

EXPOSÉ DES MOTIFS

MESDAMES, MESSIEURS,

La loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services avait réformé la législation des marchés publics, réforme devenue nécessaire à la suite de plusieurs directives européennes portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (89/440/CEE modifiant la directive 71/305/CEE), des marchés publics de fournitures (88/295/CEE modifiant la directive 77/62/CEE) et des marchés publics de services (directive 92/50/CEE).

En outre, la directive 90/531/CEE relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications établissait des règles de passation pour les marchés relatifs à plusieurs activités de ces secteurs, règles dont le champ d'application couvrait non seulement les autorités, mais s'étendait également aux entités privées qui bénéficiaient, pour ce faire, de droits spéciaux ou exclusifs octroyés par une autorité publique.

L'objectif de cette directive fut d'assurer une véritable ouverture du marché européen pour ces contrats et un juste équilibre dans l'application des règles de passation des marchés dans ces secteurs d'utilité publique.

Les directives européennes précitées, à l'exception de la directive 92/50/CEE relative aux marchés de services, ont fait l'objet, en 1993, dans un souci de clarté, d'une refonte en y apportant des précisions.

Ce furent, respectivement,

- pour les marchés publics de travaux, la directive 93/37/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, laquelle abrogeait la directive 71/305/CEE;

- pour les marchés publics de fournitures, la directive 93/36/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, laquelle abrogeait la directive 77/62/CEE;

MEMORIE VAN TOELICHTING

DAMES EN HEREN,

De wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanname van werken, leveringen en diensten betekende een hervorming van de wetgeving betreffende de overheidsopdrachten. Deze hervorming was noodzakelijk geworden ingevolge diverse Europese richtlijnen betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (89/440/EEG tot wijziging van richtlijn 71/305/EEG), voor leveringen (88/295/EEG tot wijziging van richtlijn 77/62/EEG) en voor dienstverlening (richtlijn 92/50/EEG).

Bovendien werden in richtlijn 90/531/EEG betreffende de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, regels vastgelegd voor de gunning van opdrachten betreffende diverse activiteiten uitgeoefend in deze sectoren. Deze regels waren niet enkel van toepassing op de overheden, maar ook op de private entiteiten die daartoe bijzondere of uitsluitende rechten genoten die door een overheid werden toegekend.

Deze richtlijn had tot doel te komen tot een echte openstelling van de Europese markt voor deze overeenkomsten en tot een billijk evenwicht bij de toepassing van de gunningsregels voor de opdrachten in deze nutssectoren.

Bovengenoemde Europese richtlijnen, met uitzondering van richtlijn 92/50/EEG betreffende de opdrachten voor dienstverlening, hebben in 1993, om redenen van duidelijkheid en precisering een herziening ondergaan.

Het ging respectievelijk om:

- voor de overheidsopdrachten voor werken, richtlijn 93/37/EEG van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, waarbij richtlijn 71/305/EEG werd opgeheven;

- voor de overheidsopdrachten voor leveringen, richtlijn 93/36/EEG van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, waarbij richtlijn 77/62/EEG werd opgeheven;

– pour les marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, la directive 93/38/CEE du 14 juin 1993 s'est substituée à la directive 89/531/CEE pour les marchés de travaux et de fournitures et son champ d'application a été étendu aux marchés de services de ces mêmes secteurs.

Quant à la directive 92/50/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, qui datait du 18 juin 1992, il n'y avait pas lieu de la modifier en 1993.

Les négociations multilatérales du Cycle d'Uruguay (1986-1994) ayant donné lieu à la conclusion d'un «Accord sur les marchés publics», il a été nécessaire, au niveau de la Communauté européenne, d'adapter les directives européennes existantes aux engagements souscrits dans cet Accord. Cela eut lieu, respectivement, par la directive 97/52/CE du 13 octobre 1997 pour les marchés publics de travaux, de fournitures et de services et par la directive 98/4/CE du 16 février 1998 pour les marchés publics et les marchés dans les secteurs spéciaux.

Par ailleurs, des modifications des directives se sont avérées nécessaires pour, d'une part, rencontrer les préoccupations de simplification et de modernisation des directives souhaitées aussi bien par les pouvoirs adjudicateurs que par les opérateurs économiques et, d'autre part, apporter des précisions utiles résultant de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes.

Dès lors, une nouvelle refonte des directives européennes vient d'avoir lieu; deux nouvelles directives du Parlement européen et du Conseil ont été adoptées le 31 mars 2004.

Il s'agit, respectivement, de

– la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

Cette directive regroupe dans un seul texte les procédures de passation de ces marchés publics; elle abroge les directives 93/36/CEE, 93/37/CEE et 92/50/CEE, à l'exception de l'article 41 de celle-ci, article qui modifie la directive 89/665/CEE du 21 décembre 1989 relative à l'application de procédures de recours;

– voor de opdrachten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie, richtlijn 93/38/EWG van 14 juni 1993 die in de plaats is gekomen van richtlijn 89/531/EWG wat de opdrachten voor werken en leveringen betreft en waarvan het toepassingsgebied werd verruimd tot de opdrachten voor diensten van dezelfde sectoren.

Richtlijn 92/50/EWG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, die van 18 juni 1992 dateerde, diende in 1993 niet te worden gewijzigd.

De multilaterale handelsbesprekkingen in het kader van de Uruguayronde (1986-1994) leidden tot het afsluiten van een «Overeenkomst inzake overheidsopdrachten». Bijgevolg was het noodzakelijk om, op het niveau van de Europese Gemeenschap, de bestaande Europese richtlijnen af te stemmen op de in deze Overeenkomst aangegeven verbintenissen. Dit gebeurde respectievelijk bij richtlijn 97/52/EG van 13 oktober 1997 voor de overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten en bij richtlijn 98/4/EG van 16 februari 1998 voor de overheidsopdrachten en de opdrachten in de speciale sectoren.

Bovendien bleek het noodzakelijk de richtlijnen te wijzigen teneinde, enerzijds, tegemoet te komen aan het streven van de aanbestedende overheden en ondernemers naar vereenvoudiging en modernisering van de richtlijnen en, anderzijds, de nodige verduidelijkingen aan te brengen die voortvloeiden uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.

Om deze redenen vond zopas een nieuwe herziening van de Europese richtlijnen plaats: op 31 maart 2004 werden twee nieuwe richtlijnen van het Europees Parlement en de Raad aangenomen.

Het gaat respectievelijk om:

– de richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten;

Deze richtlijn bundelt de gunningsprocedures voor deze overheidsopdrachten in één enkele tekst; ze zorgt voor de opheffing van de richtlijnen 93/36/EWG, 93/37/EWG en 92/50/EWG, met uitzondering van artikel 41 ervan dat een wijziging inhoudt van richtlijn 89/665/EWG van 21 december 1989 betreffende de toepassing van de beroepsprocedures;

– la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux; cette directive abroge la directive 93/38/CEE.

La transposition de ces directives nouvelles dans le droit belge nécessite une nouvelle réforme de la législation afin d'y intégrer toutes les dispositions et règles établies dans ces nouvelles directives.

Sur la proposition de la Commission des marchés publics, il a été jugé opportun d'abroger la législation antérieure afin de maintenir une structure cohérente et une suite logique dans les dispositions de la loi, tout en sauvegardant comme précédemment la distinction entre les deux différents régimes applicables.

Au niveau de la structure, le projet de loi est réparti en cinq titres:

- le titre premier traite des définitions applicables;
- le titre II est d'application pour tous les marchés publics.

En premier lieu (chapitre premier), il édicte les principes généraux; en deuxième lieu, il définit le champ d'application, d'une part, quant aux personnes (chapitre II) et, d'autre part, quant aux marchés (chapitre III).

Ensuite, il établit les règles et les principales modalités afférentes à la passation des marchés publics (chapitre IV), à leur exécution (chapitre V) et à leur attribution, ainsi qu'à l'information nécessaire des candidats et soumissionnaires (chapitre VI);

– le titre III est d'application pour les marchés publics, en l'occurrence ceux des pouvoirs publics et des entreprises publiques qui exercent des activités dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, couvertes par la directive 2004/17/CE. En ce qui concerne les entreprises publiques, les règles du titre III ne sont applicables qu'aux marchés qui ont trait à leurs tâches de service public énumérées dans leur contrat de gestion.

Les modalités de passation des marchés sont quelque peu différentes, plus souples, que celles établies au titre II, mais plusieurs articles du titre II restent applicables pour les marchés publics du titre III;

– de richtlijn 2004/17/EG van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten; bij deze richtlijn werd richtlijn 93/38/EWG opgeheven.

De omzetting van deze nieuwe richtlijnen in het Belgisch recht vereist een nieuwe hervorming van de wetgeving teneinde er alle bepalingen en voorschriften in op te nemen die in deze nieuwe richtlijnen werden bepaald.

Op voorstel van de Commissie voor de overheidsopdrachten, werd het wenselijk geacht de vroegere wetgeving op te heffen om een coherente structuur en een logische samenhang van de wetsbepalingen te behouden en hierbij, zoals vroeger, het onderscheid tussen beide toepasselijke stelsels in stand te houden.

Wat de structuur betreft, is het wetsontwerp onderverdeeld in vijf titels:

- titel I bevat de toepasselijke definities;
- titel II is van toepassing op alle overheidsopdrachten.

In de eerste plaats (hoofdstuk I), bevat hij de algemene beginselen; in de tweede plaats beschrijft hij het toepassingsgebied, enerzijds, wat de personen (hoofdstuk II) en, anderzijds, wat de opdrachten betreft (hoofdstuk III).

Vervolgens bepaalt hij de voorschriften en voornaamste modaliteiten betreffende de gunning van overheidsopdrachten (hoofdstuk IV), de uitvoering ervan (hoofdstuk V), alsook de eigenlijke gunning ervan en de noodzakelijke informatie van kandidaten en inschrijvers (hoofdstuk VI);

– titel III is van toepassing op de overheidsopdrachten, in casu die van de overheden en de overheidsbedrijven die activiteiten uitoefenen in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten die tot het toepassingsgebied van richtlijn 2004/17/EG behoren. Wat de overheidsbedrijven betreft, zijn de voorschriften van titel III enkel van toepassing op de opdrachten die betrekking hebben op taken van openbare dienst vermeld in hun beheersovereenkomst.

De gunningsregels voor de opdrachten zijn enigszins verschillend, in die zin dat ze soepeler zijn dan die bepaald in titel II. Diverse artikels van titel II blijven evenwel van toepassing op de overheidsopdrachten van titel III;

– le titre IV est applicable aux marchés:

1. des entreprises privées qui exercent des activités dans les secteurs déjà cités au titre III, visés par la directive 2004/17/CE et qui, pour ce faire, bénéficient de droits exclusifs octroyés par l'autorité publique;
2. des entreprises publiques lorsqu'elles exercent ces mêmes activités, lorsque celles-ci ne constituent pas des tâches de service public;
3. des pouvoirs adjudicateurs de production d'électricité;

– le titre V contient des dispositions diverses et finales.

Le commentaire par article permettra de préciser la portée des dispositions nouvelles. Il convient de relever à ce stade les principales modifications résultant tant des directives européennes que de propositions émanant de la Commission des marchés publics:

– le champ d'application est précisé grâce aux enseignements de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes ainsi que, dans les secteurs spéciaux, par une nouvelle définition des droits spéciaux et exclusifs;

– le rôle des centrales d'achat ou de marchés est consacré dans la loi;

– de nouvelles procédures et modalités sont introduites dans le régime classique par l'accord-cadre et le dialogue compétitif de même que, pour tous les régimes, par le système d'acquisition dynamique;

– certains assouplissements sont accordés, notamment par la possibilité de prévoir une phase d'enchères électroniques en fin de procédure ordinaire portant sur des fournitures ou des services d'usage courant et par la création de nouveaux cas de procédure négociée avec ou sans publicité;

– pour les marchés soumis à la publicité européenne et pour lesquels plusieurs critères d'attribution sont prévus, la pondération des critères sera la règle;

– au niveau des spécifications techniques, une nouvelle approche est déterminée. Les spécifications doivent désormais être formulées soit par référence aux normes, agréments techniques et spécifications techni-

– titel IV is van toepassing op de opdrachten van de:

1. privé-ondernemingen die activiteiten uitoefenen in de reeds in titel III vermelde sectoren, als bedoeld in richtlijn 2004/17/EG, en daartoe uitsluitende rechten genieten die door de overheid zijn toegekend;
2. overheidsbedrijven wanneer ze dezelfde activiteiten uitoefenen die geen betrekking hebben op taken van openbare dienst;
3. aanbestedende overheden die elektriciteit produceren;

– titel V bevat diverse bepalingen en slotbepalingen.

De commentaar bij de artikels biedt de mogelijkheid om de draagwijdte van de nieuwe bepalingen te verduidelijken. In dit stadium dient te worden gewezen op de voornaamste wijzigingen die zowel gebaseerd zijn op de Europese richtlijnen als op de voorstellen uitgaande van de Commissie voor de overheidsopdrachten:

– het toepassingsgebied wordt toegelicht uitgaande van de bevindingen vervat in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en, wat de speciale sectoren betreft, aan de hand van een nieuwe definitie van de bijzondere en uitsluitende rechten;

– de rol van de aankoop- of opdrachtencentrales is wettelijk verankerd;

– nieuwe procedures en modaliteiten worden ingevoerd in het klassieke stelsel via de raamovereenkomst en de concurrentiedialoog alsook, voor alle stelsels, via het dynamisch aankoopsysteem;

– sommige versoepelingen vloeien voort uit de mogelijkheid een fase voor elektronische veilingen in te bouwen op het einde van de gewone procedure in het kader van leveringen of diensten voor courant gebruik, alsook uit de invoering van nieuwe gevallen van onderhandelingsprocedure met of zonder bekendmaking;

– voor de opdrachten onderworpen aan de Europese bekendmaking waarbij diverse gunningscriteria worden bepaald, zal de weging van de criteria de regel zijn;

– wat de technische specificaties betreft, wordt een nieuwe benadering gevolgd. De specificaties moeten voortaan worden voorgeschreven hetzij door verwijzing naar de normen, technische erkenningen en gemeen-

ques communes, soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles;

– au plan des considérations sociales et environnementales, il convient de relever que conformément aux directives européennes, la présente loi intègre le souci de promotion du développement durable tout en garantissant aux pouvoirs adjudicateurs la possibilité d'obtenir le meilleur rapport qualité/prix.

schappelijke technische specificaties, hetzij in termen van prestatieeisen of functionele eisen;

– op het gebied van sociale en milieuoverwegingen, moet erop worden gewezen dat conform de Europese richtlijnen, in de onderhavige wet de bekommernis van een duurzame ontwikkeling wordt opgenomen, zonder evenwel afbreuk te doen aan de mogelijkheid van de aanbestedende overheden om de beste verhouding kwaliteit/prijs te verkrijgen.

COMMENTAIRE DES ARTICLES

TITRE PREMIER

Dispositions générales et définitions

Article 1^{er}

Cet article précise que le présent projet de loi règle une matière visée à l'article 78 de la Constitution et transpose les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE.

Article 2

L'article 2 regroupe les définitions de toutes les personnes concernées par la passation et l'exécution des marchés publics et des marchés soumis à l'application de la présente loi.

1° pouvoir adjudicateur: on entend par pouvoir adjudicateur non seulement l'État, les collectivités territoriales que sont par exemple les communautés, les régions, les provinces, les communes, les associations de ces collectivités mais également tous les organismes de droit public.

La notion d'organisme de droit public recouvre notamment, éventuellement sous une autre dénomination, les établissements d'intérêt public, les centres publics d'aide sociale, les fabriques d'églises et les organismes chargés de la gestion du temporel des cultes reconnus, les zones de police pluricommunales, les régies communales autonomes, les sociétés de développement régional, les comités de remembrement des biens ruraux.

De plus, le 1° reprend également, comme le faisait l'article 4, § 2, 8°, de la loi du 24 décembre 1993, une définition destinée à couvrir toutes les personnes tombant dans le champ d'application, non comprises dans une des catégories citées ci-dessus, mais qui sont, en fait et en droit, des organismes de droit public au sens des directives européennes 2004/17/CE et 2004/18/CE.

Sont ainsi visées par la définition toutes les personnes qui, à la date de la décision de lancer le marché

1. ont été créées pour satisfaire des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, et

BESPREKING VAN DE ARTIKELS

TITEL I

Algemene bepalingen en definities

Artikel 1

Dit artikel bepaalt dat dit wetsontwerp een aangelegenheid regelt bedoeld in artikel 78 van de Grondwet en richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG omzet.

Artikel 2

Artikel 2 bevat de definities van alle personen die betrokken zijn bij de gunning en uitvoering van overheidsoopdrachten en opdrachten die tot het toepassingsgebied van deze wet behoren.

1° aanbestedende overheid: onder een aanbestedende overheid verstaat men niet enkel de Staat, de territoriale lichamen zoals de gemeenschappen, de gewesten, de provincies, de gemeenten en verenigingen van die lichamen maar eveneens alle publiekrechtelijke instellingen.

Het begrip publiekrechtelijke instelling omvat inzonderheid, eventueel met een andere benaming, de instellingen van openbaar nut, de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, de kerkfabrieken en de instellingen belast met het beheer van de temporalia van de erkende erediensten, de intergemeentelijke politiezones, de autonome gemeentebedrijven, de gewestelijke ontwikkelingsmaatschappijen en de ruilverkavelingscomités.

Bovendien bevat punt 1° eveneens, net zoals artikel 4, § 2, 8°, van de wet van 24 december 1993, een definitie die alle personen beoogt die tot het toepassingsgebied van de wet behoren maar niet bij één van bovengenoemde categorieën kunnen worden ingedeeld. Deze personen zijn evenwel, in feite en in rechte, publiekrechtelijke instellingen als bedoeld in de Europese richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG.

De definitie heeft betrekking op alle personen die, op de datum van de beslissing om tot een opdracht over te gaan

1. opgericht zijn met het doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, en

2. sont dotées d'une personnalité juridique, et
 3. dont
- soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public ou personnes morales répondant elles-mêmes aux critères de cette définition,
 - soit la gestion est soumise à un contrôle par un de ceux-ci,
 - soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par ceux-ci.

Ces trois conditions sont cumulatives. Selon une jurisprudence constante de la Cour de Justice des Communautés européennes⁽¹⁾ la notion d'organisme de droit public doit recevoir une interprétation fonctionnelle (arrêt du 1^{er} février 2001, C-237/99,; arrêt du 12 décembre 2002, C-470/99) et doit être comprise dans un sens large (arrêt du 27 février 2003, C-373/00,), le mode de constitution de l'entité étant à cet égard indifférent (arrêt du 10 novembre 1998, C-360/96, et arrêt du 1^{er} février 2001, précité).

Il ressort des principes ainsi dégagés par la jurisprudence de la Cour que le statut de droit privé d'une entité ne constitue pas un critère permettant d'exclure sa qualification de pouvoir adjudicateur (arrêt du 15 mai 2003, C-214/00).

La première condition, liée à la création pour satisfaire des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, a également été précisée par la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes. Dans son arrêt du 10 novembre 1998, C-360/96, la Cour de Justice a jugé que la notion de «besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial» concerne en règle générale des besoins satisfaits d'une manière autre que par l'offre de biens ou de services sur le marché et pour lesquels, pour des raisons liées à l'intérêt général, l'État choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard des

2. rechtspersoonlijkheid hebben, en
 3. waarvan
- ofwel de werkzaamheden in hoofdzaak gefinancierd worden door de Staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen of rechtspersonen die zelf aan de criteria van deze definitie beantwoorden,
 - ofwel het beheer onderworpen is aan het toezicht van één van die overheidsinstellingen,
 - ofwel de leden van de directie, van de raad van bestuur of van de raad van toezicht voor meer dan de helft door die overheidsinstellingen zijn aangewezen.

Deze drie voorwaarden moeten tegelijk vervuld zijn. Uit de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen⁽¹⁾ blijkt dat een functionele interpretatie van het begrip «publiekrechtelijke instelling» gerechtvaardigd is (arrest van 1 februari 2001, C-237/99; arrest van 12 december 2002, C-470/99), ruim moet worden opgevat (arrest van 27 februari 2003, C-373/00), en dat de oprichtingswijze van de entiteit in dit verband niet van belang is (arrest van 10 november 1998, C-360/96 en voormeld arrest van 1 februari 2001).

Overeenkomstig de beginselen die voortvloeien uit de rechtspraak van het Hof, vormt het privaatrechtelijk statuut van een entiteit geen criterium aan de hand waarvan de kwalificatie ervan als aanbestedende overheid kan worden uitgesloten (arrest van 15 mei 2003, C-214/00).

De eerste voorwaarde betreffende de oprichting van personen met het doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, werd eveneens toegelicht in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. In zijn arrest van 10 november 1998, C-360/96, heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat het begrip «behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn» over het algemeen behoeften omvat waarin op een andere wijze wordt voorzien dan door het aanbieden van goederen en diensten op de markt en waarin de overheid, om redenen die verband

¹ - arrêt du 20 septembre 1988, C-31/87 (Beentjes)
 - arrêt du 15 janvier 1998, C-44/96 (Mannesmann)
 - arrêt du 10 novembre 1998, C-360/96 (BFI Holding)
 - arrêt du 17 décembre 1998, C-306/97 (Connemara)
 - arrêt du 3 octobre 2000, C-380/98 (University of Cambridge)
 - arrêt du 1^{er} février 2001, C-237/99 Commission c/France)
 - arrêt du 12 décembre 2002, C-470/99 (Universal Bau)
 - arrêt du 27 février 2003, C-373/00 (Adolf Truley)
 - arrêt du 15 mai 2003, C-214/00 (Commission c/Espagne)
 - arrêt du 22 mai 2003, C-18/01 (Varkauden Taitotalo/Oy)
 - arrêt du 16 octobre 2003, C-283/00(Commission c/Espagne)

¹ - arrest van 20 september 1988, C-31/87 (Beentjes)
 - arrest van 15 januari 1998, C-44/96 (Mannesmann)
 - arrest van 10 november 1998, C-360/96 (BFI Holding)
 - arrest van 17 december 1998, C-306/97 (Connemara)
 - arrest van 3 oktober 2000, C-380/98 (University of Cambridge)
 - arrest van 1 februari 2001, C-237/99 (Commissie v/Frankrijk)
 - arrest van 12 december 2002, C-470/99 (Universal Bau)
 - arrest van 27 februari 2003, C-373/00 (Adolf Truley)
 - arrest van 15 mei 2003, C-214/00 (Commissie v/Spanje)
 - arrest van 22 mei 2003, C-18/01 (Varkauden Taitotalo Oy)
 - arrest van 16 oktober 2003, C-283/00 (Commissie v/Spanje)

quels il entend conserver une influence déterminante. La Cour a également jugé que l'existence ou l'absence de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial s'apprécie objectivement, la forme juridique des dispositions dans lesquelles de tels besoins sont exprimés étant à cet égard indifférente (arrêt du 10 novembre 1998, C-360/96).

La Cour a précisé que l'existence d'une concurrence développée ne permet pas à elle seule de conclure à l'absence d'un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial. D'autres facteurs doivent être pris en compte avant de parvenir à cette conclusion et notamment la question de savoir dans quelles conditions l'organisme exerce ses activités, en ce compris notamment l'absence d'un but lucratif à titre principal, l'absence de prise en charge des risques liés à cette activité, ainsi que le financement public éventuel de l'activité en cause (arrêt du 17 février 2003, C-373/00, et arrêt du 22 mai 2003, C-18/01).

Par ailleurs, dans plusieurs arrêts, la Cour de Justice a précisé qu'un organisme qui satisfait tant à des besoins d'intérêt général n'ayant pas un caractère industriel ou commercial qu'à des besoins ayant ce caractère est soumis aux obligations résultant des directives pour la totalité de ses activités. Il suffit qu'elle satisfasse à des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial même si cette mission ne constitue qu'une partie relativement peu importante de ses activités et qu'elle est libre d'en exercer d'autres. (arrêt du 15 janvier 1998, C-44/96, arrêt du 17 décembre 1998, C-306/97, arrêt du 17 décembre 1998, C-353/96, , arrêt du 16 octobre 2003, C-283/00).

En outre, la Cour a jugé (arrêt C-470/99) qu'une entité qui n'a pas été créée pour satisfaire spécifiquement à des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, mais qui, par la suite, a pris en charge de tels besoins dont elle assure effectivement la satisfaction, remplit cette condition et est un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2, 1°.

Les personnes morales gérant des besoins d'intérêt général à caractère industriel ou commercial ne sont pas soumises au titre II de la loi pour la passation de leurs propres marchés mais cette exemption ne peut être utilisée pour détourner la lettre et l'esprit de la loi, ce qui serait le cas si ces personnes se voyaient confier la passation d'un marché pour le compte d'un pouvoir

houden met het algemeen belang, zelf wenst te voorzien of ten aanzien waarvan ze een overheersende invloed wil behouden. Het Hof heeft er eveneens op gewezen dat het al dan niet bestaan van behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, objectief moet worden beoordeeld, en dat de rechtsvorm van de bepalingen waarin die behoeften zijn geformuleerd, in dit verband niet van belang is (arrest van 10 november 1998, C-360/96).

Het Hof verduidelijkt dat het bestaan van een sterke concurrentie op zichzelf niet volstaat om te besluiten dat er geen sprake is van een behoefte van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard is. Alvorens tot dit besluit te komen, moeten andere factoren in aanmerking worden genomen. Hierbij moet worden nagegaan in welke omstandigheden de entiteit haar activiteiten uitoefent, en met name of zij niet hoofdzakelijk een winstoogmerk nastreeft, al dan niet de met die activiteiten verbonden risico's draagt en of de betrokken activiteiten met openbare middelen worden gefinancierd (arrest van 17 februari 2003, C-373/00, en arrest van 22 mei 2003, C-18/01).

Bovendien heeft het Hof van Justitie, in diverse arresten, vermeld dat een entiteit die zowel voorziet in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn als in behoeften van industriële of commerciële aard, de uit de richtlijnen voortvloeiende verplichtingen moet naleven voor alle door haar uitgeoefende activiteiten. Het voldoet dat ze voorziet in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, zelfs indien de betrokken opdracht slechts een relatief klein deel van haar activiteiten vormt en het haar vrijstaat er andere uit te oefenen (arrest van 15 januari 1998, C-44/96, arrest van 17 december 1998, C-306/97, arrest van 17 december 1998, C-353/96, arrest van 16 oktober 2003, C-283/00).

Het Hof heeft er ook op gewezen (arrest C-470/99) dat een entiteit die niet is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, maar deze behoeften naderhand op zich heeft genomen en er daadwerkelijk in voorziet, aan deze voorwaarde voldoet en een aanbestedende overheid is als bedoeld in artikel 2, 1°.

Titel II van de wet is niet van toepassing op de rechtspersonen welke voorzien in behoeften van algemeen belang die van industriële of commerciële aard zijn, wat de gunning van hun eigen opdrachten betreft. Deze vrijstelling mag evenwel niet worden gebruikt om de letter en de geest van de wet te omzeilen. Dit zou het geval zijn indien de gunning van een opdracht voor rekening

adjudicateur au sens du présent projet mais ne respectaient pas les dispositions de la loi applicables à leur mandant.

La deuxième condition est celle d'avoir une personnalité juridique; elle ne justifie pas de développement particulier.

En effet, un service non personnalisé remplissant les deux autres conditions de la définition se rattachera nécessairement à un pouvoir public dont il dépend. En ce sens, la Cour de Justice des Communautés européennes a notamment jugé dans son arrêt du 20 septembre 1988, C-31/87, qu'un organisme – en l'occurrence un comité local de remembrement non personnalisé – dont la composition et les fonctions sont prévues par la loi et qui dépend des pouvoirs publics de par la nomination de ses membres, par la garantie des obligations découlant de ses actes et par le financement des marchés qu'il est chargé d'adjudiquer, doit être considéré comme relevant de l'État.

La troisième condition contient trois critères non cumulatifs reflétant, selon l'expression de la Cour de Justice, une dépendance étroite à l'égard des pouvoirs publics.

Il suffit que l'un d'entre-eux soit rempli.

En ce qui concerne le critère du financement majoritaire, celui-ci est rencontré dès que plus de la moitié des moyens financiers de l'entité concernée sont mis à disposition par un ou par plusieurs des pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 2, 1°.

L'exposé des motifs de la loi du 24 décembre 1993 avait déjà précisé que toute forme de financement de l'activité est à prendre en considération, et donc également la couverture d'un éventuel déficit annuel.

Dans son arrêt du 3 octobre 2000, affaire C-380/98, la Cour de Justice a jugé que la disposition relative au financement doit être interprétée en ce sens qu'elle comprend l'ensemble des subventions accordées par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs, y compris les bourses destinées aux étudiants versées aux universités par les autorités en charge de l'enseignement. En revanche, ne constituent pas un financement au sens de cette disposition les versements effectués soit dans le cadre d'un contrat de prestations de services tels que des travaux de recherche ou d'expertise ou d'organisation de conférences.

van een aanbestedende overheid als bedoeld in dit ontwerp zou worden toevertrouwd aan deze personen die echter de bepalingen van de wet niet zouden naleven die van toepassing zijn op hun mandant.

De tweede voorwaarde betreffende het bezit van rechtspersoonlijkheid vereist geen bijzondere toelichting.

Een dienst zonder rechtspersoonlijkheid die aan de twee andere voorwaarden van de definitie voldoet, is immers noodzakelijk verbonden aan de overheid waaronder deze ressorteert. In die zin heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in zijn arrest van 20 september 1988, C-31/87, geoordeeld dat een entiteit – in dit geval een plaatselijk ruilverkavelingscomité zonder rechtspersoonlijkheid – waarvan de samenstelling en taak wettelijk vastgelegd zijn en dat afhankelijk is van de overheid in zoverre deze de leden ervan benoemt, de nakoming van de uit haar handelingen voortvloeiende verplichtingen garandeert en de door deze entiteit gegunde opdrachten finanziert, als een overheidsinstelling moet worden beschouwd.

De derde voorwaarde omvat drie niet-cumulatieve criteria die, volgens de bewoordingen van het Hof van Justitie, een nauwe afhankelijkheid ten aanzien van de overheid weerspiegelen.

Het volstaat dat één criterium vervuld is.

Aan het criterium van de hoofdzakelijke financiering is voldaan zodra meer dan de helft van de financiële middelen van de betrokken entiteit ter beschikking is gesteld door een of meer aanbestedende overheden als bedoeld in artikel 2, 1°.

In de memorie van toelichting van de wet van 24 december 1993 werd reeds verduidelijkt dat elke financieringswijze van de activiteiten in aanmerking moet worden genomen. Dit geldt dus ook voor de tenlastening van een eventueel jaarlijks tekort.

In zijn arrest van 3 oktober 2000, zaak C-380/98, heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat de bepaling betreffende de financiering moet worden geïnterpreteerd in die zin dat ze alle toelagen omvat die door een of meer aanbestedende overheden worden toegekend, alsook de studiebeurzen die door onderwijsinstanties aan universiteiten worden betaald. Daarentegen vormen de vergoedingen geen financiering als bedoeld in deze bepaling, wanneer die worden betaald in het kader van een overeenkomst betreffende dienstverlening zoals onderzoekswerk, adviesverlening of organisatie van conferenties.

Dans ce même arrêt la Cour a encore précisé que le terme «majoritairement» signifie «plus de la moitié» et que pour parvenir à une appréciation correcte du pourcentage de financement public d'un organisme donné, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des revenus dont il bénéficie, y compris ceux qui résultent d'une activité commerciale.

Il s'ensuit que toutes les institutions d'enseignement subventionnées à plus de cinquante pour cent sont donc des pouvoirs adjudicateurs au sens de l'article 2, 1°, d), de la loi, dès lors qu'elles remplissent les deux premières conditions. Il en est de même pour tous les autres organismes ou associations dont l'activité est financée majoritairement par des pouvoirs publics ou d'autres organismes de droit public.

Quant au deuxième critère cité, à savoir le contrôle de la gestion par les autorités ou organismes visés à l'article 2, 1°, d), du projet, la Cour de Justice a eu l'occasion de l'interpréter dans l'arrêt du 27 février 2003, C-373/00. La Cour a jugé qu'un simple contrôle a posteriori ne suffit pas pour répondre au critère du contrôle de la gestion. Par contre, un tel contrôle existe, notamment, lorsque l'autorité désigne un ou des commissaires auprès des organismes visés ou lorsque toute autre mesure peut être considérée comme une preuve de dépendance étroite à l'égard des pouvoirs publics.

Le troisième critère est celui de la désignation par les autorités de plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de la personne juridique concernée;

2° entreprise publique: il s'agit de toute entreprise exerçant une activité dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux visée par le présent projet de loi, sur laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

Cette influence dominante est présumée en cas de détention de la majorité du capital ou de la majorité des voix attachées aux parts émises ou encore en cas de possibilité de désigner la majorité des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.

In hetzelfde arrest heeft het Hof verder nog verduidelijkt dat de term «in hoofdzaak» moet worden opgevat als «meer dan de helft» en dat het voor een correcte beoordeling van het percentage van openbare financiering van een bepaalde entiteit noodzakelijk is rekening te houden met alle inkomsten van die entiteit, met inbegrip van de inkomsten die voortvloeien uit handelsactiviteiten.

Dit betekent dat alle onderwijsinstellingen die voor meer dan vijftig percent gesubsidieerd zijn, aanbestedende overheden zijn als bedoeld in artikel 2, 1°, d), van de wet. Ze voldoen immers aan de eerste twee voorwaarden. Hetzelfde geldt voor alle andere instellingen of verenigingen waarvan de activiteiten in hoofdzaak gefinancierd worden door de overheid of andere publiekrechtelijke instellingen.

Het tweede criterium betreffende het toezicht op het beheer door de overheden of instellingen, als bedoeld in artikel 2, 1°, d), van het ontwerp, heeft het Hof van Justitie nader kunnen toelichten in het arrest van 27 februari 2003, C-373/00. Het Hof was van oordeel dat een loutere controle achteraf niet volstaat om aan het criterium van toezicht op het beheer te voldoen. Er is daarentegen sprake van een dergelijke controle, met name wanneer de overheid een of meer commissarissen aanwijst bij de betrokken instellingen of wanneer iedere andere maatregel kan worden beschouwd als een bewijs voor de nauwe afhankelijkheid ten aanzien van de overheid.

Het derde criterium heeft betrekking op de aanwizing door de overheid van meer dan de helft van de leden van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van de betrokken rechtspersoon;

2° overheidsbedrijf: het gaat om elke onderneming die activiteiten uitoefent in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten als bedoeld in dit wetsontwerp waarop de aanbestedende overheden rechtstreeks of onrechtstreeks een overheersende invloed kunnen uitoefenen uit hoofde van eigendomsrecht, financiële deelneming of in de onderneming geldende voorschriften.

