possible” indique qu'il peut y avoir des circonstances dans lesquelles seul un opérateur peut être consulté. Le pouvoir adjudicateur ou l'entreprise publique veillera à justifier ces circonstances.

Er weze overigens herinnerd aan de rechtspraak van de Raad van State over de spontane offertes en de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Zelfs al bestaat er geen recht voor de ondernemers om een offerte in te dienen, toch is de weigering om deze te raadplegen, ondanks hun vraag, of de weigering om een spontane offerte in beschouwing te nemen een afwijking op het principe van de opening naar de mededinging. Deze weigering zal pas geldig zijn indien deze gemotiveerd is en de aangebrachte motieven in rechte en in feite juist zijn (RvS nr. 227.909 van 26 juni 2014).

Gezien de aanbestedende overheid of het overheidsbedrijf de ondernemers van hun keuze raadplegen, of zelfs een enige ondernemer, is het door de identificatie van deze ondernemer(s) dat de kwalitatieve selectie in principe plaats heeft. Niettemin is het niet verboden dat selectiecriteria voorzien worden in de uitnodiging om een offerte in te dienen, behalve *de facto* in het geval waarin er slechts één ondernemer bestaat.

De aanbestedende overheden moeten de afwezigheid van de uitsluitingsgronden bedoeld in de artikelen 50 en 51 controleren. De overheidsbedrijven kunnen de artikelen 50 en 51 toepassen. Behoudens tegenovergestelde bepaling in de concessiedocumenten is het artikel 52 niet van toepassing.

De aanbestedende overheid of het overheidsbedrijf moet geen gunningscriteria voorzien wanneer er slechts één enkele ondernemer is die bekwaam is om zijn behoefte te beantwoorden om de redenen vermeld in punt 2° van paragraaf 1.

De aanbestedende overheid of het overheidsbedrijf mag onderhandelingen voeren met inachtneming van het beginsel van gelijke behandeling. Deze onderhandelingen mogen niet tot gevolg hebben dat het voorwerp van de concessie of de eventuele selectie- of gunningscriteria zouden worden gewijzigd. Uitzonderlijk kan de aanbestedende overheid of het overheidsbedrijf, in de loop van de onderhandelingen, de eventuele minimumeisen die hij gesteld zou hebben wijzigen voor zover hij daarbij de beginselen van gelijkheid en transparantie eerbiedigt. Daarbij zal hij erover moeten waken dat de gewijzigde minimale eisen aan alle inschrijvers doorgegeven worden en dat deze uitgenodigd worden om op basis hiervan een (aangepaste) offerte in te dienen, waarbij hen een redelijke termijn wordt gelaten om dit te doen).

Paragraaf 3 geeft aan welke verplichtingen en dwingende regels wegen op de aanbesteder in de hypothese van een "enige ondernemer", zoals bepaald in 2° van de eerste paragraaf. In dit geval is de aanbesteder, krachtens de richtlijn 2014/23/EU, niet ontheven van

On rappellera par ailleurs la jurisprudence récente du Conseil d'État sur les offres spontanées en procédure négociée sans publicité. S'il n'existe pas de droit à remettre offre pour ces opérateurs, le refus de les consulter, malgré leur demande, ou le refus de prendre en considération une offre spontanée de ceux-ci est une dérogation au principe d'ouverture à la concurrence. Ce refus ne sera valable que s'il est motivé et que les motifs avancés sont corrects dans les faits et légitimes en droit (C.E. n°227.909 du 26 juin 2014).

En principe, puisque le pouvoir adjudicateur ou l'entreprise publique consulte les opérateurs de son choix, voire un opérateur unique, c'est par l'identification de cet (ces) opérateur(s) qu'il opère sa sélection qualitative. Il n'est malgré tout pas interdit de prévoir des critères de sélection dans l'invitation à remettre offre, excepté le cas où il n'existe qu'un seul opérateur.

Les pouvoirs adjudicateurs doivent vérifier l'absence des causes d'exclusion visées aux articles 50 et 51. Les entreprises publiques peuvent appliquer les articles 50 et 51. Sauf indication contraire dans le document de concession, l'article 52 ne s'applique pas.

Le pouvoir adjudicateur ou l'entreprise publique est dispensé de prévoir des critères d'attribution lorsqu'il n'existe qu'un seul opérateur capable de répondre à son besoin pour les raisons identifiées au point 2 du paragraphe 1<sup>er</sup>.

Le pouvoir adjudicateur ou l'entreprise publique peut mener des négociations dans le respect du principe d'égalité de traitement. Celles-ci ne peuvent avoir pour conséquence de modifier l'objet de la concession, les éventuels critères de sélection ou les critères d'attribution. De manière exceptionnelle, le pouvoir adjudicateur ou l'entreprise publique peut, au cours de la négociation, modifier les éventuelles exigences minimales qu'il a posées pour autant que ce faisant, il respecte les principes d'égalité de traitement et de transparence. A cet effet, il veillera à communiquer les exigences minimales modifiées à tous les soumissionnaires et à les inviter à remettre une offre (adaptée) sur cette base, en leur laissant un délai raisonnable pour ce faire.

Le paragraphe 3 indique quelles sont les obligations qui pèsent sur l'adjudicateur dans l'hypothèse d'un "opérateur unique", telle que définie au point 2 du paragraphe 1<sup>er</sup>. Dans ce cas, en vertu de la directive 2014/23/UE, l'adjudicateur n'est en principe pas dispensé de

de eerbiediging van de andere bepalingen van deze richtlijn dan deze betreffende de bekendmaking van een aankondiging van de opdracht.

Niettemin is bepaald dat sommige artikelen niet van toepassing zijn. Meer in het bijzonder is er geen plicht om selectiecriteria (artikel 48) of gunningscriteria (artikel 55) te bepalen. Bovendien spreekt het voor zich dat een aantal andere bepalingen niet van toepassing zullen zijn, wat reeds voortvloeit uit de bepalingen zelf (het elektronisch ter beschikking stellen van de concessiedocumenten is bijvoorbeeld slechts van toepassing vanaf de datum van bekendmaking van een concessieaankondiging, dus in principe nooit in dit geval).

Paragraaf 4 verduidelijkt welke verplichtingen op de aanbesteder zullen wegen in de hypothese onder 3° van de eerste paragraaf, met andere woorden deze waarbij een vorige procedure met inmededingingstelling geen vruchten afwierp. In dit geval zijn alle andere bepalingen (dan deze betreffende de bekendmaking van een – nieuwe – concessieaankondiging) van toepassing.

#### *Aankondiging van gegunde concessie*

##### Art. 44

Artikel 44, dat voorziet in de omzetting van artikel 32 van richtlijn 2014/23/EU, gaat nader in op de verplichting om, uiterlijk 48 dagen na de sluiting van de concessie, een aankondiging van gegunde concessie te versturen.

De richtlijn 2014/23/EU geeft een termijn aan van 48 dagen vanaf de gunning. Aangenomen mag worden dat dit begrip moet geïnterpreteerd worden in de zin van “sluiting”, en dit om te vermijden dat een dergelijke aankondiging zou gepubliceerd worden terwijl de concessie nog niet is gesloten of kon afgesloten worden ingevolge de wachttermijn en de eventuele beroepen ingediend in dit kader.

#### *Elektronische beschikbaarheid van concessiedocumenten*

##### Art. 45

Artikel 45 voorziet in de omzetting van artikel 34 van richtlijn 2014/23/EU.

Paragraaf 1 van dit artikel heeft betrekking op de principiële verplichting voor aanbesteders om langs elektronische weg kosteloze, rechtstreekse en volledige toegang te bieden tot de concessiedocumenten vanaf

respect des autres dispositions de cette directive que celles relatives à la publication d'un avis de marché.

Néanmoins, il est précisé que quelques articles ne s'appliquent pas. Plus en particulier, il n'y pas lieu de fixer des critères de sélection (article 48) ou d'attribution (article 55). En outre, il va de soi qu'une série d'autres dispositions ne trouveront pas à s'appliquer, ce qui résulte de ces dispositions mêmes (la mise à disposition des documents de concession par voie électronique n'est par exemple d'application qu'à partir de la date de publication d'un avis de concession, donc en principe jamais dans ce cas-ci).

Le paragraphe 4 indique quelles sont les obligations qui pèsent sur l'adjudicateur dans l'hypothèse sous 3° du paragraphe 1<sup>er</sup>, soit celle où une procédure de mise en concurrence préalable se révèle infructueuse. Dans ce cas, toutes les autres dispositions (autres que celles relatives à la publication d'un – nouvel – avis de concession) trouvent à s'appliquer.

#### *Avis d'attribution de concession*

##### Art. 44

L'article 44, qui transpose l'article 32 de la directive 2014/23/UE, traite de l'obligation d'envoyer, au plus tard dans les 48 jours après la conclusion de la concession, un avis d'attribution de concession.

La directive 2014/23/UE indique un délai de 48 jours à dater de l'attribution. On peut considérer que cette notion doit être interprétée au sens de “conclusion”, pour éviter de publier un tel avis alors que la concession n'est pas conclue ou ne pouvait pas encore l'être au regard du délai d'attente et d'éventuels recours introduits dans ce cadre.

#### *Mise à disposition des documents de concession par voie électronique*

##### Art. 45

L'article 45 transpose l'article 34 de la directive 2014/23/UE.

En son paragraphe 1<sup>er</sup>, il vise l'obligation de principe pour les adjudicateurs d'offrir, par des moyens électroniques, un accès gratuit, direct et complet aux documents de concession à partir de la date de publication

de datum van bekendmaking van de concessieaankondiging. De aankondiging moet het internetadres vermelden waar deze documenten toegankelijk zijn (en waarop deze documenten vrij gedownload kunnen worden).

Paragraaf 2 voorziet in een aantal uitzonderingen. In de betreffende gevallen kunnen de aanbesteders in de aankondiging vermelden dat de concessiedocumenten met andere middelen dan langs elektronische weg zullen worden toegezonden. In die gevallen moet de in artikel 47 bepaalde minimumtermijn voor de indiening van offertes worden verlengd.

Vervolgens bepaalt paragraaf 3 dat nadere inlichtingen over de concessiedocumenten door de aanbesteder – mits tijdig aangevraagd – uiterlijk zes dagen vóór de uiterste datum van ontvangst van de offertes moeten worden verstrekt. Deze inlichtingen mogen niet worden meegedeeld tijdens een informatiesessie gezien de in artikel 32 opgelegde beperkingen met betrekking tot mondelinge communicatie.

#### HOOFDSTUK 4

##### Gunning van concessies

###### *Procedurele waarborgen*

###### Art. 46

Artikel 46 voorziet in de omzetting van artikel 37 van richtlijn 2014/23/EU.

Paragraaf 1 van artikel 46 bevat de principes voor de gunning van een concessie.

De aanbesteder die vaststelt dat in de offerte van de inschrijver aan wie hij voornemens is de concessie te gunnen, concrete inbreuken zouden gepleegd worden op strafrechtelijk beteugelde bepalingen uit het milieu-, sociaal of arbeidsrecht, heeft de verplichting om niet te gunnen aan de betrokken inschrijver. De aanbesteder is met andere woorden in een dergelijk geval verplicht deze offerte te weren. In de overige gevallen waarbij hij dezelfde vaststellingen doet, kan hij beslissen een dergelijke offerte te weren en de concessie bijgevolg niet aan deze inschrijver te gunnen. Het is vanzelfsprekend dat in alle gevallen het proportionaliteitsbeginsel dient geëerbiedigd te worden.

Deze reden voor de afwijzing van de offerte mag niet worden verward met de facultatieve uitsluitingsgrond bedoeld in artikel 52 maar vervolledigt die om sociale dumping te bestrijden.

de l'avis de concession. L'avis doit préciser l'adresse internet à laquelle ces documents sont accessibles (et peuvent être téléchargés librement).

Le paragraphe 2 prévoit une série d'exceptions. Dans les cas visés, les adjudicateurs peuvent indiquer dans l'avis que les documents de concession seront transmis par d'autres moyens que des moyens électroniques. Dans ces cas, le délai minimal de dépôt des offres prévu à l'article 47 doit être prolongé.

Le paragraphe 3 stipule ensuite que les renseignements complémentaires relatifs aux documents de concession doivent être fournis par l'adjudicateur six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres, pour autant que la demande en ait été faite en temps utile. Ces renseignements ne peuvent pas être donnés à l'occasion d'une séance d'information compte tenu des limitations mises aux communications par voie orale par l'article 32.

#### CHAPITRE 4

##### Attribution des concessions

###### *Garanties procédurales*

###### Art. 46

L'article 46 transpose l'article 37 de la directive 2014/23/UE.

En son paragraphe 1<sup>er</sup>, l'article 46 fixe les principes de l'attribution d'une concession.

Lorsque l'adjudicateur constate que l'offre du soumissionnaire auquel il se propose d'attribuer, contiendrait des infractions concrètes aux dispositions pénalement sanctionnées du droit social, du travail et environnemental, il a l'obligation de ne pas attribuer à ce soumissionnaire. En d'autres mots, l'adjudicateur est, dans un tel cas, tenu de rejeter cette offre. Dans les autres cas où des constatations identiques sont faites, il peut décider de rejeter une telle offre et par conséquent de ne pas attribuer la concession à ce soumissionnaire. Il va de soi que le principe de la proportionnalité doit être respecté dans tous les cas.

Cette cause de rejet de l'offre ne se confond pas avec la cause d'exclusion facultative prévue à l'article 52 mais la complète pour lutter contre le dumping social.

Wat de conformiteit met de minimumeisen betreft, voegt de tekst de woorden “in voorkomend geval” toe, waardoor de aanbesteder niet verplicht is deze eisen vast te stellen. Als hij eisen vaststelt, zal hij enkel de offertes kunnen aanvaarden die eraan voldoen. Wanneer hij verduidelijkt dat een door hem vastgestelde eis een (essentiële) minimumeis is, moet de aanbesteder de gevolgen ervan inschatten: hij mag immers niet onderhandelen over offertes die niet aan die eisen voldoen (cf. arrest van het Hof van Justitie van 5 december 2013, gewezen in de zaak C-561/12), en deze eisen mogen niet worden gewijzigd na het indienen van de offertes, met name in het kader van onderhandelingen. Dat betekent nog niet dat de aanbesteder de (oorspronkelijke) offerte van een inschrijver die niet aan een minimumeis voldoet, ambtshalve zou moeten uitsluiten: hij kan deze inschrijver de mogelijkheid bieden, overeenkomstig het beginsel van gelijke behandeling, om zijn offerte conform te maken door ze te verbeteren. Indien de inschrijver deze niet-conformiteit niet verhelpt, zal de aanbesteder hem moeten uitsluiten van de procedure en met name van de onderhandelingen.

Deze minimumeisen kunnen betrekking hebben op alle voorwaarden en kenmerken opgenomen in de concessiedocumenten. Ze kunnen van “technische, functionele, juridische of materiële aard” zijn. Aangezien dit ontwerp enkel basisregels en -garanties bevat voor de (plaatsings)procedure en voor de concessieovereenkomst (uitvoering), zal de aanbesteder ze in het concessiedocument moeten vermelden, en meer bepaald:

1° een uiteenzetting van het voorwerp en de algemene kenmerken van de concessie, de identificatie van de aanbesteder (in voorkomend geval, van de andere begunstigde aanbesteders), de toepasselijke regelgevingen, enz.;

2° een procedurereglement, met alle voorschriften die van toepassing zijn op de plaatsingsprocedure: inhoud van de offertes, indieningsmodaliteiten van de offertes, raming van de waarde van de concessie en berekeningsmodaliteiten, geldigheidstermijn van de offertes, varianten, opties, percelen, gunningscriteria, enz. Ze hebben ook betrekking op de selectievoorschriften en -voorwaarden als de procedure één enkele fase omvat. Zo niet worden alle selectievoorschriften en -voorwaarden uitsluitend in de concessieaankondiging vermeld. Het gebruik van minimumeisen in deze procedureregeling moet beperkt worden, gezien de mogelijkheid die aan de aanbesteders geboden wordt, in toepassing

S’agissant de la conformité aux exigences minimales, en ajoutant le terme “le cas échéant”, le texte indique que l’adjudicateur n’est pas contraint de prévoir de telles exigences. S’il en prévoit, il ne pourra accepter que les offres qui y sont conformes. Lorsqu’il précise si une exigence qu’il fixe est une exigence minimale (essentielle), l’adjudicateur veillera à en mesurer dès lors les conséquences: en effet, l’adjudicateur ne peut accepter de négocier les offres qui ne sont pas conformes à ces exigences (cf. arrêt de la Cour de Justice du 5 décembre 2013 rendu en l’affaire C-561/12), et ces exigences ne peuvent être modifiées après le dépôt des offres, notamment dans le cadre des négociations. Cela n’implique pas pour autant que l’adjudicateur doive éliminer d’office l’offre (initiale) d’un soumissionnaire qui n’est pas conforme à une exigence minimale: il peut donner la possibilité à ce soumissionnaire, dans le respect du principe d’égalité de traitement, de corriger son offre pour la rendre conforme. A défaut pour le soumissionnaire de remédier à cette non-conformité, l’adjudicateur devra alors l’écarter de la procédure et notamment exclure le soumissionnaire concerné des négociations.