Deze overheersende invloed wordt vermoed indien deze overheden de meerderheid van het maatschappelijk kapitaal of van de stemmen bezitten die verbonden zijn aan de uitgegeven aandelen of nog indien het mogelijk is om meer dan de helft van de leden van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van de onderneming aan te wijzen.

Cette notion d'entreprise publique a été introduite en 1990 dans le droit des marchés publics par les directives européennes en matière de coordination des procédures de passation.

Dans les secteurs concernés de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, certaines exceptions au régime de la mise en concurrence ne valent que pour les entreprises publiques répondant à cette définition et non pour les autres personnes de droit public. Ces exceptions seront précisées dans le commentaire des articles consacrés à ce régime.

Cependant, selon une approche courante du droit belge, sont parfois qualifiés d'«entreprises publiques» des organismes de droit public au sens du point 1° alors qu'ils satisfont, dans le régime classique, à des besoins d'intérêt général n'ayant pas un caractère industriel ou commercial. Il est renvoyé sur ce point au commentaire de l'article 12, déterminant les pouvoirs adjudicateurs soumis au titre II de la loi;

3° entité adjudicatrice: l'article 2, 3°, contient la définition de la personne de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs pour l'exercice d'une activité dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, visée au titre IV du présent projet. Afin de rencontrer une remarque formulée par le Conseil d'État et d'éviter une confusion avec la notion de pouvoir adjudicateur, il a été jugé préférable d'utiliser les mots «entité adjudicatrice et «aanbestedende entiteit» pour définir cette personne.

La notion de personne de droit privé ne nécessite pas de commentaire particulier. Cependant, il y a lieu de tenir compte du fait que certaines personnes morales ayant revêtu une forme juridique relevant du droit privé ne sont pas des entités adjudicatrices au sens de la présente définition mais bien des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques au sens des 1° et 2° de l'article 2. Une analyse doit dès lors être effectuée au cas par cas.

Une entité adjudicatrice tel que définie dans la présente loi se verra appliquer les dispositions du titre IV de la loi dans la mesure où elle bénéficie de droits spéciaux ou exclusifs pour exercer une des activités dans les secteurs spéciaux. La notion de droits spéciaux ou exclusifs est différente dans la directive 2004/17/CE de celle qui avait été retenue dans la directive 93/38/CEE et dans la loi du 24 décembre 1993. Cette notion est en conséquence modifiée dans le présent projet de loi.

Het begrip «overheidsbedrijf» werd in 1990 ingevoerd in het overheidsopdrachtenrecht door de Europese richtlijnen betreffende de coördinatie van de gunningsprocedures.

In de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten zijn sommige uitzonderingen op het stelsel van de mededinging enkel van toepassing op de overheidsbedrijven die aan deze definitie beantwoorden en niet op de andere publiekrechtelijke personen. Deze uitzonderingen zullen worden toegelicht in de commentaar bij de artikelen die aan dit stelsel gewijd zijn.

Volgens een courante benadering in het Belgisch recht, worden publiekrechtelijke instellingen als bedoeld in punt 1° evenwel soms «overheidsbedrijven» genoemd, alhoewel ze in het klassieke stelsel voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn. Wat dit punt betreft, wordt verwezen naar de commentaar bij artikel 12 waarin de aanbestedende overheden onderworpen aan titel II van de wet worden bepaald;

3° aanbestedende entiteit: artikel 2, 3°, bevat de definitie van de privaatrechtelijke persoon die bijzondere of uitsluitende rechten geniet om activiteiten uit te oefenen in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten als bedoeld in titel IV van dit ontwerp. Om tegemoet te komen aan een opmerking geformuleerd door de Raad van State en om te vermijden dat verwarring zou ontstaan met de notie aanbestedende overheid, is ervoor geopteerd de woorden «aanbestedende entiteit» en «entité adjudicatrice» te gebruiken ter omschrijving van deze persoon.

Het begrip «privaatrechtelijke persoon» behoeft geen bijzondere toelichting. Nochtans mag niet uit het oog worden verloren dat sommige rechtspersonen die een privaatrechtelijke rechtsvorm hebben aangenomen, geen aanbestedende entiteiten zijn als bedoeld in deze definitie maar wel aanbestedende overheden of overheidsbedrijven als bedoeld in de punten 1° en 2° van artikel 2. Bijgevolg is voor elk afzonderlijk geval een onderzoek noodzakelijk.

De bepalingen van titel IV van de wet zijn van toepassing op een aanbestedende entiteit zoals gedefinieerd in deze wet in zoverre ze over bijzondere of uitsluitende rechten geniet om één van de activiteiten in de speciale sectoren uit te oefenen. Het begrip «bijzondere of uitsluitende rechten» zoals vermeld in richtlijn 2004/17/EG verschilt van het in de richtlijn 93/38/EWG en in de wet van 24 december 1993 omschreven begrip. Bijgevolg wordt dit begrip gewijzigd in dit wetsontwerp.

La directive 93/38/CEE définissait ces droits comme étant ceux qui résultent d'une autorisation octroyée par une autorité compétente au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réservé à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité dans les secteurs concernés. L'existence de ces droits était en outre présumée dans deux hypothèses: lorsque l'entité pouvait jouir d'une procédure d'expropriation, de mise en servitude ou d'utilisation du sol, du sous-sol et de l'espace au-dessus de la voie publique pour y placer ses équipements de réseau ainsi que lorsque l'entité alimentait en eau potable, en électricité, en gaz ou en chaleur un réseau, lui-même exploité par une entité bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs.

La nouvelle définition maintient le principe que ces droits sont accordés par une autorité compétente des États membres au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative, ayant pour effet de réservé à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité visée; elle supprime les présomptions ci-avant indiquées et ajoute la condition d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer cette activité.

Le considérant 25 de la directive 2004/17/CE précise à ce sujet qu' «il convient d'assurer une définition appropriée de la notion de droits spéciaux et exclusifs. Cette définition a pour conséquence que le fait qu'une entité puisse, pour la construction des réseaux ou la mise en place des installations portuaires ou aéroportuaires, jouir d'une procédure d'expropriation publique, ou d'une mise en servitude, ou utiliser le sol, le sous-sol et l'espace au-dessus de la voie publique ne constitue pas en soi un droit exclusif ou spécial au sens de la présente directive. Le fait qu'une entité alimente en eau potable, électricité, gaz ou chaleur, un réseau qui est lui-même exploité par une entité bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs octroyés par une autorité compétente de l'État membre concerné ne constitue pas non plus en soi un droit exclusif ou spécial au sens de la présente directive. De même, des droits accordés par un État membre sous quelque forme que ce soit, y inclus par des actes de concession, à un nombre limité d'entreprises sur la base de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires ouvrant à tout intéressé les remplies la possibilité d'en bénéficier, ne sauraient être considérés comme étant des droits exclusifs ou spéciaux.».

Les conséquences de cette nouvelle définition peuvent dès lors être résumées comme suit: les entités qui entraient dans le champ d'application uniquement par

In de richtlijn 93/38/EEG werden deze rechten omschreven als die welke voortvloeien uit een door een bevoegde overheid verleende machtiging op grond van een wettelijke, reglementaire of administratieve bepaling die tot gevolg heeft dat de uitoefening van activiteiten in de betrokken sectoren aan een of meer entiteiten voorbehouden blijft. Het bestaan van deze rechten werd bovendien vermoed in twee gevallen: indien de entiteit gebruik kon maken van een onteigeningsprocedure, een erfdienstbaarheid kon vestigen, dan wel delen van het net kon aanbrengen op, onder of boven de openbare weg en indien de entiteit zorgde voor de toevoer van drinkwater, elektriciteit, gas of warmte naar een net dat geëxploiteerd werd door een entiteit die bijzondere of uitsluitende rechten genoot.

De nieuwe definitie behoudt het principe dat deze rechten worden toegekend door een bevoegde overheid van de lidstaten op grond van een wettelijke, reglementaire of administratieve bepaling die tot gevolg heeft dat de uitoefening van de beoogde activiteiten aan een of meer entiteiten voorbehouden blijft. Ze schrapt de hierboven vermelde vermoedens en voegt als voorwaarde toe dat de mogelijkheden van andere entiteiten om dezelfde activiteiten uit te oefenen wezenlijk nadrukkelijk dienen beïnvloed te zijn.

De overweging 25 van richtlijn 2004/17/EG bevat hieromtrent de volgende toelichting: «Het begrip bijzondere of uitsluitende rechten moet passend gedefinieerd worden. De definitie heeft tot gevolg dat het feit dat een dienst met het oog op de aanleg van netwerken of haven- of luchthavenfaciliteiten gebruik mag maken van een procedure voor de onteigening of het gebruik van eigendom, of faciliteiten mag installeren op, over of onder openbaar eigendom, als zodanig geen bijzonder of uitsluitend recht vormt in de zin van deze richtlijn. Ook het feit dat een dienst drinkwater, elektriciteit, gas of warmte levert aan een netwerk dat zelf geëxploiteerd wordt door een dienst waaraan door een bevoegde autoriteit van de betrokken lidstaat bijzondere of uitsluitende rechten zijn verleend, vormt als zodanig geen bijzonder of uitsluitend recht in de zin van deze richtlijn. Ook rechten die in enige vorm, ook via concessieovereenkomsten, door een lidstaat aan een beperkt aantal ondernemingen zijn toegekend op basis van objectieve, evenredige en niet-discriminerende criteria die eenieder die daaraan voldoet de mogelijkheid bieden van deze rechten gebruik te maken, kunnen niet worden aangemerkt als bijzondere of uitsluitende rechten.».

De gevolgen van deze nieuwe definitie kunnen dan ook als volgt worden samengevat: de entiteiten die enkel tot het toepassingsgebied van de richtlijn behoor-

le fait d'une des deux présomptions ci-dessus n'entrent plus dans le champ de la nouvelle directive. Pour les autres entités, il conviendra d'examiner au cas par cas si les droits octroyés ont pour effet d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer les activités visées. Lorsque ces droits ont été octroyés sur la base de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires, ouvrant à tout intéressé les remplaçant la possibilité d'en bénéficier, ces droits ne constituent pas des droits exclusifs ou spéciaux au sens de la directive 2004/17/CE;

4° centrale d'achat ou de marchés: c'est un pouvoir adjudicateur qui soit acquiert des fournitures ou des services destinés à des pouvoirs adjudicateurs, à des entreprises publiques ou à des entités adjudicatrices, soit passe des marchés publics ou conclut des accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services pour le compte de pouvoirs adjudicateurs, d'entreprises publiques ou d'entités adjudicatrices exerçant des activités dans les secteurs spéciaux.

Dans son avis, le Conseil d'État a souligné que la notion de centrale de marchés ne trouve pas son équivalent dans les directives. Il a néanmoins été jugé préférable de maintenir cette notion. En effet, certaines centrales n'achètent pas pour revendre mais elles passent des marchés pour le compte d'autres pouvoirs adjudicateurs. Dans ce cas, il est plus exact de les qualifier comme étant des centrales de marchés.

Ce type de pouvoir adjudicateur existait déjà depuis long-temps en Belgique et ailleurs dans l'Union européenne. La directive a pour seul but d'encadrer ce phénomène en fixant un certain nombre de règles générales. Certaines techniques de centralisation des achats se sont en effet développées dans des États membres. Plusieurs pouvoirs adjudicateurs sont chargés d'effectuer des acquisitions ou de passer des marchés publics/accords-cadres destinés à d'autres pouvoirs adjudicateurs. Ces techniques permettent, du fait de l'importance des volumes achetés, d'élargir la concurrence et d'améliorer l'efficacité de la commande publique. Il convient donc de prévoir une définition communautaire de la centrale d'achat ou de marchés destinée aux pouvoirs adjudicateurs. Il y a lieu également de définir les conditions auxquelles, dans le respect des principes de non discrimination et d'égalité de traitement, les pouvoirs adjudicateurs qui acquièrent des travaux, des fournitures ou des services en recourant à une centrale d'achat peuvent être considérés comme ayant respecté la présente directive.

den op basis van één van beide bovengenoemde vermoedens, zullen niet meer tot het toepassingsgebied van de nieuwe richtlijn behoren. Wat de overige entiteiten betreft, moet geval per geval worden nagegaan of de toegekende rechten de mogelijkheden van andere entiteiten om de beoogde activiteiten uit te oefenen wezenlijk nadrukkelijk beïnvloeden. Indien deze rechten werden toegekend op basis van objectieve, evenredige en niet-discriminerende criteria die eenieder die daar-aan voldoet de mogelijkheid bieden om er gebruik van te maken, vormen ze geen bijzondere of uitsluitende rechten als bedoeld in richtlijn 2004/17/EG;

4° aankoop- of opdrachtcentrale: dit is een aanbestedende overheid die hetzij leveringen of diensten verwerft die bestemd zijn voor aanbestedende overheden, overheidsbedrijven of aanbestedende entiteiten, hetzij overheidsopdrachten gunt of raamovereenkomsten sluit met betrekking tot werken, leveringen of diensten voor rekening van aanbestedende overheden, overheidsbedrijven of aanbestedende entiteiten die activiteiten uitoefenen in de speciale sectoren.

In zijn advies heeft de Raad van State erop gewezen dat de notie opdrachtcentrale niet voorkomt in de richtlijnen. Niettemin is ervoor geopteerd deze notie te behouden. Immers, sommige centrales doen geen aankopen, maar gunnen slechts opdrachten voor rekening van andere aanbestedende overheden. In die gevallen kan men beter spreken van opdrachtcentrales.

In België en elders in de Europese Unie heeft dit type van aanbestedende overheid sinds lang bestaan. De bedoeling van de richtlijn is enkel met een aantal algemene regels dit verschijnsel te stroomlijnen. In de lidstaten werden inderdaad bepaalde centrale aankooptechnieken ontwikkeld. Verscheidene aanbestedende overheden zijn belast met het verlenen van aankopen of het gunnen van overheidsopdrachten/het sluiten van raamovereenkomsten voor andere aanbestedende overheden. Door de omvang van de aankopen maken deze technieken het mogelijk de mededinging te verbreden en overheidsbestellingen efficiënter te plaatsen. Er moet dus worden voorzien in een communautaire definitie van voor aanbestedende overheden werkende aankoop- of opdrachtcentrales. Tevens moeten de voorwaarden worden vastgesteld waaronder aanbestedende overheden die met eerbiediging van het beginsel van non-discriminatie en het gelijkheidsbeginsel via een aankoopcentrale werken, leveringen of diensten verwerven, kunnen worden geacht deze richtlijn te hebben nageleefd.

Il est renvoyé pour le reste aux articles 15 et 60 du projet de loi;

5° entrepreneur, fournisseur et prestataire de services: selon les directives, ces termes désignent toute personne physique ou morale ou entité publique ou regroupement de ces personnes ou organismes qui offrent, respectivement, la réalisation de travaux ou d'un ouvrage, des produits ou des services sur le marché. Une telle définition n'était pas mentionnée dans les anciennes directives et son principal mérite est de rappeler que des personnes de droit public peuvent également être des entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services quand elles posent des actes économiques dans le cadre d'un contrat à titre onéreux.

Le statut privé ou public de l'opérateur économique est indifférent. Face à un opérateur économique public, il conviendra de vérifier si la loi et les directives sont ou non applicables. Ce ne sera pas le cas lorsqu'il s'agit de marchés ou d'activités expressément exemptés du champ d'application, ni lorsque cette personne de droit public, elle-même pouvoir adjudicateur au sens du projet de loi, bénéficie pour une prestation de services, en vertu de l'article 17, § 2, du projet, d'un droit exclusif compatible avec le Traité instituant la Communauté européenne.

Art. 3 – L'article 3 regroupe plusieurs définitions.

1° marché public: conformément à la directive 2004/18/CE, le marché public est un contrat à titre onéreux ayant pour objet des travaux, des fournitures ou des services. Ce contrat est conclu entre un pouvoir adjudicateur ou une entreprise publique et un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire de services et le texte, issu des directives, précise que ceux-ci peuvent être au nombre d'un ou plusieurs.

Bien que les directives prévoient qu'un marché est un contrat conclu par écrit, cette dernière condition n'a pas été retenue par la présente loi afin que la définition puisse également s'appliquer aux petits marchés constatés par facture acceptée, élément n'apparaissant pas dans les directives puisque celles-ci ne s'appliquent qu'à partir de certains seuils de valeur;

2° marché public de travaux: en ce qui concerne les marchés publics de travaux, le texte se réfère comme

Voor het overige wordt verwezen naar de artikels 15 en 60 van het wetsontwerp;

5° aannemer, leverancier en dienstverlener: volgens de richtlijnen hebben deze termen betrekking op elke natuurlijke of rechtspersoon, elke overheidsinstelling of elke combinatie van deze personen of overheidsinstellingen die respectievelijk de uitvoering van werken of van een bouwwerk, alsook van producten of diensten op de markt aanbieden. Deze definitie was niet opgenomen in de vroegere richtlijnen. De belangrijkste verdienste ervan is dat ze eraan herinnert dat publiekrechtelijke personen eveneens aannemers, leveranciers of dienstverleners kunnen zijn wanneer ze economische handelingen verrichten in het kader van een overeenkomst onder bezwarende titel.

Het is niet van belang of de ondernemer een privaat- of publiekrechtelijk statuut bezit. In het geval van een publiekrechtelijke ondernemer, moet worden nagegaan of de wet en de richtlijnen al dan niet van toepassing zijn. Dit is niet het geval wanneer het om opdrachten of activiteiten gaat die uitdrukkelijk vrijgesteld zijn van de toepassing van de wet of van de richtlijnen en evenmin wanneer deze publiekrechtelijke persoon die zelf een aanbestedende overheid is als bedoeld in het wetsontwerp, krachtens artikel 17, § 2, van het ontwerp, alleen-rechten voor dienstverlening geniet die verenigbaar zijn met het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap.

Art. 3 – Artikel 3 bevat meerdere definities.

1° overheidsopdracht: overeenkomstig de richtlijn 2004/18/EG, is een overheidsopdracht een overeenkomst onder bezwarende titel die betrekking heeft op werken, leveringen of diensten. Deze overeenkomst wordt afgesloten tussen een aanbestedende overheid of een overheidsbedrijf en een aannemer, leverancier of dienstverlener en de tekst, die gebaseerd is op de richtlijnen, verduidelijkt dat het om één of meerdere personen kan gaan.

Alhoewel de richtlijnen bepalen dat een opdracht een schriftelijke overeenkomst is, werd deze laatste voorwaarde niet opgenomen in deze wet, teneinde de definitie eveneens te kunnen toepassen op kleine opdrachten die door de aanvaarding van een factuur worden gegund. Met dit element werd geen rekening gehouden in de richtlijnen omdat die slechts van toepassing zijn vanaf bepaalde drempelbedragen;

2° overheidsopdracht voor werken: wat de overheidsopdrachten voor werken betreft, verwijst de tekst zo-

précédemment à la notion de «travaux» mais également à celle d'«ouvrage» – celui-ci étant le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.

Les exemples suivants concrétisent la notion d'ouvrage:

– construction d'un nouvel abattoir ou d'une gare: le projet est divisé en deux phases, d'une part le gros oeuvre et le parachèvement, d'autre part les installations spécialisées; elles sont réparties dans le temps et lancées sur la base de procédures distinctes. L'ouvrage est constitué de ces deux phases;

– construction d'une nouvelle école: l'ouvrage est formé par l'ensemble des bâtiments, installations et aménagements nécessaires pour que l'école puisse remplir sa fonction;

– rénovation d'un bâtiment existant: si ces travaux correspondent à un projet global de rénovation, il y a ouvrage. Ce ne serait pas le cas s'il n'y avait pas de projet global de rénovation mais que des travaux étaient périodiquement entrepris pour maintenir le bâtiment en état (par exemple telle année l'installation électrique et, quelques années plus tard, la chafferie);

– construction routière ou de réseaux de distribution ou d'évacuation: l'ouvrage est ici plus difficile à déterminer mais il sera souvent utile de se référer au critère d'accessibilité. Ainsi, un tronçon autoroutier avec tous ses équipements (éclairage, marquage, aires de repos, équipements de secours...), permettant un débouché au trafic est un ouvrage remplissant une fonctionnalité technique; de même, pour une ligne ferroviaire, il conviendra d'apprécier si celle-ci peut remplir la fonction de transport pour laquelle elle est établie; pour le réaménagement d'une voie navigable, l'ensemble des travaux à effectuer sur un bief seront pris en considération;

– aménagement d'une place et des rues adjacentes: si ces divers travaux sont réalisés dans le cadre d'un projet d'ensemble, ils constituent un ouvrage.

Quant aux mots «faire réaliser, par quelque moyen que ce soit, un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur ou l'entreprise publique»,

als vroeger naar het begrip «werken», maar ook naar het begrip «bouwwerk» dat het product is van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen.

De volgende voorbeelden concretiseren het begrip bouwwerk:

– de bouw van een nieuw slachthuis of station: het ontwerp omvat twee fasen, enerzijds de ruwbouw en de afwerking en anderzijds de gespecialiseerde installaties, die over een bepaalde periode gespreid zijn en op basis van afzonderlijke procedures worden aangevat. Het bouwwerk bestaat uit die twee fasen;

– de bouw van een nieuwe school: het bouwwerk omvat alle gebouwen, installaties en de volledige infrastructuur die nodig zijn opdat de school haar functie zou kunnen vervullen;

– de renovatie van een bestaand gebouw: als deze werken in het kader van een gezamenlijk renovatieontwerp worden verricht, is er sprake van een bouwwerk. Dit zou niet het geval zijn indien er geen sprake zou zijn van een gezamenlijk renovatieontwerp, maar wel indien de werken periodiek zouden worden verricht om het gebouw in goede staat te houden (bijvoorbeeld in een welbepaald jaar de elektriciteitsinstallatie en enkele jaren later de stookplaats);

– de wegenbouw of aanleg van distributie- of evacuatienetwerken: het bouwwerk is in dit geval moeilijker te bepalen maar het zal vaak nuttig zijn te verwijzen naar het toegankelijkheidscriterium. Een stuk autosnelweg met alle voorzieningen (verlichting, markeringen, dienstenzones, noodvoorzieningen...) dat voor het verkeer bruikbaar is, is bijvoorbeeld een bouwwerk met een technische samenhang; hetzelfde geldt voor een spoorlijn, waarbij men moet nagaan of die wel voor het vervoer kan worden gebruikt en dus de functie kan vervullen waarvoor zij werd aangelegd; wanneer het om de herinrichting van een waterweg gaat, zullen de aan een kanaalpand te verrichten werken in overweging worden genomen;

– de aanleg van een plein en van de aangrenzende straten: als deze verschillende werken in het kader van een gezamenlijk ontwerp worden verricht, vormen zij een bouwwerk.

De woorden «het laten uitvoeren, met welke middelen dan ook, van een bouwwerk dat aan de door de aanbestedende overheid of het overheidsbedrijf vast-

ils sont également issus du droit communautaire. Cette disposition très large dans les directives vise non seulement les marchés publics qui correspondent en droit belge à la promotion de travaux, mais également toutes autres opérations par lesquelles quelqu'un s'engage à construire un ouvrage selon les desiderata d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entreprise publique. En ce sens, seuls les achats ou locations par un pouvoir adjudicateur d'ouvrages déjà existants, non édifiés ou non adaptés en vue de répondre à des besoins qu'il a prédéterminés n'entrent pas dans le champ de la loi;

3° marché public de fournitures: quant au marché public de fournitures, le texte des directives maintient les mêmes précisions que celles de la loi du 24 décembre 1993 en visant explicitement non seulement l'achat de produits, mais également les autres modalités possibles que sont le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans options d'achat.

Si la fourniture s'accompagne de travaux de pose ou d'installation et que les produits ont une valeur prépondérante, la qualification de fourniture est maintenue à moins que le marché ne soit soumis dans l'ensemble à l'application de l'annexe 1 de la présente loi;

4° marché public de services: depuis la première directive européenne réglant leur mode de passation (92/50/CEE), les directives européennes n'ont pas donné de définition globale des marchés publics de services, vu l'hétérogénéité des prestations visées. La solution retenue a été de se référer à une énumération des prestations soumises et des prestations exclues sur la base de catégories correspondant à certains numéros de référence d'une nomenclature commune. Au niveau du projet de loi, la même approche que celle du législateur de 1993 et des directives européennes a été maintenue.

La définition confirme également deux précisions permettant de déterminer la nature des marchés mixtes, d'une part en cas de marché ayant pour objet à la fois des fournitures et des services et d'autre part, en cas de marché comportant à la fois des services et, à titre accessoire par rapport à l'objet du marché, des travaux. Cependant, ces règles ne sont déterminantes que dans un second temps, lorsque l'application des définitions ne donne pas de solution;

5° procédure ouverte: les deux principales caractéristiques de cette procédure sont d'une part, le fait que tout concurrent intéressé peut présenter une offre – ce

gestelde behoeften voldoet», zijn eveneens gebaseerd op het Gemeenschapsrecht. Deze zeer ruime bepaling in de richtlijnen beoogt niet alleen de overheidsopdrachten die in het Belgisch recht overeenstemmen met de promotieopdrachten voor werken, maar ook alle andere verrichtingen waarbij iemand zich ertoe verbindt een bouwwerk uit te voeren volgens de wensen van een aanbestedende overheid of een overheidsbedrijf. In die zin behoort enkel de aankoop of huur door een aanbestedende overheid van reeds bestaande bouwwerken, die niet opgericht of aangepast werden teneinde aan de door haar vooraf vastgestelde behoeften te voldoen, niet tot het toepassingsgebied van de wet;

3° overheidsopdracht voor leveringen: wat de overheidsopdrachten voor leveringen betreft, behoudt de tekst van de richtlijnen dezelfde verduidelijkingen als de wet van 24 december 1993. Behalve de aankoop van producten, vermeldt de tekst uitdrukkelijk ook andere mogelijkheden, met name leasing, huur of huurkoop, met of zonder aankoopoptie.

Als de levering gepaard gaat met plaatsing of installatie en de waarde van de producten overwegend is, blijft de kwalificatie als levering overeind, tenzij de opdracht als geheel onder de toepassing van bijlage 1 van deze wet zou vallen;

4° overheidsopdracht voor diensten: sinds de eerste Europese richtlijn die de gunningswijze ervan regelde (92/50/EEG), bevatten de Europese richtlijnen geen globale definitie van de overheidsopdrachten voor diensten, gezien het heterogene karakter van de beoogde diensten. Ze lossen dit probleem op door te verwijzen naar een opsomming van de onderworpen diensten en uitgesloten diensten op basis van categorieën die overeenstemmen met sommige indelingen van een gemeenschappelijke woordenlijst. Wat het wetsontwerp betreft, werd voor dezelfde aanpak gekozen als die gevuld in de wet van 1993 en in de Europese richtlijnen.

De definitie bevestigt eveneens twee verduidelijkingen teneinde de aard van de gemengde opdrachten te bepalen. Enerzijds gaat het om opdrachten die zowel betrekking hebben op leveringen als op diensten en anderzijds om opdrachten die tegelijk diensten en werken omvatten, waarbij deze laatste slechts bijkomstig zijn ten opzichte van het voorwerp van de opdracht. Nochtans zijn deze regels slechts in tweede orde bepalend wanneer de toepassing van de definities geen uitsluitsel geeft;

5° open procedure: de twee voornaamste kenmerken van deze procedure zijn, enerzijds, dat elke belangstellende concurrent een offerte mag indienen – wat

qui ne préjuge en rien de l'appréciation ultérieure quant au droit d'accès et à la sélection qualitative, à la régularité de l'offre et à la valeur intrinsèque que celle-ci présente et, d'autre part, que l'ouverture des offres a lieu en séance publique. Du caractère public de cette séance, découle la possibilité pour toute personne qui le souhaite d'y assister. La procédure d'adjudication ouverte, antérieurement dénommée adjudication publique, et d'appel d'offres ouvert, antérieurement dénommée appel d'offres général, correspondent à cette définition.

Dans son avis, le Conseil d'État a suggéré d'utiliser en néerlandais la notion de «*openbare procedure*» se trouvant dans les directives. Il a cependant été jugé préférable de maintenir la notion de «*open procedure*». Celle-ci est en effet utilisée couramment dans notre pays et elle présente d'ailleurs l'avantage d'unifier la terminologie en néerlandais et en français.

6° procédure restreinte: les deux caractéristiques de cette procédure sont d'une part, qu'elle concerne deux phases, la première phase portant sur l'introduction des demandes de participation et la sélection qualitative et la seconde phase concernant l'invitation aux personnes sélectionnées à présenter une offre et la remise de celle-ci, et, d'autre part, que l'ouverture des offres a lieu en présence des seuls soumissionnaires. L'adjudication restreinte et l'appel d'offres restreint correspondent à cette définition.

En ce qui concerne le choix de la terminologie «*beperkte procedure*» plutôt que «*niet-openbare procedure*», la même justification que celle relative à la définition du point 5° est invoquée.

7° procédure négociée sans publicité: il s'agit d'une procédure exceptionnelle dans laquelle le pouvoir adjudicateur ou l'entreprise publique consulte les entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services de son choix et négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre-eux.

L'article 26, § 1^{er}, prévoit également que dans le cas de cette procédure, le pouvoir adjudicateur doit si possible consulter plusieurs entrepreneurs, fournisseurs et prestataires de services, afin de respecter le principe fondamental de la concurrence;

8° procédure négociée avec publicité: cette procédure est exceptionnelle pour les marchés visés au titre II. Il s'agit d'une procédure ordinaire pour les marchés visés aux titres III et IV;

geen enkele uitspraak inhoudt over de latere beoordeling van het toegangsrecht en de kwalitatieve selectie, de regelmatigheid van de offerte noch over haar intrinsieke waarde – en anderzijds, dat de openingszitting van de offertes openbaar is. Het openbaar karakter van deze zitting brengt mee dat iedereen die dit wenst aanwezig mag zijn. De open aanbesteding, vroeger openbare aanbesteding genoemd, en de open offerte-aanvraag, vroeger algemene offerteaanvraag genoemd, beantwoorden aan deze omschrijving.

In zijn advies heeft de Raad van State voorgesteld om in de Nederlandse tekst de notie «*openbare procedure*» van de richtlijnen te hanteren. Niettemin is ervoor geopteerd de notie «*open procedure*» te gebruiken. Deze wordt immers courant gebezigd in ons land en heeft bovendien het voordeel de Nederlandse en de Franse terminologie op elkaar af te stemmen.

6° beperkte procedure: kenmerkend voor deze procedure is, enerzijds, dat ze twee fasen omvat, waarvan de ene betrekking heeft op de indiening van de aanvragen tot deelneming en de kwalitatieve selectie en de tweede op de uitnodiging aan de geselecteerde personen tot het indienen van een offerte en op de indiening ervan, en anderzijds, dat de offertes enkel in aanwezigheid van de inschrijvers worden geopend. De beperkte aanbesteding en de beperkte offerteaanvraag beantwoorden aan deze omschrijving.

Voor wat betreft de keuze van de terminologie «*beperkte procedure*» boven deze van «*niet-openbare procedure*» wordt dezelfde verantwoording ingeroepen als voor de definitie onder punt 5°.

7° onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking: het gaat om een uitzonderingsprocedure waarbij de aanbestedende overheid of het overheidsbedrijf de door haar gekozen aannemers, leveranciers of dienstverleners raadpleegt en over de voorwaarden van de opdracht onderhandelt met één of meer van hen.

Artikel 26, § 1, bepaalt bovendien dat de aanbestedende overheid, indien mogelijk, meerdere aannemers, leveranciers of dienstverleners moet raadplegen in het kader van deze procedure. Zij dient immers het grondbeginsel van de mededinging na te leven;

8° onderhandelingsprocedure met bekendmaking: dit is een uitzonderingsprocedure voor de opdrachten bedoeld in titel II. Het is een gewone procedure voor de opdrachten bedoeld in titels III en IV;

9° dialogue compétitif: cette procédure nouvelle ne peut s'appliquer que dans le régime classique pour la passation de marchés publics particulièrement complexes.

Aux termes du considérant 31 de la directive 2004/18/CE, les pouvoirs adjudicateurs qui réalisent des projets particulièrement complexes peuvent, sans qu'une critique puisse leur être adressée à cet égard, être dans l'impossibilité objective de définir les moyens aptes à satisfaire leurs besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques et/ou de solutions financières/juridiques. Cette situation peut notamment se présenter pour la réalisation d'importantes infrastructures de transport intégrées, la réalisation de grands réseaux informatiques ou la réalisation de projets comportant un financement complexe et structuré, dont le montage financier et juridique ne peut pas être prescrit à l'avance. Dans la mesure où le recours à des procédures ouvertes ou restreintes ne permettrait pas l'attribution de tels marchés, il convient donc de prévoir une procédure flexible qui sauvegarde à la fois la concurrence entre opérateurs économiques et le besoin des pouvoirs adjudicateurs de discuter avec chaque candidat tous les aspects du marché. Toutefois, cette procédure ne doit pas être utilisée de manière à restreindre ou fausser la concurrence, en particulier par des modifications d'éléments fondamentaux des offres ou en imposant des éléments nouveaux substantiels au soumissionnaire retenu, ou en impliquant tout autre soumissionnaire que celui ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse;

10° concours de projets: le concours de projets est une procédure qui permet à un pouvoir adjudicateur ou à une entreprise publique d'acquérir par exemple un plan, une esquisse, une ébauche, une idée, une étude de faisabilité ou un projet qui est choisi par un jury après mise en concurrence, avec ou sans attribution de primes. Le concours peut aussi viser le choix d'un auteur de projet sans que ce choix soit lié à un projet élaboré.

Selon les directives européennes, un tel concours peut notamment concerner les domaines de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données.

9° concurrentiedialoog: deze nieuwe procedure is enkel van toepassing op de gunning van bijzonder complexe overheidsopdrachten in het klassieke stelsel.

De overweging 31 van richtlijn 2004/18/EG bevat hieromtrent de volgende toelichting: voor aanbestedende overheden die bijzonder complexe projecten uitvoeren, kan het, zonder dat hen iets valt te verwijten, objectief onmogelijk zijn te bepalen welke middelen aan hun behoeften kunnen voldoen of te beoordelen wat de markt te bieden heeft op het stuk van technische en/of financiële/juridische oplossingen. Dat kan met name het geval zijn bij de uitvoering van omvangrijke geïntegreerde vervoersinfrastructuurprojecten, grote computernetwerken, of projecten met een complexe en gestructureerde financiering waarvan de financiële en juridische onderbouwing niet vooraf kan worden voorgescreven. Voor zover de toepassing van openbare of niet-openbare procedures de gunning van dergelijke opdrachten niet mogelijk maakt, moet derhalve voorzien worden in een flexibele procedure die de mededinging tussen ondernemers vrijwaart, en tevens rekening houdt met de behoefte van de aanbestedende overheden om met elke gegadigde een dialoog over alle aspecten van de opdracht aan te gaan. Deze procedure mag evenwel niet op zodanige wijze worden aangewend dat de concurrentie wordt beperkt of verstoord, met name door het wijzigen van basiselementen van de offertes, het opleggen van nieuwe inhoudelijke elementen aan de gekozen inschrijver of het betrekken van een andere, niet als economisch voordeeligste aangewezen inschrijver in de procedure;

10° ontwerpenwedstrijd: de ontwerpenwedstrijd – prijsvraag genoemd in de richtlijnen – is een procedure die tot doel heeft een aanbestedende overheid of een overheidsbedrijf bijvoorbeeld een plan, schets, schetsontwerp, idee, haalbaarheidsstudie of ontwerp te verschaffen dat na een oproep tot mededinging door een jury wordt gekozen, al dan niet met toekenning van prijzen. De wedstrijd kan ook de keuze van een ontwerper beogen, zonder dat deze keuze gekoppeld is aan een uitgewerkte ontwerp.