Ces exigences minimales peuvent viser toutes les caractéristiques et conditions reprises dans les documents de concession. Elles peuvent être de nature “technique, fonctionnelle, juridique ou physique”. Dans la mesure où le présent projet ne comporte que des règles et garanties de base pour la procédure (passation) mais également pour le contrat de concession (exécution), c’est en effet l’adjudicateur qui devra les prévoir dans le document de concession qui contiendra:

1° un exposé de l’objet et des caractéristiques générales de la concession, l’identification de l’adjudicateur (des autres adjudicateurs bénéficiaires le cas échéant), des réglementations applicables, etc.;

2° un règlement de procédure, contenant toutes les règles applicables à la procédure de passation: contenu des offres, modalités de dépôt des offres, estimation de la valeur de la concession et modalités de calcul, délai de validité des offres, variantes, options, lots, critères d’attribution, etc. Elles viseront également les conditions et règles en matière de sélection s’il s’agit d’une procédure en un temps. Sinon, toutes les règles et conditions de sélection seront exclusivement reprises dans l’avis de concession. L’usage d’exigences minimales dans ce règlement de procédure doit être limité étant donné la possibilité offerte aux adjudicateurs, en vertu du 46, § 4, du présent projet, de modifier les règles décrivant



van artikel 46, § 4, van dit ontwerp, om de regels te wijzigen die de procedure beschrijven en organiseren, met inbegrip van de termijn voor de indiening van de offertes (cfr *infra*);

3° de uitvoeringsvoorwaarden van de concessie die zowel betrekking hebben op de uitvoering van werken of diensten als op de exploitatie ervan (cf. hierna) en die met name sociale, ethische of milieuclausules kunnen bevatten. En verder: de looptijd van de concessie, de uitvoeringstermijnen van de werken, de uitvoeringsmodaliteiten ervan, de sancties, de wijzigingen, de rechten op grond en bouwwerken, enz.;

4° de technische en functionele specificaties die ook betrekking kunnen hebben op milieueisen;

5° de te gebruiken formulieren voor de indiening van offerte(s).

Voor alle eisen en voorwaarden van elk van deze onderdelen vermeldt de aanbesteder welke minimum-eisen elke offerte moet bevatten, overeenkomstig de aanvullingen van de Koning voor de plaatsing en Zijn maatregelen voor de uitvoering van concessies.

Paragraaf 2 van artikel 46 wijst er vervolgens op dat de selectievoorwaarden in de concessieaankondiging moeten worden vermeld, zeker wanneer het om een procedure in twee fasen gaat waarbij, op basis van de concessieaankondiging, aanvragen tot deelneming worden ingediend met het oog op een kwalitatieve selectie van de kandidaten en hun latere uitnodiging om offertes in te dienen. In geval van een procedure in twee fasen bepaalt artikel 46, § 3, ook dat de aanbesteder het aantal kandidaten kan beperken dat hij wil selecteren en uitnodigen om een offerte in te dienen. Deze beperking moet gebeuren op basis van objectieve en niet-discriminerende voorschriften en criteria vermeld in de concessieaankondiging. Artikel 46 voegt hieraan toe dat het aantal kandidaten of inschrijvers dat wordt uitgenodigd om de procedure voort te zetten, voldoende moet zijn om een daadwerkelijke mededinging te waarborgen, zonder dat een minimumaantal wordt opgelegd.

Deze paragraaf 3 heeft ook betrekking op mogelijke latere uitsluitingen, d.w.z. na de uitnodiging om een offerte in te dienen, bijvoorbeeld in het kader van de uitnodiging om te onderhandelen of de onderhandelingen voor te zetten. Ook hier zal de aanbesteder objectieve en niet-discriminerende voorschriften en criteria moeten hanteren. Ten einde de gelijkheid van behandeling te verzekeren zouden deze uitsluitingen moeten gebeuren op basis van een (eerste) analyse van de offertes, wat

et organisant la procédure y inclus le délai de remise des offres (cfr *infra*);

3° les conditions d'exécution de la concession qui visent tant la réalisation des travaux ou des services que l'exploitation de ceux-ci (cf. ci-après) et qui peuvent notamment contenir des clauses de nature sociale, environnementale ou éthique. Il s'agira d'indiquer la durée de la concession, les délais d'exécution des travaux, les modalités de leur exécution, les sanctions, les modifications, les droits sur les terrains et constructions, etc.;

4° les spécifications techniques et fonctionnelles qui elles aussi peuvent viser des exigences de type environnemental;

5° les formulaires à utiliser pour la remise d'offre(s).

Dans chacune de ces parties, pour toutes ses exigences et conditions, l'adjudicateur indiquera quelles sont les exigences minimales que toute offre doit contenir, dans le respect de ce que le Roi complètera pour la passation et disposera pour l'exécution des concessions.

En son paragraphe 2, l'article 46 indique ensuite que les conditions de sélection doivent être mentionnées dans l'avis de concession, certainement lorsqu'il s'agit d'une procédure en deux temps où, sur la base de l'avis de concession, des demandes de participation sont introduites en vue d'une sélection qualitative des candidats et de leur invitation ultérieure à remettre offre. Dans l'hypothèse d'une procédure en deux temps, l'article 46, § 3, indique également que l'adjudicateur peut limiter le nombre de candidats qu'il entend sélectionner et inviter à remettre offre. Cette limitation doit s'opérer sur la base de règles et critères objectifs et non discriminatoires indiqués dans l'avis de concession. L'article 46 indique que le nombre de candidats ou soumissionnaires invités à poursuivre la procédure doit être suffisant pour garantir une concurrence réelle, sans qu'un nombre minimal ne soit imposé.

Ce paragraphe 3 vise également des éliminations possibles ultérieurement, c'est-à-dire après invitation à remettre offre, dans le cadre par exemple de l'invitation à négocier ou à poursuivre les négociations. Ici aussi, l'adjudicateur devra opérer sur la base de critères et règles objectifs et non discriminatoires. Pour assurer l'égalité de traitement, ces exclusions devraient se faire sur la base d'une (première) analyse des offres, ce qui permet notamment l'élimination d'offres non conformes

met name toelaat dat niet-conforme offertes worden uitgesloten met het oog op de onderhandelingen of, in het kader ervan, minder interessante offertes door toepassing van de gunningscriteria. Eindonderhandelingen met de beste inschrijver zijn mogelijk maar zullen, in het belang van de aanbesteder, beperkt worden tot details of eindafwerking van de concessieovereenkomst. Hierbij kan een “wachtzaalsysteem” worden gebruikt.

Paragraaf 4 van artikel 46 bevat de regels betreffende de organisatie van de plaatsingsprocedure. Doorgaans spreekt men van het “procedurereglement”. Het maakt wezenlijk deel uit van het concessiedocument (zie definitie in artikel 2). Dit reglement moet aan alle betrokken deelnemers worden overgemaakt. Door het gebruik van de woorden “voorgenomen procedure” biedt artikel 46 de aanbesteder de mogelijkheid om het procedurereglement aan te passen, te verduidelijken en zelfs te wijzigen naarmate de procedure vordert en dit overeenkomstig de beginselen van transparantie en gelijke behandeling. Deze wijzigingsruimte beperkt zich uiteraard tot de bepalingen van de procedureregeling die geen betrekking hebben op de criteria en de minimumeisen.

Bovendien zal de aanbesteder, bij het opstellen van zijn procedureregeling, er over waken zichzelf uitdrukkelijk het recht voor te behouden om het verloop ervan aan te passen of te wijzigen, op het gevaar af gesanctioneerd te worden krachtens het adagio “*patere legem quam ipse fecisti*”, op basis waarvan de Raad van State reeds meermaals aanbesteders, die elementen uit hun bestek hadden gewijzigd in een onderhandelingsprocedure (met bekendmaking), veroordeeld heeft.

Paragraaf 5 van artikel 46 verplicht de aanbesteder de verschillende fasen van de procedure te documenteren op de manier die hij geschikt acht. Het betreft met name het opstellen van de notulen van de onderhandelingen of van analyses van de aanvragen tot deelneming en offertes. De verspreiding van deze documenten gebeurt volgens de regels bepaald in artikel 31 (vertrouwelijkheid). Ze zullen met name dienen voor het opstellen van de gemotiveerde beslissingen bedoeld in de “rechtsbeschermingswet”.

Paragraaf 6 van artikel 46 handelt over het voorwerp van de onderhandelingen, waarvan het verloop (met name de mogelijkheid om “trechervormige” onderhandelingen te voeren, of anders gezegd om niet met alle inschrijvers te onderhandelen) aan bod komt in paragraaf 3. Het voorwerp van de onderhandelingen is negatief omschreven aangezien artikel 46 elke wijziging van het voorwerp van de concessie, de minimumeisen of de gunningscriteria in het kader van de onderhandelingen uitsluit, zonder dat daarbij afbreuk wordt gedaan aan de

en vue des négociations ou, dans le cadre de celles-ci, d’offres les moins intéressantes par application des critères d’attribution, Des négociations finales avec le meilleur soumissionnaire sont possibles mais seront, dans l’intérêt de l’adjudicateur, limitées à des éléments de détail ou de mise au point finale du contrat de concession. Un système de “salle d’attente” peut être utilisé.

Le paragraphe 4 de l’article 46 vise les règles d’organisation de la procédure de passation. On parle généralement du “règlement de procédure”. Il fait partie intégrante du document de concession (voir définition sous l’article 2). Ce règlement doit être communiqué à tous les participants concernés. En utilisant les termes de “procédure envisagée” et de “délai indicatif de remise des offres”, l’article 46 réserve la possibilité à l’adjudicateur d’adapter, préciser voire de modifier le règlement de procédure au fur et à mesure de l’avancement de la procédure dans le respect des principes de transparence et d’égalité de traitement. Cette latitude de modification se limitera bien-sûr aux dispositions du règlement de procédure qui ne visent pas les critères et les exigences minimales.

Par ailleurs, lorsqu’il rédige son règlement de procédure, l’adjudicateur veille à se réserver explicitement le droit d’adapter ou de modifier son déroulement sous peine de se voir sanctionné en vertu de l’adage “*patere legem quam ipse fecisti*” sur la base duquel le Conseil d’État a déjà condamné à plusieurs reprises des adjudicateurs qui modifient des éléments de leur cahier des charges en procédure négociée (avec publicité).

En son paragraphe 5, l’article 46 oblige l’adjudicateur à consigner les étapes de la procédure selon les moyens qu’il juge appropriés. Il s’agit notamment de dresser des procès-verbaux des réunions de négociation ou d’analyse des demandes de participation et des offres. La diffusion de ces documents répond aux règles fixées à l’article 31 (confidentialité). Ils serviront notamment à l’établissement des décisions motivées visées par la loi “recours”.

Le paragraphe 6 de l’article 46 traite de l’objet des négociations, leur déroulement (notamment la possibilité de mener les négociations en entonnoir, ou autrement dit de ne pas négocier avec tous les soumissionnaires) étant visé au paragraphe 3. L’objet des négociations est défini négativement puisque l’article 46 exclut que, dans le cadre des négociations, l’objet de la concession, les exigences minimales, ou les critères d’attribution soient modifiés, sans préjudice de la possibilité, dans les cas exceptionnels visés à l’article 55, de modifier l’ordre

mogelijkheid om, in uitzonderlijke gevallen bedoeld in artikel 55, de afnemende volgorde van belangrijkheid van de gunningscriteria te wijzigen. Met andere woorden, de onderhandelingen hebben niet alleen tot doel de offertes aan te passen aan de bepalingen van het concessiedocument, aangezien die ook kunnen worden gewijzigd overeenkomstig het beginsel van gelijke behandeling en met uitsluiting van de minimumeisen ervan en de gunningscriteria.

De onderhandelingsmodaliteiten worden niet nader omschreven. In voorkomend geval dient de aanbesteder ze in zijn "procedurereglement" te vermelden, waarbij hij zich de mogelijkheid voorbehoudt om ze te herzien en aan te passen, maar deze wijzigingen en aanpassingen meedeelt aan de betrokken deelnemers en dit vóór de toepassing ervan.

Paragraaf 7 biedt de Koning de mogelijkheid om de bepalingen van artikel 46 aan te vullen, met name wat betreft de minimuminhoud van de concessiedocumenten.

*Termijnen voor de ontvangst van aanvragen tot deelneming en offertes*

Art. 47

Artikel 47 voorziet in de omzetting van artikel 39 van richtlijn 2014/23/EU.

Het bepaalt de regels en principes voor het vaststellen, door de aanbesteder, van de termijnen voor de ontvangst van aanvragen tot deelneming of offertes.

In het derde en vierde lid worden minimumtermijnen bepaald, die de aanbesteder kan verlengen in functie van de complexiteit van de concessie en van de tijd die nodig is om de offertes of aanvragen tot deelneming op te stellen.

Indien is voorzien in een bezoek aan de locatie of een raadpleging ter plaatse van documenten die tot staving dienen van de concessiedocumenten, moet de aanbesteder langere termijnen bepalen dan de in het derde en vierde lid vastgestelde minimumtermijnen. Hij moet dat ook doen indien hij het concessiedocument niet elektronisch ter beschikking stelt van de inschrijvers (cf. artikel 45 *supra*).

De minimumtermijn voor de aanvragen tot deelneming bedraagt 30 dagen. Voor offertes bedraagt de minimumtermijn 22 dagen. De termijn kan met 5 dagen worden verkort indien de offertes elektronisch kunnen worden ingediend. Hij heeft enkel betrekking op de

décroissant d'importance des critères d'attribution. En d'autres termes, les négociations ne visent pas uniquement à adapter les offres aux dispositions du document de concession, puisque celles-ci peuvent également être modifiées dans le respect du principe d'égalité de traitement et à l'exclusion de ses exigences minimales et des critères d'attribution.

Les modalités de négociation ne sont pas définies. Il appartient le cas échéant à l'adjudicateur de les prévoir dans son "règlement de procédure", en se réservant la possibilité de les revoir ou de les adapter, mais en communiquant ces modifications et adaptations aux participants concernés et ce, avant leur mise en œuvre.

Le paragraphe 7 donne la possibilité au Roi de compléter les dispositions de l'article 46, en particulier sur le contenu minimum des documents de concession.

*Délais de réception des demandes de participation et des offres*

Art. 47

L'article 47 transpose l'article 39 de la directive 2014/23/UE.

Il fixe des règles et principes pour la fixation, par l'adjudicateur, des délais de réception des demandes de participation et des offres.

Des délais minima sont fixés aux alinéas 3 et 4, que l'adjudicateur peut prolonger en fonction de la complexité de la concession et du temps nécessaire pour élaborer les offres ou les demandes de participation.

Si une visite des lieux est prévue ou une consultation sur place de documents complémentaires aux documents de concession, l'adjudicateur doit fixer des délais supérieurs aux délais minimaux fixés aux alinéas 3 et 4. Il devra également le faire s'il ne met pas le document de concession à disposition des soumissionnaires par voie électronique (cf. article 45 ci-avant).

Le délai minimal pour les demandes de participation est de 30 jours. Pour les offres, ce délai minimal est de 22 jours. Il peut être réduit de 5 jours si les offres peuvent être introduites par voie électronique. Il vise uniquement les offres initiales. Aucun délai minimal n'est

oorspronkelijke offertes. Voor de volgende offertes (en met name de laatste en beste offerte) is geen minimum-termijn vastgelegd.

### *Selectievoorwaarden*

#### Art. 48

Artikel 48 voorziet in de omzetting van de bepaling 38.1 van richtlijn 2014/23/EU.

Het handelt over de selectievoorwaarden.

Deze worden door de aanbesteder in de concessieaankondiging bepaald overeenkomstig de in artikel 48 geformuleerde eisen: ze moeten (i) betrekking hebben op de technische en beroepsbekwaamheid en op de economische en financiële draagkracht van de kandidaten en inschrijvers om de concessie uit te voeren, (ii) niet-discriminerend zijn en in verhouding staan tot het voorwerp van de concessie en (iii) verband houden met en in verhouding staan tot de noodzaak ervoor te zorgen dat de concessiehouder de concessie kan uitvoeren en de werken of diensten die er het voorwerp van zijn kan exploiteren, waarbij een daadwerkelijke mededinging wordt gewaarborgd.

De evenredigheidsvereiste, samen met het beginsel om een beroep te doen op de draagkracht van derden teneinde aan de selectievoorwaarden te voldoen, zorgen er met name voor dat kmo's niet worden uitgesloten van de toegang tot concessies.

Paragraaf 4 machtigt de Koning om artikel 48 te verduidelijken.

### *Draagkracht van derden*

#### Art. 49

Artikel 49, dat voorziet in de omzetting van de bepalingen 38.2 en 38.3 van richtlijn 2014/23/EU, wijst op de gevestigde beginselen volgens dewelke:

— een kandidaat of inschrijver een beroep kan doen op de draagkracht van derden om aan de selectievoorwaarden te voldoen;

— een combinatie van ondernemers in principe als geheel voldoet aan de selectievoorwaarden, dat wil zeggen door de draagkracht van elk van haar leden op te tellen. De leden van deze combinatie mogen op hun beurt een beroep doen op de draagkracht van derden.

fixé pour les offres suivantes (et notamment la dernière et meilleure offre).

### *Conditions de sélection*

#### Art. 48

L'article 48 transpose la disposition 38.1 de la directive 2014/23/UE.

Il a trait aux conditions de sélection.

Celles-ci sont déterminées par l'adjudicateur dans l'avis de concession, dans le respect des exigences formulées à l'article 48: elles doivent (i) viser la capacité technique, professionnelle, économique et financière des candidats et soumissionnaires à exécuter la concession, (ii) être non discriminatoires et proportionnées à l'objet de la concession et (iii) liées et proportionnées à la nécessité de garantir la capacité du concessionnaire à exécuter la concession et exploiter les ouvrages ou services qui en font l'objet, tout en assurant une concurrence effective.

L'exigence de proportionnalité combinée avec le principe du recours à la capacité de tiers pour répondre aux conditions de sélection permet notamment de ne pas exclure les PME de l'accès aux concessions.

Le paragraphe 4 habilite le Roi à préciser l'article 48.

### *Capacités de tiers*

#### Art. 49

L'article 49, qui transpose les dispositions 38.2 et 38.3 de la directive 2014/23/UE, rappelle les principes bien établis suivant lesquels:

— un candidat ou soumissionnaire peut, pour satisfaire aux conditions de sélection, recourir à la capacité de tiers

— un groupement d'opérateurs économiques satisfait en principe aux conditions de sélection dans son ensemble, c'est-à-dire par l'addition des capacités de chacun de ses membres. A leur tour, les membres de ce groupement peuvent compter sur la capacité de tiers.

Onder “derde” wordt verstaan elke andere rechtspersoon of natuurlijke persoon dan de kandidaat of inschrijver, ongeacht of het om een met de kandidaat of inschrijver verbonden (zuster-, moeder- of dochter-) onderneming gaat.

De draagkracht van derden kan enkel door de aanbesteder worden aanvaard indien de kandidaat of inschrijver in zijn aanvraag tot deelneming of offerte bewijst dat hij effectief zal beschikken over de draagkracht van deze derde voor de uitvoering van de concessie. Dit bewijs wordt meestal geleverd door een verklaring op erewoord, ondertekend door de derde, waarin hij zich ertoe verbindt zijn draagkracht ter beschikking te stellen van de aanbesteder. In principe moet deze verbintenisverklaring vermelden hoe deze draagkracht ter beschikking zal worden gesteld.

Vaak zal het gaan om een verbintenisverklaring voor het sluiten van een onderaannemingsovereenkomst met deze derde, indien zijn technische bekwaamheid werd gebruikt om te voldoen aan de selectievoorwaarden. Ter herinnering, een dergelijke verbintenisverklaring is niet vereist voor alle (potentiële) onderaannemers die de inschrijver in zijn offerte opneemt, maar enkel voor degenen die hij moet hernemen in zijn offerte om aan de selectievoorwaarden te voldoen.

Als het gaat om de derden gebruikt om te voldoen aan de eisen inzake financiële draagkracht, zal de kandidaat of inschrijver vaak de draagkracht dienen te vermelden van met hem verbonden ondernemingen (“moedervennootschap”) of van de combinatie van ondernemingen waarvan hij deel uitmaakt. Volgens artikel 49 kan de aanbesteder een verklaring eisen waarin ze zich ertoe verbinden gezamenlijk in te staan voor de uitvoering van de concessie. Bij gebrek hieraan kunnen andere verbintenissen worden aangegaan, zoals deze om een “*parent company guarantee*” te stellen.

De verbintenisverklaring (voor de technische bekwaamheid of financiële draagkracht) moet worden verstrekt ongeacht de banden tussen de kandidaat/inschrijver en de derde. Ze moet dus eveneens worden verstrekt wanneer deze derde een onderneming is die verbonden is met de kandidaat/inschrijver. Het feit tot eenzelfde combinatie van ondernemingen te behoren, laat immers niet toe uit te gaan van het vermoeden dat de kandidaat/inschrijver effectief een beroep kan doen op de draagkracht van de ondernemingen waarmee hij verbonden is voor de uitvoering van de concessie (zie in die zin het arrest van de Raad van State nr. 225 428 van 12 november 2013).

Verder moet worden gewezen op de gevolgen van artikel 49 voor de uitsluitingsgronden: wanneer de

Par “*tiers*”, il faut entendre tout personne juridique (morale ou physique) distincte du candidat ou soumissionnaire, qu’il s’agisse ou non d’une entreprise “*liée*” (“*sœur*”, “*mère*” ou “*filles*”) au candidat ou soumissionnaire.

La capacité de tiers ne peut être acceptée par l’adjudicateur que pour autant que le candidat ou soumissionnaire apporte la preuve, dans sa demande de participation ou offre, qu’il disposera effectivement des capacités de ce tiers pour l’exécution de la concession. Cette preuve est généralement apportée par une déclaration sur l’honneur, signée par le tiers, selon laquelle il s’engage à mettre ses capacités à la disposition de l’adjudicateur. En principe, cette déclaration d’engagement doit préciser comment ces capacités seront mises à disposition.

Il s’agira souvent d’une déclaration d’engagement en vue de conclure un contrat de sous-traitance avec ce tiers lorsque ce sont ses capacités techniques qui ont été utilisées pour satisfaire aux conditions de sélection. Rappelons qu’une telle déclaration d’engagement n’est pas requise pour tous les sous-traitants (potentiels) que le soumissionnaire identifierait dans son offre mais uniquement pour ceux qu’il doit reprendre dans son offre pour répondre aux conditions de sélection.

S’agissant des tiers utilisés pour satisfaire aux exigences de capacité financière, il s’agira souvent pour le candidat ou soumissionnaire de faire état de la capacité d’entreprises liées (société “*mère*”) ou du “*groupe*” d’entreprises dont il fait partie. L’article 49 prévoit que l’adjudicateur peut exiger une déclaration d’engagement de responsabilité solidaire de l’exécution de la concession. A défaut, d’autres engagements peuvent être pris, tels que celui de constituer une “*parent company guarantee*”.

La déclaration d’engagement (pour la capacité technique ou financière) doit être fournie quels que soient les liens entre le candidat/soumissionnaire et le “*tiers*”. Elle doit donc être également fournie lorsque ce “*tiers*” est une entreprise liée au candidat/soumissionnaire. En effet, l’appartenance à un même groupe d’entreprises n’emporte pas la présomption que le candidat/soumissionnaire pourra effectivement faire appel aux capacités de ses entreprises liées pour l’exécution de la concession (voir en ce sens l’arrêt du Conseil d’État n°225 428 du 12 novembre 2013).

Il faut également attirer l’attention sur les conséquences de l’article 49 sur les motifs d’exclusion:

kandidaat of inschrijver een combinatie van ondernemers is of een beroep doet op de draagkracht van derden om aan de selectievoorwaarden te voldoen, zijn de uitsluitingsgronden van toepassing in hoofde van elk lid van de combinatie en van de derden die werden vermeld om aan de selectievoorwaarden te voldoen.

*Verplichte uitsluitingsgronden die verband houden met een strafrechtelijke veroordeling*

Art. 50

Artikel 50, dat voorziet in de (gedeeltelijke) omzetting van artikel 38, punten 4, 6, 8 en 10 van richtlijn 2014/23/EU, heeft betrekking op de verplichte uitsluitingsgronden (andere dan deze wegens niet-betaling van fiscale of sociale schulden). Deze uitsluitingsgronden zijn van toepassing voor alle concessies met uitzondering van de inbreuk bedoeld in § 1, 7°, die slechts van toepassing is voor een concessie geplaatst voor andere activiteiten dan deze bedoeld in bijlage II.

In vergelijking met de verplichte uitsluitingsgronden zoals bepaald in artikel 20, § 1, tweede lid, van de wet van 15 juni 2006 (en nader ingevuld door artikel 61, § 1, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011), moeten twee nieuwe gronden worden vermeld, meer bepaald:

1° terroristische misdrijven of strafbare feiten in verband met terroristische activiteiten of uitlokking van, medeplichtigheid aan of poging tot het plegen van een dergelijk misdrijf of strafbaar feit;

2° kinderarbeid en andere vormen van mensenhandel.

In principe vereisen de in dit artikel bedoelde verplichte uitsluitingsgronden een in kracht van gewijsde gegane veroordeling, behalve wat betreft het tewerkstellen van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen. In dat geval volstaat een vaststelling van overtreding, op voorwaarde dat deze vaststelling wordt gedaan door een rechterlijke of administratieve beslissing, met inbegrip van een in uitvoering van artikel 49/2 van het Sociaal Strafwetboek opgestelde schriftelijke kennisgeving. Het betreft een schriftelijke kennisgeving, opgesteld door de arbeidsinspectie, van de tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van een derde land, gericht aan aannemers, onderaannemers en opdrachtgevers. Het spreekt voor zich dat deze kennisgeving er geenszins toe kan leiden dat andere ondernemers uitgesloten worden dan deze die in de kennisgeving wordt vermeld als werkgever van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen.

lorsque le candidat ou soumissionnaire est un groupement d'opérateurs économiques ou qu'il fait appel à la capacité de tiers pour répondre aux conditions de sélection, les motifs d'exclusion s'appliquent dans le chef de chaque membre du groupement et des tiers identifiés pour répondre aux conditions de sélection.

*Motifs d'exclusion obligatoire liés à une condamnation pénale*

Art. 50

L'article 50, qui transpose (en partie) l'article 38 points 4, 6, 8 et 10 de la directive 2014/23/UE, traite des motifs d'exclusion obligatoire (autres que ceux pour non-paiement des dettes fiscales ou sociales). Ces motifs d'exclusion obligatoires sont d'application pour toutes les concessions à l'exception de l'infraction visée au § 1<sup>er</sup>, 7°, qui n'est d'application que pour une concession passée pour d'autres activités que celles visées à l'annexe II.

Par rapport aux motifs d'exclusion obligatoire tels que prévus à l'article 20, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de la loi du 15 juin 2006 (et concrétisés par l'article 61, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011), deux nouveaux motifs sont à signaler, à savoir:

1° infraction terroriste, infraction liée aux activités terroristes ou incitation à commettre une telle infraction, complicité ou tentative d'une telle infraction;

2° travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains.

En principe, les motifs d'exclusion obligatoire visés par le présent article requièrent une condamnation coulée en force de chose jugée, sauf pour ce qui concerne l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal. Dans ce cas, la seule constatation d'une infraction suffit, pour autant que cette constatation soit faite par une décision judiciaire ou administrative, en ce compris par une notification écrite en exécution de l'article 49/2 du Code pénal social. Il s'agit d'une notification écrite, rédigée par l'inspection du travail, de l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal, adressée aux entrepreneurs, sous-traitants et donneurs d'ordre. Il va de soi que cette notification ne peut mener à l'exclusion d'autres opérateurs économiques que celui mentionné dans ladite notification comme étant celui qui occupe un ou des ressortissants de pays tiers en séjour illégal.

Volgens het derde lid van paragraaf 1 is de verplichting tot uitsluiting van de kandidaat of inschrijver ook van toepassing wanneer de bij onherroepelijk vonnis veroordeelde persoon lid is van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van deze kandidaat of inschrijver of daarin vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid heeft.

Deze verplichte uitsluitingsgronden kunnen niet worden toegepast:

— ingeval de kandidaat of inschrijver, overeenkomstig artikel 53, aantoonde toereikende maatregelen te hebben genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen (de zogenaamde “self cleaning measures”);

— indien dwingende redenen van algemeen belang zoals redenen die verband houden met de volksgezondheid of de bescherming van het milieu dit rechtvaardigen. Het betreft zeer buitengewone gevallen zoals bijvoorbeeld concessies voor vaccins die slechts bij één ondernemer of een heel klein aantal ondernemers kunnen worden geplaatst die zich allen in een geval van verplichte uitsluiting zouden bevinden als bedoeld in artikel 50.

Volgens paragraaf 2 geldt de uitsluiting slechts voor een periode van vijf jaar vanaf de datum van de veroordeling (of van de betrokken gebeurtenis indien het gaat om de tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen). Deze beperking is gericht op de omzetting van artikel 38.10 van richtlijn 2014/23/EU, dat de lidstaten ertoe verplicht de uitsluitingsduur te beperken en een maximumduur van 5 jaar bepaalt voor de gronden bedoeld in dit artikel 50. Er werd voor deze maximumduur gekozen.

Verder bepaalt paragraaf 2 dat ondernemers niet mogen deelnemen aan concessies wanneer ze zich in een geval van verplichte uitsluiting bevinden op de dag die volgt op de uiterste datum voor de indiening van de kandidaturen of de offertes. Daaruit volgt dat de toegang hun in principe is ontzegd, zelfs indien de termijn van 5 jaar ten einde loopt tijdens de procedure en vooraleer de uiteindelijke selectiebeslissing wordt genomen.

Paragraaf 3 preciseert dat de overheidsbedrijven en de personen die speciale of exclusieve rechten genieten artikel 50 kunnen toepassen. In dit geval zijn de bepalingen van de artikelen 53 en 54 eveneens van toepassing.

Selon l’alinéa 3 du paragraphe 1<sup>er</sup>, l’obligation d’exclure le candidat ou le soumissionnaire s’applique aussi lorsque la personne condamnée par jugement définitif est un membre de l’organe administratif, de gestion ou de surveillance dudit candidat ou soumissionnaire ou détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein.

Ces motifs d’exclusion obligatoire ne peuvent être appliqués:

— dans le cas où le candidat ou le soumissionnaire démontre, conformément à l’article 53, avoir pris des mesures suffisantes afin de démontrer sa fiabilité (appelées “self cleaning measures”);

— si des exigences impératives d’intérêt général telles que des raisons liées à la santé publique ou à la protection de l’environnement le justifient. Il s’agit de cas très exceptionnels, comme par exemple, les concessions de vaccins qui ne peuvent être placées qu’auprès d’un seul ou un très petit nombre d’opérateurs qui seraient tous dans un cas d’exclusion obligatoire visé à l’article 50.

Le paragraphe 2 précise que l’exclusion s’applique uniquement pour une période de cinq ans à compter de la date de la condamnation (ou de l’événement concerné s’agissant de l’occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal). Cette limitation vise à transposer l’article 38.10 de la directive 2014/23/UE qui impose aux États membres de limiter la durée d’exclusion et prévoit une durée maximale de 5 ans pour les motifs visés au présent article 50. Il a été opté pour cette durée maximale.

Le paragraphe 2 précise également que les opérateurs économiques ne peuvent pas participer aux concessions lorsqu’ils se trouvent dans une situation d’exclusion obligatoire au lendemain de la date ultime de l’introduction des candidatures ou de la remise des offres. Il en résulte que l’accès leur est en principe interdit, même lorsque le délai de cinq ans prend fin en cours de procédure et avant la prise de décision “finale” au niveau de la sélection.

Le paragraphe 3 précise que les entreprises publiques et les personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs peuvent appliquer le présent article 50. Dans ce cas, les dispositions des articles 53 et 54 s’appliquent également.

*Verplichte uitsluitingsgronden die verband houden met fiscale en socialezekerheidsverplichtingen*

Art. 51

Artikel 51, dat voorziet in de (gedeeltelijke) omzetting van artikel 38, punten 5, 6, 8 en 10 van richtlijn 2014/23/EU, heeft betrekking op de verplichte uitsluiting van een kandidaat of inschrijver die niet blijkt te voldoen aan zijn verplichtingen tot betaling van belastingen enerzijds of socialezekerheidsbijdragen anderzijds.

Deze verplichte uitsluitingsgronden zijn enkel van toepassing op de aanbestedende overheden. De overheidsbedrijven en de private rechtspersonen die van bijzondere of alleenrechten genieten kunnen dit artikel 51 toepassen. In dit geval zijn de bepalingen van de artikelen 53 en 54 ook van toepassing.

Zij veranderden van facultatieve uitsluitingsgronden in de wet van 15 juni 2006 in een verplichte uitsluitingsgrond in dit ontwerp alsook in het wetsontwerp “overheidsopdrachten”.

Er is evenwel voorzien in een aantal versoepelingen. Er is inderdaad geen uitsluiting wanneer:

— de sociale of fiscale schuld niet hoger is dan een door de Koning bepaalde drempel, om te vermijden, zoals bepaald in richtlijn 2014/23/EU, dat de uitsluiting onevenredig zou zijn;

— de kandidaat of inschrijver kan aantonen dat hij op aanbestedende overheden of overheidsbedrijven schuldvorderingen bezit die zeker, opeisbaar en vrij van elke verbintenis tegenover derden zijn en waarvan het bedrag, op het door de Koning te bepalen en hierboven besproken drempelbedrag na, tenminste gelijk is aan de achterstallige afbetaling van de fiscale of de sociale schulden.

De aanbestedende overheid die vaststelt dat de fiscale of sociale schulden gelijk zijn aan of hoger zijn dan de minimumdrempel, mag dus niet automatisch tot uitsluiting overgaan, maar moet eerst nagaan of deze schulden niet worden “gecompenseerd” door schuldvorderingen.

Het advies van de Raad van State om de voorwaarde dat het moet gaan om schuldvorderingen ten aanzien van een aanbestedende overheid of een overheidsbedrijf weg te laten werd niet gevolgd. De Raad van State ziet niet in hoe deze voorwaarde als een pertinente en adequate voorwaarde kan gelden waarop een verschil in behandeling kan worden gesteund tussen ondernemingen die over een zekere en opeisbare schuldvordering

*Motifs d'exclusion obligatoire liés aux obligations fiscales et de sécurité sociale*

Art. 51

L'article 51, qui transpose (en partie) l'article 38 points 5, 6, 8 et 10 de la directive 2014/23/UE, traite de l'exclusion obligatoire d'un candidat ou d'un soumissionnaire qui ne satisfait pas à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale.

Ces causes d'exclusion obligatoire s'appliquent uniquement aux pouvoirs adjudicateurs. Les entreprises publiques et les personnes privées bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs peuvent appliquer le présent article 51. Dans ce cas, les dispositions des articles 53 et 54 s'appliquent également.

Elles sont passées de causes d'exclusion facultative dans la loi du 15 juin 2006 à une cause d'exclusion obligatoire dans le présent projet ainsi que dans le projet de loi relative aux marchés publics.

Une série d'assouplissements sont toutefois prévus. En effet, il n'y pas d'exclusion lorsque:

— la dette sociale ou fiscale ne dépasse pas un seuil fixé par le Roi, ceci afin d'éviter, comme le prévoit la directive 2014/23/UE, que l'exclusion ne soit disproportionnée;

— le candidat ou soumissionnaire peut démontrer qu'il détient, contre des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, des créances certaines, exigibles et libres de tout engagement à l'égard de tiers pour un montant, abstraction faite du seuil à déterminer par le Roi (voir *supra*), qui est au moins égal à celui pour lequel il est en retard de paiement de dettes fiscales et sociales.

Le pouvoir adjudicateur qui constate que les dettes fiscales et sociales atteignent ou dépassent le seuil minimal ne peut donc pas procéder automatiquement à l'exclusion, sans avoir au préalable vérifié que ces dettes ne sont pas “compensées” par des créances.