Volgens de Europese richtlijnen kan een dergelijke wedstrijd in het bijzonder betrekking hebben op ruimtelijke ordening, stadsplanning, architectuur, ingenieurskunst of gegevensverwerking.

Le concours est mis en concurrence en respectant certaines conditions et modalités à déterminer par le Roi et en prévoyant éventuellement l'octroi de primes ou de paiements. La concrétisation d'un projet primé peut faire l'objet d'une procédure négociée sans publicité dans les conditions prévues à l'article 26, § 1^{er}, 4°;

11° marché public de promotion de travaux: comme cela a été précisé lors du commentaire consacré à la définition du marché public de travaux, la définition très large donnée dans les directives vise non seulement les contrats portant sur l'exécution de travaux ou d'ouvrages, mais également ceux ayant pour objet de faire réaliser par quelque moyen que ce soit un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur ou l'entreprise publique. Cette disposition a été prévue pour rencontrer toutes les opérations, y compris les promotions, par lesquelles une personne s'engage à construire ou à faire construire un ouvrage selon les besoins précisés par le pouvoir adjudicateur.

Le marché public de promotion de travaux constitue une forme particulière du marché public de travaux en ce qu'il porte à la fois sur le financement et l'exécution de travaux. Il peut éventuellement aussi comporter des prestations de services relatives à ces travaux. Cette réglementation spécifique est nécessaire afin de mener à bien le financement souvent considérable de travaux et pour éviter des abus.

Dans la présente loi, la notion de marché public de promotion de fournitures n'est plus reprise. La définition des marchés publics de fournitures inclut en effet diverses modalités, comme la location, la location-vente ou le crédit-bail, qu'une réglementation de la promotion de fournitures pourrait compromettre. Une telle disposition n'est pas non plus nécessaire pour les marchés de services car tout marché public de services peut prévoir une modalité de financement spécifique.

Conformément à l'article 28 du présent projet, il appartiendra au Roi de fixer les conditions auxquelles sont soumis les marchés de promotion de travaux;

De wedstrijd wordt in mededinging gesteld met inachtneming van bepaalde voorwaarden en voorschriften die door de Koning worden vastgelegd en eventueel voorzien in de toekenning van prijzen of betalingen. De concretisering van een winnend ontwerp kan het voorwerp uitmaken van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking onder de voorwaarden als bedoeld in artikel 26, § 1, 4°;

11° promotieopdracht van werken: zoals verduidelijkt in de toelichting bij de definitie van de overheidsopdrachten voor werken, beoogt de zeer ruime omschrijving in de richtlijnen niet enkel de overeenkomsten die verband houden met de uitvoering van werken of van een werk, maar eveneens die welke tot doel hebben, met welke middelen dan ook, een werk te laten uitvoeren dat aan de door de aanbestedende overheid of het overheidsbedrijf vastgestelde behoeften voldoet. Deze bepaling werd opgenomen teneinde rekening te houden met alle verrichtingen, met inbegrip van de promotieopdrachten, waarbij een persoon zich ertoe verbindt een werk uit te voeren of te laten uitvoeren volgens de door de aanbestedende overheid vastgestelde behoeften.

De promotieopdracht van werken is een bijzondere vorm van een overheidsopdracht voor werken, omdat die tegelijk betrekking heeft op de financiering en de uitvoering van werken. Ze kan eventueel ook diensten omvatten die verband houden met deze werken. Deze specifieke regeling is noodzakelijk om de vaak aanzienlijke financiering bij werken in goede banen te leiden en misbruiken te voorkomen.

Het begrip «promotie-overeenkomst voor aanneming van leveringen» is niet meer opgenomen in deze wet. De definitie van de overheidsopdrachten voor leveringen omvat immers reeds mogelijkheden zoals huur, huurkoop of leasing waardoor een regeling van de promotie voor leveringen die mogelijkheden juist zou tegenwerken. Een dergelijke bepaling is evenmin noodzakelijk voor de opdrachten voor diensten omdat elke overheidsopdracht voor diensten specifieke financieringsregels kan omvatten.

Overeenkomstig artikel 28 van dit ontwerp, dient de Koning de voorschriften te bepalen die van toepassing zijn op de promotieopdrachten van werken;

12° concession de travaux publics: la définition diffère quelque peu au niveau de la forme de celle reprise à l'article 24 de la loi du 24 décembre 1993 mais elle la rejoint quant au fond. Il s'agit d'un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix.

L'article 34 du projet traite de l'octroi de ces concessions et des marchés passés par les concessionnaires;

13° système d'acquisition dynamique: il s'agit d'un processus d'acquisition entièrement électronique limité dans le temps et ouvert pendant toute sa durée à tout fournisseur et prestataire de services satisfaisant aux critères de sélection et ayant présenté une offre indicative conforme au cahier spécial des charges. Il est applicable pour des fournitures et services courants, dont les caractéristiques généralement disponibles sur le marché sont de nature à satisfaire aux besoins du pouvoir adjudicateur ou de l'entreprise publique.

Seuls les marchés de fournitures et de services d'usage courant peuvent faire l'objet d'un tel processus. Celui-ci n'est donc pas adapté à la plupart des prestations intellectuelles comme les services d'architecture et d'ingénierie.

Aux termes des considérants 21 de la directive 2004/17/CE et 13 de la directive 2004/18/CE, compte tenu de l'expansion rapide des systèmes d'achat électroniques, il convient de prévoir, d'ores et déjà, des règles adéquates pour permettre aux pouvoirs adjudicateurs de tirer pleinement profit des possibilités offertes par lesdits systèmes. Dans cette perspective, il convient de définir un système d'acquisition dynamique entièrement électronique pour des achats d'usage courant, et de fixer des règles spécifiques pour la mise en place et le fonctionnement d'un tel système afin de garantir le traitement équitable de tout opérateur économique qui souhaite en faire partie. Tout opérateur économique devrait pouvoir adhérer à un tel système dès lors qu'il introduit une offre indicative conforme au cahier des charges et qu'il remplit les critères de sélection;

14° enchère électronique: il s'agit d'un processus itératif selon un dispositif électronique de présentation de nouveaux prix, revus à la baisse et/ou de nouvelles valeurs portant sur certains éléments des offres, qui intervient après une première évaluation complète des offres, permettant que leur classement puisse être effectué sur la base d'un traitement automatique.

12° concessie voor openbare werken: uit een formeel oogpunt is de definitie enigszins verschillend van die vermeld in artikel 24 van de wet van 24 december 1993. Inhoudelijk gezien sluit ze er echter nauw bij aan. Het gaat om een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor werken, behalve dat de tegenprestatie voor de werken bestaat uit hetzij uitsluitend het recht het werk te exploiteren, hetzij uit dit recht gepaard gaande met een prijs.

Artikel 34 van het ontwerp belicht de toekenning van concessies en de opdrachten gegund door concessiehouders;

13° dynamisch aankoopsysteem: het gaat om een volledig elektronisch proces voor aankopen dat beperkt is in de tijd en gedurende de gehele looptijd openstaat voor elke leverancier en dienstverlener die voldoet aan de selectiecriteria en een indicatieve offerte heeft ingediend overeenkomstig de eisen van het bestek. Het is van toepassing op courante leveringen en diensten, waarvan de algemeen op de markt beschikbare kenmerken kunnen voorzien in de behoeften van een aanbestedende overheid of van een overheidsbedrijf.

Een dergelijk proces kan enkel worden aangewend in het kader van opdrachten voor leveringen en diensten voor courant gebruik. Dit proces is dus niet geschikt voor de meeste intellectuele prestaties zoals diensten inzake architectuur en ingenieurskunst.

De overwegingen 21 van richtlijn 2004/17/EG en 13 van richtlijn 2004/18/EG bevatten hieromtrent de volgende toelichting: gezien de zich snel uitbreidende elektronische aankoopsystemen moeten nu reeds adequate voorschriften worden opgesteld zodat de aanbestedende overheden ten volle profijt kunnen trekken van de mogelijkheden die deze systemen bieden. Met het oog hierop moeten geheel elektronische dynamische aankoopsystemen voor aankopen van leveringen of diensten voor courant gebruik worden gedefinieerd, en moeten er specifieke voorschriften worden vastgesteld voor het opzetten en de werking van dergelijke systemen teneinde een eerlijke behandeling te garanderen van elke ondernemer die eraan deel wenst te nemen. Elke ondernemer die een indicatieve offerte indient die voldoet aan het bestek en zelf voldoet aan de selectiecriteria moet van een dergelijk systeem gebruik kunnen maken;

14° elektronische veiling: het gaat om het zich herhalend proces langs elektronische weg voor de voorstelling van nieuwe, verlaagde prijzen, en/of van nieuwe waarden voor bepaalde elementen van de offertes, dat plaatsvindt na de eerste volledige beoordeling van de offertes en hun klassering op basis van elektronische verwerking mogelijk maakt.

Ce processus ne constitue pas une procédure s'ajoutant à celles déjà définies mais bien un processus pouvant accompagner la procédure choisie pour l'attribution d'un marché.

Seuls les marchés de fournitures et de services d'usage courant peuvent faire l'objet d'un tel processus. Celui-ci n'est donc pas adapté à la plupart des prestations intellectuelles comme les services d'architecture et d'ingénierie;

15° accord-cadre: l'accord-cadre existe depuis longtemps en Belgique sous diverses dénominations (marchés à commandes, marchés stock, ...). Cette notion n'a été introduite officiellement dans la législation et exclusivement pour les secteurs spéciaux par les articles 27 et 41bis de la loi du 24 décembre 1993. Son application est généralisée. L'accord-cadre permet à un pouvoir adjudicateur ou à une entreprise publique de conclure un accord fixant tout ou en partie des termes qui régiront les marchés à passer avec le ou les entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services au cours de la période couverte par l'accord-cadre, par exemple les termes concernant les prix, les garanties, les délais et conditions de livraison.

Il ne faut donc pas confondre avec l'hypothèse visée à l'article 26, § 2, 1°, b, du projet, parfois appelée contrat-cadre, lequel permet, dans des cas exceptionnels, de passer par procédure négociée avec publicité des marchés de travaux, de fournitures ou de services dont la nature et les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix. Tel n'est pas le cas de l'accord-cadre ici visé, qui constitue une procédure complémentaire à laquelle il peut être recouru sans justification particulière.

Après la conclusion d'un tel accord, dans le cas où tous les termes des marchés n'y ont pas été fixés, la ou les entreprises parties à celui-ci doivent à nouveau être consultées et mises en concurrence si elles sont plusieurs lorsque des besoins se manifesteront afin de fixer les termes et les conditions du marché fondé sur cet accord-cadre.

Dans le régime des secteurs spéciaux, cette nouvelle consultation peut s'effectuer par procédure négociée sans publicité en vertu de l'article 54, § 2, 1°, g, du présent projet. Par contre, dans le régime classique, pour cette nouvelle consultation, des conditions spécifiques peuvent être reprises dans le cahier spécial des charges.

Dit proces mag niet worden beschouwd als een procedure naast de reeds omschreven procedures. Het gaat daarentegen om een proces waarmee de gekozen gunningsprocedure van een opdracht gepaard kan gaan.

Een dergelijk proces kan enkel worden aangewend in het kader van opdrachten voor leveringen en diensten voor courant gebruik. Dit proces is dus niet geschikt voor de meeste intellectuele prestaties zoals diensten inzake architectuur en ingenieurskunst;

15° raamovereenkomst: de raamovereenkomst bestaat sinds lang in België onder diverse benamingen (bestellingsopdrachten, stockopdrachten, ...). Het begrip is pas officieel ingevoerd in de wetgeving en enkel in de speciale sectoren bij de artikels 27 en 41bis van de wet van 24 december 1993. De toepassing ervan wordt veralgemeend. Een aanbestedende overheid of een overheidsbedrijf kan een dergelijke overeenkomst afsluiten met een of meer aannemers, leveranciers of dienstverleners en hierbij alle of bepaalde voorwaarden vastleggen voor de opdrachten gegund tijdens de looptijd van de raamovereenkomst, bijvoorbeeld inzake de prijzen, waarborgen, termijnen en leveringsvoorwaarden.

De gewone raamovereenkomst mag dus niet worden verward met de hypothese van artikel 26, § 2, 1°, b, van het ontwerp, vaak speciaal raamcontract genoemd, dat in uitzonderlijke gevallen mag worden aangewend voor het gunnen via onderhandelingsprocedure met bekendmaking van opdrachten voor werken, leveringen of diensten waarvan de aard en de onzekere omstandigheden verhinderen op voorhand een globale prijs vast te stellen. Dit is niet het geval voor de gewone raamovereenkomst die hier wordt bedoeld en een aanvullende procedure vormt die zonder specifieke verantwoording mag worden aangewend.

Wanneer zich behoeften aandienen nadat een dergelijke overeenkomst werd afgesloten en niet alle voorwaarden van de opdrachten zijn vastgelegd, moeten de ondernemingen (een of meerdere) die partij zijn bij deze overeenkomst opnieuw worden geraadpleegd en tot mededinging opgeroepen (als ze met meerdere zijn), teneinde de op deze raamovereenkomst gebaseerde voorwaarden van de opdracht vast te leggen.

In het stelsel van de speciale sectoren, kan deze nieuwe raadpleging plaatsvinden via onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking overeenkomstig artikel 54, § 2, 1°, g, van dit ontwerp. In het klassiek stelsel kunnen voor deze nieuwe raadpleging specifieke voorwaarden worden opgenomen in het bestek.

Art. 4

Dans la mesure où elles s'appliquent aux activités des secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, les définitions données à l'article 3 valent mutatis mutandis, pour les marchés conclus par les entités adjudicatrices définies à l'article 2, 3° soumises au titre IV du présent projet ainsi que pour les marchés visés à l'article 73.

TITRE II

Des marchés publics

CHAPITRE PREMIER

Principes généraux

Art. 5

Ce nouvel article, issu des directives confirme que les principes du Traité doivent être respectés lors de l'attribution de tous les marchés publics, quel que soit leur montant, notamment les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence.

L'article 5 réaffirme également un des principes de la législation des marchés publics, à savoir le principe de la concurrence. Sa mise en œuvre se traduit habituellement par une publication préalable d'un avis de marché. Même lorsqu'une telle publication n'est pas légalement requise, par exemple en cas de procédure négociée sans publicité, les pouvoirs adjudicateurs doivent, si cela s'avère possible, faire jouer la concurrence. Pour les marchés constatés par facture acceptée, il ne faut pas nécessairement une demande, ni des offres écrites.

Cet article mentionne finalement les grandes étapes jalonnant le processus conduisant à la conclusion du marché, en fonction de la procédure de passation choisie.

La première étape est la vérification du droit d'accès par rapport aux conditions d'exclusion dont il est question à l'article 20, aux obligations éventuelles à l'égard d'entrepreneurs, de fournisseurs et de prestataires de services originaires de pays tiers, traitées à l'article 21, de même que la réservation de l'accès à certains mar-

Art. 4

Aangezien ze van toepassing zijn op de activiteiten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten, gelden de in artikel 3 opgenomen definities mutatis mutandis voor de opdrachten toegewezen door de aanbestedende entiteiten, zoals omschreven in artikel 2, 3°, die tot het toepassingsgebied van titel IV van dit ontwerp behoren, alsook voor de opdrachten als bedoeld in artikel 73.

TITEL II

Overheidsopdrachten

HOOFSTUK I

Algemene beginselen

Art. 5

Dit nieuwe artikel dat uit de richtlijnen voortvloeit, bevestigt dat de beginselen van het Verdrag moeten worden nageleefd in het kader van de gunning van alle overheidsopdrachten, ongeacht het bedrag ervan. Het gaat met name om de gelijke behandeling, het discriminatieverbod en de transparantie.

Artikel 5 herbevestigt eveneens één van de beginselen van de wetgeving overheidsopdrachten, namelijk het beginsel van de mededinging. Dit beginsel wordt gewoonlijk toegepast door een voorafgaande aankondiging van de opdracht. Zelfs wanneer een dergelijke bekendmaking wettelijk niet vereist is, zoals bij onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, moeten de aanbestedende overheden, indien mogelijk, de mededinging raadplegen. Voor opdrachten gegund op factuur is geen specifieke schriftelijke aanvraag, noch offerte vereist.

Dit artikel verwijst ten slotte naar de verschillende stappen van het proces dat, volgens de gekozen gunningsprocedure, tot de toewijzing van de opdracht leidt.

De eerste stap omvat het onderzoek van het toegangsrecht, rekening houdend met de uitsluitingsvoorwaarden als bedoeld in artikel 20, met de eventuele verplichtingen ten aanzien van de aannemers, leveranciers en dienstverleners uit derde landen, als bedoeld in artikel 21, alsook met de reservatie voor beschutte

chés pour des ateliers protégés, aussi appelés entreprises de travail adapté, et des entreprises d'économie sociale d'insertion, en vertu de l'article 22.

La deuxième étape concerne la vérification de la situation personnelle des concurrents au regard des critères en matière de sélection qualitative.

Sur ce point, sur la suggestion du Conseil d'État, la notion de «sélection qualitative» a été préférée à celle de «capacité». Cependant, il ne paraît pas utile de citer, comme suggéré par le Conseil d'État, tous les articles se rapportant au droit d'accès et à la sélection qualitative. Ceci alourdirait le texte et impliquerait l'inclusion de nombreuses énumérations semblables dans d'autres parties du projet.

La dernière étape porte sur la vérification de chaque offre au niveau de sa régularité et de la valeur intrinsèque de chacune des offres régulières par rapport au(x) critère(s) d'attribution du marché.

Le texte de l'article 5 précise que ce processus se déroule conformément à une des procédures de passation déterminées au chapitre IV du présent titre.

Art. 6

Le texte du § 1^{er} reprend les dispositions contenues actuellement dans l'article 7, § 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993. Après avoir rappelé que le principe du forfait ne fait pas obstacle à la révision des prix en fonction de facteurs déterminés d'ordre économique ou social, le texte précise que cette révision, si révision il y a, doit être prévue soit dans le cahier spécial des charges, soit dans le contrat.

Le présent article confirme le principe selon lequel le droit à révision n'existe que dans la mesure où le pouvoir adjudicateur l'autorise. En cas de d'interdiction ou de silence du contrat à ce propos, il y a lieu de considérer que le marché est passé selon la règle du forfait absolu.

Face à l'ouverture croissante des marchés publics au niveau international, la question a déjà été posée de savoir si, outre des facteurs d'ordre économique ou social, des facteurs d'ordre monétaire pourraient être pris en compte dans le jeu des formules de révision. Sur ce plan, l'exposé des motifs de la loi du 24 décembre 1993

werkplaatsen van de toegang tot sommige opdrachten, ook sociale werkplaatsen genoemd, en voor sociale inschakelingsondernemingen krachtens artikel 22.

De tweede stap heeft betrekking op het onderzoek van de persoonlijke toestand van de concurrenten in het licht van de kwalitatieve selectiecriteria.

Op dit punt wordt op voorstel van de Raad van State de voorkeur gegeven aan de notie kwalitatieve selectie boven de notie bekwaamheid. Anderzijds lijkt het niet aangewezen om gevolg te geven aan de suggestie van de Raad van State om meteen ook alle artikels in verband met het toegangsrecht en de kwalitatieve selectie te vermelden. Dit zou immers de tekst verzwaren en zou betekenen dat ook op andere plaatsen van het ontwerp een groot aantal gelijkaardige opsommingen zouden moeten worden gegeven.

De laatste stap houdt verband met het onderzoek van elke offerte vanuit het oogpunt van de regelmatigheid ervan en van de intrinsieke waarde van elke regelmatige offerte op basis van het gunningscriterium of de gunningscriteria van de opdracht.

Artikel 5 verduidelijkt dat dit proces plaatsvindt overeenkomstig één van de in hoofdstuk IV van deze titel bepaalde gunningsprocedures.

Art. 6

Paragraaf 1 van dit artikel bevat de bepalingen die momenteel opgenomen zijn in artikel 7, § 1, van de wet van 24 december 1993. De tekst herinnert eraan dat het beginsel van de forfaitaire grondslag geen belemmering vormt voor de herziening van de prijzen in het licht van bepaalde economische of sociale factoren en verduidelijkt dat deze herziening, als men in die mogelijkheid wil voorzien, in het bestek of in de overeenkomst moet worden vermeld.

Dit artikel bevestigt het beginsel volgens hetwelk er slechts sprake is van een recht op herziening voor zover de aanbestedende overheid het toestaat. Indien een verbod bestaat of de overeenkomst hierover niets vermeldt, moet de opdracht worden beschouwd als zijnde gegund volgens de regel van het absolute forfait.

Gezien de voortschrijdende openstelling van de overheidsopdrachten op internationaal niveau, rees de vraag of het mogelijk is om in de herzieningsformules niet alleen rekening te houden met economische of sociale factoren, maar ook met monetaire factoren. In dit verband heeft de memorie van toelichting van de wet

a souligné qu'une approche prudente doit être adoptée. On peut en effet admettre que dans certaines circonstances à préciser dans les modalités d'exécution, la variation d'un élément de nature monétaire puisse être rangée dans la catégorie des facteurs d'ordre économique. Il ne convient cependant pas de couvrir par là des éléments non directement liés au marché à exécuter, ni d'exonérer les adjudicataires contre tout risque normal d'une entreprise.

Dans le dernier alinéa du § 1^{er}, le principe de la révision en faveur des sous-traitants est maintenu, pour autant qu'une clause de révision soit spécifiée pour l'exécution du marché public considéré et dans la mesure correspondant à la nature des prestations effectuées par ces sous-traitants. Des modalités seront, comme dans la réglementation précédente, précisées par le Roi afin de garantir que les sous-traitants bénéficient dûment du jeu de la révision, même si les sous-traitants restent des tiers par rapport au pouvoir adjudicateur.

Le § 2 détermine les deux hypothèses dans lesquelles, par exception au principe, un marché public peut être passé sans fixation forfaitaire du prix. Ce texte correspond largement à celui de l'article 7, § 2, de la loi du 24 décembre 1993, dont il garde la portée quant au fond mais le renforce en limitant la première exception à des cas exceptionnels définis.

Art. 7

Cet article traite des paiements et des avances. Cette disposition correspond à celle de l'article 8 de la loi du 24 décembre 1993. Tout paiement ne peut être effectué que pour un service fait et accepté, c'est-à-dire après exécution d'une prestation et acceptation de celle-ci par le pouvoir adjudicateur. Par contre, l'octroi d'avances constitue l'exception à ce principe. Il appartiendra dès lors au Roi de préciser les conditions dans lesquelles des avances peuvent être accordées.

Art. 8

Cette disposition concerne les incompatibilités visant, dans le cadre de la passation et de l'exécution d'un marché public, tout fonctionnaire, officier public mais aussi toute personne physique liée à un pouvoir adjudicateur. Le texte de l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993 est précisé au niveau du fond et de la forme.

van 24 december 1993 benadrukt dat een voorzichtige aanpak aangewezen is. Het is immers aannemelijk om in bepaalde omstandigheden, die toegelicht worden in de uitvoeringsmodaliteiten, de schommelingen van een element van monetaire aard op te nemen in de categorie van de economische factoren. Hierbij moet evenwel vermeden worden dat elementen worden opgenomen in deze categorie die niet rechtstreeks verband houden met de uit te voeren opdracht of dat de aannemers van elk normaal ondernemingsrisico worden vrijgesteld.

Het laatste lid van § 1 bepaalt dat het beginsel van de herziening ten gunste van de ondераannemers behouden blijft, voor zover een herzieningsclausule is opgenomen voor de uitvoering van de betrokken overheidsopdracht en in de mate die overeenstemt met de aard van de door deze ondераannemers verrichte prestaties. Net zoals in de vroegere reglementering, zullen de modaliteiten door de Koning worden bepaald teneinde te waarborgen dat de ondераannemers behoorlijk in de voordelen van de herziening kunnen delen, ook al blijven de ondераannemers derden ten aanzien van de aanbestedende overheid.

Paragraaf 2 beschrijft twee gevallen waarin de overheidsopdrachten, als uitzondering op het beginsel, zonder forfaitaire prijsbepaling mogen worden gegund. Deze tekst stemt grotendeels overeen met die van artikel 7, § 2, van de wet van 24 december 1993, weliswaar met een verstrekking door de eerste uitzondering enkel toe te staan in bepaalde uitzonderlijke gevallen.

Art. 7

Dit artikel heeft betrekking op de betalingen en voor-
schotten. Deze bepaling stemt overeen met die van artikel 8 van de wet van 24 december 1993. Betalingen mogen alleen gedaan worden voor verstrekte en aanvaarde prestaties, d.w.z. na de uitvoering van de prestaties en de goedkeuring ervan door de aanbestedende overheid. De toekenning van voorschotten vormt evenwel een uitzondering op dit beginsel. De Koning dient dan ook de toekenningsvooraarden van de voorschoten te verduidelijken.

Art. 8

Deze bepaling behandelt de onverenigbaarheden die, in het kader van de gunning en uitvoering van een overheidsopdracht, betrekking hebben op elke ambtenaar, openbare gezagsdrager, maar ook op ieder ander natuurlijk persoon die verbonden is aan een aanbestedende overheid. De tekst van artikel 10 van de wet van 24 december 1993 is inhoudelijk en formeel verduidelijkt.

En ce qui concerne les personnes liées au pouvoir adjudicateur, le texte a été clarifié. L'incompatibilité vise non seulement le personnel sous statut mais également toute personne liée au pouvoir adjudicateur de quelque manière que ce soit, par exemple par un contrat de travail ou en cas de prestation à titre gratuit. Elle vise aussi les personnes physiques ou morales liées au pouvoir adjudicateur par un marché public de services, lorsque ces dernières exercent une mission de conception et de contrôle de l'exécution d'un marché public ou remplissent auprès de ce pouvoir adjudicateur une mission de consultant leur permettant d'influencer son choix. Une disposition reprise antérieurement dans l'article 10, § 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993 précisait que ces adjudicataires étaient chargés d'une mission de service public. Cette qualification n'a plus été reprise car des doutes ont été émis sur la portée du texte.

La notion «d'intérêt» est remplacée par celle de «conflit d'intérêts». Cette disposition tend en effet à éviter que des personnes chargées d'intervenir dans la passation et l'exécution d'un marché se laissent guider par des mobiles autres que la défense des intérêts du pouvoir adjudicateur pour lequel elles agissent.

Le texte de la loi du 24 décembre 1993 ne visait que les situations d'incompatibilité par rapport à des entreprises soumissionnaires. Le champ a été étendu aux entreprises candidates car, dans une procédure répartie en deux phases, c'est dès le stade des candidatures qu'un conflit d'intérêts peut surgir.

Outre le principe général inscrit au § 1^{er}, les § 2 et 3 instaurent des présomptions dans un certain nombre d'hypothèses.

Le § 2 énumère trois hypothèses sanctionnées par une présomption absolue de l'existence d'un conflit d'intérêts. Il s'agit d'une part de la cohabitation légale et du lien de parenté ou d'alliance jusqu'à un certain degré, d'autre part, de la propriété, de la copropriété, de l'intervention en tant qu'associé actif dans une entreprise candidate ou soumissionnaire ou de l'exercice de la direction et de la gestion, en droit ou en fait, d'une telle entreprise.

Le § 3 traite d'une hypothèse dans laquelle la présomption de l'existence d'un conflit d'intérêts est relative. Il s'agit de la détention de cinq pour cent au moins du capital social d'une entreprise candidate ou soumissionnaire. Dans ce cas, la personne concernée doit in-

Wat de personen betreft die verbonden zijn aan een aanbestedende overheid, bevat de tekst de nodige toelichtingen. De onverenigbaarheid heeft niet enkel betrekking op het statutair personeel, maar ook op ieder ander persoon die op welke wijze dan ook aan de aanbestedende overheid verbonden is, bijvoorbeeld via een arbeidsovereenkomst of in geval van gratis dienstverlening. Ze beoogt eveneens de natuurlijke of rechtspersonen die verbonden zijn aan een aanbestedende overheid via een overheidsopdracht voor diensten, wanneer die een opdracht vervullen met het oog op het ontwerp van en het toezicht op de uitvoering van een overheidsopdracht of bij deze aanbestedende overheid een opdracht als consultant uitoefenen waardoor zij haar keuze kunnen beïnvloeden. Een bepaling die vroeger opgenomen was in artikel 10, § 1, van de wet van 24 december 1993 verduidelijkt dat deze aannemers belast waren met een opdracht van openbare dienst. Deze benaming werd niet overgenomen omdat twijfels waren ontstaan over de draagwijdte van deze tekst.

Het begrip «belang» wordt vervangen door het begrip «belangenvermenging». Deze bepaling heeft immers tot doel te vermijden dat personen die betrokken zijn bij de gunning en uitvoering van een opdracht, zich zouden laten leiden door andere motieven dan de verdediging van de belangen van de aanbestedende overheid waarvoor ze optreden.

De wet van 24 december 1993 had enkel betrekking op situaties waarbij er sprake was van onverenigbaarheden uit hoofde van inschrijvende ondernemingen. Het toepassingsgebied werd verruimd tot de kandiderende ondernemingen. Belangenvermenging kan immers ontstaan vanaf het stadium van de kandidaturen in het kader van een procedure die twee fasen omvat.

Behalve het algemene beginsel als bedoeld in § 1, voeren de § 2 en 3 een vermoeden in wanneer bepaalde hypothesen zich voordoen.

Paragraaf 2 bevat twee hypothesen waaruit een absoluut vermoeden van belangenvermenging kan worden afgeleid. Het gaat enerzijds om wettelijke samenwoning en de bloed- of aanverwantschap tot een bepaalde graad, anderzijds de om de eigendom, de medeeigendom of het optreden als werkend vennoot in een kandiderende of inschrijvende onderneming dan wel om de uitoefening van de leiding of het beheer, in rechte of in feite, van een dergelijke onderneming.

Paragraaf 3 beschrijft de hypothese waarbij het vermoeden van belangenvermenging relatief is. Het betreft het bezit van ten minste vijf percent van het maatschappelijk kapitaal van een kandiderende of inschrijvende onderneming. In dat geval moet de betrokken persoon

former le pouvoir adjudicateur sur sa situation et celui-ci doit apprécier cas par cas s'il y a ou non risque d'un tel conflit. Il est évident que tout lien en capital n'entraîne pas nécessairement un conflit d'intérêts.

Art. 9

L'article 9 traite de l'interdiction des actes, conventions, ententes de nature à fausser les conditions normales de la concurrence et reprend pour l'essentiel le texte de l'article 11 de la loi du 24 décembre 1993.

Deux modifications sont apportées: l'interdiction en cause s'appliquera dorénavant non seulement aux offres remises mais également aux demandes de participation. Par ailleurs, la disposition qui exigeait l'arrêt de toute exécution lorsque le marché avait été conclu à la suite de tels actes a été remplacée par une nouvelle approche. Il est désormais référé aux mesures prévues en cas de manquement aux clauses du contrat. Ceci doit permettre au pouvoir adjudicateur de choisir les sanctions applicables parmi celles prévues dans la réglementation. En effet, dans certains cas, un arrêt pur et simple de toute exécution pourrait être davantage dommageable pour le pouvoir adjudicateur, déjà victime d'une entente délictueuse. Il convient de rappeler qu'à l'occasion de l'adoption de la loi du 24 décembre 1993, l'article 314 du Code pénal a été modifié afin de prévoir des sanctions pénales lorsque l'entente s'est traduite par des dons, promesses ou autres moyens frauduleux, même en l'absence de violences ou de menaces.

Art. 10

Cet article nouveau provient des nouvelles directives. Selon cette disposition, le Roi détermine les règles applicables aux moyens de communication. Les moyens choisis doivent être généralement disponibles et ne peuvent avoir pour effet de restreindre l'accès à la procédure.

Les nouvelles technologies de l'information et des communications sont désormais mises sur un pied d'égalité avec les moyens classiques de communication et d'échange d'informations basés sur les documents papier.

de aanbestedende overheid in kennis stellen van diens toestand. De aanbestedende overheid moet dan, geval per geval, nagaan of er eventueel sprake is van een risico op belangenvermenging. Het is hierbij duidelijk dat niet iedere kapitaalsbinding noodzakelijkerwijze een belangenvermenging inhoudt.

Art. 9

Artikel 9 verduidelijkt het verbod op elke handeling, overeenkomst of afspraak die de normale mededingingsvoorwaarden kan vertekenen en bevat in hoofdzaak de tekst van artikel 11 van de wet van 24 december 1993.

Twee wijzigingen worden aangebracht: het betrokken verbod zal voortaan niet enkel van toepassing zijn op de ingediende offertes, maar ook op de aanvragen tot deelneming. Bovendien werd de bepaling die de stopzetting van de uitvoering eiste wanneer de opdracht werd toegewezen ingevolge een dergelijke handeling, vervangen door een nieuwe aanpak. Voortaan wordt verwezen naar de maatregelen in geval van niet-naleving van de bepalingen van de overeenkomst. Op grond daarvan kan de aanbestedende overheid een van de reglementaire sancties kiezen. In bepaalde gevallen kan een gewone stopzetting van de uitvoering immers nog nadeliger zijn voor de aanbestedende overheid die reeds het slachtoffer is van strafbare afspraken. Hierbij mag niet uit het oog worden verloren dat artikel 314 van het Strafwetboek werd gewijzigd naar aanleiding van de goedkeuring van de wet van 24 december 1993. Het was de bedoeling strafsancties op te leggen wanneer de afspraken de vorm aannemen van giften, beloften of andere bedrieglijke middelen, ook als er geen sprake is van bedreigingen noch van geweld.

Art. 10

Dit nieuwe artikel vloeit voort uit de nieuwe richtlijnen. Uit deze bepaling blijkt dat de Koning de regels bepaalt die van toepassing zijn op de communicatiemiddelen. De gekozen middelen moeten algemeen beschikbaar zijn en mogen de toegang tot de procedure niet beperken.

De nieuwe informatie- en communicatietechnologieën worden voortaan gelijkgeschakeld met de klassieke communicatie- en informatiemiddelen die gebaseerd zijn op papieren documenten.

Les outils à utiliser ne peuvent pas avoir d'effet discriminatoire et ils doivent être disponibles pour les personnes intéressées. A cette fin, ils doivent être décrits, selon le cas, dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges.