L'avis du Conseil d'État recommandant la suppression de la condition selon laquelle il doit s'agir de créances à l'égard d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entreprise publique n'a pas été suivi. Le Conseil d'État ne voit pas en quoi cette condition pourrait être une condition pertinente et adéquate permettant d'opérer une différence de traitement entre les entreprises qui disposent d'une créance certaine et exigible à l'égard



ten aanzien van derden beschikken. Het advies van de Raad van State kan op dit punt niet bijgetreden worden. Het maken van een onderscheid tussen ondernemingen met een zekere en opeisbare schuldvordering op aanbestedende overheden en overheidsbedrijven (hierna "overheidsinstellingen in de ruime zin van het woord") enerzijds en de ondernemingen met een zekere en opeisbare schuldvordering op andere derden anderzijds is wel degelijk pertinent en adequaat. Het risico op fraude, het invorderingsrisico en het gerechtvaardigd vertrouwen dat ondernemingen zouden mogen hebben dat de betalingsverplichtingen worden nagekomen zijn in beide gevallen met name niet identiek.

Economische operatoren zouden ten aanzien van overheidsinstellingen in de ruime zin van het woord een groot vertrouwen moeten kunnen hebben dat de betalingsverplichtingen worden nagekomen, groter dan dit het geval is in het commerciële zakenverkeer. Overheidsinstellingen zijn immers door hun omvang, controle-mechanismen, financiële mogelijkheden en striktere budgettaire regels (bijvoorbeeld in het kader van de gecoördineerde wetten de Rijkscomptabiliteit, kunnen geen uitgaven worden overwogen dan na expliciete voorafgaande reservatie van de kredieten die deze uitgaven moeten dekken), de in principe uit te voeren risico-analyses, onderworpenheid aan reglementering, samengevat door hun algemene werking, in mindere mate onderhevig aan tekorten aan betalingsmiddelen. Dit grotere vertrouwen kan bijgevolg in geval van niet-tijdige betaling van een zekere en opeisbare schuldvordering door een overheidsinstelling, globaal genomen een grotere hinder teweeg brengen. Dit verklaart waarom een dergelijke onderscheid gemaakt wordt.

De schuldvordering moet, opdat hij in aanmerking zou kunnen genomen worden als een zekere en opeisbare vordering, een voldoende blijk van gegrondheid hebben en niet voor redelijke betwisting vatbaar zijn. Ten aanzien van de schuldvorderingen tussen ondernemingen kan dit tot meer betwisting aanleiding geven dan ten aanzien van vorderingen op overheidsinstellingen. In het eerste geval is er ook een groter risico op fraude. Ook op dit vlak zijn de situaties niet identiek.

Het weglaten van de voorwaarde dat het moet gaan om schuldvorderingen ten aanzien van een aanbestedende overheid of een overheidsbedrijf zou overigens leiden tot een al te vergaande uitholling van de verplichte uitsluitingsgrond van fiscale en sociale schulden, waarbij zelfs de vraag zou moeten worden gesteld of deze versoepeling nog wel in lijn valt te brengen met een logische uitlegging van de betreffende richtlijnbevestiging.

Het derde lid verplicht de aanbestedende overheid een regularisatietermijn te geven aan een kandidaat of

de tiers. L'avis du Conseil d'État ne peut sur ce point pas être suivi. Il est effectivement pertinent et adéquat d'opérer une distinction entre, d'une part, des entreprises possédant à l'égard de pouvoirs adjudicateurs ou d'entreprises publiques (dénommés ci-après "organismes publics au sens large") une créance certaine et exigible et, d'autre part, des entreprises possédant à l'égard d'autres tiers une créance certaine et exigible. En effet, le risque de fraude, de recouvrement et la confiance justifiée qu'une entreprise peut avoir dans le fait que les obligations de paiement seront respectées ne sont pas identiques dans les deux cas.

Les opérateurs économiques devraient avoir toute confiance quant au fait que les organismes publics au sens large respecteront leurs obligations de paiement, plus que dans les transactions commerciales. En effet, les organismes publics sont moins confrontés à des pénuries de moyens de paiement en raison de leur fonctionnement général, comprenant notamment leur taille, les mécanismes de contrôle, les possibilités financières et les règles budgétaires plus strictes (dans le cadre des lois coordonnées sur la comptabilité de l'État, par exemple, une dépense ne peut être envisagée qu'après réservation préalable et explicite des crédits destinés à couvrir ces dépenses), les analyses de risques effectuées en principe et leur assujettissement à la réglementation. En conséquence, en cas de paiement tardif d'une créance certaine et exigible par un organisme public, cette plus grande confiance pourrait, globalement, entraîner de plus grandes perturbations, ce qui explique pourquoi cette distinction est opérée.

Pour être prise en considération comme créance certaine et exigible, la créance doit apparaître comme suffisamment fondée et ne doit pas pouvoir donner lieu à une contestation raisonnable. Les créances entre entreprises sont davantage susceptibles de faire l'objet de contestations que celles à l'égard d'organismes publics. En outre, pour les premières, le risque de fraude est plus élevé. Sur ce plan également, les situations ne sont pas identiques.

La suppression de la condition selon laquelle il doit s'agir de créances à l'égard d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entreprise publique viderait d'ailleurs de sa substance le motif d'exclusion obligatoire des dettes fiscales et sociales, et la question se pose même de savoir si cet assouplissement peut être aligné sur une interprétation logique de la disposition concernée de la directive.

L'alinéa 3 oblige le pouvoir adjudicateur à donner un délai de régularisation au candidat ou soumissionnaire

inschrijver die schulden heeft die de minimumdrempel overschrijden en wiens schulden niet “gecompenseerd” worden door schuldvorderingen op de overheidssector. De aanbestedende overheid geeft hem een termijn van vijf werkdagen om het bewijs te leveren van deze regularisatie. Het eventueel overschrijden van deze termijn, terwijl de regularisatie zelf binnen de gestelde termijnen is gebeurd, moet geval per geval beoordeeld worden met inachtneming van met name het evenredigheidsbeginsel.

Deze versoepelingen, die de toegang tot overheidsopdrachten voor kmo's in principe zullen bevorderen en ten goede zullen komen van de Schatkist, worden verantwoord door het feit dat deze uitsluitingsgrond voortaan verplicht is en dus door de noodzaak om willekeurige of onevenredige uitsluitingen te vermijden, zoals aanbevolen in richtlijn 2014/23/EU.

Paragraaf 2 voorziet in een machtiging aan de Koning voor het bepalen van de betrokken sociale en fiscale schulden.

Paragraaf 3 verduidelijkt dat de uitsluitingsgrond niet langer van toepassing is indien de kandidaat of inschrijver zijn verplichtingen is nagekomen door al zijn schulden te betalen of een regeling tot betaling daarvan aan te gaan, voor zover deze betaling of deze regeling hebben plaatsgevonden vóór de indieningsdatum van de aanvraag tot deelneming of van de offerte. De regeling omtrent “*self-cleaning measures*” is met andere woorden niet van toepassing op de fiscale en/of sociale schulden.

In de laatste paragraaf wordt verduidelijkt dat de overheidsbedrijven en de personen die van bijzondere of exclusieve rechten genieten, dit artikel 51 mogen toepassen. In dat geval zijn de bepalingen van de artikelen 53 en 54 eveneens van toepassing.

#### *Facultatieve uitsluitingsgronden*

##### Art. 52

Artikel 52, dat voorziet in de gedeeltelijke omzetting van de bepalingen 38.7, 38.8 en 38.10 van richtlijn 2014/23/EU, heeft betrekking op de facultatieve uitsluitingsgronden.

Deze facultatieve uitsluitingsgronden worden toegepast door alle aanbesteders, en niet enkel door de aanbestedende overheden.

qui serait endetté au-delà du seuil minimal et dont l'endettement ne serait pas “compensé” par des créances sur le secteur public. Le pouvoir adjudicateur lui laisse un délai de cinq jours ouvrables pour fournir la preuve de cette régularisation. Le dépassement éventuel de ce délai, alors que la régularisation proprement dite a eu lieu dans les délais impartis, doit s'apprécier au cas par cas compte tenu, notamment, du principe de proportionnalité.

Ces assouplissements, qui faciliteront en principe l'accès des PME aux marchés publics et bénéficieront au Trésor, sont justifiés par le caractère désormais obligatoire de cette cause d'exclusion et, dès lors, la nécessité de ne pas arriver à des exclusions arbitraires ou disproportionnées, ce que la directive 2014/23/UE préconise d'éviter.

Le paragraphe 2 prévoit une habilitation pour le Roi aux fins de déterminer les dettes sociales et fiscales concernées.

Le paragraphe 3 précise que le motif d'exclusion ne s'applique plus lorsque le candidat ou le soumissionnaire a rempli ses obligations en payant toutes ses dettes ou concluant un accord en vue de leur paiement, pour autant que ce paiement ou cet accord soient antérieurs à la date d'introduction de la demande de participation ou d'offre. En d'autres termes, les “*self-cleaning measures*” ne s'appliquent pas aux dettes fiscales et/ou sociales.

Le dernier paragraphe précise que les entreprises publiques et les personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs peuvent appliquer le présent article 51. Dans ce cas, les dispositions des articles 53 et 54 s'appliquent également.

#### *Motifs d'exclusion facultative*

##### Art. 52

L'article 52, qui transpose partiellement les dispositions 38.7, 38.8 et 38.10 de la directive 2014/23/UE, traite des motifs d'exclusion facultative.

Tous les adjudicateurs appliquent ces motifs d'exclusion facultative, et non uniquement les pouvoirs adjudicateurs.

De in deze bepaling vastgelegde gronden werden herzien ten opzichte van deze bepaald in of krachtens de wet van 15 juni 2006.

Belangrijk zijn de nieuwe uitsluitingsgronden in verband met:

— het bewijs door de aanbesteder dat de kandidaat of inschrijver zijn verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal of arbeidsrecht niet naleeft;

— het bestaan van een belangenconflict dat niet kan worden verholpen met andere minder ingrijpende maatregelen dan de uitsluiting;

— een begin van bewijs (plausibele aanwijzingen) door de aanbesteder, van het bestaan van handelingen, afspraken of overeenkomsten tussen ondernemers die de mededinging kunnen vertekenen;

— de voorbereiding van de concessie door de kandidaat of inschrijver wanneer geen enkele andere maatregel dan de uitsluiting de vertekening van de mededinging kan verhelpen;

— aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van wezenlijke verplichtingen van eerdere concessies, overeenkomsten of opdrachten met een aanbesteder. Deze tekortkomingen moeten geleid hebben tot zware sancties zoals de stopzetting, het nemen van ambtshalve maatregelen of schadevergoedingen. Het volstaat met andere woorden niet dat er processen-verbaal van ingebrekestelling zijn opgesteld. De voornoemde inbreuken kunnen betrekking hebben op eerdere concessies, overeenkomsten of opdrachten gesloten met andere aanbesteders dan deze die de concessie plaatst. In overweging 70 van richtlijn 2014/23/EU worden de volgende voorbeelden aangehaald van de in deze uitsluitingsgrond bedoelde tekortkomingen: "niet-nakoming of niet-uitvoering, significante tekortkomingen van het geleverde product of de verrichte dienst, waardoor het product of de dienst onbruikbaar is geworden voor het beoogde doel, of wangedrag dat ernstige twijfels oproept ten aanzien van de betrouwbaarheid van de ondernemer";

— gevallen waarin de kandidaat of inschrijver heeft getracht om het besluitvormingsproces van de aanbesteder onrechtmatig te beïnvloeden of om vertrouwelijke informatie te verkrijgen die hem een onrechtmatig voordeel kan opleveren bij de plaatsingsprocedure, of door nalatigheid misleidende informatie heeft verstrekt die een belangrijke invloed kan hebben op de beslissingen inzake uitsluiting, selectie of gunning.

Les motifs prévus par cette disposition ont été revus par rapport à ceux prévus par ou en vertu de la loi du 15 juin 2006.

On soulignera les nouveaux motifs d'exclusion liés:

— à la preuve par l'adjudicateur que le candidat ou soumissionnaire ne respecte pas ses obligations dans le domaine du droit environnemental, social ou du travail;

— à l'existence d'un conflit d'intérêt auquel il ne peut être remédié par d'autres mesures moins intrusives que l'exclusion;

— à un début de preuve (éléments plausibles) par l'adjudicateur, de l'existence d'actes, ententes ou accords entre opérateurs économiques de nature à fausser la concurrence;

— à la préparation par le candidat ou soumissionnaire de la concession lorsqu'aucune autre mesure que l'exclusion ne permet de remédier à la distorsion de concurrence;

— aux défaillances importantes ou persistantes dans le cadre de l'exécution d'obligations essentielles de concessions, contrats ou marchés antérieurs avec un adjudicateur. Il faut que ces défaillances aient donné lieu à l'application de sanctions lourdes telles que la résiliation, des mesures d'office ou des dommages & intérêts. En d'autres termes, le seul fait que des PV de manquement aient été établis ne suffit pas. Les manquements précités peuvent viser des concessions, des contrats ou marchés antérieurs conclus avec d'autres adjudicateurs que celui qui passe la concession. A titre d'exemples de défaillances visées au présent motif d'exclusion, le considérant 70 de la directive 2014/23/UE cite "un défaut de fourniture ou d'exécution, des carences notables du produit ou du service fourni qui le rendent impropre aux fins prévues ou un comportement fautif jetant sérieusement le doute quant à la fiabilité de l'opérateur économique";

— aux hypothèses où le candidat ou le soumissionnaire a entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel de l'adjudicateur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui donner un avantage indu lors de la procédure de passation, ou a fourni par négligence des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution.

De bewoordingen van de overige facultatieve uitsluitingsgronden zijn slechts licht gewijzigd. Zo zijn de gevallen van faillissement en gerechtelijke reorganisatie (en vergelijkbare situaties) enerzijds en van staking van werkzaamheden anderzijds nu in één enkele facultatieve uitsluitingsgrond ondergebracht.

Overweging 70 van richtlijn 2014/23/EU luidt als volgt: “Bovendien moet de aanbestedende diensten of de aanbestedende entiteiten de mogelijkheid worden geboden ondernemers uit te sluiten die onbetrouwbaar zijn gebleken, bijvoorbeeld wegens ernstige of herhaalde schendingen van milieuverplichtingen of sociale verplichtingen, onder meer wat betreft de toegankelijkheid voor personen met een handicap, of wegens andere ernstige beroepsfouten, zoals schendingen van de mededingingsregels of van de intellectuele-eigendomsrechten”.

Wat deze ernstige beroepsfout betreft, moet het gaan om een (ernstige) fout waardoor de integriteit van de kandidaat of inschrijver in twijfel kan worden getrokken.

De uitsluitingsgrond in verband met de afspraken is in ruimere bewoordingen gesteld dan in artikel 38.7 van richtlijn 2014/23/EU. De richtlijn heeft enkel betrekking op de gevallen waarin de aanbesteder over voldoende plausibele aanwijzingen beschikt dat de kandidaat of inschrijver overeenkomsten heeft gesloten met andere ondernemers om de mededinging te vertekenen. Aangezien artikel 25, § 2, van dit ontwerp niet enkel overeenkomsten verbiedt die de normale mededingingsvoorwaarden vertekenen, maar ook andere handelingen en afspraken, zelfs als die (nog) niet tot het sluiten van een overeenkomst hebben geleid, moet de overeenkomstige uitsluitingsgrond ook ruimer worden geïnterpreteerd. Aangezien richtlijn 2014/23/EU de lidstaten de vrijheid geeft om het begrip “ernstige beroepsfout” nader in te vullen, kan de wetgever rechtmatig stellen dat handelingen die de mededinging vertekenen een ernstige beroepsfout vormen waardoor de integriteit van de kandidaat of inschrijver in twijfel wordt getrokken. Deze redenering toont dus aan dat de bepalingen van dit artikel (eerste lid, 4<sup>o</sup>) in overeenstemming zijn met deze van de richtlijn.

Dezelfde redenering kan *mutatis mutandis* worden gevolgd voor de uitsluitingsgrond bedoeld in punt 6<sup>o</sup> van het eerste lid (eerdere betrokkenheid).

De uitsluitingsgronden in verband met belangenconflicten en de voorbereiding van de concessie kunnen enkel worden toegepast indien blijkt dat het probleem niet met andere minder ingrijpende maatregelen kan worden verholpen. Om deze reden alsook om de eenvoud in de systematiek van de onderverdeling op het vlak van uitsluitingsgronden te bewaren werd ervoor

La formulation des autres motifs d'exclusion facultative n'a été que légèrement modifiée. Ainsi, d'une part, les cas de faillite et de réorganisation judiciaire (ainsi que toute situation analogue) et, d'autre part, de cessation d'activités, figurent dorénavant dans un seul motif d'exclusion facultatif.

Aux termes du considérant 70 de la directive 2014/23/UE, “De surcroît, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices devraient pouvoir exclure des opérateurs économiques qui ne se seraient pas révélés fiables, par exemple, en raison de manquements graves ou répétés à des obligations environnementales ou sociales, y compris aux règles d'accessibilité pour les personnes handicapées ou pour d'autres fautes professionnelles graves telles que la violation de règles de concurrence ou de droits de propriété intellectuelle”.

En ce qui concerne cette faute professionnelle grave, il doit s'agir d'une faute (grave) qui remet en cause l'intégrité du candidat ou du soumissionnaire.

La cause d'exclusion liée aux ententes a été libellée de façon plus large que ce que prévoit l'article 38.7 de la 2014/23/UE. La directive vise uniquement les cas où l'adjudicateur dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que le candidat ou le soumissionnaire a conclu des accords avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence. Etant donné que l'article 25, § 2, du présent projet interdit non seulement les conventions qui faussent les conditions normales de la concurrence mais également d'autres actes et ententes, même s'ils n'ont pas (encore) abouti à la conclusion d'un accord, le motif d'exclusion correspondant doit également être interprété de façon plus large. Dans la mesure où la directive 2014/23/UE laisse aux États membres la liberté de définir la notion de faute professionnelle grave, le législateur peut légitimement considérer que l'accomplissement d'actes qui faussent la concurrence constitue une faute professionnelle grave qui remet en cause l'intégrité du candidat ou du soumissionnaire. Ce raisonnement permet dès lors de justifier la conformité des dispositions du présent article (alinéa 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup>) à celles de la directive.

Le même raisonnement peut être tenu *mutatis mutandis* pour la cause d'exclusion visée au 6<sup>o</sup> de l'alinéa 1<sup>er</sup> (participation préalable).