Il faut ici souligner que pour l'essentiel, des mesures en ce sens ont déjà été prises par l'arrêté royal du 18 février 2004. Celui-ci a en effet apporté les modifications nécessaires dans les arrêtés royaux d'exécution de la loi du 24 décembre 1993 pour permettre l'utilisation des moyens électroniques, en se fondant pour ce faire sur des dispositions non seulement des nouvelles directives européennes en projet mais également sur celles des directives 97/52/CEE et 98/04/CEE modifiant les directives 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/37/CEE et 93/38/CEE afin d'y intégrer les obligations de l'Accord sur les marchés publics conclu en 1994 dans le cadre de l'OMC. Des dispositions similaires seront intégrées dans les arrêtés d'exécution du présent projet de loi.

Art. 11

Cet article est nouveau. Il reprend, en son alinéa premier, une disposition similaire à celle de l'article 139 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Cet article interdit que soient divulgués des renseignements confidentiels communiqués par les candidats ou les soumissionnaires ou, en cours d'exécution du marché, par l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de services, et qui ont trait à la passation et à l'exécution du marché. Les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE contiennent également des dispositions concernant la non-divulgation des renseignements fournis à titre confidentiel par les opérateurs économiques. Sont notamment concernés les secrets techniques ou commerciaux et tous les aspects confidentiels des offres, par exemple les prix unitaires. Cette interdiction s'applique au pouvoir adjudicateur, aux personnes qui le cas échéant composent ses organes, à ses agents et aux personnes qui sont amenées à assister le pouvoir adjudicateur, par exemple un bureau d'études ayant une mission de conseil.

Les alinéas 2 et 3 de l'article 11 contiennent une disposition nouvelle poursuivant le même objectif et qui s'adresse tant au pouvoir adjudicateur qu'à l'autorité chargée de statuer lorsqu'une procédure de recours est intentée. En outre, cette disposition dénie aux candidats, aux soumissionnaires et aux tiers le droit d'accéder aux documents relatifs à la procédure de passation, et notamment aux demandes de participations et aux offres, aussi longtemps que le pouvoir adjudicateur n'a

De gebruikte hulpmiddelen mogen niet discriminrend zijn en moeten beschikbaar zijn voor de betrokken personen. Daarom dienen ze, naar gelang van het geval, te worden beschreven in de aankondiging van opdracht of in het bestek.

Hierbij moet worden benadrukt dat het koninklijk besluit van 18 februari 2004 deze maatregelen reeds grotendeels heeft ingevoerd. Dit koninklijk besluit heeft immers de nodige wijzigingen aangebracht in de koninklijke uitvoeringsbesluiten van de wet van 24 december 1993 teneinde het gebruik van de elektronische middelen mogelijk te maken. Dit gebeurde zowel op grond van sommige bepalingen van de nieuwe Europese ontwerprichtlijnen als van die van de richtlijnen 97/52/EEG en 98/04/EEG tot wijziging van de richtlijnen 92/50/EEG, 93/36/EEG, 93/37/EEG en 93/38/EEG teneinde rekening te houden met de verplichtingen die voortvloeiden uit de in 1994 afgesloten Overeenkomst inzake overheid-sopdrachten in het kader van de WHO. Gelijkwaardige bepalingen zullen worden opgenomen in de uitvoeringsbesluiten van dit wetsontwerp.

Art. 11

Dit artikel is nieuw. Het eerste lid ervan bevat een bepaling die vergelijkbaar is met die vervat in artikel 139 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Dit artikel bepaalt dat het verboden is vertrouwelijke informatie bekend te maken die door de kandidaten of inschrijvers, of, tijdens de uitvoering van de opdracht, door de aanbieder, leverancier of dienstverlener, wordt verstrekt en betrekking heeft op de gunning en uitvoering van de opdracht. De richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG bevatten eveneens bepalingen in verband met de nietbekendmaking van vertrouwelijke informatie die door de ondernemers wordt verstrekt. Deze informatie omvat met name de technische of commerciële geheimen en alle vertrouwelijke aspecten van de offertes, bijvoorbeeld de eenheidsprijzen. Dit verbod geldt voor de aanbestedende overheid, de personen die in voorkomend geval deel uitmaken van haar organen, haar ambtenaren, alsook de personen die haar ondersteuning bieden, zoals een studiebureau met een adviesopdracht.

In het tweede en derde lid van artikel 11 is een nieuwe bepaling opgenomen die dezelfde doelstelling nastreeft en zowel bedoeld is voor de aanbestedende overheid als voor de overheid belast met de uitspraak wanneer een beroepsprocedure wordt ingesteld. Bovendien verduidelijkt deze bepaling dat de kandidaten, inschrijvers en derden geen toegang mogen hebben tot de documenten betreffende de gunningsprocedure, met name tot de aanvragen tot deelneming en offertes, zolang de

pas pris de décision portant sur la sélection, la régularité des offres et l'attribution ou la renonciation à poursuivre la procédure. L'accès accordé au contenu des offres déposées alors que leur examen est encore en cours est préjudiciable au bon déroulement de la procédure et peut porter atteinte aux intérêts des entreprises.

Même après que le pouvoir adjudicateur a pris une décision, tant l'instance saisie dans le cadre d'une procédure de recours que le pouvoir adjudicateur devront veiller à la préservation des intérêts des candidats ou soumissionnaires.

Sur la suggestion du Conseil d'État, les mots «l'instance saisie» ont été préférés aux mots «l'autorité chargée de statuer» car leur portée est plus large et couvre non seulement les juridictions mais également tout autre organisme auquel un litige serait soumis.

CHAPITRE II

Champ d'application quant aux personnes

Art. 12

Cet article détermine le champ d'application ratione personae du régime visé par le titre II de la loi. Sont ici concernés les pouvoirs adjudicateurs qui sont définis à l'article 2, 1°, du projet. Les entreprises publiques telles que définies à l'article 2, 2° ne sont pas mentionnées dans le champ d'application du titre II. Selon les directives européennes en effet, les marchés des entreprises publiques ne sont concernés que lorsque ces entreprises exercent des activités dans le régime des secteurs spéciaux.

Néanmoins, en vertu du droit belge, certaines entités publiques ayant des activités dans d'autres domaines que les secteurs spéciaux sont dénommées entreprises publiques ou entreprises publiques autonomes par une loi, une ordonnance ou un décret. C'est le cas par exemple pour la RTBF, qui est qualifiée d'entreprise publique autonome à caractère culturel par l'article 1^{er} du décret du 14 juillet 1997 qui porte son statut. Un tel organisme est cependant un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2, 1°, de la présente loi. Le droit national ne peut porter atteinte au champ déterminé par la directive 2004/18/CE. Dès lors, une entité publique qui

aanbestedende overheid geen beslissing heeft genomen over de selectie, de regelmatigheid van de offertes, de gunning of de beslissing om de procedure stop te zetten. Toegang verlenen tot de inhoud van de ingediende offertes terwijl het onderzoek ervan nog niet is afgerond, is nadelig voor het goede verloop van de procedure en kan de belangen van de ondernemingen schaden.

Zelfs nadat de aanbestedende overheid een beslissing heeft genomen, moeten zowel de betrokken instantie in het kader van een verhaalprocedure als de aanbestedende overheid erop toezien dat de belangen van de kandidaten of inschrijvers gevrijwaard blijven.

Op voorstel van de Raad van State wordt de voorkeur gegeven aan de woorden «de betrokken instantie» boven de woorden «de rechter», daar de draagwijdte hiervan ruimer is en deze niet enkel de rechtbanken omvatten, maar ook elke andere instantie aan wie een geschil ter beslechting wordt voorgelegd.

HOOFDSTUK II

Toepassingsgebied wat de personen betreft

Art. 12

Dit artikel bepaalt het toepassingsgebied ratione personae van het stelsel als bedoeld in titel II van de wet. Hier worden de aanbestedende overheden bedoeld zoals omschreven in artikel 2, 1°, van het ontwerp. De overheidsbedrijven zoals omschreven in artikel 2, 2°, zijn niet opgenomen bij de instellingen die tot het toepassingsgebied van titel II behoren. De Europese richtlijnen bepalen immers dat de opdrachten van de overheidsbedrijven enkel tot hun toepassingsgebied behoren indien deze bedrijven activiteiten uitoefenen in het stelsel van de speciale sectoren.

Krachtens het Belgische recht oefenen sommige overheidsinstellingen evenwel activiteiten uit in het klassieke stelsel en werden ze overheidsbedrijven of autonome overheidsbedrijven genoemd in een wet, ordonnantie of decreet. In deze context kan het voorbeeld van de RTBF worden geciteerd die omschreven wordt als een autonoom overheidsbedrijf van culturele aard in artikel 1 van het decreet van 14 juli 1997 dat haar statuut vastlegt. Een dergelijke instelling is nochtans een aanbestedende overheid als bedoeld in artikel 2, 1°, van deze wet. Het nationaal recht mag geen afbreuk doen aan het toepassingsgebied bepaald in de

serait dénommée «entreprise publique» mais où se vérifierait la poursuite de la satisfaction de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial est soumise au titre II.

Une liste aussi complète que possible des organismes de droit public et des personnes rencontrant les critères de la définition au sens de l'article 2, 1°, c et d, sera établie par le Roi. Cette liste est non limitative et il est évident qu'un organisme ou une personne non mentionné sur cette liste sont soumis à l'application de la loi du moment qu'ils remplissent les critères précités.

La liste revêt un caractère dynamique, le Roi pouvant y ajouter ou retrancher, des personnes selon qu'elles répondent ou ne répondent plus à cette définition. Ainsi, une personne qui, à un moment donné, ne remplit plus les critères de la définition mais figureraient encore sur la liste devra dans ce cas apporter la preuve que les critères ne sont plus rencontrés et, pour la sécurité juridique, demander son exemption de la liste.

Art. 13

Comme le prévoyait précédemment l'article 4, § 4, de la loi du 24 décembre 1993, l'article 13 du projet autorise le Roi à rendre les dispositions de la loi ou certaine d'entre-elles applicables aux personnes de droit privé pour les marchés subventionnés par des pouvoirs adjudicateurs et des entreprises publiques. Le texte nouveau précise cependant qu'il doit s'agir de personnes ne répondant pas aux critères de la définition donnée à l'article 2, 1°, d. En effet, si ces critères sont rencontrés, ces personnes revêtent directement la qualité de pouvoir adjudicateur au sens de la loi.

Art. 14

Cet article reprend une disposition similaire à celle de l'article 36 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Une telle mesure était déjà inscrite à l'article 2, 3, de la première directive de coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, la directive 77/62/CEE du 21 décembre 1976, et elle a été maintenue, à titre d'acquis communautaire, dans les différentes directives qui se sont succédé depuis lors.

richtlijn 2004/18/EG. Bijgevolg is deze titel II ook van toepassing op overheidsinstellingen die «overheidsbedrijven» werden genoemd, maar blijkbaar voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van commerciële of industriële aard zijn.

De Koning dient een zo volledig mogelijke lijst op te stellen van de publiekrechtelijke instellingen en van de personen die voldoen aan de criteria van de definitie als bedoeld in artikel 2, 1°, c en d. Deze lijst is niet limitatief. Het spreekt vanzelf dat instellingen of personen die er niet in vermeld zijn, tot het toepassingsgebied van de wet behoren zodra voormelde criteria vervuld zijn.

De lijst is daarentegen wel dynamisch. De Koning kan personen toevoegen of schrappen naargelang ze aan deze definitie beantwoorden of er niet meer aan beantwoordt. Zo moet een persoon die, op een bepaald ogenblik, niet meer aan de criteria van de definitie beantwoordt maar nog vermeld is in de lijst, het bewijs leveren dat deze criteria niet meer vervuld zijn en, met het oog op de rechtszekerheid, een aanvraag tot schrapping uit de lijst indienen.

Art. 13

Zoals vroeger bepaald werd in artikel 4, § 4, van de wet van 24 december 1993, machtigt artikel 13 van het ontwerp de Koning ertoe de bepalingen van de wet of sommige ervan toepasselijk te maken op privaatrechtelijke personen die voor bepaalde opdrachten subsidies ontvangen van aanbestedende overheden of overheidsbedrijven. De nieuwe tekst verduidelijkt evenwel dat het moet gaan om personen die niet voldoen aan de criteria van de definitie vervat in artikel 2, 1°, d. Indien deze criteria vervuld zijn, bezitten deze personen immers rechtstreeks de hoedanigheid van aanbestedende overheid als bedoeld in de wet.

Art. 14

Dit artikel bevat een bepaling die vergelijkbaar is met die vervat in artikel 36 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Een dergelijke maatregel was reeds opgenomen in artikel 2, 3, van de eerste richtlijn betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, de richtlijn 77/62/EWG van 21 december 1976, en bleef als communautaire verworvenheid behouden in de diverse richtlijnen die sindsdien werden uitgevaardigd.

Ces dispositions pourraient être considérées comme superflues car les principes généraux s'appliquent sans qu'il soit besoin de le rappeler.

Art. 15

Lorsqu'un pouvoir adjudicateur recourt à une centrale d'achat ou de marchés au sens de l'article 2, 4°, du projet pour acquérir des travaux, des fournitures ou des services, le droit communautaire prévoit que ce pouvoir adjudicateur est considéré comme ayant respecté les obligations résultant des directives, toute centrale d'achat ou de marchés étant tenue de les respecter elle-même. Ces obligations de procédures étant différentes dans les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, les centrales doivent les mettre en œuvre en tenant compte des domaines d'activités des pouvoirs adjudicateurs qui y recourent et des règles qui s'y appliquent.

Deze bepalingen kunnen als overbodig worden beschouwd, aangezien de algemene beginselen van toepassing zijn zonder dat het nodig is hieraan te herinneren.

Art. 15

Wanneer een aanbestedende overheid een beroep doet op een aankoop- of opdrachtencentrale als bedoeld in artikel 2, 4°, van het ontwerp, met het oog op het verwerven van werken, leveringen of diensten, bepaalt het Gemeenschapsrecht dat deze aanbestedende overheid geacht wordt aan de verplichtingen te hebben voldaan die voortvloeien uit de richtlijnen. De aankoop- of opdrachtencentrales moeten die immers zelf naleven. Aangezien deze procedurele verplichtingen verschillend zijn in de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG, moeten de centrales bij de uitvoering ervan rekening houden met de activiteitsdomeinen van de aanbestedende overheden die er gebruik van maken en de regels die erop van toepassing zijn.

CHAPITRE III

Champ d'application quant aux marchés.

Art. 16

Cet article introduit le champ d'application du chapitre III du titre II, quant aux marchés visés. Pour la clarté, les termes «marchés publics» couvrent non seulement les marchés publics au sens strict mais également les contrats et accords définis à l'article 3, 1° à 4°, 10° à 12° et 15°, passés par un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 12.

Art. 17

Le § 1^{er} correspond au § 1^{er} de l'article 3 de la loi du 24 décembre 1993. Il énumère les cas dans lesquels des marchés publics ne sont pas soumis à l'application de la loi. Il s'agit de marchés soumis à des règles procédurales différentes au niveau international.

Le § 2 reprend une disposition qui se trouvait, pour l'essentiel, dans l'article 3, § 2, de la loi du 24 décembre 1993. Il élargit au bénéfice des associations de pouvoirs adjudicateurs le champ d'application de l'exemption limitée dans le cadre de la loi du 24 décembre 1993

HOOFDSTUK III

Toepassingsgebied wat de opdrachten betreft.

Art. 16

Dit artikel omvat het toepassingsgebied van hoofdstuk III van titel II, wat de bedoelde opdrachten betreft. Het verduidelijkt dat de term «overheidsopdrachten» niet enkel betrekking heeft op de overheidsopdrachten *stricto sensu*, maar ook op de in artikel 3, 1° tot 4°, 10° tot 12° en 15°, omschreven opdrachten en overeenkomsten die gegund worden door een aanbestedende overheid als bedoeld in artikel 12.

Art. 17

Paragraaf 1 stemt overeen met § 1 van artikel 3 van de wet van 24 december 1993. Hij vermeldt de gevallen waarin overheidsopdrachten niet onderworpen zijn aan de wet. Het gaat om opdrachten waarvoor andere procedure-voorschriften gelden op internationaal niveau.

Paragraaf 2 bevat een bepaling die grotendeels opgenomen was in artikel 3, § 2, van de wet van 24 december 1993. Het verruimt het toepassingsgebied van de vrijstelling, die in het kader van de wet van 24 december 1993 enkel aan aanbestedende overhe-

au bénéfice d'un seul pouvoir adjudicateur, lorsque ceux-ci bénéficient d'un droit exclusif en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiques, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le Traité. C'est le cas par exemple pour les publications officielles effectuées par le Moniteur belge ou pour les coopérations intercommunales s'accompagnant du transfert complet d'une compétence par les communes qui y participent.

Le § 3 correspond au § 4 de l'article 3 de la loi du 24 décembre 1993, tel que modifiée par l'article 241 de la loi-programme du 12 août 2000. Cette disposition a permis de promouvoir la coopération internationale dans les domaines couverts par l'article 296 du Traité instituant la Communauté européenne, lequel concerne essentiellement, mais pas spécifiquement, les marchés militaires. Elle autorise le ministre fédéral compétent à adhérer à un programme de coopération internationale en respectant les modalités de contrôle déterminées par le Roi.

Cette disposition donne au ministre fédéral concerné une base légale lui permettant de déléguer à une autorité qu'il mandate, ses compétences en matière de passation et d'exécution des marchés visés.

Elle offre également une solution pour des besoins ne présentant pas l'importance des grands programmes d'équipement mais pour lesquels des marchés de fournitures ou de services relevant du domaine d'exclusion de l'article 296 du Traité doivent être confiés à un autre État ou à un organisme d'approvisionnement ou de réparation.

L'article 17, § 3, exclut de l'application de la loi les marchés de fournitures et de services auxquels s'applique l'article 296 du Traité, à passer dans le cadre d'une coopération internationale réunissant majoritairement des États membres de l'Union européenne ou de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord.

Art. 18

Lorsque les marchés auxquels s'applique l'article 296 du Traité ne sont pas passés dans le cadre d'une coopération internationale visée à l'article 17, § 3, ils sont soumis à l'application de la législation nationale, tout en n'étant pas soumis au Traité ni à la directive 2004/18/

den werd toegekend, ten gunste van de verenigingen van aanbestedende overheden, wanneer ze een alleenrecht genieten op grond van bekend-gemaakte wettelijke, reglementaire of administratieve bepalingen die verenigbaar zijn met het Verdrag. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de officiële publicaties uitgegeven door het *Belgisch Staatsblad* of voor een intergemeentelijke samenwerking die gepaard gaat met de volledige overdracht van een bevoegdheid door de betrokken gemeenten.

Paragraaf 3 stemt overeen met paragraaf 4 van artikel 3 van de wet van 24 december 1993, zoals gewijzigd bij artikel 241 van de programmawet van 12 augustus 2000. Op basis van deze bepaling kon de internationale samenwerking worden bevorderd op de gebieden waarop artikel 296 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap van toepassing is. Dit artikel heeft hoofdzakelijk, maar niet specifiek betrekking op de militaire opdrachten. Zij machtigt de bevoegde federale minister ertoe zich aan te sluiten bij een internationaal samenwerkingsprogramma overeenkomstig de door de Koning bepaalde controlemodaliteiten.

Deze bepaling verleent de betrokken federale minister een wettelijke basis voor de overdracht van diens bevoegdheden inzake de gunning en uitvoering van de beoogde opdrachten aan een overheid die hij daarvoor mandateert.

Zij biedt eveneens een oplossing voor behoeften die niet de omvang bereiken van grote uitrustingsprogramma's, maar waarvoor de opdrachten voor leveringen of diensten die tot de uitsluitingsgevallen van artikel 296 van het Verdrag behoren, toevertrouwd moeten worden aan een ander land of aan een bevoorradingsof herstellingsdienst.

Artikel 17, § 3, bepaalt dat de wet niet van toepassing is op opdrachten voor leveringen en diensten die gegund worden overeenkomstig artikel 296 van het Verdrag in het kader van een internationale samenwerking, waarbij voor het merendeel lidstaten van de Europese Unie of van de Noord-Atlantische Verdragsorganisatie betrokken zijn.

Art. 18

Wanneer opdrachten waarop artikel 296 van het Verdrag van toepassing is niet gegund worden in het kader van een internationale samenwerking als bedoeld in artikel 17, § 3 geldt de nationale wetgeving en niet het Verdrag noch de richtlijn 2004/18/EG. Gezien de inter-

CE. Le contexte international et national dans lequel sont passés ces marchés, le caractère spécifique du matériel à entretenir ou à renouveler (technicité, interopérabilité, standardisation, monopole, ...) imposent que des règles spécifiques de passation et d'exécution puissent être déterminés par le Roi. Ceci s'est concrétisé dans l'arrêté royal du 6 février 1997, lequel concernait essentiellement la phase procédurale. Des dispositions spécifiques ont en effet été déterminées afin de permettre la prise en compte de façon transparente des clauses de compensations industrielles.

CHAPITRE IV

Procédure de passation

Section première

Publicité

Art. 19

Cet article introduit le chapitre IV du titre II qui s'étend de l'article 19 jusqu'à l'article 44, couvrant ainsi les différentes étapes de la procédure de passation d'un marché public; il en formule les règles, les obligations et les modalités. L'article 19 précise que les marchés publics sont soumis à une publicité appropriée selon les modalités déterminées par le Roi, sauf exception prévue par la loi. Cette exception vise les marchés passés par procédure négociée sans publicité, dans les cas limitativement prévus par ladite loi. Pour tous les autres modes de passation, une publicité préalable est obligatoire, que les marchés atteignent ou non les seuils européens. Dans l'arrêt Telaustria C/324/98 du 7 décembre 2000, la Cour de Justice des Communautés européennes a d'ailleurs rappelé que même pour les marchés ne tombant pas dans le champ d'application d'une directive, doivent être respectées les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier, ce principe impliquant, notamment, une obligation de transparence permettant au pouvoir adjudicateur de démontrer que ledit principe est respecté. Cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures. Cette publicité peut avoir lieu selon différentes modalités en fonction de la nature et de l'impor-

nationale en nationale context waarin deze opdrachten worden gegund, het specifieke karakter van het te onderhouden of te vernieuwen materieel (technische kenmerken, interoperabiliteit, standaardisering, monopolie,...), dient de Koning specifieke gunnings- en uitvoeringsregels te kunnen bepalen. Het koninklijk besluit van 6 februari 1997 dat hoofdzakelijk betrekking had op het stadium van de gunningsprocedure, heeft deze zienswijze ingevoerd in de vroegere reglementering. Er werden immers specifieke bepalingen uitgewerkt teneinde op transparante wijze rekening te kunnen houden met clausules inzake industriële compensaties.

HOOFDSTUK IV

Gunningsprocedure

Afdeling I

Bekendmaking

Art. 19

Dit artikel luidt hoofdstuk IV van titel II in dat de artikels 19 tot 44 omvat en de diverse stappen van de gunningsprocedure van een overheidsopdracht regelt. Artikel 19 verduidelijkt dat de overheidsopdrachten onderworpen zijn aan een passende bekendmaking overeenkomstig de door de Koning vastgelegde modaliteiten, behoudens uitzondering bepaald in de wet. Deze uitzondering heeft betrekking op de opdrachten gegund bij onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking in de door deze wet beperkend opgesomde gevallen. Voor alle andere gunningswijzen is een voorafgaande bekendmaking vereist, ongeacht of de opdrachten al dan niet de Europese drempels bereiken. In het arrest Telaustria C/324/98 van 7 december 2000, heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen er overigens aan herinnerd dat zelfs voor de opdrachten die niet tot het toepassingsgebied van een richtlijn behoren, *de fundamentele regels van het Verdrag in het algemeen en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in het bijzonder* in acht moeten worden genomen. *Dit verbod impliceert met name een verplichting tot transparantie, zodat de aanbestedende overheid kan aantonen dat het vermelde principe wordt nageleefd. Deze verplichting tot transparantie in hoofde van de aanbestedende overheid houdt in dat elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de opdrachten voor mededeling worden opengesteld en de procedures op*

tance du marché et donc pas nécessairement via le Bulletin des Adjudications.

Dans cet ordre d'idées, il n'a pas été jugé opportun, comme le demandait le Conseil d'État, de citer dans le projet de loi les différentes formes possibles de publicité applicables aux marchés atteignant les seuils européens. Celles-ci seront précisées dans les arrêtés d'exécution.

Lalinéa 2 précise que la publication au Bulletin des Adjudications est gratuite pour autant que les données soient introduites par des moyens de saisie électronique en ligne ou par des transferts de données entre systèmes permettant une publication automatisée et structurée.

La publication des avis envoyés par lettre, télécopie ou e-mail continuera à être facturée.

Section II

Droit d'accès et sélection qualitative

Art. 20

La loi du 24 décembre 1993 ne traitait pas de façon explicite du droit d'accès et de la phase de sélection qualitative des candidats et soumissionnaires. Il s'agissait d'une phase s'inscrivant dans les modes de passation tels qu'organisés par le Roi dans les arrêtés d'exécution. Il a paru souhaitable de traiter de ces thèmes dans le cadre de la nouvelle loi, d'autant que les articles 21 et 22 abordent des questions qui y sont liées et qui portent respectivement sur le droit d'accès des entreprises de pays tiers et sur les marchés qui peuvent être réservés.

En vertu de l'article 20, il appartient au Roi de déterminer les règles, d'une part, en matière de droit d'accès, et d'autre part, en matière de sélection qualitative. Le droit d'accès couvre les situations dans lesquelles un candidat ou un soumissionnaire peut être exclu de la participation à une procédure, cas identiques à ceux existant dans la réglementation antérieure. Dans quatre nouvelles hypothèses énumérées dans la directive 2004/18/CE il y a une obligation d'exclusion sauf exigences impératives d'intérêt général.

onpartijdigheid kunnen worden getoetst. Deze bekendmaking kan gebeuren volgens verschillende modaliteiten in functie van de aard en de belangrijkheid van de opdracht en dus niet noodzakelijk via het Bulletin der Aanbestedingen.

Gelet op het bovenstaande is het niet wenselijk geacht om, zoals de Raad van State heeft gevraagd, in het wetsontwerp de verschillende mogelijke vormen van bekendmaking te vermelden die van toepassing zijn op de opdrachten die de Europese drempels bereiken. Deze zullen in de uitvoeringsbesluiten worden opgenomen.

Het tweede lid bepaalt dat de bekendmaking in het Bulletin der Aanbestedingen kosteloos gebeurt voor zover de gegevens online worden ingevoerd via elektronische gegevensopvang op het internet of door gegevensoverdracht tussen systemen die een automatische en gestructureerde bekendmaking mogelijk maken.

De bekendmaking van aankondigingen overgemaakt per brief, telefax of e-mail blijft betalend.

Afdeling II

Toegangsrecht en kwalitatieve selectie

Art. 20

Het toegangsrecht en de fase van de kwalitatieve selectie van de kandidaten en inschrijvers werden niet uitdrukkelijk behandeld in de wet van 24 december 1993. Het ging om een fase die betrekking had op de gunningswijzen zoals die door de Koning in de uitvoeringsbesluiten werden geregeld. Het leek wenselijk deze thema's toe te lichten in het kader van de nieuwe wet, temeer daar de artikelen 21 en 22 ingaan op sommige eraan verbonden kwesties, met name respectievelijk het toegangsrecht van ondernemingen uit derde landen en de opdrachten die kunnen worden gereserveerd.

Krachtens artikel 20 dient de Koning zowel de voor-schriften inzake het toegangsrecht als die inzake de kwalitatieve selectie te bepalen. Het toegangsrecht heeft betrekking op de toestanden waarbij een kandidaat of inschrijver de toegang tot een procedure wordt ontzegd. Deze gevallen stemmen overeen met die opgenomen in de vroegere reglementering. In vier nieuwe hypotheses vermeld in de richtlijn 2004/18/EG is er een verplichte uitsluiting behalve om dwingende redenen van algemeen belang.

Ces hypothèses concernent toute condamnation prononcée par une décision judiciaire ayant force de chose jugée dont le pouvoir adjudicateur a connaissance pour:

1° participation à une organisation criminelle telle que définie à l'article 2, § 1^{er}, de l'action commune 98/773/JAI du Conseil;

2° corruption, telle que définie à l'article 3 de l'acte du Conseil du 26 mai 1997 et à l'article 3, § 1^{er}, de l'action commune 98/742/JAI du Conseil;

3° fraude au sens de l'article 1^{er} de la convention relative à la protection des intérêts financiers des communautés européennes;

4° blanchiment de capitaux tel que défini à l'article 1^{er} de la directive 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux.

Le considérant 43 de la directive 2004/18/CE prévoit qu'il convient d'éviter l'attribution de marchés publics à des opérateurs économiques qui ont participé à une organisation criminelle ou qui se sont rendus coupables de corruption ou de fraude au détriment des intérêts financiers des Communautés européennes ou de blanchiment de capitaux. Les pouvoirs adjudicateurs devraient demander, le cas échéant, aux candidats/soumissionnaires les documents appropriés et pourraient, lorsqu'ils ont des doutes sur la situation personnelle de ces candidats/soumissionnaires, demander la coopération des autorités compétentes de l'État membre concerné. L'exclusion de tels opérateurs économiques devrait intervenir lorsque le pouvoir adjudicateur a connaissance d'un jugement concernant de pareils délits rendu conformément au droit national et ayant un caractère définitif.

L'obligation d'exclusion s'applique sauf exigences impératives d'intérêt général. Il se pourrait en effet que dans certaines situations, par exemple celle d'un monopole, il faille malgré tout contracter avec une entreprise en défaut et ce pour éviter un dommage encore plus grand qui résulterait notamment d'une pénurie de pièces destinées à assurer la sécurité d'installations existantes.

Deze hypotheses hebben betrekking op elke veroordeling bij een rechterlijke beslissing die in kracht van gewijsde is gegaan en waarvan de aanbestedende overheid kennis heeft. Deze veroordeling moet zijn uitgesproken wegens:

1° deelname aan een criminale organisatie als bedoeld in artikel 2, § 1, van het Gemeenschappelijke Optreden 98/773/JBZ van de Raad;

2° omkoping als bedoeld in artikel 3 van het besluit van de Raad van 26 mei 1997, respectievelijk artikel 3, § 1, van het Gemeenschappelijk Optreden 98/742/JBZ van de Raad;

3° fraude als bedoeld in artikel 1 van de overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap;

4° witwassen van geld als bedoeld in artikel 1 van richtlijn 91/308/EEG van de Raad van 10 juni 1991 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld.

De overweging 43 van de richtlijn 2004/18/EG stelt dat men moet voorkomen dat overheidsopdrachten worden gegund aan ondernemers die hebben deelgenomen aan een criminale organisatie of die zich schuldig hebben gemaakt aan omkoping of fraude ten nadele van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, of aan het witwassen van geld. De aanbestedende overheden verzoeken in voorkomend geval de gegadigden/inschrijvers om passende documenten en kunnen, in geval van twijfel over de persoonlijke situatie van de gegadigden/inschrijvers, de bevoegde overheden van de betrokken lidstaat om medewerking verzoeken. Zulke ondernemers moeten worden uitgesloten zodra de aanbestedende overheid kennis heeft van een overeenkomstig het nationale recht uitgesproken en in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing met betrekking tot dergelijke strafbare feiten.

De verplichte uitsluiting is van toepassing, behalve indien sprake is van dwingende redenen van algemeen belang. Het is immers mogelijk dat de aanbestedende overheid in bepaalde situaties, zoals bij een monopolie, toch een overeenkomst moet afsluiten met een in gebreke gebleven onderneming teneinde nog grotere schade te voorkomen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij een tekort aan wisselstukken die voor de veiligheid van de bestaande installaties moeten zorgen.

Par ailleurs, le même considérant précise que le non-respect des dispositions nationales transposant les directives 2000/78/CE et 76/207/CEE en matière d'égalité de traitement des travailleurs, qui a fait l'objet d'un jugement à caractère définitif ou d'une décision ayant des effets équivalents, peut être considéré comme un délit affectant la moralité professionnelle de l'opérateur économique ou comme une faute grave.

Art. 21

Il s'agit d'une disposition nouvelle dans la loi, liée au droit d'accès des entreprises originaires de pays tiers. Le processus d'intégration européenne a abouti à une ouverture des marchés dans le champ couvert par le Traité et les directives européennes de coordination des procédures de passation. Des accords internationaux ont par ailleurs été conclus par la Commission européenne avec des États non membres de l'Union européenne, comme par exemple l'Accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'OMC et l'Accord sur l'Espace économique européen. Il importe donc de déterminer les dispositions générales de l'accès des entrepreneurs, des fournisseurs et des prestataires de services de tels pays tiers aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services. Cet accès s'effectue dans les limites des dispositions et conditions de l'acte international les concernant.

Tout comme dans les directives européennes, des seuils d'application, exprimés en montant estimé hors TVA, sont prévus. En dessous de ces seuils, les entreprises des pays tiers ne peuvent pas de droit à participer aux procédures en Belgique. Il en va de même, quel que soit le montant du marché, pour les entreprises originaires de pays tiers n'ayant pas conclu d'accord international liant notre pays. Il n'est permis à ces entreprises de participer à une procédure que sur décision expresse du pouvoir adjudicateur mentionnée dans l'avis de marché ou, en l'absence d'avis, dans le cahier spécial des charges. Une telle décision pourrait par exemple être justifiée par l'absence d'une concurrence suffisante au niveau européen et des pays tiers avec lesquels un accord international a été conclu, ou en cas d'application de l'article 26, § 1^{er}, 1°, f), de la loi.

Bovendien bepaalt dezelfde overweging dat de niet-naleving van nationale bepalingen tot uitvoering van richtlijnen 2000/78/EG en 76/207/EEG betreffende de gelijke behandeling van werknemers, ten aanzien waarvan een onherroepelijk vonnis of een beslissing met vergelijkbare werking is uitgesproken, kan worden beschouwd als een delict dat in strijd is met de beroeps gedragsregels van de ondernemer of als een ernstige fout.

Art. 21

Het gaat om een nieuwe bepaling in de wet die betrekking heeft op het toegangsrecht van ondernemingen uit derde landen. Het Europese integratieproces leidde tot de openstelling van de opdrachten voor mededinging in het raam van het Verdrag en van de Europese richtlijnen betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten. Bovendien werden internationale overeenkomsten afgesloten door de Europese Commissie met Staten die geen lid zijn van de Europese Unie, zoals de Overeenkomst inzake Overheidsopdrachten die werd afgesloten in het kader van de WHO en de Overeenkomst inzake de Europese Economische Ruimte. Het is dan ook van belang de algemene bepalingen vast te leggen inzake de toegang van de aannemers, leveranciers en dienstverleners uit deze derde landen tot de overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. Deze toegang is toegestaan binnen de perken van de bepalingen en voorwaarden van de internationale akte die op hen betrekking heeft.

Net zoals in de Europese richtlijnen, werden toepassingsdrempels bepaald, uitgedrukt in een geraamd bedrag exclusief BTW. Beneden deze drempels, mogen de ondernemingen uit derde landen niet deelnemen aan procedures die in België worden uitgeschreven. Hetzelfde geldt ook, ongeacht het bedrag van de opdracht, voor de ondernemingen uit derde landen die geen internationale overeenkomst hebben afgesloten die bindend is voor ons land. Deze ondernemingen kunnen slechts tot een procedure worden toegelaten wanneer de aanbestedende overheid hiertoe een uitdrukkelijke beslissing heeft genomen, dewelke is vermeld in de aankondiging van opdracht of, bij ontstentenis van een aankondiging, in het bestek. Een dergelijke beslissing zou bijvoorbeeld gerechtvaardigd kunnen zijn door een gebrek aan voldoende mededinging op Europees niveau of op het niveau van de derde landen waarmee een internationaal akkoord is gesloten, of in het toepassingsgeval van artikel 26, § 1, 1°, f), van de wet.

Le texte de l'article 21 du projet a tenu compte de l'avis du Conseil d'État.

Art. 22

L'article 22 prévoit, en son § 1^{er}, qu'un pouvoir adjudicateur peut réserver la participation à des procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés. Par ateliers protégés, on entend les entreprises agréées dans le cadre de l'arrêté du gouvernement flamand du 17 décembre 1999 fixant les conditions d'agrément des ateliers protégés, du décret de la Communauté flamande du 14 juillet 1998 relatif aux ateliers sociaux, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 7 novembre 2002 relatif aux conditions auxquelles les entreprises de travail adapté sont agréées et subventionnées, le décret du 4 mars 1999 de la Commission communautaire française relatif à l'intégration sociale et professionnelle des personnes handicapées, et les entreprises de travail adapté de la Communauté germanophone agréées dans le cadre de la loi du 16 avril 1963 relative au reclassement social des handicapés. Il peut aussi réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés. Il s'agit d'un régime préférentiel contribuant à l'insertion ou à la réinsertion des personnes handicapées dans le marché du travail.

Les marchés à passer dans ce cadre doivent toutefois respecter les règles et principes généraux du Traité. Ils ne peuvent donc pas conduire à une discrimination directe ou indirecte à l'égard des candidats ou soumissionnaires des autres États membres remplissant les mêmes conditions. Une réservation de marchés au profit des seuls ateliers protégés nationaux serait contraire au Traité. L'égalité de traitement et la transparence doivent également être respectées dans la procédure. Ces ateliers doivent par ailleurs répondre aux exigences en matière d'accès et de sélection qualitative définies par le pouvoir adjudicateur.

Le § 2 permet, dans les mêmes conditions que celles déterminées au § 1^{er}, de réserver la participation à une procédure de passation à des entreprises d'économie sociale d'insertion au sens de l'article 59 de la loi du 26 mars 1999 ou à des entreprises remplissant des conditions équivalentes dans l'État d'origine du candidat ou du soumissionnaire. Toutefois, cette réservation n'est applicable qu'aux marchés sous les seuils européens.

Voor de tekst van artikel 21 van het ontwerp is rekening gehouden met het advies van de Raad van State.

Art. 22

Paragraaf 1 van artikel 22 bepaalt dat een aanbestedende overheid de deelname aan gunningsprocedures van overheidsopdrachten voor sociale werkplaatsen kan reserveren. Met sociale werkplaatsen worden bedoeld de ondernemingen erkend in het kader van het besluit van de Vlaamse Regering van 17 december 1999 tot vaststelling van de erkenningsvoorwaarden van de beschutte werkplaatsen, het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 14 juli 1998 inzake sociale werkplaatsen, Besluit van de Waalse Regering van 7 november 2002 betreffende de voorwaarden van erkenning en subsidiëring van de bedrijven voor aangepast werk, het decreet van 4 maart 1999 de Franse Gemeenschapscommissie van 4 maart 1999 betreffende de sociale integratie van de gehandicapten en hun inschakeling in het arbeidsproces en de beschutte werkplaatsen van de Duitstalige Gemeenschap erkend in het kader van de wet van 16 april 1963 betreffende de sociale reclassering van de mindervaliden. Ze kan ook de uitvoering ervan reserveren in het kader van programma's voor beschermd arbeid. Het gaat om een voorkeurstelsel dat bijdraagt tot de inschakeling of herinschakeling van mindervaliden in het arbeidsproces.

De in dit kader gegunde opdrachten moeten evenwel voldoen aan de algemene voorschriften en beginselen van het Verdrag. Ze mogen dus niet rechtstreeks of onrechtstreeks discriminerend zijn ten aanzien van de kandidaten of inschrijvers uit andere lidstaten die dezelfde voorwaarden vervullen. Het uitsluitend reserveren van opdrachten voor nationale beschutte werkplaatsen zou strijdig zijn met het Verdrag. De gelijke behandeling en de transparantie moeten eveneens worden nageleefd in het kader van de procedure. Deze werkplaatsen moeten bovendien voldoen aan de voorschriften inzake toegang en kwalitatieve selectie zoals bepaald door de aanbestedende overheid.

Paragraaf 2 bepaalt dat de aanbestedende overheid, onder dezelfde voorwaarden als die bedoeld in § 1, de deelname aan gunningsprocedures kan reserveren voor sociale inschakelingsondernemingen als bedoeld in artikel 59 van de wet van 26 maart 1999 of voor ondernemingen die aan gelijkaardige voorwaarden voldoen in het land van oorsprong van de kandidaat of inschrijver. Deze reservatie is evenwel slechts van toepassing op de opdrachten die onder de Europese drempels liggen.

<p>Section III</p> <p><i>Modes de passation</i></p> <p><i>Sous-section première</i></p> <p><i>Adjudication et appel d'offres</i></p>	<p>Afdeling III</p> <p><i>Gunningswijzen</i></p> <p><i>Onderafdeling I</i></p> <p><i>Aanbesteding en offerteaanvraag</i></p>
<p>Art. 23</p>	<p>Art. 23</p>

Cette disposition reprend pour partie l'article 13 de la loi du 24 décembre 1993. Elle prévoit le principe du libre choix entre les procédures ouvertes et restreintes. Elles sont, dans le régime du titre II, les procédures ordinaires. Par contre, la procédure négociée avec ou sans publicité constitue une procédure d'exception dont il est question à l'article 26.

Il faut souligner que par rapport à l'article 13 de la loi du 24 décembre 1993, la disposition ne prévoit plus que le Roi peut déterminer les conditions éventuelles auxquelles le choix du mode de passation est subordonné. Cette exception tendait, au moment de la rédaction du projet de loi précédent, à tenir compte d'une disposition de la directive 77/62/CEE, telle que modifiée par la directive 88/295/CEE, qui érigéait à l'époque la procédure ouverte en règle générale pour les marchés de fournitures. Cette approche n'ayant plus été retenue dans les directives européennes, cette disposition n'a plus de raison d'être.

Le projet de loi modifie la terminologie utilisée jusqu'à présent pour désigner ces procédures ouvertes. Désormais, l'adjudication publique et l'appel d'offres général sont remplacés par les termes d'adjudication ouverte et d'appel d'offres ouvert. Aucune modification de terminologie n'est apportée pour l'adjudication restreinte ni pour l'appel d'offres restreint.

Art. 24

Cet article reprend l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993, tel que déjà complété par une référence à la Convention civile sur la corruption, faite à Strasbourg le 4 novembre 1999, et ce par l'article 396 de la loi du 22 décembre 2003. Lorsque le préjudice subi par le soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la plus basse résulte d'un acte de corruption, l'indemnisation forfaitaire de dix pour cent devra éventuellement être complétée d'une indemnité en vue de la réparation intégrale du préjudice, si celui-ci excède ces dix pour

Deze bepaling bevat gedeeltelijk de tekst van artikel 13 van de wet van 24 december 1993. Ze verwijst naar het beginsel van de vrije keuze tussen open en beperkte procedures. In het stelsel van titel II zijn dit immers de standaardprocedures. De onderhandelingsprocedure met of zonder bekendmaking vormt daarentegen een uitzonderingsprocedure die aan bod komt in artikel 26.

Hierbij moet worden benadrukt dat dit artikel, in vergelijking met artikel 13 van de wet van 24 december 1993, niet meer bepaalt dat de Koning de eventuele voorwaarden kan bepalen waaraan de keuze van de gunningswijze moet voldoen. Op het ogenblik dat het vorige wetsontwerp werd uitgewerkt, had deze uitzondering tot doel rekening te houden met een bepaling van richtlijn 77/62/EEG, zoals gewijzigd bij richtlijn 88/295/EEG, die de open procedures toen invoerde als algemene regel voor de opdrachten voor leveringen. Aangezien deze benadering niet meer behouden is in de Europese richtlijnen, heeft deze bepaling geen enkele zin meer.

Het wetsontwerp wijzigt de tot op heden gebruikte terminologie voor deze open procedures. Voortaan worden de termen «openbare aanbesteding» en «algemene offerteaanvraag» vervangen door de termen «open aanbesteding» en «open offerteaanvraag». Wat de beperkte aanbestedingen en beperkte offerteaanvragen betreft, wordt de terminologie daarentegen niet gewijzigd.

Art. 24

Dit artikel bevat de ongewijzigde tekst van artikel 15 van de wet van 24 december 1993, zoals reeds aangevuld met een verwijzing naar het Burgerlijk Verdrag inzake corruptie, opgemaakt te Straatsburg op 4 november 1999. Dit gebeurde door artikel 396 van de wet van 22 december 2003. Indien de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend, een nadeel heeft geleden dat voortvloeit uit een daad van corruptie, moet de forfaitaire schadevergoeding van tien percent evenueel worden aangevuld met een schadeloosstelling met

cent Dans ce cas, le soumissionnaire est tenu d'apporter la preuve du préjudice qu'il a réellement subi.

Art. 25

Cet article reprend une partie de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 traitant de l'attribution du marché par appel d'offres. Dans le cadre de cette procédure, l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur doit être déterminée en tenant compte des critères d'attribution liés obligatoirement à l'objet du marché et mentionnés dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges.

Selon le considérant 1^{er} de la directive, la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes relative aux critères d'attribution précise les possibilités dont disposent les pouvoirs adjudicateurs pour répondre aux besoins de la collectivité, entre autres dans les domaines environnemental et/ou social, pour autant que ces critères soient liés à l'objet du marché, ne confèrent pas une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur, soient expressément mentionnés et respectent les principes fondamentaux visés au considérant 2 de la directive.

Le considérant 46 de la directive ajoute que lorsque les pouvoirs adjudicateurs choisissent d'attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, ils évaluent les offres afin de déterminer celle qui présente le meilleur rapport qualité/prix. Pour ce faire, ils déterminent les critères économiques et qualitatifs qui, dans leur ensemble, doivent permettre de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse pour le pouvoir adjudicateur. La détermination de ces critères est fonction de l'objet du marché dans la mesure où ceux-ci doivent permettre d'évaluer le niveau de performance présenté par chaque offre par rapport à l'objet du marché, tel que défini dans les spécifications techniques, ainsi que de mesurer le rapport qualité/prix de chaque offre.

Afin de garantir l'égalité de traitement, les critères d'attribution doivent être indiqué dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges. Ces critères doivent être liés à l'objet du marché et permettre une comparaison effective des offres sur la base d'un jugement de valeur. Si ces conditions sont remplies, des critères d'attribution économiques et qualitatifs, comme ceux ayant trait à la satisfaction d'exigences environnementales, peuvent permettre au pouvoir adjudicateur de ré-

mettre l'oeil sur le volledige herstel van het geleden nadeel. Dit is het geval wanneer het hoger is dan tien percent. De inschrijver dient dan het bewijs te leveren van het werkelijk geleden nadeel.

Art. 25

Dit artikel bevat gedeeltelijk de tekst van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 omtrent de gunning van opdrachten bij offerteaanvraag. In het kader van deze procedure moet de economisch voordeligste offerte vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid worden bepaald, rekening houdend met de gunningscriteria die verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht en vermeld zijn in de aankondiging van opdracht of in het bestek.

Volgens de eerste overweging van de richtlijn maakt de jurisprudentie van het Hof van Justitie betreffende de gunningscriteria duidelijk welke mogelijkheden de aanbestedende overheden hebben om aan de collectieve behoeften te voldoen, o.a. op ecologisch en sociaal gebied, op voorwaarde dat dergelijke criteria verband houden met het voorwerp van de opdracht, de aanbestedende overheid geen onbeperkte keuzevrijheid biedt, uitdrukkelijk zijn vermeld en in overeenstemming zijn met de in overweging 2 van de richtlijn genoemde grondbeginselen.

Overweging 46 voegt hieraan toe dat wanneer de aanbestedende overheden besluiten om de opdracht te gunnen aan de economisch voordeligste offerte, zij na gaan welke offerte de beste prijskwaliteitverhouding biedt. Daartoe stellen zij economische en kwalitatieve criteria vast, die het over het geheel genomen mogelijk maken om de voor de aanbestedende overheid economisch voordeligste offerte te bepalen. De vaststelling van deze criteria gebeurt in functie van het voorwerp van de opdracht, in die zin dat de criteria het mogelijk moeten maken het prestatieniveau van iedere offerte in verhouding tot het in de technische specificaties omschreven voorwerp van de opdracht te beoordelen, en de prijskwaliteitverhouding van iedere offerte te bepalen.

Met het oog op het waarborgen van een gelijke behandeling moeten de gunningscriteria vermeld zijn in de aankondiging van opdracht of in het bestek. Deze criteria moeten verband houden met het voorwerp van de opdracht en een effectieve vergelijking van de offertes mogelijk maken op basis van een waardeoordeel. Indien deze voorwaarden zijn vervuld, bieden economische en kwalitatieve gunningscriteria, bijvoorbeeld criteria betreffende de vervulling van milieueisen, de aan-

pondre aux besoins de la collectivité, tels qu'exprimés dans les spécifications du marché. C'est dans ces mêmes conditions qu'un pouvoir adjudicateur peut utiliser des critères visant à la satisfaction des considérations d'ordre social répondant notamment aux besoins – définis dans les spécifications du marché – propres à des catégories de population particulièrement défavorisées auxquelles appartiennent les groupes-cibles des travaux, fournitures, services faisant l'objet du marché.

Pour les marchés atteignant les seuils européens, la pondération des critères d'attribution sera désormais la règle et le classement de ceux-ci en ordre décroissant d'importance sera l'exception, lorsqu'une telle pondération ne sera pas possible pour des raisons démontrables.

La pondération de chaque critère peut être exprimée en prévoyant une fourchette dont l'écart maximal doit être approprié. La pondération consiste à préciser la valeur relative des critères exprimée en points, en pour cents ou en d'autres valeurs. En utilisant le système des points par exemple, la répartition des points peut être comme suit: prix (45 points), valeur technique (35 points), service après-vente (20 points). Appliquée à cet exemple, la fourchette pourrait aboutir aux valeurs suivantes: prix (de 42 à 48 points), valeur technique (de 32 à 38 points), service après-vente (de 18 à 22 points). Un exemple d'une pondération sur base d'autres valeurs est: extrêmement grand, très grand, grand, moyen, petit, très petit, extrêmement petit. La fourchette peut concerner tous les critères ou certains d'entre eux.

Cet assouplissement a été prévu afin d'éviter que la pondération ne conduise à une trop grande rigidité dans la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse pour le pouvoir adjudicateur, notamment lorsque les spécifications du marché sont relativement larges et permettent aux soumissionnaires de proposer des solutions innovantes ou différentes pour rencontrer les besoins du pouvoir adjudicateur. Cette souplesse ne peut cependant pas remettre en cause les objectifs de transparence et d'égalité de traitement recherchés par la pondération. Le texte précise que l'écart maximal doit être approprié. Il s'agit d'une condition à apprécier cas par cas. L'écart maximal doit être justifiable en fonction du marché considéré, il ne peut avoir pour conséquence d'inverser l'ordre des critères ainsi pondérés, ni donner une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur.

bestedende overheden de mogelijkheid om tegemoet te komen aan de in de specificaties voor de opdracht vermelde collectieve behoeften. Onder dezelfde voorwaarden kan een aanbestedende overheid criteria gebruiken die ertoe strekken te voldoen aan sociale overwegingen, waardoor met name tegemoet wordt gekomen aan de – in de specificaties voor de opdracht vermelde – behoeften van bijzonder kansarme bevolkingsgroepen waartoe de doelgroepen van de werken, leveringen of diensten welke het voorwerp van de opdracht zijn, behoren.

Wat de opdrachten betreft die de Europese drempels bereiken, zal de weging van de gunningscriteria voortaan de regel zijn en de rangschikking ervan in daadlijke volgorde van belangrijkheid de uitzondering, indien een dergelijke weging om aantoonbare redenen niet mogelijk is.

De weging van elk criterium kan worden uitgedrukt binnen een vork met een passend verschil tussen minimum en maximum. De weging heeft tot doel de relatieve waarde van de criteria te bepalen via punten, percentages of andere waarden. In het puntensysteem kan de puntenverdeling er bijvoorbeeld als volgt uitzien: prijs (45 punten), technische waarde (35 punten), klantenservice (20 punten). In dit voorbeeld kan de vork zich als volgt bewegen: prijs (van 42 tot 48 punten), technische waarde (van 32 tot 38 punten) en klantenservice (van 18 tot 22 punten). Een voorbeeld van een weging op basis van andere waarden is: uitermate groot, zeer groot, groot, middelmatig, klein, zeer klein, uitermate klein. De vork kan gelden voor alle criteria of slechts voor sommige.

Deze versoepeling werd ingebouwd om te vermijden dat de weging tot een te grote rigiditeit zou leiden bij het bepalen van de economisch voordeligste offerte voor de aanbestedende overheid, met name wanneer de specificaties van de opdracht relatief ruim opgevat zijn en de inschrijvers innovatieve of diverse oplossingen mogen voorstellen om te voorzien in de behoeften van de aanbestedende overheid. Deze versoepeling mag evenwel geen afbreuk doen aan het streven naar meer transparantie en gelijke behandeling dat door de weging wordt beoogd. De tekst verduidelijkt dat het moet gaan om een passend verschil tussen minimum en maximum. Deze voorwaarde moet geval per geval worden beoordeeld. Het verschil moet verdedigbaar zijn in functie van de betrokken opdracht, mag niet tot gevolg hebben dat de volgorde van de gewogen criteria wordt omgekeerd en mag evenmin een onbeperkte keuzevrijheid openlaten voor de aanbestedende overheid.

Lors de l'évaluation de chaque offre, il y a lieu de motiver la cotation donnée au regard de chacun des critères d'attribution.

Il convient de rappeler qu'une nette distinction doit être établie entre les critères d'attribution, qui sont destinés à apprécier la valeur intrinsèque des offres, et les exigences en matière de droit d'accès et de sélection qualitative. Ces dernières exigences doivent permettre au pouvoir adjudicateur d'apprécier la capacité des candidats ou des soumissionnaires, en vérifiant s'ils ne se trouvent pas en situation d'exclusion (faillite, non-respect des obligations sociales ou fiscales, ...) et s'ils disposent bien d'une capacité financière, économique et technique suffisante.

Ainsi, les références relatives à l'expérience de l'entreprise, aux travaux, aux fournitures ou aux services qu'elle a exécutés, aux garanties professionnelles et financières qu'elle présente, à l'outillage, au matériel et à l'équipement technique dont elle dispose, au personnel employé et à sa qualification, aux mesures mises en œuvre pour assurer la qualité des produits, ... se rapportent à la sélection qualitative. Elles ne peuvent pas être utilisées comme critères d'attribution.

Enfin, il a été jugé préférable de traiter des variantes – qu'elles soient libres, imposées ou autorisées – dans les arrêtés d'exécution, celles-ci ne constituant pas un critère d'attribution mais devant être appréciées quant à leur intérêt par rapport aux mêmes critères d'attribution que les offres de base.

Sous-section II

Procédure négociée

Art. 26

Cet article est consacré à la procédure négociée avec ou sans publicité lors du lancement de la procédure, dont traitait l'article 17 de la loi du 24 décembre 1993. Ces deux procédures ont été définies à l'article 3 du présent projet. Elles ne peuvent être utilisées que dans les cas déterminés de façon limitative au présent article 26, §§ 1^{er} et 2.

L'article 26 est réparti en trois paragraphes. Les §§ 1^{er} et 2 traitent des cas dans lesquels le recours à la procédure négociée sans ou avec publicité est admis. Le § 3 reprend les principes et modalités applicables à la procédure négociée.

Bij de beoordeling van iedere offerte moet voor elk gunningscriterium een motivering van de quotering worden gegeven.

Er moet worden herinnerd aan het duidelijk onderscheid dat moet worden gemaakt tussen de gunningscriteria, bestemd om de intrinsieke waarde van de neergelegde offertes te bepalen, en de eisen inzake toegangsrecht en kwalitatieve selectie. Deze laatste eisen moeten de aanbestedende overheid in staat stellen te beoordelen of de kandidaten of inschrijvers zich niet in een toestand van uitsluiting bevinden (faillissement, niet-naleving van de sociale of fiscale verplichtingen,...) en of ze wel degelijk over voldoende financiële, economische en technische capaciteiten beschikken.

Zo slaan de referenties met betrekking tot de ervaring van de onderneming, de werken, leveringen en diensten die zij uitgevoerd heeft, de financiële en beroeps-waarborgen die zij voorlegt, de werktuigen, het materieel en de technische uitrusting waarover zij beschikt, het tewerkgestelde personeel, de maatregelen die aangewend worden om te kwaliteit van de producten te waarborgen, ... op de kwalitatieve selectie. Ze kunnen niet gebruikt worden als gunningscriteria.

Tenslotte werd het aangewezen geacht om de varianten in de uitvoeringsbesluiten te behandelen, ongeacht of het om vrije dan wel om opgelegde of toegepaste varianten gaat. Deze varianten maken immers geen gunningscriterium uit, maar dienen juist aan de hand van dezelfde gunningscriteria te worden beoordeeld als de basisoffertes.

Onderafdeling II

Onderhandelingsprocedure

Art. 26

Dit artikel is gewijd aan de onderhandelingsprocedure met of zonder bekendmaking bij de aanvang van de procedure die behandeld werd in artikel 17 van de wet van 24 december 1993. Deze beide procedures zijn omschreven in artikel 3 van dit ontwerp. Ze mogen slechts worden gebruikt in de beperkend opgesomde gevallen in dit artikel 26, §§ 1 en 2.

Artikel 26 is ingedeeld in drie paragrafen. De §§ 1 en 2 behandelen de gevallen waarin het gebruik van een onderhandelingsprocedure met of zonder bekendmaking is toegestaan. Paragraaf 3 bevat de beginseilen en modaliteiten die van toepassing zijn op de onderhandelingsprocedure.

Le § 1^{er} détermine les cas de procédure négociée qui ne requièrent pas la publication d'un avis de marché lors du lancement de la procédure. Cependant, il convient de rappeler que cette dispense de publication ne s'applique que pour ce seul stade de procédure et qu'il faut par ailleurs tenir compte d'autres obligations de publicité imposées par la directive 2004/18/CE. Celles-ci portent sur la publication d'avis de marchés passés pour des marchés atteignant certains seuils européens qui seront précisés dans les mesures d'exécution de la loi.

Comme dans la législation précédente, une consultation de plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services doit si possible avoir lieu, exception faite des cas de procédure négociée pour lesquels une seule entreprise peut être consultée. Dans les autres cas, l'impossibilité d'opérer cette consultation devra être motivée.

Il y a lieu de considérer qu'une consultation de plusieurs concurrents est en principe possible dans les cas du § 1^{er} énumérés aux points 1°, a) à e) et 3°, a) et d), et, lorsque plusieurs lauréats ont été désignés à la suite d'un concours de projets, au point 4°. Il en va de même dans tous les cas énumérés au § 2.

Le § 1^{er} contient les différents cas en distinguant d'une part ceux qui s'appliquent à tous les marchés publics de travaux, de fournitures et de services (ceux du § 1^{er}, 1°) et d'autre part, ceux spécifiques à l'une ou l'autre catégorie de marchés. Dans l'ensemble, ces cas sont harmonisés sur ceux prévus dans la directive 2004/18/CE.

Le cas du § 1^{er}, 1°, a), correspond à la disposition équivalente de l'article 17, § 2, 1°, a, de la loi du 24 décembre 1993. Il s'agit du cas applicable aux marchés pour lesquels la dépense ne dépasse pas, hors taxe sur la valeur ajoutée, les montants fixés par le Roi.

Le cas du § 1^{er}, 1°, b), correspond à la disposition équivalente de l'article 17, § 2, 1°, b), de la loi du 24 décembre 1993. Il vise les marchés secrets ou dont l'exécution requiert des mesures particulières de sécurité, en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur ou lorsque les intérêts essentiels du pays l'exigent. Dans la directive 2004/18/CE, ces marchés constituent une exception et tombent en dehors du champ d'application mais, comme

Paragraaf 1 bepaalt de gevallen inzake onderhandelingsprocedure waar geen bekendmaking van een aankondiging van opdracht vereist is bij de aanvang van de procedure. HiHierbij mag evenwel niet uit het oog worden verloren dat deze vrijstelling inzake bekendmaking enkel van toepassing is in dit stadium van de procedure en bovendien rekening moet worden gehouden met andere verplichtingen inzake bekendmaking als bedoeld in richtlijn 2004/18/EG. Deze hebben betrekking op de bekendmaking van gegunde opdrachten voor opdrachten die bepaalde Europese drempels bereiken zoals bepaald in de uitvoeringsmaatregelen van de wet.

Net zoals in de vroegere wetgeving, moeten, indien mogelijk, diverse aannemers, leveranciers of dienstverleners worden geraadpleegd, behalve in de gevallen van de onderhandelingsprocedure waarin één enkele onderneming mag worden geraadpleegd. In de andere gevallen dient de onmogelijkheid om deze raadpleging te organiseren te worden gemotiveerd.

Hier past de bemerking dat een raadpleging van meerdere concurrenten in principe mogelijk is in de gevallen van § 1 vermeld in punt 1°, a) tot e) en 3°, a) en d), en in punt 4° als ingevolge een ontwerpenwedstrijd meerdere winnaars zijn aangeduid. Het geldt vanzelfsprekend voor alle gevallen vermeld in § 2.

Paragraaf 1 bevat een indeling van de diverse gevallen waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen enerzijds de gevallen die zowel van toepassing zijn voor de overheidsopdrachten van werken, leveringen en diensten (die van § 1, 1°) en anderzijds de gevallen betreffende een of andere specifieke opdrachtencategorie. Over het algemeen zijn deze gevallen afgestemd op die bedoeld in de richtlijn 2004/18/EG.

Het in § 1, 1°, a), bedoelde geval stemt overeen met de vergelijkbare bepaling van artikel 17, § 2, 1°, a, van de wet van 24 december 1993. Het gaat om het geval dat van toepassing is op de opdrachten waarvoor de uitgave niet hoger is dan de door de Koning vastgelegde bedragen zonder belasting over de toegevoegde waarde.

Het in § 1, 1°, b), bedoelde geval stemt overeen met de vergelijkbare bepaling van het artikel 17, § 2, 1°, b), van de wet van 24 december 1993. Het heeft betrekking op geheime opdrachten of opdrachten waarvan de uitvoering bijzondere veiligheidsmaatregelen vereist overeenkomstig de van kracht zijnde wettelijke, reglementaire of administratieve bepalingen of op grond van de fundamentele belangen van het land. In de richtlijn 2004/18/EG, vormen die opdrachten een uitzondering

sous la loi précédente, il paraît opportun de maintenir ces marchés dans le cadre de la loi. En effet, même si un marché public s'avère secret ou requiert des mesures particulières de sécurité au niveau de sa passation et de son exécution, cette circonstance n'exclut pas nécessairement la possibilité d'une mise en concurrence entre des entreprises présentant les garanties voulues.

La disposition inclut également les marchés de fournitures et de services auxquels s'applique l'article 296 du Traité instituant la Communauté européenne ainsi qu'aux marchés de services en matière de transport aérien ou maritime pour les besoins du ministère de la Défense. La concurrence est cependant la règle, même pour ces marchés. Ces dispositions ont été introduites par l'article 501 de la loi-programme du 27 décembre 2004.

Le cas du § 1^{er}, 1°, c), est celui relatif à l'urgence impérieuse résultant d'évènements imprévisibles, qui ne permet pas de respecter les délais exigés par les autres procédures. La disposition précise désormais que les circonstances invoquées ne peuvent en aucun cas être imputables au pouvoir adjudicateur, ce qui ne fait que confirmer une jurisprudence bien établie sur la question.

Le cas du § 1^{er}, 1°, d), traite de l'hypothèse dans laquelle, à la suite d'une procédure d'adjudication ou d'appel d'offres, soit aucune candidature ou offre n'a été déposée, soit aucune demande de participation ou offre appropriée ne l'a été. Dans le premier cas, aucun concurrent ne s'est manifesté. Dans le second cas, qui est nouveau, des demandes de participation ou des offres ont été présentées, mais elle se révèlent inappropriées. Cela signifie que lors de l'examen du droit d'accès et des exigences en matière de sélection qualitative, aucun candidat en procédure restreinte ou aucun soumissionnaire en procédure ouverte, n'a pu être retenu pour les aspects de son offre liés à ce droit d'accès et à ces exigences.

Lors de l'examen de l'offre, celle-ci pourra être jugée inappropriée par le pouvoir adjudicateur parce que, par exemple, le prix demandé, sans être inacceptable, excède ses capacités financières ou que les offres présentées ne répondent pas de façon adéquate aux besoins du pouvoir adjudicateur tels qu'ils sont déterminés dans le cahier spécial des charges.

en behoren die dus niet tot het toepassingsgebied. Net zoals in de vroegere wet, lijkt het wenselijk die opdrachten te behouden in het kader van de wet . Zelfs indien een overheidsopdracht geheim is of bijzondere veiligheidsmaatregelen vereist wat de gunning en uitvoering ervan betreft, betekent dit immers niet noodzakelijk dat de mogelijkheid tot mededinging tussen ondernemingen die de gewenste waarborgen bieden, uitgesloten zou zijn.

De bepaling heeft zowel betrekking op de opdrachten voor leveringen en diensten, waarop artikel 296 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap van toepassing is, als op de opdrachten voor diensten inzake lucht- en maritiem transport ten behoeve van het ministerie van Landsverdediging. De mededingingsregels zijn evenwel ook van toepassing op deze opdrachten. Deze bepalingen werden ingediend door artikel 501 van de programmawet van 27 december 2004.

Net zoals vroeger, heeft het in § 1, 1°, c), bedoelde geval betrekking op de hypothese van de dwingende spoed die voortvloeit uit onvoorzien gebeurtenissen, waarbij het niet mogelijk is de termijnen voor de overige procedures na te leven. De bepaling verduidelijkt voortaan dat de ingeroepen omstandigheden geenszins aan de aanbestedende overheid mogen te wijten zijn, wat slechts een bevestiging inhoudt van de gevestigde rechtspraak hieromtrek.

Het geval omschreven in § 1, 1°, d), behandelt de hypothese waarbij, in het kader van een aanbesteding of offerte-aanvraag, hetzij geen enkele aanvraag tot deelneming noch offerte, hetzij geen enkele geschikte kandidaat noch offerte werd ingediend. In het eerste geval, heeft geen enkele concurrent interesse getoond. In het tweede geval, dat nieuw is, werden aanvragen tot deelneming of offertes ingediend die evenwel ongeschikt blijken te zijn. In het kader van het onderzoek van het toegangsrecht en de eisen inzake kwalitatieve selectie, kan dan ook geen enkele kandidaat (bij beperkte procedure) en geen enkele inschrijver (bij open procedure, voor de aspecten van zijn offerte m.b.t. dat toegangsrecht en die eisen) in aanmerking worden genomen.

Bij het verdere onderzoek van de offerte kan de aanbestedende overheid de offerte als ongeschikt beschouwen, bijvoorbeeld omdat de gevraagde prijs, zonder onaanvaardbaar te zijn, haar financiële draagkracht overschrijdt of de ingediende offertes niet op passende wijze tegemoetkomen aan de behoeften van de aanbestedende overheid zoals bepaald in het bestek.

Le recours à cette disposition requiert cependant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées. Un rapport doit être soit communiqué à la Commission européenne à sa demande, tout au moins pour les marchés entrant dans le champ de la directive 2004/18/CE.

Le cas du § 1^{er}, point 1°, e), est similaire au point 1°, d), de l'article 17, § 2, de la loi du 24 décembre 1993. Il vise l'hypothèse dans laquelle seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été déposées en réponse à une adjudication, un appel d'offres ou un dialogue compétitif. Dans ce cas, pour autant que le pouvoir adjudicateur consulte tous les soumissionnaires répondant aux exigences en matière de sélection qualitative et ayant remis une offre formellement régulière lors de la première procédure (par exemple l'offre est signée, elle contient une réponse pour une variante obligatoire, elle est parvenue dans les formes imposées et dans le délai, ...), une procédure négociée sans publicité peut être justifiée. Si le pouvoir adjudicateur ne souhaite pas consulter tous les soumissionnaires répondant aux conditions ci-dessus, il pourra appliquer l'article 26, § 2, 1°, a, et recourir à une procédure négociée avec publicité. Une condition commune aux deux cas, c'est que les conditions du premier marché ne soient pas substantiellement modifiées. Si c'est le cas, une nouvelle procédure d'adjudication ou d'appel d'offres ou un nouveau dialogue compétitif doit être entamé.

Les alinéas 2 et 3 du point e) apportent de nouvelles précisions en ce qui concerne les personnes que le pouvoir adjudicateur peut consulter dans ce cas.

Dans le cas d'un premier marché soumis à la publicité européenne, seuls les soumissionnaires répondant aux exigences précitées peuvent, en vertu de l'alinéa 2, être consultés.

Dans le cas d'un marché n'ayant pas été soumis à la publicité européenne lors de la première procédure, l'alinéa 3 permet au pouvoir adjudicateur de consulter en outre des entreprises qu'il estime être capables de répondre aux exigences en matière de droit d'accès et de sélection qualitative et qui ne se sont pas manifestées dans le cadre de la première procédure. Cette disposition vise notamment à promouvoir le jeu de la concurrence lorsque le nombre de concurrents résultant de la première procédure est fort limité et que le pouvoir adjudicateur ne dispose pas par ailleurs du temps nécessaire pour lancer une nouvelle procédure s'accompagnant d'une publicité.

De toepassing van deze bepaling vereist evenwel dat de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk worden gewijzigd. Een verslag moet aan de Europese Commissie op diens verzoek worden overgemaakt, althans wat de opdrachten betreft die tot het toepassingsgebied behoren van de richtlijn 2004/18/EG.