Les motifs d'exclusion liés aux conflits d'intérêt et à la préparation de la concession ne peuvent s'appliquer que s'il apparaît qu'il ne peut être remédié au problème par d'autres mesures moins intrusives. Pour cette raison, ainsi que pour maintenir la simplicité dans la systématique de classement des motifs d'exclusion, il a été choisi, comme à l'article 38.7, d), de la directive

gekozen, net als in artikel 38.7, d), van richtlijn 2014/23/EU, om deze uitsluitingsgronden in te delen bij de zogenaamde facultatieve uitsluitingsgronden, hetgeen geen afbreuk doet aan het feit dat, ingeval het belangenconflict of de vertekening van de mededinging ingevolge de eerdere betrokkenheid niet met minder ingrijpende maatregelen kan worden verholpen, in dat geval er *de facto* wel zal moeten worden uitgesloten. De classificatie binnen de facultatieve uitsluitingsgronden moet in dat opzicht begrepen worden. Ook de verduidelijking die werd aangebracht in het derde lid lijkt overigens van weinig praktische waarde voor de hier besproken uitsluitingsgronden.

Ter herinnering, wat de belangenconflicten betreft verplicht artikel 26 de aanbesteders zelf de nodige maatregelen te nemen om tijdens de plaatsing en de uitvoering van concessies belangenconflicten niet alleen doeltreffend te voorkomen, maar ook, in voorkomend geval, te onderkennen en op te lossen. Zo mag een ambtenaar, openbare gezagsdrager of iedere andere persoon die op welke wijze ook aan een aanbesteder verbonden is, niet meer tussenkomen indien hij in een belangenconflict zou kunnen terechtkomen (artikel 26, § 2). Op dit verbod om tussen te komen bestaat evenwel een uitzondering, met name indien dit verbod de aanbesteder zou beletten om in zijn behoeften te voorzien. In dit verband moet met name worden gedacht aan de draaideurconstructie bedoeld in artikel 26, § 5, van dit ontwerp. Volgens deze bepaling is het een natuurlijk persoon die bij een aanbesteder heeft gewerkt (als interne medewerker, al dan niet in hiërarchisch verband) verboden om in de twee jaar die volgen op zijn vertrek tussen te komen in het kader van een concessie die door deze aanbesteder wordt gegund. Een probleem betreffende de draaideurconstructie hoeft niet automatisch te leiden tot de uitsluiting van de betrokken kandidaat of inschrijver. Het zal immers vaak volstaan om de betrokken persoon van het projectteam door een andere persoon te vervangen. De aanbesteder zal de betrokken kandidaat dan ook moeten wijzen op het feit dat de betrokken persoon niet kan worden tewerkgesteld in het kader van de uitvoering van de concessie en dat, in het kader van de selectie, geen rekening kan worden gehouden met de technische en beroepsbekwaamheid van de betrokken persoon. Zo zal de aanbesteder de kandidaat moeten verzoeken de betrokken informatie of documentatie binnen een passende termijn in te dienen, aan te vullen, te verduidelijken of te vervolledigen, overeenkomstig artikel 48. In het kader van procedures in één enkele fase zal de aanbesteder de inschrijver bovendien moeten verzoeken een wijziging aan te brengen in het projectteam dat in de offerte wordt vermeld.

Het voorgaande belet niet dat het in sommige gevallen onmogelijk zal zijn de betrokken persoon te vervangen,

2014/23/UE, de classer ces motifs d'exclusion parmi les motifs d'exclusion facultatifs. Ceci ne porte pas atteinte au fait que, lorsqu'il ne peut pas être remédié au conflit d'intérêt ou à la distorsion de la concurrence résultant de la participation préalable par d'autres moyens moins intrusifs, il y aura dans ce cas *de facto* bel et bien exclusion. C'est ainsi que la classification parmi les motifs d'exclusion facultative doit être comprise. D'ailleurs, la clarification apportée à l'alinéa 3 semble avoir peu de valeur pratique pour les motifs d'exclusion dont il est ici question.

Rappelons, pour les conflits d'intérêt, que l'article 26 impose aux adjudicateurs de prendre eux-mêmes les mesures nécessaires permettant non seulement de prévenir de manière efficace des conflits d'intérêts survenant lors de la passation et de l'exécution des concessions, mais également, le cas échéant, de les détecter et corriger. Ainsi, le fonctionnaire, l'officier public ou toute autre personne liée à un adjudicateur de quelque manière que ce soit, ne peut plus intervenir s'il peut se trouver dans une situation de conflit d'intérêts (article 26, § 2). Il est toutefois prévu une exception à cette interdiction d'intervenir, notamment lorsque cette interdiction empêcherait l'adjudicateur de pourvoir à ses besoins. A ce sujet, il faut notamment penser à la situation de tourniquet visée à l'article 26, § 5, du présent projet. Selon cette disposition, il est interdit à une personne physique qui a travaillé au sein d'un adjudicateur (comme collaborateur interne dans un lien hiérarchique ou non) d'intervenir dans les deux ans qui suivent son départ dans le cadre d'une concession attribuée par cet adjudicateur. Un problème relatif au mécanisme du tourniquet ne doit pas automatiquement entraîner l'exclusion du candidat ou du soumissionnaire concerné. En effet, il suffira souvent de remplacer la personne concernée de l'équipe projet par une autre personne. L'adjudicateur devra dès lors signaler au candidat concerné que la personne concernée ne pourra pas être employée dans le cadre de l'exécution de la concession et que, dans le cadre de la sélection, les capacités techniques et professionnelles de la personne concernée ne pourront pas être prises en compte. Ainsi, l'adjudicateur devra demander au candidat de soumettre, compléter, préciser ou perfectionner les informations ou la documentation concernée dans un délai approprié, conformément à l'article 48. Dans le cadre des procédures se déroulant en une seule phase, l'adjudicateur devra en plus demander au soumissionnaire d'apporter une modification à l'équipe projet décrite dans l'offre.

Ce qui précède n'empêche pas qu'il sera, dans certains cas, impossible de remplacer la personne

bijvoorbeeld wanneer het de kandidaat of inschrijver zelf is die zich in de draaideurconstructie bevindt (of wanneer deze laatste optreedt via een eenpersoons-bvba).

De tweede paragraaf bepaalt voortaan dat de uitsluiting van deelname slechts geldt voor een periode van drie jaar vanaf de betrokken gebeurtenis. Deze beperking voorziet in de omzetting van artikel 38.10 van richtlijn 2014/23/EU, dat de lidstaten verplicht om de maximumduur van de uitsluitingsperiode te bepalen. Voor de uitsluitingsgronden bedoeld in dit artikel 52, voorziet deze richtlijn in een maximumduur van 3 jaar. De wetgever heeft dus voor deze maximumduur gekozen.

In de derde paragraaf wordt verduidelijkt dat de aanbestedende overheid er in principe niet toe gehouden is, tenzij hij dit zou hebben aangegeven in de opdracht-documenten, om de afwezigheid van de facultatieve uitsluitingsgronden ook na te gaan in hoofde van personen die lid zijn van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van de kandidaat of inschrijver of daarin vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid hebben. Het betreft een nieuwe bepaling.

#### *Corrigerende maatregelen*

##### Art. 53

Artikel 53, dat voorziet in de omzetting van artikel 38.9 van richtlijn 2014/23/EU, heeft betrekking op de mogelijkheid waarover de kandidaat of inschrijver moet beschikken om te bewijzen dat hij voldoende corrigerende maatregelen heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen, ondanks de toepasselijke verplichte of facultatieve uitsluitingsgrond als bedoeld in de artikelen 50 en 52.

De ondernemers krijgen de mogelijkheid om via corrigerende maatregelen ("*self-cleaning measures*"), maatregelen te nemen die de gevolgen van strafrechtelijke inbreuken of fouten verhelpen en herhaling van het wangedrag daadwerkelijk voorkomen, waardoor zij hun betrouwbaarheid kunnen aantonen, ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond. Met name kan het gaan om maatregelen op het gebied van personeel en organisatie, zoals het verbreken van alle banden met personen of organisaties die betrokken zijn bij het wangedrag, passende maatregelen voor de reorganisatie van het personeel, de implementatie van verslagleggings- en controlesystemen, het opzetten van een interne controlestructuur voor toezicht op de naleving en de vaststelling van interne regels met betrekking tot aansprakelijkheid en vergoeding. Als zulke maatregelen

concernée, par exemple lorsque c'est le candidat ou le soumissionnaire lui-même qui se trouve dans la situation de tourniquet (ou dans le cas où ce dernier intervient via une SPRL unipersonnelle).

Le deuxième paragraphe précise désormais que l'exclusion à la participation s'applique uniquement pour une période de trois ans à compter de l'évènement concerné. Cette limitation transpose l'article 38.10 de la directive 2014/23/UE qui impose aux États membres de déterminer la durée maximale de la période d'exclusion. Pour les motifs d'exclusion visés au présent article 52, ladite directive prévoit une durée maximale de 3 ans. Le législateur a donc opté pour cette durée maximale.

Le troisième paragraphe précise que le pouvoir adjudicateur n'est en principe pas tenu de vérifier l'absence de motifs d'exclusion dans le chef des membres de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance du candidat ou soumissionnaire ou des personnes qui détiennent un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein, sauf lorsque les documents du marché en disposent autrement. Il s'agit d'une nouvelle disposition.

#### *Mesures correctrices*

##### Art. 53

L'article 53, qui transpose l'article 38.9 de la directive 2014/23/UE, traite de la possibilité dont doit disposer le candidat ou le soumissionnaire de fournir des preuves afin d'attester qu'il a pris des mesures correctrices suffisantes pour démontrer sa fiabilité malgré le motif d'exclusion obligatoire ou facultative applicable au sens des articles 50 et 52.

Les opérateurs économiques ont la possibilité de prendre, par le biais des mesures correctrices ("*self-cleaning measures*"), des mesures de mise en conformité visant à remédier aux conséquences de toute infraction pénale ou faute et à empêcher effectivement que celles-ci ne se reproduisent, leur permettant de démontrer leur fiabilité malgré le motif d'exclusion applicable. Il pourrait notamment s'agir de mesures concernant leur organisation et leur personnel, comme la rupture de toute relation avec des personnes ou des organisations impliquées dans ces agissements, des mesures appropriées de réorganisation du personnel, la mise en œuvre de systèmes de déclaration et de contrôle, la création d'une structure d'audit interne pour assurer le suivi de la conformité et l'adoption de règles internes de responsabilité et de réparation. Lorsque ces

voldoende garanties bieden, mag de ondernemer niet langer uitsluitend op deze gronden worden uitgesloten door de aanbesteder. De ondernemer moet kunnen verzoeken dat de maatregelen die met het oog op mogelijke toelating tot de plaatsingsprocedure zijn genomen, getoetst worden.

De aandacht wordt gevestigd op het feit dat de ondernemer uit eigen beweging moet aangeven of hij corrigerende maatregelen genomen heeft. In afwezigheid van nadere inlichtingen in die zin, kan de aanbesteder ervan uitgaan dat geen enkele corrigerende maatregel werd genomen.

Het nazicht van de beweerdelijk genomen corrigerende maatregelen wordt toevertrouwd aan de aanbesteders voor elk van hun procedures. Elk geval wordt afzonderlijk beoordeeld. Indien een aanbesteder zou oordelen dat de genomen maatregelen voldoende zijn, dan is dit geenszins bindend ten aanzien van een andere aanbesteder.

De in dit artikel beoogde corrigerende maatregelen zijn niet van toepassing op de in artikel 51 bedoelde uitsluitingsgrond (niet-betaling van belastingen of sociale zekerheidsbijdragen). Zoals aangegeven in artikel 51, § 3, is deze uitsluitingsgrond niet langer van toepassing indien de kandidaat/inschrijver zijn schulden heeft betaald of een bindende regeling voor de betaling ervan is aangegaan vóór de indiening van zijn aanvraag tot deelneming/offerte. Het enige dat de kandidaat/inschrijver die fiscale of sociale schulden heeft nog kan doen, is dus die schulden betalen of een regeling aangaan met het oog op de betaling ervan. Alle andere in dit artikel 53 bedoelde "maatregelen" zijn hier niet relevant.

In de Nederlandstalige versie van artikel 38.9 van richtlijn 2014/23/EU wordt melding gemaakt van "strafrechtelijke inbreuken of beroepsfouten". Dit lijkt aan een onvolmaakte vertaling van de Engelse en Franse versie te wijten, waarin sprake is van "*l'infraction pénale ou la faute*" en "*criminal offence or misconduct*". In dit ontwerp wordt dan ook de term "fout" en niet "beroepsfouten" gebruikt. Uit de algemene opzet van artikel 38 van richtlijn 2014/23/EU blijkt overigens dat de corrigerende maatregelen in principe bij alle verplichte of facultatieve uitsluitingsgronden genomen kunnen worden (tenzij wat de fiscale en sociale schulden betreft en alhoewel voor sommige uitsluitingsgronden en met name bij faillissement en aanverwante procedures moeilijk in te zien valt hoe corrigerende maatregelen soelaas zouden kunnen bieden).

mesures offrent des garanties suffisantes, l'opérateur économique concerné ne devrait plus être exclu pour ces seuls motifs par l'adjudicateur. Les opérateurs économiques devraient avoir la possibilité de demander que soient examinées les mesures de mise en conformité prises en vue d'une éventuelle admission à la procédure de passation.

L'attention est attirée sur le fait que l'opérateur économique doit d'initiative indiquer les mesures correctrices prises. En l'absence de précisions en ce sens, l'adjudicateur peut estimer qu'aucune mesure correctrice n'a été prise.

La vérification des prétendues mesures correctrices prises est confiée aux adjudicateurs pour chacune de leurs procédures. C'est une appréciation au cas par cas: si un adjudicateur estime que les mesures prises sont suffisantes, ce n'est aucunement contraignant à l'égard d'un autre adjudicateur.

Les mesures correctrices visées par le présent article ne s'appliquent pas au motif d'exclusion visé à l'article 51 (non-paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale). Pour ce motif d'exclusion, l'article 51, § 3, indique qu'il ne s'applique plus si le candidat/soumissionnaire a payé ses dettes ou conclu un accord contraignant pour leur paiement, avant l'introduction de sa demande de participation/offre. La seule mesure qui peut donc être prise par le candidat/soumissionnaire qui a des dettes fiscales ou sociales est donc de les payer ou conclure un accord en vue de leur paiement. Toute autre "mesure" au sens du présent article 53 n'est pas pertinente.

La version néerlandophone de l'article 38.9 de la directive 2014/23/UE fait mention de "*strafrechtelijke inbreuken of beroepsfouten*". Il semble qu'il s'agit d'une erreur de traduction au regard des versions anglaises et françaises qui parlent de "*l'infraction pénale ou la faute*" et de "*criminal offence or misconduct*". Le présent projet utilise dès lors le terme "fout" et non "*beroepsfouten*". Il ressort d'ailleurs de l'objectif général de l'article 38 de la directive 2014/23/UE que les mesures correctrices peuvent en principe être prises pour tous les motifs d'exclusion obligatoires et facultatifs (sauf en ce qui concerne les dettes fiscales et sociales et bien qu'il soit difficile de comprendre, quant à certains motifs d'exclusion et notamment en cas de faillite et de procédures liées, comment des mesures correctrices pourraient apporter une solution).

*Bepalingen van toepassing op combinaties van ondernemingen*

## Art. 54

Artikel 54 bepaalt de toepassingsmodaliteiten van de uitsluitingsgronden (en van de corrigerende maatregelen) in het geval dat de kandidaat of de inschrijver (i) een combinatie van ondernemers is en (ii) hij een beroep doet op de draagkracht van derden om aan de selectievoorwaarden te voldoen.

In deze gevallen wordt de concessie alleen gegund nadat is vastgesteld dat elk lid van de combinatie en de derde(n) niet uitgesloten zijn of kunnen worden krachtens de artikelen 50 tot 52, onverminderd, indien ze van toepassing zijn, de corrigerende maatregelen die kunnen worden toegepast door elk van de leden van de combinatie en/of door die derde(n).

Artikel 54, tweede paragraaf, machtigt de Koning de modaliteiten voor de controle van de uitsluitingsgronden te bepalen.

*Gunningscriteria*

## Art. 55

Artikel 55 van dit ontwerp voorziet in de omzetting van artikel 41 van richtlijn 2014/23/EU.

Omwille van de flexibiliteit laten zowel de richtlijn als dit ontwerp de aanbesteder vrij om deze gunningscriteria te bepalen, maar deze vrijheid wordt geregeld om de naleving te garanderen van de basisbeginselen die van toepassing zijn op het gunnen van concessies.

Deze criteria moeten objectief en niet-discriminerend zijn en verband houden met het voorwerp van de concessie. Ze moeten duidelijk zijn en de aanbesteder moet de eisen vermelden die het mogelijk maken de door de inschrijvers verstrekte informatie te controleren.

De aanbesteder kan een of meer gunningscriteria bepalen. Deze kunnen betrekking hebben op factoren die niet louter economisch zijn, maar de waarde van de offerte vanuit het standpunt van de aanbesteder beïnvloeden, waardoor een algeheel economisch voordeel voor de aanbesteder kan worden vastgesteld.

Ze kunnen sociale, innovatiegerelateerde of milieu-criteria omvatten.

*Dispositions applicables aux groupements d'entreprises*

## Art. 54

L'article 54 précise les modalités d'application des motifs d'exclusion (et des mesures correctrices) dans les cas où le candidat ou soumissionnaire (i) est un groupement d'opérateurs économiques et où (ii) il fait appel à la capacité de tiers pour répondre aux conditions de sélection.

Dans ces hypothèses, l'attribution de la concession est conditionnée par la vérification de ce que chaque membre du groupement et le(s) tiers ne sont pas ou ne peuvent pas être exclus en vertu des articles 50 à 52, sans préjudice, lorsqu'elles peuvent trouver à s'appliquer, des mesures correctrices pouvant être appliquées par chacun des membres du groupement et/ou par ce(s) tiers.