Het geval omschreven in § 1, punt 1°, e), is vergelijkbaar met punt 1°, d), van artikel 17, § 2, van de wet van 24 december 1993. Het heeft betrekking op de hypothese waarbij enkel onregelmatige of onaanvaardbare offertes werden ingediend naar aanleiding van een aanbesteding, offerteaanvraag of concurrentiedialoog. In dit geval kan een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking gerechtvaardigd zijn, mits de aanbestedende overheid alle inschrijvers raadplegt die aan de eisen inzake kwalitatieve selectie beantwoorden en een formeel regelmatige offerte (bv. de offerte is onder tekend, ze bevat een voorstel betreffende een verplichte variante, ze voldoet aan de vormvereisten en is tijdig ingediend, ...) hebben ingediend bij de eerste procedure. Indien de aanbestedende overheid niet alle inschrijvers wenst te raadplegen die aan voormelde voorwaarden voldoen, kan artikel 26, § 2, 1°, a, worden toegepast en is een onderhandelingsprocedure met bekendmaking vereist. Voor beide gevallen geldt dat de voorwaarden van de eerste opdracht niet wezenlijk mogen worden gewijzigd. Indien dit het geval is, dient een nieuwe aanbesteding, offerteaanvraag of concurrentiedialoog te worden uitgeschreven.

Het tweede en derde lid van punt e) bevatten nieuwe verduidelijkingen in verband met de personen die de aanbestedende overheid mag raadplegen in dat geval.

In het geval van een eerste opdracht die onderworpen is aan de Europese bekendmaking mogen, krachtens het tweede lid, enkel de inschrijvers worden geraadpleegd die aan voormelde eisen voldoen.

In het geval van een opdracht die niet onderworpen werd aan de Europese bekendmaking bij de eerste procedure, bepaalt het derde lid dat de aanbestedende overheid bovendien de ondernemingen kan raadplegen die volgens haar in staat zijn te voldoen aan de eisen inzake toegangsrecht en kwalitatieve selectie en geen interesse hebben getoond in het kader van de eerste procedure. Deze bepaling heeft met name tot doel het verloop van de mededinging te bevorderen wanneer het aantal concurrenten dat voortvloeit uit de eerste procedure uiterst beperkt is en de aanbestedende overheid bovendien niet over de nodige tijd beschikt om een nieuwe procedure met bekendmaking uit te schrijven.

Le cas du § 1^{er}, 1°, f) est identique à la disposition équivalente de l'article 17, § 2, 1°, de la loi du 24 décembre 1993. Il doit s'agir d'une exclusivité technique ou artistique ou fondée sur la protection de droits d'exclusivité justifiant qu'un seul entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services peut exécuter le marché. Cette justification ne peut pas être fondée sur des spécifications techniques discriminatoires imposées par le pouvoir adjudicateur lors d'un premier marché en méconnaissance des dispositions de l'article 41 du présent projet de loi ou de ses mesures d'exécution ou des mesures antérieurement en vigueur et traitant de la même question. Le pouvoir adjudicateur est tenu, non seulement d'établir l'existence de raisons techniques ou artistiques, mais aussi de prouver que ces raisons rendent absolument nécessaire l'attribution du marché à un prestataire déterminé. Elles doivent s'apprécier au niveau européen.

Le § 1^{er}, 2°, regroupe les cas de procédure négociée sans publicité spécifiques aux marchés publics de travaux et de services. Ils concernent les travaux ou services complémentaires ainsi que ceux consistant dans la répétition de travaux ou services similaires conformes à un projet de base. Par travaux ou services complémentaires, on entend des travaux ou des services qui constituent des extensions d'entreprises en cours et qui portent sur le rattachement à celle-ci de travaux ou de services situés en dehors des limites de l'objet initial de ces marchés. Les conditions d'application sont identiques à celles prévues dans les dispositions équivalentes de l'article 17, § 2, 2°, de la loi du 24 décembre 1993.

Le point b) a cependant été clarifié. Il précise que la décision d'attribution du ou des nouveaux marchés répétitifs doit intervenir dans une période de trois ans après la conclusion du marché initial. Un arrêt en ce sens a été rendu le 14 septembre 2004 par la Cour de Justice des Communautés européennes dans l'affaire C-385/02 (Commission contre Italie).

Le § 1^{er}, 3°, a) et b), regroupe les cas applicables aux fournitures, qui correspondent aux dispositions équivalentes de l'article 17, § 2, 3°, précité. A propos du point b), relatif aux fournitures complémentaires, le texte précise que la durée du marché de base, fixée en principe à trois ans, commence à partir de la conclusion du marché initial. Les commandes complémentaires doivent intervenir dans ce délai et leurs délais d'exécution ne peuvent à leur tour dépasser une durée de trois ans.

Het geval omschreven in § 1, 1°, f) stemt overeen met de gelijkaardige bepaling van artikel 17, § 2, 1°, van de wet van 24 december 1993. Het moet gaan om technische of artistieke alleenrechten of om de bescherming van alleenrechten die rechtvaardigen dat slechts één bepaalde aannemer, leverancier of dienstverlener de opdracht mag uitvoeren. Deze rechtvaardiging mag niet gebaseerd zijn op discriminerende technische specificaties die de aanbestedende overheid heeft opgelegd in het kader van een eerste opdracht waarbij noch de bepalingen van artikel 41 van dit wetsontwerp, noch de uitvoeringsmaatregelen ervan of maatregelen die vroeger van kracht waren hieromtrent werden nageleefd. De aanbestedende overheid dient niet enkel het bestaan van technische of artistieke redenen aan te tonen, maar ook te bewijzen dat de gunning van de opdracht aan één bepaalde dienstverlener absoluut noodzakelijk is om deze redenen. Ze moeten op Europees niveau worden beoordeeld.

Paragraaf 1, 2°, bevat de gevallen van onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking in het kader van overheidsopdrachten voor werken en diensten. Ze betreffen de aanvullende werken of diensten en die bestaande uit de herhaling van gelijkaardige werken of diensten overeenkomstig een basisontwerp. Met aanvullende werken of diensten worden werken of diensten bedoeld die een uitbreiding inhouden van aannemingen in uitvoering en betrekking hebben op werken of diensten die de perken van de oorspronkelijke opdrachten te buiten gaan. De toepassingsvoorwaarden stemmen overeen met die bedoeld in de vergelijkbare bepalingen van artikel 17, § 2, 2°, van de wet van 24 december 1993.

Punt b) werd evenwel verduidelijkt in die zin dat de gunningsbeslissing inzake een of meer nieuwe opdrachten met een repetitief karakter moet worden genomen binnen een periode van drie jaar die volgt op de toewijzing van de oorspronkelijke opdracht. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft op 14 september 2004 een arrest gewezen in die zin (zaak C-385/02, (Commissie tegen Italië).

Paragraaf 1, 3°, a) en b), bevat de gevallen die van toepassing zijn op de leveringen en overeenstemmen met de vergelijkbare bepalingen van voormeld artikel 17, § 2, 3°. Punt b) betreffende de aanvullende leveringen verduidelijkt dat de principiële looptijd van drie jaar van de basisopdracht aanvangt vanaf de toewijzing van de oorspronkelijke opdracht. De nabestellingen moeten binnen die termijn gebeuren en de uitvoeringstermijnen ervan mogen op hun beurt de drie jaar niet overschrijden.

Le § 1^{er}, 3°, c) concerne un nouveau cas sous les seuils européens. Il vise les fournitures complémentaires de même nature et présentant les mêmes caractéristiques et qui, à la suite d'une circonstance imprévue, sont attribuées au fournisseur initial à la double condition que le montant cumulé de toutes les fournitures complémentaires ne dépasse pas cinquante pour cent du marché initial et que le montant cumulé de tous les marchés, donc en ce compris le marché initial, n'atteigne pas les seuils de la publicité européenne. Un tel cas n'est pas prévu dans la directive 2004/18/CE. Cependant, il s'avère en pratique utile.

Comme dans le cas visé au § 1^{er}, 3°, b), les commandes complémentaires doivent en règle générale, intervenir dans un délai de trois ans à partir de la conclusion du marché initial.

Le § 1^{er}, 3°, d) traite quant à lui l'acquisition de fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières. Cette disposition était déjà applicable, sous l'empire de la directive 93/38/CEE aux marchés des secteurs spéciaux. Il est étendu aux marchés publics de fournitures relevant du titre II étant donné qu'une bourse des matières premières est un lieu où se rencontre une pleine concurrence.

Le § 1^{er}, 3°, e), est également une extension aux marchés publics de fournitures relevant du titre II. Il portent sur des achats à des conditions particulièrement avantageuses auprès d'une entreprise cessant définitivement ses activités commerciales ou auprès des curateurs ou des liquidateurs d'une faillite, d'un concordat judiciaire ou d'une procédure de même nature dans un autre état.

Le § 1^{er}, 4°, précise le seul cas de procédure négociée sans publicité applicable aux seuls marchés de services. Il s'agit des marchés de services faisant suite à concours de projets.

Le § 2 détermine les cas dans lesquels il peut être recouru à une procédure négociée avec publicité en distinguant, d'une part, ceux qui s'appliquent à tous les marchés publics de travaux, de fournitures et de services et, d'autre part, ceux qui sont spécifiques à une ou à deux catégories de marchés.

Le § 2, 1°, a), est le pendant de la disposition du § 1^{er}, 1°, e, lorsque le pouvoir adjudicateur, en présence d'offres irrégulières ou inacceptables, ne souhaite pas consulter tous les soumissionnaires qui répondraient aux exigences en matière de sélection qualitative et ont re-

Paragraaf 1, 3°, c) betreft een nieuw geval beneden de Europese drempels. Het heeft betrekking op de aanvullende leveringen van dezelfde aard en met dezelfde kenmerken die ingevolge onvoorzien omstandigheden aan de oorspronkelijke leverancier worden gegund onder de tweeledige voorwaarde dat het samengevoegde bedrag van alle aanvullende leveringen niet hoger ligt dan vijftig percent van de oorspronkelijke opdracht en het samengevoegde bedrag van alle opdrachten, dus met inbegrip van de oorspronkelijke opdracht, de drempels voor de Europese bekendmaking niet bereikt. Een dergelijk geval is immers niet opgenomen in richtlijn 2004/18/EG. Het is evenwel nuttig in de praktijk.

Zoals voor het geval van paragraaf 1, 3°, b), geldt ook hier dat de aanvullende leveringen in regel moeten gebeuren binnen een termijn van drie jaar vanaf de toewijzing van de oorspronkelijke opdracht.

Paragraaf 1, 3°, d) behandelt de op een grondstoffenmarkt genoteerde en aangekochte leveringen. Deze bepaling was reeds van toepassing in het kader van de richtlijn 93/38/EWG op de opdrachten van de speciale sectoren. Ze wordt uitgebreid tot de overheidsopdrachten voor leveringen van titel II, aangezien een grondstoffenbeurs een plaats is waar de mededinging niet beperkt is.

Paragraaf 1, 3°, e), betekent eveneens een uitbreiding tot de overheidsopdrachten voor leveringen van titel II. Het heeft betrekking op aankopen tegen bijzonder gunstige voorwaarden bij een onderneming die haar commerciële activiteiten definitief stopzet of bij curatoren of vereffenaars van een faillissement, een gerechtelijk akkoord of een in een ander land bestaande procedure van dezelfde aard.

Paragraaf 1, 4°, verduidelijkt het enige geval van onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking dat enkel van toepassing is op de opdrachten voor diensten. Het gaat om opdrachten voor diensten in het kader van een ontwerpenwedstrijd.

Paragraaf 2 bepaalt de gevallen waarin een onderhandelingsprocedure met bekendmaking kan worden gebruikt. Het bevat een indeling van de diverse gevallen waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen enerzijds de gevallen die zowel van toepassing zijn voor de overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten en anderzijds de gevallen betreffende een of twee categorieën van opdrachten.

Paragraaf 2, 1°, a) is de tegenhanger van de bepaling van § 1, 1°, e, wanneer de aanbestedende overheid, gezien de onregelmatige of onaanvaardbare offertes, niet alle inschrijvers wenst te raadplegen die aan de eisen inzake kwalitatieve selectie beantwoordden en

mis une offre formellement régulière dans le cadre de la première procédure. Le pouvoir adjudicateur peut également viser à ce que d'autres candidats entrent en compétition pour le marché.

Le § 2, 1°, b) issu des directives européennes figurait déjà dans l'article 17, § 3, 2°, de la loi précédente pour les travaux et les services mais est dorénavant étendu aux fournitures.

Quant au § 2, 1°, c), il permet, en cas de réservation d'accès au marché au sens de l'article 22 du présent projet de recourir à une procédure négociée avec publicité pour autant que le montant estimé du marché n'atteigne pas les montants fixés par le Roi pour la publicité européenne.

Le § 2, 1, d), constitue également un cas ne pouvant être invoqué que pour les marchés de travaux, de fournitures et de services n'atteignant pas les montants fixés par le Roi. Ces montants, doivent, en toute hypothèse être inférieurs aux seuils de la publicité européenne. Pour les marchés publics de travaux, un plafond de 300.000 euros HTVA est considéré comme adéquat.

Ce nouveau cas tend à donner dans ces limites une certaine souplesse de gestion aux pouvoirs adjudicateurs tout en sauvegardant la transparence de la procédure par le biais d'un avis de marché.

Le § 2, 2° est spécifique aux marchés publics de travaux. Il correspond aux dispositions prévues à l'article 17, § 3, 3° de la loi précédente.

Le § 2, 3°, est spécifique aux marchés publics de services. Il correspond à l'article 17, § 3, 4°, de la loi du 24 décembre 1993.

Le § 3 traite du principe d'égalité, également applicable dans la procédure négociée .

een formeel regelmatige offerte hebben ingediend in het kader van de eerste procedure. De aanbestedende overheid kan ook beogen dat andere kandidaten meedingen naar de opdracht.

Paragraaf 2, 1°, b), dat voortvloeit uit de Europese richtlijnen, was reeds opgenomen in artikel 17, § 3, 2°, van de vroegere wet wat de werken en diensten betreft. Het punt heeft voortaan evenwel ook betrekking op de leveringen.

Paragraaf 2, 1°, c) bepaalt dat de aanbestedende overheid, indien de toegang tot de opdracht gereserveerd is als bedoeld in artikel 22 van dit ontwerp, een onderhandelingsprocedure met bekendmaking kan gebruiken, voor zover het geraamde bedrag van de opdracht lager is dan de door de Koning vastgelegde bedragen voor de Europese bekendmaking.

Paragraaf 2, 1°, d), vormt eveneens een geval dat enkel kan worden ingeroepen voor de opdrachten voor werken, leveringen en diensten die de door de Koning bepaalde bedragen niet bereiken. Deze bedragen moeten alleszins lager zijn dan de drempels voor de Europese bekendmaking. Voor de overheidsopdrachten voor werken wordt een maximumbedrag van 300.000 euro exclusief BTW als passend beschouwd.

Dit nieuwe geval heeft tot doel de aanbestedende overheden, binnen deze perken, een zekere soepelheid inzake beheer te bieden en tegelijk de transparantie van de procedure te waarborgen via de verplichte bekendmaking van de opdracht.

Paragraaf 2, 2°, heeft specifiek betrekking op de overheidsopdrachten voor werken en stemt overeen met de bepalingen vervat in artikel 17, § 3, 3° van de vroegere wet.

Paragraaf 2, 3°, heeft specifiek betrekking op de overheidsopdrachten voor diensten en stemt overeen met artikel 17, § 3, 4°, van de wet van 24 december 1993.

Paragraaf 3 belicht het gelijkheidsbeginsel dat eveneens van toepassing is op de onderhandelingsprocedure.

<p><i>Sous-section III</i></p> <p><i>Dialogue compétitif</i></p> <p>Art. 27</p> <p>L'article 27 décrit la procédure nouvelle du dialogue compétitif.</p> <p>Le Roi fixe les règles à respecter, et notamment le respect du principe de l'égalité de traitement entre les soumissionnaire au cours du dialogue et la non-divulgation des solutions proposées par un participant au dialogue sans l'accord de celui-ci.</p> <p>Cette nouvelle procédure n'est utilisable que pour la passation de marchés publics de travaux, de fournitures et de services particulièrement complexes. A cet effet, il est renvoyé au texte de l'exposé des motifs de l'article 3, 9°.</p> <p>Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir des prix ou des paiements aux participants au dialogue.</p>	<p><i>Onderafdeling III</i></p> <p><i>Concurrentiedialoog</i></p> <p>Art. 27</p> <p>Artikel 27 beschrijft de nieuwe procedure van de concurrentiedialoog.</p> <p>De Koning legt de na te leven voorschriften vast. Het gaat met name om het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers tijdens de dialoog en de niet-bekendmaking van de door een deelnemer aan de dialoog voorgestelde oplossingen zonder instemming van laatstgenoemde.</p> <p>Deze nieuwe procedure is enkel bruikbaar voor de gunning van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten die bijzonder complex zijn. In dat verband kan worden verwezen naar de memorie van toelichting van artikel 3, 9°.</p> <p>De aanbestedende overheden kunnen prijzen of betalingen toekennen aan de deelnemers aan de dialoog.</p>
<p><i>Sous-section IV</i></p> <p><i>Marchés et procédures spécifiques ou complémentaires</i></p> <p>Art. 28</p> <p>La matière des marchés publics de promotion faisait jusqu'à présent l'objet de l'article 9 de la loi du 24 décembre 1993.</p> <p>Comme les directives précédentes, les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE visent non seulement les contrats portant sur l'exécution de travaux ou d'un ouvrage mais également ceux ayant pour objet de faire réaliser par quelque moyen que ce soit un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. Cette disposition très large a été prévue dans les directives pour rencontrer toutes les opérations, y compris les marchés de promotion, par lesquelles quelqu'un s'engage à construire ou à faire construire un ouvrage selon les besoins précisés par le pouvoir adjudicateur.</p>	<p><i>Onderafdeling IV</i></p> <p><i>Specifieke of aanvullende opdrachten en procedures</i></p> <p>Art. 28</p> <p>De materie van de promotieopdrachten was tot op heden opgenomen in artikel 9 van de wet van 24 december 1993.</p> <p>Net zoals de vroegere richtlijnen, beogen de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG niet enkel de overeenkomsten die verband houden met de uitvoering van werken of van een werk, maar eveneens die welke tot doel hebben, met welke middelen dan ook, een werk te laten uitvoeren dat aan de door de aanbestedende overheid vastgestelde eisen voldoet. Deze zeer ruime bepaling werd opgenomen in de richtlijnen teneinde rekening te houden met alle verrichtingen, met inbegrip van de promotieopdrachten, waarbij een persoon zich ertoe verbint een werk uit te voeren of te laten uitvoeren volgens de door de aanbestedende overheid vastgestelde behoeften.</p>

L'article 28 énumère comme auparavant les trois conditions essentielles en matière de promotion de travaux, à savoir:

- des garanties contractuelles, ce qui peut recouvrir la fixation d'un cautionnement, d'une garantie de financement etc... mais n'entraîne pas nécessairement l'exigence d'une garantie de bonne fin;
- l'obligation pour le promoteur d'assurer entièrement les responsabilités incombant à l'entrepreneur, par application des articles 1792 et 2270 du Code civil;
- l'obligation pour le promoteur soit de satisfaire lui-même aux obligations de la législation portant l'agrément d'entrepreneurs de travaux, soit d'avoir recours à des entrepreneurs y satisfaisant, pour l'exécution de travaux faisant l'objet du marché de promotion.

Il appartient au Roi de fixer les conditions auxquelles sont soumis les marchés de promotion de travaux.

Art. 29

Le système d'acquisition dynamique est une procédure spécifique, définie à l'article 3, 13°, du projet. Il implique la mise en œuvre des règles de la procédure ouverte dans toutes ses phases jusqu'à l'attribution d'un marché dans le cadre du système. Tous les soumissionnaires satisfaisant aux critères de sélection et ayant présenté une offre indicative (barèmes, prix courants, catalogues, ...) conforme sont admis dans le système. Les offres indicatives peuvent être modifiées à tout moment. L'utilisation exclusive de moyens électroniques est requise.

Cette technique d'acquisition permet aux pouvoirs adjudicateurs, par la création d'une liste de soumissionnaires déjà retenus et ayant présenté une offre indicative ainsi que par la possibilité donnée à de nouveaux soumissionnaires d'y adhérer, de disposer d'un éventail particulièrement large d'offres – grâce aux moyens électroniques utilisés – et donc d'assurer une utilisation optimale des deniers publics par une large concurrence.

Le recours à un système d'acquisition dynamique étant, dans les directives européennes, laissé à la liberté des États membres, il est proposé dans le présent projet qu'un tel système d'acquisition ne puisse être utilisé que pour les marchés de fournitures et de servi-

Artikel 28 vermeldt zoals voorheen de drie belangrijkste voorwaarden voor het gebruik van promotieopdrachten voor werken, met name:

- de contractuele waarborgen die de vaststelling van een borgtocht, een financieringswaarborg, enz... kunnen omvatten, maar niet noodzakelijk impliceren dat een voltooiingswaarborg vereist is;
- de verplichting voor de promotor alle aansprakelijkheden op zich te nemen die ten laste zijn van de aannemer, overeenkomstig de artikelen 1792 en 2270 van het Burgerlijk Wetboek;
- de verplichting voor de promotor, hetzij zelf te voldoen aan de wettelijke verplichtingen in verband met de erkenning van de aannemers van werken, hetzij een beroep te doen op aannemers die aan deze verplichtingen voldoen voor de uitvoering van de werken waarop de promotieopdracht betrekking heeft.

De Koning dient de voorschriften te bepalen die van toepassing zijn op de promotieopdrachten van werken.

Art. 29

Het dynamisch aankoopsysteem, zoals omschreven in artikel 3, 13°, van het ontwerp, vormt een specifieke procedure. De voorschriften inzake de open procedure zijn van toepassing op alle stadia ervan tot een opdracht wordt gegund in het kader van het systeem. Alle inschrijvers die beantwoorden aan de selectiecriteria en een indicatieve offerte (prijslijsten, courante prijzen, catalogi, ...) hebben ingediend overeenkomstig de eisen van het bestek, worden toegelaten tot het systeem. De indicatieve offertes kunnen op elk ogenblik worden gewijzigd. Enkel het gebruik van elektronische middelen is toegestaan in dit verband.

Dankzij deze aankooptechniek kunnen de aangestelde overheden een lijst opstellen van reeds geselecteerde inschrijvers die een indicatieve offerte hebben ingediend en deze openstellen voor nieuwe inschrijvers, en zo beschikken over een buitengewoon groot scala van offertes – dankzij de gebruikte elektronische middelen – en er aldus voor zorgen dat de overheidsgelden door een brede concurrentie optimaal benut worden.

Aangezien de Europese richtlijnen bepalen dat de lidstaten vrij mogen beslissen over het gebruik van een dynamisch aankoopsysteem, wordt in dit ontwerp voorgesteld dat een dergelijk aankoopsysteem alleen mag worden gebruikt voor opdrachten voor leveringen en

ces d'usage courant, à l'exclusion des marchés de services portant sur certaines prestations intellectuelles.

Il appartient au Roi de fixer les conditions dans lesquelles un tel système peut être utilisé.

Art. 30

La définition de l'enchère électronique est donnée dans l'article 3, 14°, du projet.

Les enchères électroniques constituent une procédure complémentaire. Il s'agit d'une dernière phase pouvant précéder l'attribution du marché.

L'utilisation d'enchères électroniques étant, dans les directives européennes, laissée à la liberté des États membres, le présent projet se limite à l'utilisation d'enchères électroniques uniquement pour les marchés de fournitures et de services d'usage courant, à l'exclusion des marchés de services portant sur certaines prestations intellectuelles, puissent faire l'objet d'enchères électroniques.

Selon le considérant 14 de la directive 2004/18/CE, les enchères électroniques constituant une technique appelée à se répandre, il convient de les encadrer par des règles spécifiques afin d'assurer qu'elles se déroulent dans le plein respect des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence. A cet effet, il convient de prévoir que ces enchères électroniques ne portent que sur des marchés pour lesquels les spécifications peuvent être établies de manière précise. Dans le même but, il faut également prévoir que le classement respectif des soumissionnaires puisse être établi à chaque moment de l'enchère électronique. Le recours aux enchères électroniques permet aux pouvoirs adjudicateurs de demander aux soumissionnaires de présenter de nouveaux prix revus à la baisse et, lorsque le marché est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse, également d'améliorer des éléments des offres autres que le prix. Afin d'assurer le respect du principe de transparence, seuls les éléments susceptibles d'une évaluation automatique par des moyens électroniques, sans intervention et/ou appréciation de la part du pouvoir adjudicateur peuvent faire l'objet d'enchères électroniques, c'est-à-dire seulement les éléments qui sont quantifiables de manière à pouvoir être exprimés en chiffres ou en pourcentages. En revanche, les aspects des offres qui impliquent l'appréciation d'éléments non quantifiables ne devraient pas faire l'objet d'enchères électroniques. Par conséquent, certains marchés de travaux et de services portant sur des pres-

diensten voor courant gebruik, met uitzondering van de opdrachten voor diensten die betrekking hebben op bepaalde intellectuele prestaties.

De Koning dient de voorschriften inzake het gebruik van een dergelijk systeem te bepalen.

Art. 30

De definitie van de elektronische veiling is vermeld in artikel 3, 14°, van het ontwerp.

De elektronische veiling vormt een aanvullende procedure. Het gaat om de laatste fase vóór de gunning van de opdracht.

Aangezien de Europese richtlijnen bepalen dat de lidstaten vrij mogen beslissen over het gebruik van elektronische veilingen, wordt in dit ontwerp voorgesteld dat elektronische veilingen alleen mogen worden gebruikt voor opdrachten voor leveringen en diensten voor courant gebruik, met uitzondering van de opdrachten voor diensten die betrekking hebben op bepaalde intellectuele prestaties.

De overweging 14 van richtlijn 2004/18/EG stelt dat aangezien het gebruik van de techniek van elektronische veilingen waarschijnlijk zal toenemen, hiervoor specifieke voorschriften moeten worden opgesteld om ervoor te zorgen dat zij volledig in overeenstemming zijn met de beginselen van gelijke behandeling, niet-discriminatie en transparantie. Daarom moet in die bepalingen staan dat dergelijke elektronische veilingen alleen gebruikt mogen worden voor opdrachten waarvan de specificaties nauwkeurig kunnen worden bepaald. Met datzelfde oogmerk moet het ook mogelijk zijn om in elk stadium van de elektronische veiling de rangorde van de offertes te bepalen. Het gebruik van elektronische veilingen stelt de aanbestedende overheden in staat de inschrijvers te verzoeken nieuwe, lagere prijsoffertes te doen, en wanneer de opdracht gegund wordt aan de inschrijver met de economisch voordeelste offerte kunnen ook andere elementen van de inschrijvers dan de prijs worden verbeterd. Om ervoor te zorgen dat het transparantiebeginsel wordt nageleefd, mogen elektronische veilingen alleen gebruikt worden voor die elementen die elektronisch en zonder tussenkomst en/of beoordeling van de aanbestedende dienst geëvalueerd kunnen worden, d.w.z. alleen kwantificeerbare en in cijfers of percentages uitdrukkelijke elementen. Daar staat tegenover dat elektronische veilingen niet gebruikt mogen worden voor die elementen van de offertes waarvoor een beoordeling van niet-kwantificeerbare elementen nodig is. Bijgevolg mogen elektronische

tations intellectuelles, comme la conception d'ouvrage, ne devraient pas faire l'objet d'enchères électroniques.

Il appartient au Roi de fixer les conditions, et notamment les limites dans lesquelles l'enchère électronique peut être utilisée.

Art. 31

Cette disposition transpose l'article 34 de la directive 2004/18/CE, lequel reprend pour l'essentiel le contenu de l'article 9 de la directive 93/37/CE. Il s'agit d'un article consacré à des règles particulières concernant des travaux de réalisation d'un ensemble de logements sociaux qui n'avaient pas été précédemment insérées dans la législation belge.

La transposition de cette disposition pourrait cependant se révéler intéressante à l'avenir, vu les multiples formes que peut prendre le partenariat public-privé. L'article 31 vise l'hypothèse de marchés portant sur la conception et la construction d'un ensemble de logements sociaux dont, en raison de l'importance, de la complexité et de la durée présumée des travaux s'y rapportant, le plan doit être établi dès le début sur la base d'une stricte collaboration au sein d'une équipe. Cette équipe comprend les délégués du pouvoir adjudicateur, des experts et l'entrepreneur qui aura la charge d'exécuter les travaux.

La procédure spéciale d'attribution visant à choisir l'entrepreneur le plus apte à être intégré dans l'équipe implique qu'une description aussi précise que possible des ouvrages à réaliser figure dans l'avis de marché, que les conditions en matière de droit d'accès et de sélection y soient également mentionnées.

Par ailleurs, tant les principes inscrits à l'article 3 du projet de loi que ceux relatifs notamment aux délais, à la procédure ouverte ou restreinte, à la sélection qualitative, à l'information et à la motivation devront être respectés.

La solution retenue dans le projet est de laisser le soin à chaque gouvernement régional, compétent en matière de logement, de décider s'il convient d'établir ou non la procédure spéciale précitée, à la suite de l'habilitation donnée par la loi fédérale.

veilingen niet gebruikt worden voor bepaalde opdrachten voor leveringen en voor bepaalde opdrachten voor diensten die betrekking hebben op intellectuele prestaties, zoals het ontwerpen van werken.

De Koning dient de voorschriften en beperkingen inzake het gebruik van de elektronische veiling te bepalen.

Art. 31

Deze bepaling zorgt voor de omzetting van artikel 34 van richtlijn 2004/18/EG dat hoofdzakelijk de tekst van artikel 9 van richtlijn 93/37/EG bevat. Het gaat om een artikel dat gewijd is aan de bijzondere voorschriften betreffende de uitvoering van werken in het kader van een complex van sociale woningen. Deze voorschriften waren vroeger niet opgenomen in de Belgische wetgeving.

De omzetting van deze bepaling zou in de toekomst evenwel interessant kunnen zijn gezien de talrijke publiek-private samenwerkingsvormen. Artikel 31 gaat uit van de hypothese dat de opdrachten betrekking hebben op het ontwerp en de bouw van een complex van sociale woningen waarvan het plan, wegens de omvang, de complexiteit en de vermoedelijke duur van de desbetreffende werken, van meet af aan gebaseerd moet zijn op de nauwe samenwerking van een team. Dit team bestaat uit afgevaardigden van de aanbestedende overheid, deskundigen en de aannemer die belast is met de uitvoering van de werken.

De bijzondere gunningsprocedure die tot doel heeft de aannemer te kiezen die het meest geschikt is om te worden opgenomen in het team, vereist dat de aankondiging van opdracht een zo nauwkeurig mogelijke beschrijving van de uit te voeren werken, alsook de voorschriften inzake toegangsrecht en kwalitatieve selectie bevat.

Behalve de beginselen vervat in artikel 3 van het wetsontwerp, moeten bovendien ook die betreffende de termijnen, de open of beperkte procedure, de kwalitatieve selectie, de kennisgeving en de motivering worden nageleefd.

Het ontwerp gaat ervan uit dat elke gewestregering, bevoegd inzake huisvesting, kan beslissen over het gebruik en de uitwerking van de voormelde bijzondere procedure, ingevolge de bevoegdverklaring in de federale wet.

Art. 32

L'accord-cadre, défini à l'article 3, 15°, a pour caractéristique de fixer le cadre des conditions propres à un marché public dont l'objet a été déterminé par le pouvoir adjudicateur mais dont tous les termes peuvent ne pas être nécessairement fixés à ce moment. Ils le seront lorsque le pouvoir adjudicateur décidera de conclure un marché fondé sur cet accord-cadre. A ce moment, les termes non fixés feront l'objet d'une remise en concurrence des opérateurs économiques parties à l'accord-cadre.

Les entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services parties à l'accord sont choisis lors du lancement de l'accord-cadre sur la base des critères d'attribution y déterminés. Après la remise en concurrence de ces opérateurs économiques, le marché est attribué sur la base des critères d'attribution de l'accord-cadre.

Lorsqu'il conclut un accord-cadre, le pouvoir adjudicateur n'accorde aucun monopole en rapport avec l'objet de l'accord-cadre mais il est lié, le cas échéant, par les minima fixés. Il reste libre de passer ses marchés selon une autre procédure conforme aux dispositions de la présente loi.

L'accord-cadre constitue une procédure souple qui permet aux pouvoirs adjudicateurs de passer des marchés dans des délais brefs, pour des quantités adéquates à ses besoins du moment, pour des produits répondant à des technologies actualisées et aux conditions économiquement les plus avantageuses du moment.

La durée d'un accord-cadre est limitée à quatre ans, sauf cas exceptionnels dûment justifiés. Chacun des marchés fondés sur un accord cadre est également limité à une durée de quatre ans. En outre, il ne peut être recouru aux accords-cadres de façon abusive avec pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence.

Art. 32

Kenmerkend voor de raamovereenkomst, zoals omschreven in artikel 3, 15°, is de vastlegging van een kader voor de voorwaarden eigen aan een overheidsopdracht waarvan het voorwerp bepaald werd door de aanbestedende overheid, maar waarvan niet noodzakelijk alle voorwaarden vastgelegd moeten zijn op dat ogenblik. Dit zal gebeuren wanneer de aanbestedende overheid beslist een opdracht toe te wijzen die op deze raamovereenkomst is gebaseerd. Op dat ogenblik zullen de opdrachtnemers die partij zijn bij de raamovereenkomst opnieuw in mededinging worden gesteld voor de voorwaarden die nog niet werden vastgelegd.

De aannemers, leveranciers of dienstverleners die partij zijn bij de overeenkomst, worden gekozen bij de aanvang van de raamovereenkomst op basis van de erin bepaalde gunningscriteria. Nadat deze ondernemers opnieuw tot mededinging worden gesteld, vindt de gunning van de opdracht plaats op basis van de gunningscriteria van de raamovereenkomst.

Een aanbestedende overheid die een raamovereenkomst afsluit, kent geen monopolie toe met betrekking tot het voorwerp van de raamovereenkomst maar is in voorkomend geval wel gebonden door de vooropgestelde minima. Het staat haar daarnaast vrij haar opdrachten te gunnen volgens een andere procedure overeenkomstig de bepalingen van deze wet.

De raamovereenkomst vormt een soepele procedure die de aanbestedende overheid kan aanwenden voor het gunnen van opdrachten binnen korte termijnen en tegen de economisch voordeligste voorwaarden van het ogenblik. Deze procedure biedt haar de mogelijkheid de hoeveelheden aan te passen aan tijdsgebonden behoeften en producten te gebruiken die beantwoorden aan de meest recente technologie.

De looptijd van een raamovereenkomst is beperkt tot vier jaar, behalve in uitzonderlijke gevallen die behoorlijk gerechtvaardigd zijn. De looptijd van iedere opdracht gebaseerd op een raamovereenkomst, is eveneens beperkt tot vier jaar. Bovendien mag geen misbruik worden gemaakt van de raamovereenkomsten om de concurrentie te verhinderen, te beperken of te vervalsen.