En son paragraphe 2, l'article 54 habilite le Roi à déterminer les modalités de vérification des motifs d'exclusion.

*Critères d'attribution*

## Art. 55

L'article 55 du présent projet transpose l'article 41 de la directive 2014/23/UE.

Suivant l'objectif de flexibilité, la directive comme le présent projet, laisse l'adjudicateur libre de déterminer ces critères d'attribution mais encadre cette liberté pour assurer le respect des principes fondamentaux applicables à la passation des concessions.

Ces critères doivent être objectifs, non discriminatoires et liés à l'objet de la concession. Ils doivent être précis et l'adjudicateur doit indiquer les exigences qui permettent de vérifier les informations fournies par les soumissionnaires.

L'adjudicateur peut prévoir un ou plusieurs critères d'attribution. Ils peuvent renvoyer à des éléments qui ne sont pas purement économiques mais qui ont une influence sur la valeur de l'offre du point de vue de l'adjudicateur et lui permettent de constater un avantage économique global pour l'adjudicateur.

Les critères peuvent inclure des critères environnementaux, sociaux ou relatifs à l'innovation.



De gunningscriteria moeten niet opgenomen worden in de concessieaankondiging, maar in de (overige) concessiedocumenten (met de uitnodiging tot het indienen van een offerte) worden vermeld.

De gunningscriteria moeten niet worden gewogen, maar wel gerangschikt in afnemende volgorde van belangrijkheid.

De criteria en de volgorde van belangrijkheid ervan kunnen niet worden gewijzigd in de loop van de procedure, met name tijdens de onderhandelingen.

De aanbesteder gaat na of de offertes beantwoorden aan de eisen gesteld bij de gunningscriteria, onderzoekt de regelmatigheid ervan en beoordeelt ze op basis van de gunningscriteria. Dit onderzoek gebeurt volgens de regels bepaald door de Koning,

Paragraaf 3 voorziet echter in een uitzondering die het mogelijk maakt weliswaar niet de criteria, maar wel hun volgorde van belangrijkheid te wijzigen wanneer de aanbesteder een offerte ontvangt waarin een innovatieve oplossing met een uitzonderlijk hoog functioneel prestatieniveau wordt voorgesteld, die hij als zorgvuldig handelende aanbesteder niet kon voorzien, om rekening te houden met de nieuwe mogelijkheden die deze innovatieve oplossing biedt.

Deze wijziging moet plaatsvinden overeenkomstig het beginsel van gelijke behandeling, dat impliceert:

— hetzij dat de aanbesteder een nieuwe uitnodiging tot het indienen van een offerte verzendt (met inachtneming van de minimumtermijn van 22 dagen), waarin de nieuwe afnemende volgorde van belangrijkheid van de gunningscriteria is vermeld. Deze nieuwe uitnodiging kan andere wijzigingen bevatten, voor zover ze geen betrekking hebben op het voorwerp van de concessie, noch op de gunningscriteria, noch op de minimumeisen. Terwijl in de Franse versie van richtlijn 2014/23/EU de term “*publier*” (van een nieuwe uitnodiging tot het indienen van een offerte) wordt gebruikt, wordt in de Engelse versie “*issue*” gebruikt en in de Nederlandse de formulering “doet een nieuwe oproep tot indiening van inschrijvingen uitgaan”. In dit ontwerp wordt dus “verzenden” gebruikt, aangezien de doelgroep beperkt is tot de betrokken deelnemers, of ten minste de geselecteerden;

— hetzij, indien de gunningscriteria vermeld waren in concessieaankondiging, dat hij een nieuwe concessieaankondiging bekendmaakt. In dat geval moet de minimumtermijn van 30 dagen worden gerespecteerd.

Om gebruik te maken van de flexibiliteit die paragraaf 3 van artikel 56 biedt, mag de aanbesteder de

Les critères d’attribution ne doivent pas être repris dans l’avis de concession, mais ils doivent être mentionnés dans les (autres) documents de concession (avec l’invitation à remettre offre).

Les critères d’attribution ne doivent pas être pondérés mais classés en ordre décroissant d’importance.

Ces critères, comme leur ordre d’importance ne peuvent être modifiés en cours de procédure, notamment pendant les négociations.

L’adjudicateur vérifie si les offres répondent aux exigences indiquées dans les critères d’attribution, en contrôle la régularité et les évalue sur la base des critères d’attribution. Ce contrôle se fait selon les règles fixées par le Roi.

Toutefois, le paragraphe 3 introduit une exception qui permet non pas de modifier les critères mais bien leur ordre d’importance, lorsque l’adjudicateur reçoit une offre proposant une solution innovante présentant des performances fonctionnelles d’un niveau exceptionnel qu’il ne pouvait pas prévoir malgré sa diligence, afin de tenir compte des nouvelles possibilités offertes par cette solution innovante.

Cette modification doit être opérée dans le respect du principe d’égalité de traitement qui implique:

— soit que l’adjudicateur émet une nouvelle invitation à déposer une offre (dans le respect du délai minimal de 22 jours), indiquant le nouvel ordre décroissant d’importance des critères d’attribution. Cette nouvelle invitation peut contenir d’autres modifications pour autant qu’elles ne visent ni l’objet de la concession, ni les critères d’attributions ni les exigences minimales. Si la version française de la directive 2014/23/UE utilise le terme “*publier*” une nouvelle invitation à présenter une offre, la version anglaise utilise le terme “*issue*” et la version néerlandophone s’en réfère aux termes “*doet een nieuw oproep tot indiening van inschrijvingen uitgaan*”. Dès lors, le présent projet parle “d’émettre” une nouvelle invitation à remettre offre, cette “émission” étant limitée aux participants concernés, à tout le moins les candidats sélectionnés;

— soit, si les critères d’attribution étaient mentionnés dans l’avis de concession, qu’il publie un nouvel avis de concession. Dans ce cas, le délai minimal de 30 jours doit être respecté.

Pour profiter de la flexibilité offerte par le paragraphe 3 de l’article 56, l’adjudicateur veillera à ne

gunningscriteria niet in de concessieaankondiging vermelden, maar enkel in het concessiedocument dat bij de uitnodiging tot het indienen van een offerte is gevoegd.

#### *Sluiting van de concessie*

##### Art. 56

Artikel 56 handelt over het sluiten van concessies. De aanbesteders moeten de modaliteiten voor de sluiting ervan in de concessiedocumenten regelen.

Overeenkomstig de wettelijke bepalingen betreffende de kennisgeving, motivering en rechtsmiddelen (in het bijzonder het verstrijken van de wachttermijn indien van toepassing) kan de aanbesteder bepalen dat de concessie wordt gesloten door kennisgeving van de goedkeuring van de offerte van de gekozen inschrijver, of nog door ondertekening of inwerkingtreding van de overeenkomst.

Het tweede lid bepaalt dat het volgen van een plaatsingsprocedure van een concessie de aanbesteder niet verplicht om de concessie te gunnen of te sluiten.

Indien de concessie is onderverdeeld in meerdere percelen heeft de aanbesteder het recht er slechts enkele te gunnen en eventueel te besluiten de andere op te nemen in één of meer nieuwe concessies, die desnoods op een andere wijze zullen worden geplaatst.

#### TITEL 5

##### *Regels betreffende de uitvoering van concessieovereenkomsten*

##### *Algemene uitvoeringsregels*

##### Art. 57

Artikel 57 wijst erop dat de Koning de algemene uitvoeringsregels van concessies dient te bepalen. Deze regels moeten in ieder geval regels betreffende de onderaanneming omvatten (en aldus artikel 42 van richtlijn 2014/23/EU omzetten), met inbegrip van de regels betreffende de controle, in het kader van de uitvoering van concessies, op het ontbreken van uitsluitingsgronden in hoofde van onderaannemers. Deze regels vullen de regels van artikel 54 van dit ontwerp aan, die betrekking hebben op de controle van de uitsluitingsgronden in het kader van de plaatsing van concessies. Dit artikel bepaalt immers dat de aanbesteders de artikelen 50 tot 53 moeten toepassen (met name) op derden die de kandidaten en inschrijvers in hun aanvraag tot deelneming of offerte vermelden om aan de selectiecriteria

pas reprendre les critères d'attribution dans l'avis de concession mais uniquement dans le document de concession accompagnant l'invitation à remettre offre.

#### *Conclusion de la concession*

##### Art. 56

L'article 56 traite de la conclusion des concessions. Il impose aux adjudicateurs de régler, dans les documents de concession, les modalités de conclusion de celle-ci.

Dans le respect des dispositions légales relatives aux notifications, motivations et recours (en particulier l'écoulement du délai d'attente lorsqu'il s'applique), l'adjudicateur peut prévoir que la concession est conclue par la notification de l'approbation de l'offre du soumissionnaire retenu, ou encore par la signature ou l'entrée en vigueur du contrat.

L'alinéa 2 indique que l'accomplissement d'une procédure de passation d'une concession n'oblige pas l'adjudicateur à attribuer ou à conclure la concession.

Si la concession est subdivisée en plusieurs lots, l'adjudicateur a le droit de n'en attribuer que certains et, éventuellement de décider que les autres lots feront l'objet d'une ou plusieurs nouvelles concessions, au besoin selon un autre mode.

#### TITRE 5

##### *Règles relatives à l'exécution des contrats de concession*

##### *Règles générales d'exécution*

##### Art. 57

L'article 57 précise qu'il appartient au Roi de définir les règles générales d'exécution pour les concessions. Ces règles doivent en tout état de cause contenir des règles relatives à la sous-traitance (et transposer par-là l'article 42 de la directive 2014/23/UE), en ce compris les règles concernant le contrôle dans le cadre de l'exécution des concessions, de l'absence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants. Ces règles compléteront celles prévues par l'article 54 du présent projet qui visent le contrôle des motifs d'exclusion dans le cadre de la passation des concessions. Cet article impose en effet aux adjudicateurs d'appliquer les articles 50 à 53 (notamment) aux tiers que les candidats et soumissionnaires identifient dans leur demande de participation ou offre pour répondre aux conditions de

te voldoen. Met deze derden worden met name de onderaannemers bedoeld.

De Koning zal moeten bepalen voor welke concessies de regels betreffende de controle op het ontbreken van uitsluitingsgronden van toepassing zijn op onderaannemers. Deze controle zal dus niet noodzakelijk van toepassing zijn op alle concessies, noch voor alle uitsluitingsgronden. Het opleggen van deze controle lijkt vooral aangewezen in een aantal fraudegevoelige sectoren, met name voor de bestrijding van sociale dumping en om meer in het algemeen bij te dragen tot een betere naleving van het arbeids-, sociaal en milieurecht, ook in geval van onderaanneming. Daarom sluiten deze regels aan bij het algemeen principe, dat voortaan verankerd is in de wetgeving inzake concessies en overheidsopdrachten, volgens hetwelk de ondernemers hun nationale, Europese en internationale verplichtingen inzake sociaal, milieu- en arbeidsrecht moeten naleven en doen naleven om een eerlijke mededinging te garanderen.

De algemene uitvoeringsregels moeten ook regels omvatten betreffende de wijziging en stopzetting van concessies, met name ter omzetting van de artikelen 43 en 44 van richtlijn 2014/23/EU.

Deze bepaling voorziet in een ruime machtiging aan de Koning. Deze werkwijze verschilt enigszins van die in de vorige hoofdstukken, waar ervoor gekozen is om de meeste bepalingen van richtlijn 2014/23/EU op te nemen in het wettelijk kader en de Koning enkel de mogelijkheid te geven om bijkomende modaliteiten te bepalen.

Wat de uitvoering van concessies betreft, heeft de Europese wetgever echter slechts enkele bepalingen opgenomen in verband met onderaanneming, wijziging en stopzetting van concessies. Deze bepalingen zijn belangrijk en sluiten aan bij de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake substantiële wijzigingen en het principe van de wettelijkheid van overheidsopdrachten.

Deze bepalingen vereisen belangrijke wijzigingen van de algemene uitvoeringsregels van overheidsopdrachten en concessies voor openbare werken van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, in het bijzonder betreffende de wijzigingen en de incidenten bij de uitvoering. De uitvoering van concessies zal dan ook aanleiding geven tot een specifiek koninklijk besluit dat, in een gewijzigde vorm, de toepasselijke bepalingen van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 zal overnemen.

sélection. Ces tiers visent notamment les sous-traitants.

Le Roi devra désigner pour quelles concessions les règles relatives au contrôle de l'absence de motifs d'exclusion seront applicables aux sous-traitants. Ce contrôle ne sera donc pas nécessairement d'application pour toutes les concessions, ni pour tous les motifs d'exclusion. L'imposition d'un tel contrôle semble avant tout opportun dans un certain nombre de secteurs sensibles à la fraude, notamment pour lutter contre le dumping social et contribuer, de manière générale, à un meilleur respect du droit du travail et du droit social et environnemental, y compris au niveau de la sous-traitance. Dans cet objectif, ces règles s'inscriront dans le principe général, désormais inscrit dans la législation des concessions et marchés publics, de l'obligation pour les opérateurs économiques de respecter et faire respecter leurs obligations nationales, européennes et internationales en matière de droit environnemental, social et du travail, pour assurer une concurrence loyale.

Les règles générales d'exécution devront également inclure les règles relatives à la modification et à la fin des concessions, notamment pour transposer les articles 43 et 44 de la directive 2014/23/UE.

La présente disposition prévoit une délégation large au Roi. Cette façon de procéder diffère légèrement de celle adoptée pour les chapitres précédents, où il a été opté pour une intégration de la plupart des dispositions de la directive 2014/23/UE dans le cadre légal et de donner uniquement au Roi la possibilité de fixer les modalités complémentaires.

Toutefois, pour l'exécution des concessions, le législateur européen n'a repris que quelques dispositions relatives à la sous-traitance, la modification et la résiliation. Ces dispositions sont certes importantes et visent à faire écho à la jurisprudence de la Cour de Justice en matière de modifications substantielles et de principe de légalité des marchés.

Ces dispositions impliquent des modifications importantes aux règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics reprises dans l'arrêté royal du 14 janvier 2013, en particulier celles relatives aux modifications et aux incidents d'exécution. L'exécution des concessions fera dès lors l'objet d'un arrêté royal spécifique qui reprendra en les adaptant les dispositions applicables de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

*Uitvoeringsvoorwaarden voor de  
concessieovereenkomsten*

Art. 58

Artikel 58 bepaalt dat de aanbesteders de uitvoerings- en exploitatievoorwaarden van werken of diensten in de concessiedocumenten moeten vermelden.

De aanbesteders moeten daarbij verwijzen naar de algemene uitvoeringsregels die krachtens het voorgaande artikel door de Koning worden bepaald.

Bij het bepalen van die uitvoeringsvoorwaarden moeten de aanbesteders preciseren welke uitvoeringsvoorwaarden minimeisen zijn (cf. artikel 46), die ze evenwel dienen te beperken gezien het bindende en onherroepelijke karakter ervan, zowel voor de aanbesteder als voor de inschrijvers.

In de uitvoerings- en exploitatievoorwaarden van concessies kan rekening worden gehouden met economische, sociale, innovatie-, milieu-, en arbeidsgereleerde overwegingen.

Als uitvoeringsvoorwaarden kan de aanbesteder eisen inzake de exploitatie van werken of diensten opleggen in ieder opzicht en in elk stadium van de levenscyclus: van de winning van grondstoffen voor het voorwerp van de concessie tot de verwijdering van de voor de concessie gebruikte producten, onder meer factoren die verband houden met het proces van productie of verkoop van de werken of diensten, of zelfs met het proces in een verder stadium van de levenscyclus. Zo kan de aanbesteder bijvoorbeeld eisen:

- dat het voorwerp van de concessie wordt uitgevoerd met gebruik van energiezuinige machines;
- dat de concessiehouder voor de exploitatie van de concessie fairtrade-producten gebruikt;
- dat onderaannemers een minimumprijs ontvangen of dat er voor hen een prijsvoordeel aan is verbonden;
- dat afval tot een minimum wordt beperkt en dat hulpbronnen zo efficiënt mogelijk worden gebruikt.

De aanbesteder kan ook voorwaarden voor de exploitatie van de concessie opleggen in verband met sociale aspecten van het productieproces, voor zover ze worden toegepast overeenkomstig richtlijn 96/71/EG, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie. Ze mogen bijgevolg niet

*Conditions d'exécution des contrats  
de concession*

Art. 58

L'article 58 énonce que les adjudicateurs doivent reprendre, dans les documents de concession, les conditions de leur exécution et de l'exploitation des ouvrages ou des services.

Les adjudicateurs devront, à cet égard, s'en référer aux règles générales d'exécution qui seront établies par le Roi en vertu de l'article précédent.

En déterminant ces conditions d'exécution, les adjudicateurs veilleront à déterminer celles d'entre elles qui constituent des exigences minimales (cf. article 46) en veillant à les limiter étant donné leur caractère contraignant et intangible tant pour l'adjudicateur que pour les soumissionnaires.

Les conditions d'exécution ou d'exploitation des concessions peuvent tenir compte de considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social et à l'emploi.

Au titre des conditions d'exécution, l'adjudicateur peut imposer des exigences d'exploitation des ouvrages ou des services sous tous leurs aspects et à n'importe quel stade de leur cycle de vie: de l'extraction des matières premières utilisées pour l'objet de la concession jusqu'à l'élimination des produits utilisés pour la concession, y compris les facteurs intervenant dans le processus de production ou de commercialisation des travaux ou services voire dans le processus lié à un stade ultérieur de leur cycle de vie. Par exemple, l'adjudicateur peut exiger:

- que l'objet de la concession soit fourni en utilisant des machines économes en énergie;
- que le concessionnaire utilise des produits issus du commerce équitable pour l'exploitation de la concession;
- qu'il paye un montant minimum à ses sous-traitants ou une majoration de prix;
- la minimisation des déchets ou l'utilisation efficiente des ressources.

L'adjudicateur peut aussi imposer des conditions d'exploitation de la concession liées à des aspects sociaux du processus de production, pour autant qu'elles soient appliquées conformément à la directive 96/71/CE selon l'interprétation de la Cour de Justice.

worden toegepast op een wijze waarbij rechtstreeks of onrechtstreeks wordt gediscrimineerd ten opzichte van ondernemers uit andere lidstaten of uit derde landen die partij zijn bij de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten van de Wereldhandelsorganisatie of bij de vrijhandelsovereenkomsten waarbij de Unie partij is. Eisen betreffende de essentiële arbeidsvoorwaarden die zijn geregeld bij richtlijn 96/71/EG, zoals minimumlonen, moeten dus op het niveau blijven dat is vastgesteld in nationale wetgeving of in collectieve arbeidsovereenkomsten die overeenkomstig het Unierecht in het kader van die richtlijn worden toegepast. (Minimum)eisen inzake de exploitatievoorwaarden van een concessie kunnen voorts beogen:

— dat de uitvoering van maatregelen ter bevordering van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen op de werkplek, een grotere deelneming van vrouwen aan de arbeidsmarkt, een beter samengaan van werk en privéleven, milieubescherming en dierenwelzijn worden bevorderd;

— dat de basisverdragen van de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO) naar de inhoud worden nageleefd;

— en dat meer kansarmen worden geworven dan op grond van de nationale wetgeving is vereist.

Maatregelen ter bescherming van de gezondheid van het bij de uitvoering van de concessie betrokken personeel, of ter bevordering van de sociale integratie van kansarmen of leden van kwetsbare groepen onder de personen die zijn aangewezen om de concessie uit te voeren of om vaardigheden voor de desbetreffende concessie te verwerven, kunnen eveneens tot de voorwaarden voor de exploitatie of uitvoering van de concessie behoren, mits zij betrekking hebben op de werken of diensten die het voorwerp uitmaken van de concessie. Zo kunnen in dit kader bepalingen betreffende het in dienst nemen van langdurig werklozen en de implementatie van opleidingsmaatregelen voor werklozen en jongeren tijdens de uitvoering van de concessie uitvoeringsvoorwaarden van de concessie of zelfs minimumeisen zijn.

De uitvoeringsvoorwaarden mogen daarentegen geen betrekking hebben op eisen die eigen zijn aan de concessiehouder en met name eisen betreffende het algemeen beleid van een onderneming, zoals de invoering van een specifiek beleid inzake sociale en milieuverantwoordelijkheid van de onderneming. Deze eisen kunnen echter wel worden opgenomen bij de selectievoorwaarden.

Elles ne peuvent dès lors être appliquées de telle façon qu'elles créent une discrimination directe ou indirecte à l'encontre d'opérateurs économiques d'autres États membres ou de pays tiers parties à l'accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les marchés publics ou à des accords de libre-échange auxquels l'Union est partie. Dès lors les exigences concernant les conditions de travail de base réglementées par la directive 96/71/CE, telles que les taux minimaux de rémunération, devraient demeurer au niveau établi par le droit national ou par des conventions collectives appliquées conformément au droit de l'Union dans le cadre de ladite directive. Les exigences (minimales) relatives aux conditions d'exploitation d'une concession pourrait également viser à:

— favoriser la mise en œuvre de mesures destinées à promouvoir l'égalité des hommes et des femmes au travail, une plus grande participation des femmes au marché du travail et la conciliation de la vie privée et professionnelle, la protection de l'environnement ou le bien-être animal;

— assurer le respect des dispositions essentielles des conventions fondamentales de l'Organisation Internationale du Travail (OIT);

— ainsi qu'à recruter davantage de personnes défavorisées que ne l'exige la législation nationale.

Les mesures visant à protéger la santé du personnel participant au processus d'exploitation de la concession, à favoriser l'intégration sociale des personnes défavorisées ou appartenant à des groupes vulnérables parmi les personnes chargées d'exploiter la concession ou à former aux compétences nécessaires pour la concession en question peuvent également être reprises au titre des conditions d'exploitation/d'exécution de la concession, pour autant qu'elles soient liées aux travaux ou services objets de la concession. Ainsi des clauses sur l'emploi de chômeurs de longue durée ou sur la mise en œuvre de mesures de formation pour les chômeurs ou les jeunes au cours de l'exploitation de la concession peuvent être prévues au titre des conditions d'exécution de la concession, voire d'exigences minimales dans ce cadre.

Les conditions d'exécution ne peuvent par contre pas viser des exigences propres au concessionnaire et notamment les exigences concernant la politique générale d'une entreprise, telle que la mise en place d'une politique particulière de responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise. Ces exigences peuvent par contre être reprises au titre des conditions de sélection.

## TITEL 6

*Toezicht en rapportage*

## Art. 59

Artikel 59 voorziet in de omzetting van artikel 45 van richtlijn 2014/23/EU.

Voor zover de voormelde richtlijn verplichtingen oplegt inzake toezicht en rapportage, stemt dit ontwerp grotendeels overeen met artikel 161 van het wetsontwerp “overheidsopdrachten”.

Het is de bedoeling om voor een gecentraliseerde opvolging te zorgen, zowel voor overheidsopdrachten als voor concessies waarvan de waarde de toepassingsdrempel van richtlijn 2014/23/EU bereikt.

Voor het overige wordt verwezen naar de commentaar bij artikel 161 van het wetsontwerp overheidsopdrachten.

## TITEL 7

*Slot-, overgangs- en opheffingsbepalingen*

## HOOFDSTUK 1

**diverse bepalingen***Berekeningen van de termijnen*

## Art. 60

Dit artikel betreffende de berekening van de termijnen, herneemt quasi zonder wijziging het artikel 72bis van de wet van 15 juni 2006, ingelast via de wet van 5 augustus 2011. De berekening van de termijnen vermeld in onderhavig ontwerp gebeurt overeenkomstig de verordening 1182/71 van de Raad van 3 juni 1971, is van toepassing op alle handelingen van het Verdrag en bijgevolg eveneens op de richtlijnen en op de nationale reglementeringen die ze omzetten.

Wanneer een termijn in dagen vermeld is (weken, maanden of jaren), begint op het ogenblik dat zich een feit of een handeling voordoet, wordt de dag zelf van dit feit of handeling niet in aanmerking genomen (art. 3.1. van de verordening nr1182/71).

Wanneer de laatste dag van een termijn, die niet in uren is uitgedrukt, een vrije dag is, een zondag of een zaterdag, loopt deze af op het einde van het laatste uur van de volgende werkdag (art. 3.4. van de verordening 1182/71); elke dag die geen vrije dag, zondag of zaterdag

## TITRE 6

*Contrôle et rapports*

## Art. 59

L'article 59 transpose l'article 45 de la Directive 2014/23/UE.

Pour autant que la directive précitée impose des obligations en matière de contrôle et de rapports, le présent projet est quasi identique à l'article 161 du projet de loi relative aux marchés publics.

L'objectif est d'avoir un suivi centralisé tant pour les marchés publics que pour les concessions dont la valeur atteint le seuil d'application de la directive 2014/23/UE.

Pour le reste, il est renvoyé au commentaire de l'article 161 du projet de loi relative aux marchés publics.

## TITRE 7

*Dispositions finales, transitoires et abrogatoires*CHAPITRE 1<sup>ER</sup>**Dispositions diverses***Calcul des délais*

## Art. 60

Le présent article relatif au calcul des délais, reprend l'article 72bis de la loi du 15 juin 2006, inséré par la loi du 5 août 2011, quasi sans modification. Le calcul des délais mentionnés dans le présent projet se fait conformément au règlement 1182/71 du Conseil, du 3 juin 1971, applicable à tous les actes pris en vertu du Traité, et par conséquent aux directives et aux réglementations nationales qui les transposent.

Lorsqu'un délai mentionné en jours (semaines, mois ou années) démarre au moment où un événement ou acte a lieu, le jour de cet événement ou acte n'est pas repris dans le délai (art. 3.1. règlement n° 1182/71).

Lorsque le dernier jour d'un délai exprimé autrement qu'en heures est un jour férié, un dimanche ou un samedi, il se termine à la fin de la dernière heure du jour ouvrable suivant (art. 3.4. règlement n° 1182/71); chaque jour qui n'est pas un jour férié, un dimanche ou

is, is een werkdag. De vrije dagen zijn erkend als vrije dagen door de Europese Commissie (de tien vrije dagen vermeld in het Koninklijk Besluit van 18 april 1974 tot bepaling van de algemene wijze van uitvoering van de wet van 4 januari 1974 betreffende de feestdagen).

In afwijking van wat vermeld is in bovenvermeld artikel 72bis, is evenwel in een uitzondering voorzien. Op voorwaarde dat zulks expliciet werd aangegeven, kunnen andere berekeningswijzen gebruikt worden. In dit ontwerp wordt enkel in artikel 50 afbreuk gedaan aan de berekeningswijze van de verordening nr 1182/71. Het is ook mogelijk dat de wetgever het nuttig acht om de termijnen op een andere wijze te omschrijven (bijvoorbeeld in werkdagen) in het kader van de uitvoeringsreglementering, voor de aspecten die geen betrekking hebben op de Europese richtlijnen.

#### *CPV-nomenclatuur*

##### Art. 61

Deze bepaling beoogt de omzetting van de verplichting voorzien in artikel 27.1 van de richtlijn 2014/23/EU.

#### *Energie-efficiëntie*

##### Art. 62

Deze bepaling, die betrekking heeft op de eisen op het vlak van energie-efficiëntieprestaties, neemt artikel 41/1 van de wet van 15 juni 2006, ingevoegd bij de wet van 15 mei 2014, quasi ongewijzigd over, waarbij deze werden aangepast aan de concessies. Het betreft een bepaling waarmee artikel 6 van richtlijn 2012/27/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 betreffende energie-efficiëntie wordt omgezet.

Deze bepaling is enkel van toepassing op de concessies die gegund worden door aanbestedende overheden in de zin van deze wet, zelfs wanneer deze concessies uitgesloten zijn van het toepassingsgebied krachtens hoofdstuk 2 van Titel 2, maar slechts voor zover het concessies betreft die worden geplaatst voor andere activiteiten dan deze bedoeld in bijlage II. Het scheppen van een afzonderlijk toepassingsgebied voor dit artikel is mogelijk, gezien de bepaling hernomen is onder Titel 5 "slot-, wijzigings-, opheffings- en diverse bepalingen".

De tweede paragraaf komt overeen met artikel 41/1, § 1, van de wet van 15 juni 2006. In het eerste lid valt een wijziging te signaleren wat het personeel

un samedi est un jour ouvrable. Les jours fériés sont les jours reconnus comme jours fériés et transmis en tant que tels par la Commission européenne (les dix jours fériés repris dans l'arrêt royal du 18 avril 1974 déterminant les modalités générales d'exécution de la loi du 4 janvier 1974 relative aux jours fériés).

Par dérogation à ce qui figure dans l'article 72bis susmentionné, il est pourvu à une exception. A condition d'avoir été explicitement indiqué, d'autres modes de calcul peuvent être utilisés. Dans ce projet il n'est dérogé au mode de calcul du règlement n° 1182/71 qu'à l'article 50. Il est également possible que le législateur estime utile de décrire les délais de façon différente (par exemple en jours ouvrables) dans le cadre de la réglementation d'exécution, pour les aspects qui n'ont pas trait aux directives européennes.

#### *Nomenclature CPV*

##### Art. 61

Cette disposition transpose l'obligation prévue à l'article 27.1 de la Directive 2014/23/EU.

#### *Efficacité énergétique*

##### Art. 62

Cette disposition, qui a trait aux exigences en matière de haute performance énergétique, reprend l'article 41/1 de la loi du 15 juin 2006, inséré par la loi du 15 mai 2014, dans sa quasi-totalité, en l'adaptant aux concessions. Il s'agit d'une disposition transposant l'article 6 de la directive 2012/27/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique.

Cette disposition est uniquement d'application aux concessions attribuées par des pouvoirs adjudicateurs au sens de la présente loi, même lorsque ces concessions sont exclues du champ d'application en vertu du chapitre 2 du Titre 2, mais pour autant seulement qu'il s'agit de concessions qui sont passées pour d'autres activités que celles visées à l'annexe II.. La création d'un champ d'application distinct pour cet article est possible étant donné que la disposition est reprise sous le Titre 5 "dispositions finales, modificatives, abrogatoires et diverses".

Le deuxième paragraphe correspond à l'article 41/1, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 15 juin 2006. Il convient toutefois de signaler une modification au premier alinéa en ce

toepassingsgebied betreft van de bedoelde verplichtingen. De verplichting om, wat de door de Koning vast te stellen producten, diensten en gebouwen betreft, uitsluitend producten, diensten en gebouwen met hoge energie-efficiëntieprestaties aan te kopen, is in het ontwerp niet alleen van toepassing gemaakt op de Federale Staat en de van deze Staat afhankende instellingen (op één van de aangegeven wijzen), maar ook op de Gewesten en de Gemeenschappen en de van hen afhankende instellingen (op één van de aangegeven wijzen). Immers moeten ook de Deelstaten worden aanzien als “centrale overheden” in het licht van artikel 6.1, eerste lid, van de voormelde richtlijn 2012/27/EU. In overweging 19 van de voormelde richtlijn wordt hieromtrent het volgende bepaald:

“Wat de aankoop van bepaalde producten en diensten en de aankoop en verhuur van gebouwen betreft, moeten centrale overheden die openbare contracten voor leveringen, werken of diensten sluiten, het goede voorbeeld geven en energie-efficiënte aankoopbeslissingen nemen. Dit moet gelden voor de bestuursdepartementen die voor het gehele grondgebied van een lidstaat bevoegd zijn. Als er in een lidstaat voor een bepaalde bevoegdheid geen bestuursdepartement bestaat dat bevoegd is voor het gehele grondgebied, geldt die verplichting voor de departementen waarvan de bevoegdheden gezamenlijk zich over het gehele grondgebied uitstrekken.”

Wat betreft de publiekrechtelijke instellingen die van de Gewesten en de Gemeenschappen afhangen, is deze verplichting niet van toepassing voor zover het niet gaat om bestuursinstellingen waarvan de bevoegdheidsfeer het geheel van het Gewest of de werkingssfeer van de volledige Gemeenschap dekt. Aldus worden de bestuursinstellingen die bijvoorbeeld op lokaal en provinciaal vlak actief zijn, geenszins beschouwd als “centrale overheden”. Dezelfde redenering geldt voor die instellingen die slechts tussenkomen op een deel van het grondgebied van het Gewest, of voor een deel van de personen van een Gemeenschap. Het spreekt voor zich dat het de Deelstaten vrij staat meer in detail te omschrijven/ vast te stellen welke bestuursinstellingen nu juist bedoeld worden binnen hun eigen Entiteit. Zij kunnen deze regel overigens uitbreiden naar andere organismen die van hen afhangen.

Het derde lid verduidelijkt, zoals in artikel 41/1, § 1, tweede lid, van de wet van 15 juni 2006, dat onder “aankoop van een gebouw” tevens de huur en de aankoop van de zakelijke rechten op dit gebouw worden bedoeld, overeenkomstig artikel 6 van de richtlijn 2012/27/EU. Het gaat om een specifieke interpretatie voor dit artikel,

qui concerne le champ d'application personnel des obligations visées. L'obligation de ne plus acheter que des produits, services et bâtiments à haute performance énergétique pour ce qui est des produits, services et bâtiments à fixer par le Roi, est rendue applicable par le présent projet, non seulement à l'État fédéral et aux organismes qui en dépendent (d'une des façons indiquées), mais également aux Régions et aux Communautés, ainsi qu'aux organismes qui en dépendent. Les Entités fédérées doivent en effet également être considérées comme des “autorités centrales” à la lumière de l'article 6.1, premier alinéa, de la directive 2012/27/UE précitée. Dans son considérant 19, cette directive détermine ce qui suit:

“En ce qui concerne l'acquisition de certains produits et services ainsi que l'achat et la location de bâtiments, les gouvernements centraux qui passent des marchés publics de travaux, de fournitures ou de services devraient donner l'exemple et prendre des décisions d'achat efficaces d'un point de vue énergétique. Cette obligation devrait s'appliquer aux organismes administratifs dont la compétence s'étend à la totalité du territoire d'un État membre. Lorsque, dans un État donné, une compétence déterminée n'est pas exercée par un organisme administratif couvrant la totalité du territoire, cette obligation devrait s'appliquer aux organismes administratifs dont les compétences conjuguées s'étendent à la totalité du territoire.”

En ce qui concerne les organismes de droit public dépendant des Régions et des Communautés, cette obligation n'est d'application que pour autant qu'il s'agisse d'organismes administratifs dont la sphère de compétence couvre l'ensemble de la Région ou correspond à la sphère de fonctionnement de l'ensemble de la Communauté. Ainsi tous les organismes administratifs actifs par exemple au niveau local ou au niveau provincial, ne sont nullement considérés comme des “autorités centrales”. Le même raisonnement vaut pour les organismes qui n'interviennent que sur une partie du territoire de la Région, ou seulement au bénéfice d'une partie des personnes de la Communauté. Il va de soi que les Entités fédérées sont libres de décrire/constater plus en détail quels organismes administratifs sont visés précisément au sein de leur propre Entité. Elles peuvent, par ailleurs, étendre cette règle à d'autres organismes qui dépendent d'elles.

Au troisième alinéa, il est précisé, comme c'est le cas actuellement à l'article 41/1, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de la loi du 15 juin 2006, que par “acquisition d'un bâtiment”, est également visé la location et l'acquisition de droits réels sur un bâtiment, conformément à l'article 6 de la directive 2012/27/UE. Il s'agit d'une interprétation spécifique



die geen afbreuk doet aan de regel volgens dewelke de loutere aankoop of huur van onroerende goederen, zonder dat deze gepaard gaan met werken, niet valt onder de plaatsingsregels zoals voorzien in artikel 6, 1°, van dit ontwerp.