Art. 33

En ce qui concerne le § 1^{er}, il est renvoyé pour l'essentiel au commentaire consacré aux concours de services par l'article 3, 10°. Pour le reste, l'article 33, § 1^{er}, précise que les règles à respecter lors d'un concours seront fixées par le Roi. Certaines de ces conditions de base sont cependant déjà énumérées dans cet article.

Le § 2 de l'article 33 permet au Roi de rendre des règles d'attribution spécifiques applicables aux marchés de services juridiques relatifs à des litiges qui se limitent à la consultation et à la représentation devant des juridictions et d'autres organes de règlement des litiges. Ceci comprend également la prévention de litiges concrets mais bien entendu pas un marché d'études juridiques portant par exemple sur la prévention des litiges.

Sous-section V

Concessions de travaux publics

Art. 34

La définition de la concession de travaux publics est donnée dans l'article 3, 12°, du projet. L'article 34 regroupe dès lors des dispositions similaires à celles prévues aux articles 24, alinéa 1^{er}, et 25 de la loi du 24 décembre 1993.

Il convient de rappeler que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 24 décembre 1993 et en vue d'une harmonisation par rapport au droit communautaire, une procédure de passation pour l'octroi des concessions a été abandonnée. En effet, la directive ancienne ou nouvelle ne lie pas l'octroi des concessions de travaux publics à des procédures de passation harmonisées. Elle prévoit que les contrats de concession de travaux publics doivent être conclus en respectant uniquement les règles de publicité qu'elle détermine. Il est évident, et le modèle d'avis de concession de travaux publics annexé à la directive le spécifie d'ailleurs, que la conclusion d'un tel contrat doit avoir lieu en tenant compte des conditions personnelles, techniques et financières remplies par les candidats et des critères préétablis qui seront utilisés par le concédant. De plus, les principes généraux du Traité instituant la Communauté européenne, et notamment celui de la non-discrimination,

Art. 33

Wat § 1 betreft, wordt hoofdzakelijk verwezen naar de toelichting over de ontwerpenwedstrijd in artikel 3, 10°. Voor het overige verduidelijkt artikel 33, § 1, dat de Koning de na te leven voorschriften bij een ontwerpenwedstrijd bepaalt. Dit artikel vermeldt evenwel reeds sommige van deze basisvoorschriften.

Paragraaf 2 van artikel 33 laat de Koning toe specifieke gunningsvoorschriften toepasselijk te maken op de opdrachten voor juridische diensten inzake geschillen die beperkt zijn tot raadpleging en vertegenwoordiging voor rechtbanken en andere instanties van geschillenbeslechting. Ook de preventie van concrete geschillen is inbegrepen, maar vanzelfsprekend geen juridische studieopdrachten over bijvoorbeeld geschillenpreventie.

Onderafdeling V

Concessies voor openbare werken

Art. 34

De definitie van de concessie voor openbare werken is opgenomen in artikel 3, 12°, van het ontwerp. Artikel 34 bevat dus bepalingen die vergelijkbaar zijn met die vervat in de artikelen 24, eerste lid, en 25 van de wet van 24 december 1993.

Hierbij mag niet uit het oog worden verloren dat sinds de inwerkingtreding van de wet van 24 december 1993 werd afgestapt van het systeem waarbij een gunningsprocedure werd bepaald in het stadium van de toekenning van de concessies. Het was de bedoeling deze bepaling af te stemmen op het gemeenschapsrecht. De vroegere noch de huidige richtlijn leggen immers een verband tussen de toekenning van concessies voor openbare werken en de geharmoniseerde gunningsprocedures. Beide richtlijnen verduidelijken dat de concessieovereenkomsten voor openbare werken worden afgesloten overeenkomstig de in de richtlijnen bepaalde bekendmakingsvoorschriften. Het spreekt vanzelf dat een dergelijke overeenkomst moet worden afgesloten, rekening houdend met de persoonlijke, technische en financiële voorwaarden die de kandidaten vervullen en met de vooraf bepaalde criteria die de concessiegever toepast. Het aankondigingsmodel voor concessies van openbare werken, dat opgenomen is in de bijlage van

sous-tendent ces dispositions tout comme d'ailleurs l'ensemble des dispositions de la législation.

Il appartient au Roi de fixer les conditions à appliquer.

Une fois la concession de travaux publics octroyée, il se peut que le concessionnaire exécute lui-même les travaux se situant dans le cadre de la concession, et dans ce cas aucun marché de travaux ne sera conclu. Il se peut aussi que le concessionnaire contracte avec des tiers pour l'exécution de ses travaux, et dans ce cas, deux situations doivent être distinguées selon que le concessionnaire est lui-même un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 11 de la loi ou une personne qui n'est pas un tel pouvoir adjudicateur.

Dans le premier cas, le concessionnaire est tenu de respecter l'ensemble des règles relatives à la passation des marchés publics de travaux telles que prévues dans le titre II. Dans le second cas, le concessionnaire est tenu de respecter un régime de publicité similaire à celui régissant l'octroi des concessions tel que commenté ci-dessus sous l'article 34, § 3. Cependant, si le contrat est conclu avec une des entreprises qui se sont groupées pour obtenir la concession ou avec des entreprises liées telle que définie par l'article 34, § 3, le concessionnaire n'est pas tenu de respecter ce régime de publicité car ces entreprises ne sont pas considérées comme étant des personnes tierces au sens du projet.

Sous-section VI

Dispositions communes

Art. 35

L'article 35 maintient inchangé le principe selon lequel le pouvoir adjudicateur n'a pas l'obligation d'attribuer un marché qu'il a lancé. Il faut en outre rappeler qu'il y a une obligation de motiver une telle décision. La décision de renoncer à passer un marché relève du pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur mais il n'en reste pas moins que cette décision doit être fondée sur des motifs réels et légalement admissibles et qu'elle est susceptible d'être contrôlée par le juge (arrêt de la CJCE du 18 juin 2002, C-92/00, Hospital Ingenieurs).

de richtlijn, vermeldt dit trouwens. Bovendien zijn deze bepalingen gebaseerd op de algemene beginselen van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, met name het discriminatieverbod. Dit geldt trouwens voor alle bepalingen van de wetgeving.

De Koning dient de toe te passen voorschriften te bepalen.

Eens de concessie voor openbare werken is toegekend, is het mogelijk dat de concessiehouder de werken in het kader van de concessie zelf uitvoert. Er zal dan geen enkele opdracht voor werken worden gegund. De concessiehouder kan ook een overeenkomst afsluiten met derden voor de uitvoering van zijn werken. In dat geval, kunnen zich twee situaties voordoen naargelang de concessiehouder zelf een aanbestedende overheid is als bedoeld in artikel 11 van de wet, of een rechtspersoon die niet aan deze omschrijving voldoet.

In het eerste geval dient de concessiehouder alle voorschriften na te leven betreffende de gunning van overheidsopdrachten voor werken als bedoeld in titel II. In het tweede geval moet laatstgenoemde zich houden aan een bekendmakingsstelsel dat verwant is aan het stelsel dat de toekenning van concessies regelt, zoals reeds toegelicht in artikel 34, § 3. Indien de overeenkomst evenwel wordt afgesloten met één van de ondernemingen die zich verenigd hebben om de concessie te bekomen of met verbonden ondernemingen, zoals omschreven in artikel 34, § 3, dient de concessiehouder zich niet te houden aan dit bekendmakingsstelsel. Deze ondernemingen worden immers niet beschouwd als derden als bedoeld in het ontwerp.

Onderafdeling VI

Gemeenschappelijke bepalingen

Art. 35

Artikel 35 bepaalt dat het beginsel behouden blijft volgens hetwelk de aanbestedende overheid niet verplicht is een door haar uitgeschreven opdracht te gunnen. Bovendien mag niet uit het oog worden verloren dat een dergelijke beslissing moet worden gemotiveerd. Alhoewel de beslissing om af te zien van het gunnen van een opdracht tot de discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende overheid behoort, moet deze beslissing niettemin gebaseerd zijn op werkelijke en wettelijk aanvaardbare redenen en kan zij door de rechter worden gecontroleerd (cf. arrest van het HJEG van 18 juni 2002, C-92/00, Hospital Ingenieurs).

Art. 36

Cet article reprend en l'adaptant une disposition concernant les marchés à lots contenue dans l'article 18, alinéa 2, de la loi du 24 décembre 1993. Lorsqu'un marché est subdivisé en plusieurs lots, le pouvoir adjudicateur a le droit de n'en attribuer que certains et de décider éventuellement que les autres lots feront l'objet d'un ou plusieurs nouveaux marchés, au besoin selon un autre mode de passation. Cette règle correspond à celle prévue par la loi du 24 décembre 1993. La disposition selon laquelle le pouvoir adjudicateur ne pouvait user de ce droit qu'à la condition de se l'être expressément réservé dans le cahier spécial des charges ou les documents en tenant lieu a été supprimée. Cette disposition a été considérée comme inutilement contraignante pour une bonne gestion de ses marchés par un pouvoir adjudicateur.

Art. 37

L'article 37 contient deux nouvelles dispositions dont l'objet est de mettre fin à des controverses et de conformer une pratique déjà suivie par un certain nombre de pouvoirs adjudicateurs. L'objet de la première est de reconnaître dans une disposition légale spécifique que dans le cadre d'une seule procédure de passation de marché, un pouvoir adjudicateur peut recourir à un marché fractionné en une ou plusieurs tranches fermes et une ou plusieurs tranches conditionnelles. Dans ce cas, l'adjudicataire s'est contractuellement engagé à exécuter la totalité du marché tandis que le pouvoir adjudicateur n'est engagé que pour la ou les tranches fermes. L'exécution de chaque tranche conditionnelle est subordonnée à une décision du pouvoir adjudicateur.

L'objet de la seconde concerne les besoins répétitifs donnant lieu à un marché comportant une clause de reconduction selon certaines modalités. L'article 37 précise que dans ce cas, la procédure de passation couvre non seulement l'exécution du marché initial mais également ses reconductions.

La disposition précise que la durée totale des marchés comportant une clause de reconduction ne peut en règle générale dépasser quatre ans à partir de la conclusion du marché.

Tant le marché à tranches que celui sur reconduction se distinguent de l'hypothèse de la répétition de travaux ou services nouveaux similaires conformes à un projet de base au sens de l'article 26, § 1, 2°, b, du projet de loi. Dans ce dernier cas, le marché peut être passé par

Art. 36

Dit artikel bevat een aangepaste bepaling betreffende de opdrachten in percelen zoals omschreven in artikel 18, tweede lid, van de wet van 24 december 1993. Wanneer een opdracht in verschillende percelen wordt onderverdeeld, heeft de aanbestedende overheid het recht er slechts enkele te gunnen en eventueel te besluiten de andere op te nemen in één of meer nieuwe opdrachten die desnoods op een andere wijze worden gegund. Deze regel stamt overeen met die vervat in de wet van 24 december 1993. De bepaling wordt geschrapt waarin werd bepaald dat de aanbestedende overheid slechts gebruik kon maken van dit recht op voorwaarde dat zij het zich uitdrukkelijk had voorbehouden in het bestek of de als zodanig geldende stukken. Deze bepaling werd beschouwd als een onnodige belasting voor de aanbestedende overheid in het kader van een goed beheer van haar opdrachten.

Art. 37

Artikel 37 bevat twee nieuwe bepalingen die tot doel hebben een eind te maken aan betwistingen hieromtrent en een handelwijze te bevestigen die reeds door een bepaald aantal aanbestedende overheden wordt toegepast. De eerste verduidelijking strekt ertoe in een specifieke wettelijke bepaling te erkennen dat een aanbestedende overheid, in het kader van één enkele gunningsprocedure, een opdracht kan gunnen die één of meer vaste gedeelten en één of meer voorwaardelijke gedeelten omvat. In dat geval, heeft de aannemer er zich contractueel toe verbonden de volledige opdracht uit te voeren, terwijl de verbintenis van de aanbestedende overheid enkel betrekking heeft op de vaste gedeelten. De uitvoering van elk voorwaardelijk gedeelte is afhankelijk van een beslissing van de aanbestedende overheid.

De tweede verduidelijking heeft betrekking op terugkerende behoeften die aanleiding geven tot een opdracht die een bepaling bevat in verband met de verlenging ervan volgens bepaalde modaliteiten. Artikel 37 wijst erop dat de gunningsprocedure in dat geval niet enkel betrekking heeft op de uitvoering van de basisopdracht, maar ook op de verlengingen.

Deze bepaling preciseert dat de totale looptijd van de opdrachten die een clausule tot verlenging bevatten, over het algemeen tot vier jaar beperkt dient te blijven na de toewijzing van de opdracht.

In het kader van opdrachten in gedeelten of met verlenging, wordt een andere aanpak gevuld dan in de hypothese van de herhaling van nieuwe gelijkaardige werken of diensten overeenkomstig een basisontwerp als bedoeld in artikel 26, § 1, 2°, b, van het wetsont-

procédure négociée sans publicité, ce qui suppose que les parties peuvent si elles le souhaitent, entamer des négociations, chacune d'elles étant libre de refuser l'exécution des travaux ou services similaires nouveaux.

Art. 38

L'article 38 s'applique au marché conjoint. Un tel marché peut être conclu conjointement non seulement pour le compte de deux ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs mais également pour le compte de pouvoirs adjudicateurs et de personnes de droit privé , qu'elles revêtent ou non la qualité de pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2,1°.

Un assouplissement a été apporté dans l'alinéa 2. Les personnes concernées doivent désigner l'autorité ou l'organe qui interviendra, en leur nom collectif, comme pouvoir adjudicateur. Cependant, pour ce qui concerne le paiement de ces marchés, la possibilité d'un paiement par chacune des personnes doit pouvoir être prévue. Le paiement par une seule autorité se heurte en effet fréquemment à des obstacles aux plans budgétaire et comptable.

CHAPITRE V

Conditions d'exécution

Section première

Règles générales d'exécution

Art. 39

Cette disposition mentionnée antérieurement à l'article 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 24 décembre 1993, prévoit que le Roi fixe les règles générales d'exécution des marchés publics couverts par les titres II et III.

Art. 40

L'article 40 est un article nouveau dont l'objet est de préciser qu'un pouvoir adjudicateur a la possibilité de déterminer des conditions contractuelles relatives à l'exécution du marché qui poursuivent notamment des

werp. In dat laatste geval mag de opdracht gegund worden bij onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Dit veronderstelt dat de partijen, indien gewenst, onderhandelingen kunnen aanknopen en elke partij de vrijheid heeft de uitvoering van de nieuwe gelijkaardige werken of diensten te weigeren.

Art. 38

Artikel 38 is van toepassing op de samengevoegde opdracht. Dergelijke opdracht kan gezamenlijk worden toegewezen, voor rekening van twee of meer aanbestedende overheden maar ook voor rekening van aanbestedende overheden en privaatrechtelijke personen, ongeacht of deze laatste de hoedanigheid van aanbestedende overheid bezitten als bedoeld in artikel 2, 1°.

De bepalingen van het tweede lid worden versoepeld. De betrokken personen moeten de overheid of entiteit aanwijzen die, in hun gezamenlijke naam, als aanbestedende overheid zal optreden. Wat de betaling van deze opdrachten betreft, moet de mogelijkheid van een aparte betaling per rechtspersoon worden ingebouwd. De betaling door één enkele overheid of entiteit botst immers op budgettaire en boekhoudkundige obstakels.

HOOFDSTUK V

Uitvoeringsvoorraarden

Afdeling I

Algemene uitvoeringsregels

Art. 39

Deze bepaling die vroeger vermeld was in artikel 1, tweede lid, van de wet van 24 decembre 1993, verduidelijkt dat de Koning de algemene uitvoeringsregels bepaalt voor de overheidsopdrachten die behoren tot het toepassingsveld van titels II en III.

Art. 40

Artikel 40 is een nieuw artikel dat verduidelijkt dat de aanbestedende overheid contractuele voorwaarden kan bepalen teneinde met name sociale doelstellingen na te streven bij de uitvoering van de opdracht. Deze

objectifs sociaux. Ces conditions d'exécution peuvent concerner la formation de chômeurs de longue durée ou de jeunes, la promotion de la politique de l'égalité des chances par rapport à l'emploi des personnes, qui ne sont pas suffisamment intégrées dans le circuit professionnel. Ce dernier objectif tend donc à prévenir les discriminations éventuelles en matière d'emploi des femmes et des hommes, des personnes handicapées et des personnes d'origine étrangère.

Sont aussi visés comme objectifs sociaux: la lutte contre le chômage, la protection de l'environnement ou le respect des dispositions des conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail ou le respect en substance de ces conventions fondamentales, dans l'hypothèse où ces conventions n'auraient pas été mises en œuvre dans le droit national.

Les conventions fondamentales en question sont:

- les conventions n°s 29 et 105 interdisant le travail forcé;
- la convention n° 87 relative au droit à la liberté syndicale;
- la convention 98 relative au droit d'organisation et de concertation collective;
- les conventions n°s 100 et 111 relatives à l'interdiction de toute discrimination en matière de travail et de rémunération;
- les conventions n° 138 et 182 relatives à l'âge minimum fixé pour le travail des enfants et aux mesures destinées à mettre fin aux pires formes de travail des enfants.

Ces conditions d'exécution peuvent être appliquées aux marchés tant au-dessus qu'en dessous des seuils européens, mais elles doivent respecter le droit communautaire, et en particulier ne pas avoir une incidence discriminatoire directe ou indirecte à l'égard des soumissionnaires non-nationaux. La mise en œuvre de ces conditions doit avoir lieu dans le respect des règles de procédures et notamment des règles de publicité. La transparence devra être assurée par la mention de ces conditions d'exécution dans l'avis de marché ou, en l'absence d'une obligation de publicité, dans le cahier spécial des charges, afin qu'elles soient connues par tous les candidats ou soumissionnaire.

uitvoeringsvoorwaarden kunnen betrekking hebben op het opleiden van langdurig werklozen en jongeren, het bevorderen van het gelijke kansenbeleid inzake de arbeidsparticipatie van onvoldoende in het arbeidsproces geïntegreerde personen. Deze laatste doelstelling strekt er dus toe om mogelijke discriminaties te voorkomen inzake arbeidsparticipatie van vrouwen en mannen, van personen met een handicap en personen van buitenlandse afkomst.

Worden verder ook nog beoogd als sociale doelstellingen: de strijd tegen de werkloosheid, de bescherming van het leefmilieu of de verplichting om de bepalingen van de basisconventies van de Internationale Arbeidsorganisatie na te leven, of de essentie daarvan, wanneer deze conventies niet worden toegepast in het nationaal recht.

De betrokken basisconventies zijn:

- de IAO-conventies nr. 29 en 105 tot verbod op dwangarbeid;
- de IAO-conventie nr. 87 betreffende het recht op vakbonds vrijheid;
- de IAO-conventie nr. 98 betreffende het recht op collectieve organisatie en onderhandeling;
- de IAO-conventies nr. 100 en 111 betreffende het verbod op elke vorm van discriminatie inzake arbeid en beloning;
- de IAO-conventies nr. 138 en 182 betreffende de minimumleeftijd voor kinderarbeid en de maatregelen om de ergste vormen van kinderarbeid uit te roeien.

Deze uitvoeringsvoorwaarden kunnen worden toegepast zowel boven als beneden de Europese drempels. Ze moeten evenwel het Gemeenschapsrecht eerbiedigen en mogen, in het bijzonder, niet rechtstreeks of onrechtstreeks discriminerend zijn ten aanzien van de niet-nationale inschrijvers. De toepassing van deze voorwaarden moet plaatsvinden overeenkomstig de procedurevoorschriften en met name de bekendmakingsvoorschriften. De transparantie moet worden gewaarborgd door de vermelding van deze uitvoeringsvoorwaarden in de aankondiging van opdracht of, als de bekendmaking niet verplicht is, in het bestek, zodat alle kandidaten en inschrijvers er kennis kunnen van nemen.

Le pouvoir adjudicateur doit préalablement à la détermination de pareilles conditions d'exécution faire une enquête de marché par rapport à la faisabilité de ces conditions dans le cadre du marché public concerné.

Section II

Spécifications techniques

Art. 41

L'article 41 prévoit que le Roi règle les dispositions se rapportant à l'utilisation des spécifications techniques, des normes et des agréments techniques. Des mesures détaillées à ce propos seront prévues dans l'arrêté royal d'exécution. Les directives européennes précédentes posaient le principe général de la prééminence de la normalisation européenne, des agréments techniques européens et des spécifications techniques communes d'application uniforme dans tous les États membres de la Communauté européenne. L'approche des directives a évolué. Celles-ci partent de l'objectif selon lequel les spécifications techniques devraient permettre l'ouverture des marchés publics à la concurrence et autoriser la présentation d'offres reflétant la diversité des solutions techniques. A cette fin et selon les modalités à prévoir dans les mesures d'exécution de la loi, les spécifications pourront également être établies en termes de performances et d'exigences fonctionnelles. En cas de référence à la norme européenne ou, en son absence, à la norme nationale, des offres basées sur d'autres solutions dont l'équivalence est démontrée par les soumissionnaires pourront être prises en considération.

Par ailleurs, il faut relever que les pouvoirs adjudicateurs qui souhaitent définir des besoins environnementaux dans les spécifications du marché pourront prescrire des caractéristiques environnementales, telles qu'une méthode de production déterminée et/ou les effets environnementaux spécifiques de groupes de produits ou de services. Il pourront également utiliser les spécifications appropriées comme l'éco-label européen, l'éco-label (pluri)national ou tout autre label écologique reconnu.

De aanbestedende overheid dient voorafgaand aan het bepalen van dergelijke uitvoeringsvoorwaarden een marktonderzoek te verrichten met betrekking tot de haalbaarheid van die voorwaarden binnen het kader van de betrokken overheidsopdracht.

Afdeling II

Technische specificaties

Art. 41

Artikel 41 verduidelijkt dat de Koning de bepalingen vastlegt in verband met het gebruik van technische specificaties, normen en technische erkenningen. Het koninklijk uitvoeringsbesluit zal hieromtrent uitvoerige maatregelen bevatten. De vroegere Europese richtlijnen gingen uit van het algemene beginsel dat de Europese normalisatie, de Europese technische erkenningen en de gemeenschappelijke technische specificaties voorrang genieten in alle lidstaten van de Europese Gemeenschap en er eenvormig moeten worden toegepast. De in de richtlijnen gevuldge benadering is geëvolueerd. Ze gaan uit van de doelstelling dat de technische specificaties de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging mogelijk maken en dus ook de indiening van offertes waarin een diversiteit van technische oplossingen tot uiting komt. Met het oog hierop, kunnen de specificaties eveneens worden geformuleerd in termen van prestatie-eisen en functionele eisen overeenkomstig de modaliteiten die in de uitvoeringsmaatregelen van de wet worden bepaald. Bij verwijzing naar de Europese norm, of bij ontstentenis ervan, naar de nationale norm, kunnen offertes in aanmerking worden genomen die gebaseerd zijn op andere oplossingen waarvan de gelijkwaardigheid door de inschrijvers wordt aangetoond.

Bovendien moet worden opgemerkt dat de aanbestedende overheden die milieueisen wensen op te nemen in de specificaties van de opdracht, milieukenmerken kunnen voorschrijven, zoals een bepaalde productie-methode en/of de milieueffecten van specifieke product- of dienstencategorieën. Ze kunnen eveneens de passende specificaties gebruiken zoals de Europese milieukeuren, de (multi)nationale keuren of andere erkende milieukeuren.

Section III

Obligations sociales et fiscales

Art. 42

L'article 42 reprend le texte de l'article 12 de la loi du 24 décembre 1993, en matière de respect des obligations sociales et fiscales. Au § 5, il a été précisé que les manquements aux obligations de l'adjudicataire de respecter et faire respecter les obligations en matière sociale et fiscale peuvent se constater par tout moyen de droit. Le § 6 a par ailleurs été adapté pour tenir compte des nouvelles références légales. L'alinéa 2 du § 6 a également été adapté. Ainsi, la présomption de l'alinéa 1^{er} s'applique également dans les secteurs soumis aux mesures renforcées de lutte contre les pourvoyeurs de main d'œuvre pour autant que les obligations imposées par ces mesures soient bien entendu respectées.

Section IV

Droits des tiers sur les créances

Art. 43

Cet article reprend l'essentiel des dispositions de l'article 23 de la loi du 24 décembre 1993.

La principale modification concerne la possibilité de signifier la cession ou la mise en gage de la créance par lettre recommandée.

Le § 1^{er} de l'article 43 mentionne comme dans la loi du 24 décembre 1993 le principe de l'interdiction, de saisir, de faire une opposition, de céder, de mettre en gage les créances des adjudicataires jusqu'à la réception du marché à l'égard d'un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 12 du présent projet. Etant donné que tous les marchés ne feront pas l'objet d'une double réception, le mot «provisoire» est supprimé. Un nouvel alinéa précise qu'il est entendu par «réception», la réception provisoire en cas de double réception.

Tous les entrepreneurs, fournisseurs, ou prestataires de services qui sont adjudicataires d'un marché se voient donc opposer l'interdiction en question.

Afdeling III

Sociale en fiscale verplichtingen

Art. 42

Artikel 42 bevat de tekst van artikel 12 van de wet van 24 december 1993 betreffende de naleving van sociale en fiscale verplichtingen. Paragraaf 5 verduidelijkt dat de inbreuken op de sociale en fiscale verplichtingen die de aannemer moet naleven en doen naleven, met elk rechtsmiddel kunnen worden bewezen. Bovendien werd paragraaf 6 aangepast, teneinde rekening te houden met de nieuwe wettelijke verwijzingen. Het tweede lid van paragraaf 6 werd eveneens aangepast. Het in het eerste lid uiteengezette vermoeden geldt bijvoorbeeld eveneens voor de sectoren waarin strengere maatregelen worden toegepast in de strijd tegen de koppelbaaspraktijken, voor zover de door deze maatregelen opgelegde verplichtingen worden nageleefd.

Afdeling IV

Derdenrechten op schuldvorderingen

Art. 43

Dit artikel herneemt de meeste bepalingen van artikel 23 van de wet van 24 december 1993.

De voornaamste wijziging heeft betrekking op de vermelding van de mogelijkheid om de overdracht of inpandgeving van de schuldvordering te betekenen bij aangetekend schrijven.

Net zoals in de wet van 24 december 1993, bevat paragraaf 1 van artikel 43 het beginsel van het verbod om de schuldvorderingen van de aannemers ten aanzien van een aanbestedende overheid, als bedoeld in artikel 12 van dit ontwerp, in beslag te nemen, er verzet tegen aan te tekenen, ze over te dragen of in pand te geven tot aan de oplevering van de opdracht. Omdat niet alle opdrachten een dubbele oplevering kennen, is het woord «voorlopige» geschrapt. Een nieuw lid geeft aan dat met «oplevering» de voorlopige oplevering wordt bedoeld ingeval van een dubbele oplevering.

Dit verbod geldt dus voor alle aannemers, leveranciers of dienstverleners die een opdracht uitvoeren.

Le § 2 de l'article formule une première exception à cette interdiction, qui est maintenue cependant pour les sommes payées comme avances par le pouvoir adjudicataire, au bénéfice des ouvriers, des employés, des sous-traitants et des fournisseurs de l'adjudicataire, lesquels peuvent faire opérer une saisie ou faire opposition, avant la réception du marché, sur les sommes dues à l'adjudicataire.

Cette disposition inclut les employés de l'adjudicataire, étant entendu que le privilège créé implicitement par le § 5 doit être reconnu et au personnel employé sur chantier et aux agents travaillant au siège social, c'est-à-dire, notamment, aux ingénieurs, dessinateurs, employés de bureau d'études. Ceux-ci, quoique absents des chantiers, fournissent des prestations indispensables à l'exécution des travaux. Il pourra cependant s'avérer difficile d'opérer une ventilation précise lorsque, comme ce sera fréquemment le cas, les prestations fournies par le personnel sont afférentes à plusieurs chantiers, les uns de travaux publics, les autres de travaux privés.

La deuxième exception a trait à la cession et à la mise en gage des créances des adjudicataires de marchés publics de travaux, de fournitures et de services, au bénéfice des bailleurs de fonds lorsque ces cessions et mises en gage sont affectées à la garantie de crédits ou d'avances de sommes en vue du financement du marché dont l'exécution engendrera la créance.

En effet, dès l'instant où l'exécution de marchés publics commence à dépasser les possibilités de financement des adjudicataires, contraints alors de faire appel au crédit bancaire, il convient de rendre possible le nantissement des marchés.

Ces cessions et mises en gage de créances ne peuvent cependant pas servir à la garantie de crédits ou d'avances précédemment consentis.

Cette restriction est voulue pour éviter que les bailleurs de fonds dont les crédits et les avances ne sont pas garantis se couvrent rétroactivement des risques qu'ils ont pris et limitent ainsi les garanties dont les adjudicataires disposent pour obtenir le financement de la part du marché restant à exécuter.

Paragraaf 2 van het artikel bevat een eerste uitzondering op dit verbod, dat evenwel behouden blijft voor de bedragen die als voorschotten door de aannemende overheid werden betaald, ten voordele van de arbeiders, bedienden, ondernemers en leveranciers van de aannemer die, vóór de oplevering van de opdracht, beslag mogen leggen op of verzet mogen aantekenen tegen de aan de aannemer verschuldigde bedragen.

Deze bepaling heeft ook betrekking op de bedienden van de aannemer. Het voorrecht dat impliciet voortvloeit uit § 5 moet immers zowel worden toegekend aan het personeel tewerkgesteld op de bouwplaats als aan de personeelsleden die op de maatschappelijke zetel werken, d.w.z. met name ook aan de ingenieurs, tekenaars en bedienden van onderzoeksgebureaus. Alhoewel ze niet aanwezig zijn op de bouwplaatsen, verstrekken deze laatste diensten die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de werken. Het kan echter soms moeilijk zijn de bedragen nauwkeurig op te splitsen, wanneer, zoals dat dikwijls het geval zal zijn, de door het personeel verstrekte diensten betrekking hebben op meerdere bouwplaatsen, zowel voor openbare als voor private werken.

De tweede uitzondering beoogt de overdracht en inpandgeving van de schuldborderingen van de aannemers van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, ten voordele van de kredietverleners wanneer deze overdrachten en inpandgevingen als waarborg dienen voor kredieten of voorschotten met het oog op de financiering van de opdracht waarvan de uitvoering de schuldbordering zal doen ontstaan.

Zodra de uitvoering van de overheidsopdrachten de financieringsmogelijkheden van de aannemers begint te overschrijden, waardoor zij verplicht zijn een beroep te doen op leningen bij een bank, dient de inpandgeving van de opdrachten immers mogelijk te zijn.

Deze overdrachten en inpandgevingen van schuldborderingen mogen evenwel niet als waarborg dienen voor vroeger toegestane kredieten of voorschotten.

Deze beperking is wenselijk, teneinde te vermijden dat de kredietverleners van wie de kredieten en voorschotten niet gewaarborgd zijn, zich met terugwerkende kracht zouden beschermen tegen de genomen risico's en aldus de waarborgen zouden beperken waarover de aannemers beschikken om de financiering te bekomen van het gedeelte van de opdracht dat nog moet worden uitgevoerd.

Les marchés publics de fournitures et de services peuvent également être cédés ou nantis.

Le § 4 contient les modalités de signification de la cession ou de la mise en gage de la créance. Outre l'exploit d'huissier, cette disposition autorise également la signification par lettre recommandée, mais à la condition que les documents du marché mentionnent à quelle personne cette lettre doit être envoyée. La préoccupation est d'éviter que cette solution plus souple ait des conséquences financières défavorables pour les pouvoirs adjudicateurs, ce qui peut être le cas si la lettre recommandée n'aboutit pas à la personne habilitée pour gérer le processus de paiement. La mention de cette personne est donc une mesure destinée à protéger le pouvoir adjudicateur. Cette disposition ne peut cependant pas avoir pour conséquence d'empêcher la signification par lettre recommandée. Les pouvoirs adjudicateurs ont donc l'obligation d'indiquer les coordonnées de la personne ou du service habilité à recevoir des lettres recommandées.

Le texte précise que pour être valable, la signification doit être effectuée au plus tard en même temps que la demande en paiement du cessionnaire.

En outre, il est désormais permis de signifier la cession de plusieurs créances au moyen d'un seul exploit d'huissier ou d'une seule lettre recommandée à condition que ces créances aient trait au même pouvoir adjudicateur et concernent un seul et même marché.

Ces modalités ne modifient en rien l'interdiction existante d'endosser des factures.

Le § 5 règle également l'ordre des créanciers privilégiés, en accordant la priorité aux ouvriers et aux employés.

Le § 6 correspond au § 6 de l'article 23 de la loi du 24 décembre 1993.

Ook de overheidsopdrachten voor leveringen en diensten kunnen worden overgedragen of in pand gegeven.

Paragraaf 4 bevat de betekningsmodaliteiten van de overdracht of inpandgeving van de schuldvordering. Behalve bij deurwaardersexploit, kan de betekening ook plaatsvinden bij aangetekend schrijven, maar dan wel op voorwaarde dat de documenten van de opdracht vermelden aan welke persoon dit schrijven moet worden gericht. Het is de bedoeling te vermijden dat deze versoepeeling nadelige financiële gevolgen zou hebben voor de aanbestedende overheden, wat het geval kan zijn indien het aangetekend schrijven niet terechtkomt bij de persoon die gemachtigd is het betalingsproces te beheren. De vermelding van deze persoon heeft dus tot doel de aanbestedende overheid te beschermen. Deze bepaling mag de betekening bij aangetekend schrijven echter niet verhinderen. De aanbestedende overheden zijn dus verplicht de gegevens te vermelden van de persoon of dienst die gemachtigd is de aangetekende brieven in ontvangst te nemen.

De tekst preciseert dat om geldig te zijn, de betekening ten laatste tegelijkertijd met de aanvraag tot betaling van de cessionaris moet gebeuren.

Bovendien is het voortaan toegestaan om de overdracht van meerdere schuldvorderingen bij wijze van één enkel deurwaardersexploit of één enkele aangetekende brief te betekenen, op voorwaarde dat de schuldvorderingen op dezelfde aanbestedende overheid betrekking hebben en uit éénzelfde opdracht voortkomen.

Deze regeling verandert niets aan het bestaande verbod van endossement van facturen.

Paragraaf 5 regelt eveneens de volgorde van de bevorrechte schuldeisers, waarbij voorrang wordt gegeven aan de arbeiders en bedienden.

Paragraaf 6 stemt overeen met § 6 van artikel 23 van de wet van 24 december 1993.