### *Bevoegdheden*

#### Art. 63

Dit artikel handelt over de toekenning van bevoegdheden inzake de plaatsing en uitvoering van overheidsopdrachten in hoofde van de publiekrechtelijke aanbestedende overheden. Het gaat om een trouwe overname van het artikel 74 van de wet van 15 juni 2006.

### *Ministerraad*

#### Art. 64

Dit artikel verduidelijkt, net zoals voor het artikel 79 van de wet van 15 juni 2006, dat alle maatregelen genomen door de Koning moeten genomen worden door middel van in de Ministerraad overlegde besluiten. Het gaat om een trouwe overname van het artikel 79 van de wet van 15 juni 2006.

### *Machtigingen aan de Koning*

#### Art. 65

Dit artikel laat de Koning toe de nodige maatregelen te nemen voor de omzetting van de verplichte bepalingen die voortvloeien uit het Verdrag en uit de internationale handelingen krachtens dit laatste. Het gaat om een quasi identieke overname van artikel 75, § 1, gewijzigd bij de wet van 5 augustus 2011. In het eerste lid wordt verduidelijkt dat het in het bijzonder gaat om de omzetting van de richtlijn 2014/23/EU.

### *Overeenstemming met organieke en statutaire bepalingen*

#### Art. 66

Deze machtigingsbepaling, die betrekking heeft op de mogelijkheid voor de Koning om federale statutaire bepalingen aan te passen aan onderhavig ontwerp, stemt overeen met artikel 76 van de wet van 15 juni 2006 en vergt geen bijkomende commentaar.

pour le présent article, qui ne porte pas préjudice à la règle selon laquelle l'acquisition pure ou la location de biens immobiliers, sans que ces derniers soient assortis de travaux, ne tombent pas sous les règles de passation normales, comme stipulé à l'article 6, 1°, du présent projet.

### *Compétences*

#### Art. 63

Cet article traite de l'attribution des pouvoirs en matière de passation et d'exécution des marchés dans le chef des pouvoirs adjudicateurs de droit public. Il s'agit d'une reprise fidèle de l'article 74 de la loi du 15 juin 2006.

### *Conseil des ministres*

#### Art. 64

Cet article précise, comme c'est le cas à l'article 79 de la loi du 15 juin 2006, que toutes les mesures prises par le Roi doivent l'être par arrêtés délibérés en Conseil des ministres. Il s'agit d'une reprise fidèle de l'article 79 de la loi du 15 juin 2006.

### *Habilitations au Roi*

#### Art. 65

Cet article permet au Roi de prendre les mesures nécessaires pour assurer la transposition des dispositions obligatoires résultant du Traité et des actes internationaux pris en vertu de celui-ci. Il s'agit d'une reprise quasi identique de l'article 75, § 1<sup>er</sup>, modifié par la loi du 5 août 2011. Il est précisé à l'alinéa premier qu'il s'agit en particulier de la transposition de la directive 2014/23/UE.

### *Concordance avec les dispositions organiques et statutaires*

#### Art. 66

La présente disposition de délégation, qui a trait à la possibilité pour le Roi d'accorder les dispositions statutaires fédérales aux dispositions du présent projet, correspond à l'article 76 de la loi du 15 juin 2006 et ne nécessite pas de plus amples commentaires.

## HOOFDSTUK 2

**Wijzigings- en opheffingsbepalingen**

*Gedeeltelijke opheffing van de wet inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006*

## Art. 67

Deze bepaling voorziet de afschaffing van de specifieke bepalingen voor de concessies voor werken in het kader van de wet van 15 juni 2006, zodat dit ontwerp in werking kan treden onafhankelijk van het wetsontwerp betreffende de overheidsopdrachten.

De afgeschafte bepalingen zijn respectievelijk de definitie van de concessie voor werken, de bepaling die Titel 3 van de wet van toepassing maakt op bepaalde concessies van werken, de bepaling die de Titel 4 van toepassing maakt op bepaalde concessies toegekend door privé bedrijven en tenslotte nog de onderafdeling die handelt over de toekenning van concessies voor werken.

De bepalingen die nog melding maken van de concessies voor werken in de artikelen 3, 21° en 4, 6°, van de wet van 15 juni 2006 zijn inoperabel en creëren geen rechtsonzekerheid ten opzichte van de aanbesteders of ondernemers.

*Erkenning*

## Art. 68

Deze bepaling die de wet van 20 maart 1991 wijzigt, is noodzakelijk om reden van de definitie van het toepassingsgebied van deze laatste met verwijzing naar de wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten. Gezien de concessies voor werken voortaan worden in deze wet bepaald en geregeld, is het noodzakelijk het toepassingsgebied van de wet betreffende de erkenningsregeling te wijzigen zodat deze laatste verder van toepassing zou zijn op de concessies voor werken. De verwijzing in deze wet naar artikel 2, 2°ter, van de wet van 20 maart 1991 is voortaan expliciet. Bovendien verwijst deze wet nog steeds naar de vroegere reglementering inzake overheidsopdrachten, wat veranderd moet worden.

De bepaling uniformeert bijgevolg bepaalde referenties naar andere wetgevingen. Aldus verwezen de termen "de wet betreffende de overheidsopdrachten" voor de toepassing van de wet van 20 maart 1991, zowel naar de wet van 15 juni 2006 betreffende de

## CHAPITRE 2

**Dispositions modificatives et abrogatoires**

*Abrogation partielle de la loi relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services du 15 juin 2006*

## Art. 67

Cette disposition prévoit l'abrogation des dispositions spécifiques aux concessions de travaux au sein de la loi du 15 juin 2006 afin que le présent projet puisse entrer en vigueur indépendamment du projet de loi marché public.

Les dispositions abrogées sont respectivement la définition d'une concession de travaux public, la disposition rendant applicable le Titre 3 de la loi à certaines concessions de travaux, la disposition rendant applicable le Titre 4 à certaines concessions octroyées par des entreprises privées et enfin, la sous-section traitant de l'octroi des concessions de travaux.

Les dispositions mentionnant encore les concessions de travaux qui subsistent aux articles 3, 21° et 4, 6°, de la loi du 15 juin 2006 sont inopérantes et ne créent pas d'insécurité juridique à l'égard des adjudicateurs ou des opérateurs économiques.

*Agréation*

## Art. 68

Cette disposition modifiant la loi du 20 mars 1991 est nécessaire en raison de la définition du champ d'application de celle-ci par référence à la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics. Les concessions de travaux étant désormais définies et réglementées par la présente loi, il est nécessaire de modifier le champ d'application de la loi sur l'agrégation afin qu'elle continue de s'appliquer aux concessions de travaux. La référence à la présente loi faite à l'article 2, 2°ter, de la loi du 20 mars 1991 est désormais explicite. Par ailleurs, la loi du 20 mars 1991 fait encore référence à l'ancienne réglementation sur les marchés publics, ce qu'il convient de modifier.

La disposition uniformise et clarifie donc certaines références à d'autres législations. Ainsi, les termes "la loi relative aux marchés publics" renvoyaient pour l'application de la loi du 20 mars 1991 tant à la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains

overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten als naar de wet van 13 augustus 2011 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten in het domain van defensie en veiligheid. Bijgevolg was de verwijzing naar artikel 19, § 1, 1°, e) van de wet van 20 maart 1991 naar bijzondere artikelen van de “de wet betreffende de overheidsopdrachten” bepaald, onhandig vermits ze in realiteit twee verschillende wetteksten beoogde.

De wijzigingen die worden aangebracht aan de artikelen 3 en 6 van de “erkenningwet” zijn erop gericht om te verduidelijken dat de opdrachten en concessies moeten worden uitgevoerd (en niet gegund aan) erkende aannemers en dat deze voorwaarde moet worden nagezien op het moment van de sluiting (en niet de gunning) van de opdracht of concessie.

De tweede precisering (sluiting en niet gunning) laat toe om de erkenningwet aan te passen aan de nieuwe definities en wijzigingen die voortvloeien uit de standstillverplichting waaruit volgt dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen de gunning en de sluiting van de opdracht/van de concessie. Nochtans blijkt duidelijk uit de rechtspraak (Hof van Cassatie 15 april 2011, N°C.10 0211.N of nog Raad van State nr. 213 209 van 12 mei 2011), dat de erkenningvoorwaarde vervuld moet zijn op het moment van de sluiting van de opdracht/concessie.

De eerste precisering (uitgevoerd en niet gegund aan) laat met name toe, voor de opdrachten voor werken die voorheen werden aangeduid als zijnde “promotie”-opdrachten (of meer algemeen voor de opdrachten die erop gericht zijn om, met welk middel ook, een werk te laten uitvoeren die voldoet aan de vereisten bepaald door de aanbesteder) en voor de concessieopdrachten voor werken, dat niet verlangd wordt dat de opdrachtnemer van de opdracht/concessie erkend zou zijn, maar wel de entiteit die de opdracht uitvoert.

Deze zelfde precisering laat ook toe om rekening te houden, wat de erkenning betreft, met de regel waarbij toegelaten wordt dat de inschrijver, om te voldoen aan de eisen op het vlak van de technische bekwaamheid, beroep doet op de draagkracht van derden. Niettemin wordt eraan herinnerd dat, zowel voor de concessies als voor de opdrachten, de aanbesteder deze regel kan beperken en kan eisen dat bepaalde werken worden uitgevoerd door de inschrijver zelf of, wanneer de offerte werd ingediend door een combinatie van ondernemers, door een lid van deze combinatie (zie artikel 77 van de wet inzake overheidsopdrachten en artikel 30, § 2, van onderhavig ontwerp). Deze beperkingen van het recht voor de inschrijver om beroep te doen op de draagkracht

marchés de travaux, de fournitures et de services qu’à la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité. En conséquence, la référence faite à l’article 19, § 1<sup>er</sup>, 1°, e), de la loi du 20 mars 1991 à des articles particuliers de la “loi relative aux marchés publics” telle que définie ci-dessus était maladroite dès lors que cette définition recouvrait en réalité deux textes de loi différents.

Les modifications apportées à l’article 3 et à l’article 6 de la loi “agrégation” ont pour but de préciser que les marchés et concessions de travaux doivent être exécutés par (et non attribués à) des entrepreneurs agréés et que cette condition se vérifie à la date de la conclusion (et non de l’attribution) du marché ou de la conclusion de la concession.

La deuxième précision (conclusion et non attribution) permet d’adapter la loi agrégation aux nouvelles définitions et modifications issues de l’obligation de “stand still” qui font qu’il faut distinguer entre l’attribution et la conclusion du marché/de la concession. Or, il apparaît clairement de la jurisprudence (Cass. 15 avril 2011, N°C.10 0211.N ou encore C.E. n°213 209 du 12 mai 2011) que c’est au moment de la conclusion du marché/de la concession que la condition d’agrégation doit être remplie.

La première précision (exécutés par et non attribués à) permet notamment, dans les marchés de travaux anciennement qualifiés de “promotion” (ou plus généralement dans les marchés qui visent à faire réaliser par quelque moyen que ce soit un ouvrage répondant aux exigences fixées par l’adjudicateur) et dans les concessions de travaux de ne pas exiger que ce soit l’adjudicataire du marché/de la concession qui soit agréé, mais bien l’entité qui exécute les travaux.

De même cette précision permet de tenir compte, en matière d’agrégation, de la règle suivant laquelle, pour répondre aux exigences de capacité technique, le soumissionnaire peut faire appel à la capacité de tiers. On rappellera toutefois que, tant pour les concessions que pour les marchés, l’adjudicateur peut restreindre la règle et exiger que certains travaux soient réalisés par le soumissionnaire lui-même ou, lorsque l’offre est remise par un groupement d’opérateurs, par un membre de ce groupement (voir article 77 de la loi relatives aux marchés publics et l’article 30, § 2, du présent projet). Ces restrictions au droit pour le soumissionnaire de faire appel à la capacité de tiers font écho à l’arrêt de la Cour de Justice du 10 octobre 2013 (aff. C-94/12) dans lequel

van derden weerspiegelen een arrest van het Hof van Justitie van 10 oktober 2013 (zaak C-94/12) waarbij het Hof het overweegt dat het niet uitgesloten is dat “dat werkzaamheden bijzonderheden vertonen die een bepaalde draagkracht vereisen die niet kan worden verkregen door de kleinere draagkracht van meerdere ondernemingen bij elkaar te brengen. In een dergelijke situatie zou de aanbestedende dienst mogen verlangen dat één ondernemer het minimumniveau van de betrokken draagkracht heeft of, in voorkomend geval [...] dat de draagkracht door een beperkt aantal ondernemers wordt geleverd, voor zover dat vereiste verband zou houden met en in verhouding zou staan tot het voorwerp van de opdracht.”

De wijzigingen die door de onderhavige bepaling worden aangebracht aan artikel 11 zijn erop gericht de bewoordingen te actualiseren, meer bepaald om waar melding wordt gemaakt van “tijdelijke verenigingen” dit te vervangen door “tijdelijke handelsvennootschap”, zoals dit reeds een aantal jaar het geval is in het Wetboek van Vennootschappen.

Deze bepaling actualiseert eveneens de verwijzing naar de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, in artikel 19, § 1, 1<sup>o</sup>, d) van de wet van 20 maart 1991.

Wat de verwijzingen betreft naar de verplichte uitsluitingsgronden werd verwezen naar de bepalingen van intern recht maar daarnaast ook nog naar de richtlijnen, in hoofdzaak om de bepalingen makkelijker te kunnen toepassen ten aanzien van inschrijvers uit andere lidstaten.

Tenslotte verduidelijkt deze bepaling, binnen het artikel 19, § 1, 1<sup>o</sup>, d), van de wet van 20 maart 1991, dat het stellen van handelingen tot omkoping deel uitmaakt van de handelingen waarvan de niet-eerbiediging aanleiding kan geven tot straffen voorzien in artikel 19, § 1. Deze bepaling bestond eerder al, maar was anders geformuleerd. Het past er hier aan te herinneren dat krachtens de wet van 20 maart 1991, het stellen van handelingen tot omkoping vast en zeker deel uitmaakt van de verboden handelingen ten titel van mededingingsvertekenende handelingen, zonder dat de omkopingsdaden expliciet opgenomen werden in de lijst van mededingingsvertekenende handelingen in de overheidsopdrachtenreglementering. Herinneren we er hier nog aan dat de beschouwingen die voorafgingen aan het aannemen van artikel 19, § 1, 1<sup>o</sup>, d), in zijn huidige vorm: “de daden van omkoping in de zin van het Strafwetboek, die zich voordoen in de loop van de procedure van gunning van overheidsopdrachten, moeten beschouwd worden als handelingen die de normale mededingingsvoorwaarden

la Cour avait admis “qu’il ne saurait être exclu qu’il existe des travaux qui présentent des particularités nécessitant une certaine capacité qui n’est pas susceptible d’être obtenue en rassemblant des capacités inférieures de plusieurs opérateurs. Dans une telle hypothèse, le pouvoir adjudicateur serait fondé à exiger que le niveau minimal de la capacité concernée soit atteint par un opérateur économique unique ou, le cas échéant, par le recours à un nombre limité d’opérateurs économiques [...], dès lors que cette exigence serait liée et proportionnée à l’objet du marché en cause”.

Les modifications apportées par cette disposition à l’article 11 visent à actualiser ses dispositions qui faisaient encore référence aux “associations momentanées” qui, depuis plusieurs années, sont désormais dénommées “sociétés momentanées” par le Code des Sociétés.

La présente disposition actualise également la référence à la loi du 24 décembre 1993, relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, faite à l’article 19, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, d) de la loi du 20 mars 1991.

En ce qui concerne les références aux motifs d’exclusion obligatoires, il est renvoyé à des dispositions de droit interne, mais également aux directives, principalement pour faciliter l’application de ces dispositions par rapport aux soumissionnaires d’autres États membres.

Enfin, au sein du même article 19, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, d), de la loi du 20 mars 1991, la présente disposition précise que la commission d’actes de corruption fait partie des actes dont le non-respect de l’interdiction peut entraîner la prise des sanctions prévues à l’article 19, § 1<sup>er</sup>. Cette disposition existait précédemment mais n’était pas formulée de la présente manière. Il y a lieu de rappeler ici qu’en vertu de la loi du 20 mars 1991, la commission d’un acte de corruption fait certainement partie des actes prohibés au titre des actes de nature à fausser la concurrence, sans pour autant que les actes de corruptions soient explicitement intégrés à la liste des actes de nature à fausser la concurrence au sein de la réglementation des marchés publics. Rappelons ici les considérations qui ont présidé à l’adoption de l’article 19, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, d), dans sa forme actuelle: “les actes de corruption au sens du Code pénal, intervenant dans le cours de la procédure d’attribution de marchés publics doivent être considérés comme des actes de nature à fausser les conditions normales de la concurrence et

kunnen vertekenen en aanleiding kunnen geven tot de toepassing van zowel artikel 11 van de wet van 24 december 1993 als van artikel 19, § 1, 1<sup>o</sup>, d), van de wet van 20 maart 1991” (Parl. Doc., Senaat, SE 1995, 1-107/1, blz 6 en 7).

*Inwerkingtreding*

Art. 69

Deze bepaling regelt de inwerkingtreding. De Koning wordt gemachtigd de inwerkingtreding te regelen.

*De eerste minister,*

Charles MICHEL

*De vice-eersteminister en minister van Economie,*

Kris PEETERS

*De minister van Defensie,*

Steven VANDEPUT

pouvant donner lieu à l'application tant de l'article 11 de la loi du 24 décembre 1993 que de l'article 19, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, d), de la loi du 20 mars 1991” (Doc. parl., Sénat, S.E. 1995, 1-107/1, pp. 6 et 7) .

*Entrée en vigueur*

Art. 69

Cette disposition règle l'entrée en vigueur. Le Roi est habilité à régler l'entrée en vigueur.

*Le premier ministre,*

Charles MICHEL

*Le vice-premier ministre et ministre de l'Économie,*

Kris PEETERS

*Le ministre de la Défense,*

Steven VANDEPUT