CHAPITRE VI

Attribution, information des candidats et soumissionnaires et délai d'attente

Art. 44

Cet article établit dans son § 1^{er}, la distinction entre l'attribution du marché et la conclusion de celui-ci. L'attribution est la décision du pouvoir adjudicateur désignant l'adjudicataire et, le cas échéant, approuvant son offre. Généralement, cette décision portera sur les deux aspects. Il existe cependant des hypothèses, par exemple dans certains cas de procédure négociée où l'attribution ne comprend pas nécessairement l'approbation d'une offre mais, par exemple, conduit à la signature d'un contrat ou à un échange de correspondance selon les usages du commerce.

Dans son avis, le Conseil d'État remarque que dans le texte néerlandais, les termes «gunning» et «toewijzing» devraient être utilisés dans l'ordre inverse (cfr. notamment les points 9 et 19 de l'avis). Une tradition en ce sens paraît en effet exister au Conseil d'État. Cependant, au niveau de la langue, il s'agit de synonymes qui dans la réglementation actuelle sont utilisés indifféremment et ont la même signification. Dans le projet, une signification juridique différente est donnée à ces deux notions afin de rendre le système du délai d'attente gérable en droit interne. Il y a lieu en effet d'éviter que l'information relative à la décision d'attribution, reçue par le bénéficiaire du marché au début du délai d'attente, fasse naître le contrat (cfr. l'article 117 de l'arrêté royal actuel du 8 janvier 1996). Les auteurs du projet ont ainsi choisi l'option d'associer «gunning» avec «attribution», donc avec la décision d'attribution proprement dite, et «toewijzing» avec «conclusion», donc avec la conclusion du contrat, et non pas l'inverse. La raison en est que les termes «gunningsprocedure» et «gunningsbeslissing» sont compris en ce sens qu'ils se rapportent au déroulement de toute la procédure depuis le lancement de celle-ci jusqu'à la décision finale du pouvoir adjudicateur et que la conclusion du contrat ne forme seulement qu'un appendice à cette décision. C'est pourquoi il n'est pas donné suite au souhait exprimé par le Conseil d'État.

Le texte précise en outre que l'information donnée à l'adjudicataire en vertu du § 2, ne crée aucun engagement contractuel. Le marché n'est en effet conclu que par la notification de cet engagement contractuel adressé à l'adjudicataire. Le deuxième alinéa du § 1^{er} précise qu'en procédure négociée, cette conclusion peut

HOOFDSTUK VI

Gunning, informatie van kandidaten en inschrijvers en wachttermijn

Art. 44

Paragraaf 1 van dit artikel maakt een onderscheid tussen de gunning van de opdracht en de toewijzing ervan. De gunning is de beslissing van de aanbestedende overheid tot aanwijzing van de begunstigde van de opdracht en, in voorkomend geval, tot goedkeuring van zijn offerte. Over het algemeen zal deze beslissing betrekking hebben op beide aspecten. Niettemin bestaan er hypothesen, zoals in sommige gevallen van onderhandelingsprocedure, waarbij de gunning niet noodzakelijk betekent dat de offerte werd goedgekeurd, maar ze bijvoorbeeld leidt tot de ondertekening van een overeenkomst of tot briefwisseling volgens de handelsgebruiken.

De Raad van State merkt in zijn advies op dat in de Nederlandse tekst de termen «gunning» en «toewijzing» omgekeerd zouden moeten worden gebruikt (zie m.n. de punten 9 en 19 van het advies). Er blijkt bij de Raad van State inderdaad een traditie in die zin te bestaan. Nochtans gaat het taalkundig om synonymen die in de huidige regelgeving door elkaar worden gebruikt met exact dezelfde betekenis. In het ontwerp wordt aan beide begrippen een verschillende juridische betekenis gegeven om het systeem van de wachttermijn werkbaar te maken in het interne recht. Men dient inderdaad te vermijden dat de informatie over de gunningsbeslissing, die de begunstigde van de opdracht bereikt bij de aanvang van de wachttermijn, het contract zou doen totstandkomen (zie artikel 117 van het huidige koninklijk besluit van 8 januari 1996). De stellers van het ontwerp hebben ervoor geopteerd om «gunning» met «attribution» te associëren, dus met de eigenlijke gunningsbeslissing, en «toewijzing» met «conclusion», dus met het totstandkomen van het contract, en niet omgekeerd. De reden is dat de termen «gunningsprocedure» en «gunningsbeslissing» ingeburgerd zijn als zijnde gerelateerd aan de afwikkeling van de hele procedure vanaf de lancering ervan tot aan de uiteindelijke beslissing van de aanbestedende overheid en dat de totstandkoming van het contract daarbij slechts het appendix is. Aan de wens van de Raad van State is daarom geen gevolg gegeven.

De tekst vermeldt eveneens dat de aan de begunstigde verstrekte informatie, overeenkomstig § 2, geen enkele contractuele verbintenis doet ontstaan. De opdracht wordt immers slechts toegewezen door de betekening van deze contractuele verbintenis aan de begunstigde. Het tweede lid van § 1 verduidelijkt dat

prendre d'autres formes à déterminer par le Roi (par exemple, comme rappelé ci-avant, par la signature du contrat par chacune des parties).

Une importante disposition nouvelle précise au § 1^{er} qu'une fois conclu, le contrat n'est plus susceptible d'une suspension ou d'une annulation par le juge, qui serait fondée sur l'attribution irrégulière du marché. L'irrégularité peut concerner n'importe quelle étape de la procédure de passation, par exemple la sélection. Dans cette hypothèse, le préjudice éventuellement subi entraînera le cas échéant le paiement de dommages et intérêts. Par contre, l'exécution du marché ne pourra plus être remise en cause. Cette règle est justifiée par la nécessité de maintenir l'unité d'exécution et de responsabilité lors de l'exécution du marché et, dès lors, de garantir la sécurité juridique. La compétence d'annulation de la décision d'attribution par le Conseil d'État est quant à elle inchangée, vu que cette compétence ne peut concerner le contrat. La suspension ou l'annulation par le juge reste également possible pour des raisons autres qu'une attribution irrégulière. Cette disposition ne porte cependant pas préjudice à l'application du § 4 du même article, en matière de sanction du non-respect d'un délai d'attente. Dans cette hypothèse en effet et selon les modalités dudit paragraphe, un soumissionnaire pourra demander au juge qu'il prononce l'annulation du contrat.

Le § 2 précise que les candidats et les soumissionnaires ont le droit d'obtenir du pouvoir adjudicateur des informations au sujet de leur candidature ou de leur offre dès que l'autorité compétente a pris une décision les concernant. La disposition habilite cependant le Roi à prévoir des exceptions et modalités particulières pour les marchés inférieurs à certains seuils. Dans le cadre de la réglementation précédente, une mesure similaire avait été appliquée pour les marchés passés par procédure négociée sans publicité n'atteignant pas les seuils fixés pour la publicité européenne. Le second alinéa du § 2 prévoit que certains renseignements peuvent ne pas être divulgués dans les hypothèses y énumérées. Les exceptions sont conformes à ce qui est fixé dans les directives européennes.

Le § 3 impose qu'un délai d'attente soit respecté par le pouvoir adjudicateur avant de conclure le marché. Cette formalité doit permettre aux soumissionnaires évincés d'introduire un recours contre l'attribution du marché.

deze gunning, bij onderhandelingsprocedure, via andere door de Koning te bepalen modaliteiten kan plaatsvinden (bijvoorbeeld, zoals hierboven vermeld, via de ondertekening van de overeenkomst door elk van de partijen.

Een nieuwe belangrijke bepaling in § 1 wijst erop dat de overeenkomst, zodra de opdracht is toegewezen, niet meer vatbaar is voor schorsing of vernietiging door de rechtbank op grond van een onregelmatige gunning van de opdracht. De onregelmatigheid kan om het even welke stap in de gunningsprocedure betreffen, bijvoorbeeld ook de selectie. In dit geval zal het eventueel geleiden nadeel aanleiding geven tot de betaling van schadevergoeding. De uitvoering van de opdracht kan daarentegen niet meer op de helling worden gezet. Deze regeling is verantwoord door de noodzaak om de eenheid van uitvoering en aansprakelijkheid te handhaven bij de uitvoering van de opdracht en aldus de rechtszekerheid te dienen. De vernietigingsbevoegdheid van de Raad van State ten aanzien van de gunningsbeslissing blijft echter onverkort bestaan daar die bevoegdheid de overeenkomst niet kan treffen. Schorsing of vernietiging door de rechter om andere redenen dan een onregelmatige gunning blijft eveneens mogelijk. Deze bepaling doet evenwel geen afbreuk aan de toepassing van paragraaf 4 van hetzelfde artikel, omtrent de sanctie van het niet respecteren van de wachttijd. Immers kan de inschrijver in die hypothese en volgens de modaliteiten van de bedoelde paragraaf aan de rechter vragen om het contract te vernietigen.

Paragraaf 2 verduidelijkt dat de kandidaten en inschrijvers recht hebben op informatie over hun kandidatuur of offerte die hen door de aanbestedende overheid moet worden verstrekt, zodra de bevoegde overheid een beslissing heeft genomen die op hen betrekking heeft. De bepaling machtigt evenwel de Koning ertoe uitzonderingen en specifieke modaliteiten vast te leggen voor opdrachten beneden bepaalde drempel-bedragen. In het kader van de vroegere reglementering, was een gelijkaardige maatregel van toepassing op de opdrachten gegund bij onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking die de drempels voor de Europese bekendmaking niet bereikten. Het tweede lid van § 2 bepaalt dat bepaalde gegevens niet openbaar mogen worden gemaakt in de opgesomde gevallen. De uitzonderingen zijn in overeenstemming met de bepalingen van de Europese richtlijnen hieromtrent.

Paragraaf 3 legt op dat door de aanbestedende overheid een wachttijd zou worden gerespecteerd alvorens de opdracht toe te wijzen. Op grond van deze formaliteit moeten de afgewezen inschrijvers beroep kunnen aantekenen tegen de gunning van de opdracht.

Le Roi détermine le délai minimum et le point de départ du délai d'attente, conformément au droit européen. Ce délai doit en tout cas être suffisamment long pour permettre un recours efficace. Un délai de 15 jours paraît en ce sens raisonnable.

Le Roi peut également déterminer une prolongation éventuelle de ce délai pour permettre le déroulement de la procédure d'examen des recours introduits en temps utile, c'est-à-dire pendant le délai d'attente initial. A l'expiration de ce délai, en l'absence d'une décision du juge sur le recours en suspension, le marché peut être conclu.

La procédure d'urgence est celle qui est prévue selon le cas par les lois coordonnées sur le Conseil d'État en ce qui concerne les autorités qui y sont soumises ou par le Code judiciaire pour les autres personnes. Il ne s'agit donc pas ici d'un choix à effectuer par le requérant.

Contrairement à l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993, le § 3 ne prévoit pas un délai d'attente spécifique pour les candidats non sélectionnés dans une procédure se déroulant en deux phases. Il ne paraît pas utile d'établir un délai d'attente à ce premier stade de la procédure. Les candidats non-sélectionnés disposent en effet du temps nécessaire pour introduire un recours s'ils s'estiment lésés puisque aucune décision portant sur l'attribution du marché n'est encore prise à ce moment.

Le § 3 supprime la nécessité d'un préjudice grave et difficilement réparable pour introduire un recours en extrême urgence devant le Conseil d'État. Cette modification apparaissait comme indispensable au respect par la Belgique des directives recours de la Communauté européenne ainsi que de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes. La suppression de cet obstacle est toutefois tempérée par l'obligation, tant dans le chef de la juridiction administrative que de la juridiction de droit commun, de prendre également en compte la balance entre l'intérêt public et l'intérêt du soumissionnaire.

Le § 3 précise enfin que le Roi peut prévoir des exceptions au respect d'un tel délai pour certains types de marchés et procédures, et pour des marchés inférieurs à certains seuils.

De Koning bepaalt de minimumtermijn en de ingangsdatum van de wachtermijn overeenkomstig het Europees recht. Deze termijn moet in ieder geval voldoende ruim zijn om een deugdelijk beroep mogelijk te maken. Een termijn van 15 dagen lijkt in dat opzicht redelijk.

De Koning kan eveneens een eventuele verlenging van die termijn bepalen om de afwikkeling van de procedure toe te laten met betrekking tot het onderzoek van de ingestelde beroepen die tijdig werden ingesteld, d.i. tijdens de initiële wachtermijn. Indien bij het verstrijken van die termijn, de rechter nog geen beslissing heeft genomen over het beroep tot schorsing, mag de opdracht worden toegewezen.

De geëigende spoedprocedure die moet worden gevolgd, is die bedoeld in de gecoördineerde wetten op de Raad van State ten aanzien van de overheden die hieraan onderworpen zijn of in het Gerechtelijk Wetboek ten aanzien van de andere rechtspersonen. Het gaat hier dus niet om een keuzemogelijkheid in hoofde van de verzoeker.

In tegenstelling tot artikel 21bis van de wet van 24 december 1993, voorziet § 3 niet in een specifieke wachtermijn voor de niet-geselecteerde kandidaten in het kader van een procedure die twee stappen omvat. Het lijkt niet nuttig om in dit eerste stadium van de procedure een wachtermijn te behouden. De niet-geselecteerde kandidaten die zich benadeeld achten, beschikken immers over de nodige tijd om een rechtsvordering in te stellen, want op dat ogenblik is nog geen enkele beslissing genomen over de gunning van de opdracht.

Paragraaf 3 schrapte de noodzaak van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel voor het instellen van een beroep volgens de spoedprocedure voor de Raad van State. Deze wijziging is noodzakelijk wil België de Europees beroepsrichtlijnen alsook de rechtspraak van het Hof van Justitie terzake eerbiedigen. De opheffing van deze voorwaarde wordt niettemin getemperd door de verplichting voor zowel de Raad van State als de gewone rechter om een uitspraak te doen mede met inachtneming van een afweging tussen het algemeen belang en de belangen van de inschrijver.

Paragraaf 3 vermeldt tenslotte dat de Koning kan voorzien in uitzonderingen op het in acht nemen van deze termijn voor bepaalde soorten opdrachten en procedures, en voor opdrachten beneden bepaalde drempelbedragen.

Le § 4 précise des modalités nouvelles permettant à un soumissionnaire lésé ou risquant de l'être de demander l'annulation du contrat dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur n'aurait pas respecté un délai d'attente alors qu'il y était tenu. La disposition vise non seulement le non-respect de la formalité du délai d'attente en tant que telle mais également les cas dans lesquels le pouvoir adjudicateur, tout en ayant notifié un délai d'attente, ne respecte pas les conditions imposées (par exemple un délai minimum insuffisant ou la conclusion du contrat avant l'expiration du délai).

Le juge saisi refusera la demande d'annulation lorsque, en dehors de la méconnaissance du délai d'attente, l'attribution a eu manifestement lieu de manière régulièr, ou si le soumissionnaire concerné n'entre manifestement pas en considération pour pouvoir prétendre à l'attribution du marché.

Le juge pourra également refuser la demande, tendant à une réparation en nature, lorsque le marché est totalement ou particulièrement exécuté au moment du prononcé.

Le juge compétent en l'espèce est, selon les cas, le président du tribunal de première instance ou le président du tribunal de commerce, les deux siégeant comme en référencé.

TITRE III

Des marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux

CHAPITRE PREMIER

Champ d'application et dispositions générales

Première section

Pouvoirs adjudicateurs et définitions

Art. 45

Avec l'article 45 débute le titre III concernant les marchés publics passés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Un commentaire y a déjà été consacré dans les considérations générales.

Paragraaf 4 preciseert de nieuwe modaliteiten volgens dewelke de benadeelde inschrijver of deze die benadeeld dreigt te worden, de vernietiging van het contract kan vragen in de hypothese waarin de aanbestedende overheid geen wachttermijn zou hebben gerespecteerd terwijl zij hiertoe was verplicht. De bepaling viseert niet enkel het niet respecteren van de formaliteit van de wachttermijn als dusdanig, maar ook de gevallen waarin de aanbestedende overheid nietegenstaande het toekennen van een wachttermijn, niet de opgelegde voorwaarden respecteert (bijvoorbeeld een onvoldoende minimumtermijn of de toewijzing van het contract vóór het verstrijken van de termijn).

De betrokken rechter zal de eis tot vernietiging afwijzen wanneer buiten de miskenning van de wachttermijn, de gunning klaarblijkelijk op regelmatige wijze is verlopen of de betrokken inschrijver klaarblijkelijk niet in aanmerking komt als begunstigde van de opdracht.

De rechter zal de eis strekkende tot een herstel in natura eventueel ook kunnen afwijzen, wanneer de opdracht reeds geheel of gedeeltelijk is uitgevoerd op het ogenblik van de uitspraak.

De bevoegde rechter *in casu* is, al naargelang het geval, de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg of de Voorzitter van de Rechtbank van koophandel, beide zetelend als in kort geding.

TITEL III

Overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten

HOOFDSTUK I

Toepassingsgebied en algemene bepalingen

Afdeling I

Aanbestedende overheden en definities

Art. 45

Met artikel 45 begint titel III betreffende de overheidsopdrachten die gegund worden in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten. Deze titel werd reeds toegelicht in de algemene beschouwingen.

Le titre III est réparti en deux chapitres. Le premier traite des personnes, des marchés et des activités visés, et le second, des modes de passation applicables.

L'article 45 énumère les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'application du titre III. Cet article, tout comme l'article 12, est d'une importance fondamentale. Il se réfère tout d'abord aux pouvoirs adjudicateurs déjà visés à l'article 2, 1^o et 2^o. En effet, lorsque ces pouvoirs adjudicateurs exercent une des activités déterminées aux articles 46 et suivants, la passation des marchés publics s'y rapportant est régie par le présent titre. Il en résulte que certains pouvoirs adjudicateurs ne seront soumis qu'au présent titre parce qu'ils exercent comme seule activité une de celles y indiquées. D'autres pouvoirs adjudicateurs auront leurs marchés soumis tantôt au régime du titre II, tantôt au régime du titre III, selon que la finalité du marché considéré relève des finalités visées respectivement par l'un ou l'autre régime. Ainsi par exemple, une commune sera soumise au régime du titre III pour la passation des marchés ayant trait à la production et à la distribution d'eau potable, si elle gère elle-même cette activité, et au régime du titre II pour la passation de ses autres marchés publics. Les solutions ici apportées ne diffèrent pas de celles existant à l'heure actuelle

En ce qui concerne les intercommunales qui ont des activités dans certains secteurs tels que ceux de l'eau et de l'énergie, elles constituent des personnes morales de droit public soumises à la présente loi . Il faut en outre préciser que la présence éventuelle en leur sein d'un partenariat privé ne modifie en rien le statut public de l'intercommunale. Par conséquent, tous les marchés publics à conclure au nom de l'intercommunale avec des tiers doivent l'être dans le respect de la présente législation et des conditions y prévues.

L'article 45 réfère également aux entreprises publiques, définies à l'article 2, 2^o. Une liste non limitative de ces entreprises publiques sera établie par le Roi.

Lalinéa 2 de l'article 45 aborde la situation spécifique de ces entreprises publiques, lorsqu'une loi, un décret ou une ordonnance distingue parmi leurs activités celles ayant trait à leurs tâches de service public et celles n'y ayant pas trait et se trouvant dès lors en concurrence avec des entreprises privées.

Titel III is onderverdeeld in twee hoofdstukken. Het eerste heeft betrekking op de bedoelde personen, opdrachten en activiteiten en, het tweede, op de toepasselijke gunningwijzen.

Artikel 45 somt de aanbestedende overheden op die tot het toepassingsgebied van titel III behoren. Net zoals artikel 12, is dit artikel van fundamenteel belang. Het verwijst in de eerste plaats naar de reeds in artikel 2, 1^o en 2^o, bedoelde aanbestedende overheden. Wanneer deze aanbestedende overheden één van de activiteiten uitoefenen, als bedoeld in de artikelen 46 en volgende, regelt deze titel immers de gunning van de overheidsopdrachten betreffende deze activiteiten. Dit betekent dat sommige aanbestedende overheden enkel tot het toepassingsgebied van deze titel behoren, omdat hun enige activiteit vermeld is bij de in deze titel bedoelde activiteiten. De opdrachten van andere aanbestedende overheden behoren zowel tot het stelsel van titel II als tot het stelsel van titel III, naargelang de doelstelling van de opdracht aansluit bij doelstellingen die respectievelijk tot het toepassingsgebied van het ene of het andere stelsel behoren. Een gemeente behoort bijvoorbeeld tot het stelsel van titel III voor de gunning van haar opdrachten betreffende de productie en voorziening van drinkwater, indien zij deze activiteit zelf beheert, en tot het stelsel van titel II voor de gunning van haar overige overheidsopdrachten. De in dit kader aangebrachte oplossingen zijn niet verschillend van de huidige oplossingen.

De intercommunales die activiteiten uitoefenen in bepaalde sectoren zoals de sectoren water en energie, zijn publiekrechtelijke rechtspersonen die tot het toepassingsgebied van deze wet behoren. Bovendien moet worden verduidelijkt dat de intercommunales die eventueel een privaat partnerschap hebben afgesloten, hun openbaar statuut blijven behouden. De intercommunales dienen dan ook deze wetgeving en haar voorschriften na te leven in het kader van alle overheidsopdrachten die ze aan derden gunnen in hun naam.

Artikel 45 verwijst eveneens naar de overheidsbedrijven zoals omschreven in artikel 2, 2^o. De Koning stelt een niet-limitatieve lijst op van deze overheidsbedrijven.

Het tweede lid van artikel 45 gaat dieper in op de specifieke toestand van deze overheidsbedrijven, wanneer een wet, een decreet of een ordonnantie een onderscheid maakt tussen de activiteiten die betrekking hebben op taken van openbare dienst en deze die geen betrekking hebben op die taken en in mededinging met privé-bedrijven worden uitgevoerd.

L'article 69 précise de son côté que le titre IV est applicable aux marchés passés par les entreprises publiques dans le cadre de leurs tâches qui ne sont pas des tâches de service public au sens d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance mais qui néanmoins tombent dans le champ d'activités de la directive 2004/17/CE.

Section II

Champ d'application quant au marché

Art. 46

Cet article introduit le champ d'application du chapitre premier du titre III, quant aux marchés visés. Pour la clarté, les termes «marchés publics» couvrent non seulement les marchés publics au sens strict mais également les autres contrats et accords définis à l'article 3.

L'alinéa 2 de l'article 46 prévoit cependant que les règles en matière d'octroi de concessions de travaux publics par des pouvoirs adjudicateurs et des entreprises publiques ne sont pas applicables lorsque ces concessions sont octroyées pour leurs propres activités dans les secteurs spéciaux. Ceux-ci peuvent donc octroyer de telles concessions sans appliquer les dispositions du présent projet mais les principes généraux du Traité figurant dans la communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions (2000/C-121/02-JOCE n° C-121 du 29 avril 2000, p. 2 à 13).

Section III

Marchés publics dans les secteurs de l'eau et de l'énergie et exclusions spécifiques

Art. 47

Cet article n'apporte aucun changement aux activités visées à l'article 50 de la loi précédente.

Dans les secteurs de l'eau et de l'énergie sont visées les activités suivantes:

1° la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable, d'électricité, de gaz ou de chaleur;

Artikel 69 bepaalt op zijn beurt dat titel IV van toepassing is op de door de overheidsbedrijven gegunde opdrachten die voortvloeien uit hun taken die geen taken van openbare dienst zijn, als bedoeld in een wet, een decreet of een ordonnantie, maar niettemin tot het toepassingsgebied van richtlijn 2004/17/EG behoren.

Afdeling II

Toepassingsgebied wat de opdrachten betreft

Art. 46

Dit artikel bepaalt het toepassingsgebied van het eerste hoofdstuk van titel III voor wat betreft de geviseerde opdrachten. Voor alle duidelijkheid: de term «overheidsopdrachten» omvat niet enkel de overheidsopdrachten in de strikte zin, maar eveneens de andere overeenkomsten en akkoorden omschreven in artikel 3.

Het tweede lid van artikel 46 bepaalt evenwel dat de regels inzake de toegekende concessies voor openbare werken door aanbestedende overheden en overheidsbedrijven niet van toepassing zijn wanneer deze concessies toegekend worden voor hun activiteiten in de speciale sectoren. Deze kunnen aldus dergelijke concessies toegekennen zonder de bepalingen van het onderhavig ontwerp toe te passen, maar wel met toepassing van de algemene principes van het Verdrag, opgenomen in de interpretatieve mededeling van de Europese Commissie inzake de concessies (2000/C-121/02-PBEU nr. C-121 van 29 april 2000, blz. 2 tot 13).

Afdeling III

Overheidsopdrachten in de sectoren water en energie en specifieke uitsluitingen

Art. 47

Dit artikel wijzigt niets aan de activiteiten bedoeld in artikel 50 van de vroegere wet.

In de sectoren water en energie worden de volgende activiteiten bedoeld:

1° de terbeschikkingstelling of exploitatie van vaste netten bestemd voor dienstverlening aan het publiek op het gebied van productie, vervoer of voorziening van drinkwater, elektriciteit, gas of warmte;

2° l'alimentation de ces réseaux en eau potable, électricité, gaz ou chaleur. Toutefois, pour les entreprises publiques au sens du présent titre, mais pas pour les pouvoirs adjudicateurs au sens de l'article 1^{er}, 1°, cette activité n'est pas couverte lorsque les deux conditions ci-après sont remplies:

– l'eau potable ou l'électricité produite soit nécessaire à l'exercice par cette entreprise publique d'une autre activité que celles visées dans le secteur de l'eau ou de l'énergie, que l'alimentation du réseau public ne dépende que de la consommation propre de cette entreprise publique et qu'elle ne dépasse pas 30% de la production totale de cette entreprise;

– le gaz ou la chaleur ainsi produit soit le résultat inéluctable de l'exercice d'une autre activité que celles ici visées et que l'alimentation du réseau public ne vise qu'à une exploitation économique de ce gaz ou de cette chaleur et qu'elle ne dépasse pas 20% de la production totale de l'entreprise publique;

3° l'exploitation d'une aire géographique pour la prospection ou l'extraction de pétrole, de gaz, de charbon ou d'autres combustibles solides.

Art. 48

L'article 48 contient deux mesures distinctes dans le secteur de l'eau potable, lesquelles existent déjà à l'heure actuelle. Ces dispositions correspondent à celles de l'article 50 de la loi du 24 décembre 1993.

Art. 49

Cette disposition doit être lue en combinaison avec l'article 72, alinéa 2, du projet, au commentaire duquel il est renvoyé.

Art. 50

Cette disposition, qui correspond à celle de l'article 30 de la loi du 24 décembre 1993, maintient la solution antérieure selon laquelle, dans le secteur de l'énergie, les marchés passés par un pouvoir adjudicateur ou une entreprise publique gérant une activité dans le secteur de l'énergie et relatifs à la fourniture d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie ne sont pas soumis à l'application de la présente loi.

2° de voorziening van deze netten van drinkwater, elektriciteit, gas of warmte. Voor de overheidsbedrijven als bedoeld in deze titel, maar niet voor de aanbestedende overheden als bedoeld in artikel 1, 1°, behoren deze activiteiten evenwel niet tot het toepassingsgebied van deze wet, indien beide hierna vermelde voorwaarden vervuld zijn:

– deze drinkwater- of elektriciteitsproductie noodzakelijk is voor de door deze overheidsbedrijven uitgeefende activiteiten die niet tot de sector water of energie behoren, de bevoorrading van het openbare net enkel afhangt van het eigen verbruik van deze overheidsbedrijf en niet hoger ligt dan 30% van de totale productie van deze bedrijf;

– deze gas- of warmteproductie het onvermijdelijke gevolg is van de uitoefening van andere dan de hier bedoelde activiteiten, de bevoorrading van het openbare net enkel een economisch verantwoorde exploitatie van dit gas of deze warmte tot doel heeft en niet hoger ligt dan 20% van de totale productie van de overheidsbedrijven;

3° de exploitatie van een geografisch gebied met het oog op de prospectie of winning van olie, gas, steenkool of andere vaste brandstoffen.

Art. 48

Artikel 48 beschrijft twee verschillende maatregelen in de drinkwatersector die momenteel reeds van toepassing zijn. Deze bepalingen stemmen overeen met die vervat in artikel 50 van de wet van 24 december 1993.

Art. 49

Deze bepaling moet worden gelezen in samenhang met artikel 72, tweede lid, van het ontwerp. Er wordt verwezen naar de commentaar bij dit artikel.

Art. 50

Deze bepaling stemt overeen met artikel 30 van de wet van 24 december 1993 en verduidelijkt dat de vroegere oplossing behouden blijft. Volgens deze oplossing is deze wet niet van toepassing op de opdrachten gegenund door een aanbestedende overheid of een overheidsbedrijf die activiteiten beheert in de energiesector met het oog op de levering van energie of van brandstoffen bestemd voor de productie van energie.

Section IV

Marchés publics dans le secteur des transports et exclusions spécifiques

Art. 51

Dans le secteur des transports, sont visées les activités suivantes:

– la mise à disposition ou l'exploitation d'un réseau destiné à fournir un service au public dans le domaine du transport par train, métro, tramway, autobus, trolleybus, câble ou systèmes automatiques. La directive 93/38/CE et la législation antérieure ne visaient que l'exploitation d'un réseau de transport. Il en résultait qu'un pouvoir adjudicateur n'ayant aucune activité d'exploitation mais mettant un réseau à la disposition de transporteurs ne relevait pas pour ces marchés du régime des secteurs spéciaux. Le texte a été sur ce point aligné sur celui applicable aux autres secteurs. Désormais, les marchés relatifs à ces deux types d'activités relèveront des secteurs spéciaux. Ce sera le cas par exemple pour les marchés passés par un ministère régional et relatifs à la construction de lignes de métro exploitées ensuite par une autre entité. Une modification en ce sens a déjà été apportée aux articles 32 et 53 de la loi du 24 décembre 1993 par les articles 304 et 311 de la loi-programme du 9 juillet 2004. Il s'agissait-là d'une transposition partielle de la directive 2004/17/CE afin de permettre l'utilisation des souplesses du régime des secteurs spéciaux dans le cas évoqué ci-dessus. Cette transposition permettait également d'éviter qu'en cas de scission entre les activités de mise à disposition et d'exploitation d'un réseau comme pour les chemins de fer, les premières entrent dans le champ du régime classique;

– l'exploitation d'une aire géographique en vue de la mise à disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux d'aéroports, de ports maritimes ou intérieurs ou d'autres terminaux de transport.

Afdeling IV

Overheidsopdrachten in de sector vervoer en specifieke uitsluitingen

Art. 51

In de sector vervoer worden de volgende werkzaamheden bedoeld:

– de terbeschikkingstelling of exploitatie van een net bestemd voor dienstverlening aan het publiek op het gebied van vervoer per trein, metro, tram, autobus, trolleybus, kabelbaan of zelfbesturingssysteem. De richtlijn 93/38/EG en de vroegere wetgeving hadden enkel betrekking op de exploitatie van een transportnet. Bijgevolg behoorde een aanbestedende overheid die geen enkele exploitatie-activiteit uitvoerde maar de vervoerders een net ter beschikking stelde, voor deze opdrachten niet tot het stelsel van de speciale sectoren. Wat dit punt betreft, werd de tekst afgestemd op die betreffende de andere sectoren. Voortaan behoren de opdrachten betreffende deze beide soorten activiteiten tot de speciale sectoren. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de opdrachten betreffende de aanleg van metrolijnen die gegund worden door een gewestelijk ministerie en vervolgens door een andere entiteit worden geëxploiteerd. De artikelen 32 en 53 van de wet van 24 december 1993 werden reeds gewijzigd in die zin bij de artikelen 304 en 311 van de programmawet van 9 juli 2004. Het ging om een gedeeltelijke omzetting van richtlijn 2004/17/EG teneinde gebruik te kunnen maken van de versoepelingen voor het stelsel van de speciale sectoren in het hierboven vermelde geval. Deze omzetting had eveneens tot doel te vermijden dat bij een splitsing tussen, enerzijds, de activiteiten inzake terbeschikkingstelling en, anderzijds, die inzake exploitatie van een net, zoals voor de spoorwegen, eerstgenoemde activiteiten tot het klassieke stelsel zouden behoren;

– de exploitatie van een geografisch gebied met het oog op de terbeschikkingstelling aan vervoersondernemingen via lucht, zee of binnenwateren, van luchttrein-, of binnenvaart havens of andere vervoerterminals.

Section V

Marchés publics dans le secteur des services postaux

Art. 52

Compte tenu de la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté et du fait que de tels services sont fournis à travers un réseau, tant par des pouvoirs adjudicateurs et des entreprises publiques que par d'autres entreprises, la directive 2004/17/CE prévoit que les marchés passés par les entités adjudicatrices offrant des services postaux sont dorénavant soumis aux règles de cette directive.

Tout en sauvegardant l'application des principes d'égalité de traitement, de reconnaissance mutuelle, de proportionnalité et de transparence, ces règles créent un cadre pour des pratiques commerciales loyales et permettent davantage de flexibilité que n'en offrent les dispositions de la directive 2004/18/CE. Pour la définition des activités visées, il convient de tenir compte de l'article 7 de la directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, telle qu'il a été transposé dans l'article 144 octies de la loi du 31 mars 1991.

Section VI

Marchés concernant plusieurs activités et exclusions générales

Art. 53

Outre les exclusions spécifiques prévues aux articles précédents, l'article 52 regroupe des exclusions générales, applicables aux quatre secteurs d'activités. Elles concernent:

- les marchés passés pour la poursuite dans un pays tiers des activités visées au titre III, n'impliquant pas l'exploitation physique d'un réseau ou d'une aire géographique à l'intérieur de la Communauté européenne;

- les marchés passés en vue d'une revente ou d'une location à des tiers lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entreprise publique ne dispose pour ce faire daucun

Afdeling V

Overheidsopdrachten in de sector postdiensten

Art. 52

Rekening houdend met de voortschrijdende openstelling van de postdiensten van de Gemeenschap voor mededinging en de vaststelling dat deze diensten zowel door aanbestedende overheden, overheidsbedrijven als andere ondernemingen via een netwerk worden verstrekt, bepaalt de richtlijn 2004/17/EG dat de voorschriften van deze richtlijn voortaan van toepassing zijn op de opdrachten gegund door aanbestedende diensten die postdiensten aanbieden.

Deze voorschriften vrijwaren de toepassing van de beginselen van gelijke behandeling, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie en bieden tegelijk een kader voor loyale handelspraktijken en laten een grotere flexibiliteit toe dan mogelijk is op grond van de bepalingen van richtlijn 2004/18/EG. Voor de vaststelling van de beoogde activiteiten moet rekening worden gehouden met artikel 7 van richtlijn 97/67/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 1997 betreffende gemeenschappelijke regels voor de ontwikkeling van de interne markt voor postdiensten in de Gemeenschap en de verbetering van de kwaliteit van de dienst, zoals omgezet door artikel 144 octies van de wet van 31 maart 1991.

Afdeling VI

Opdrachten betreffende meerdere activiteiten en algemene uitsluitingen

Art. 53

Behalve de specifieke uitsluitingen vervat in de vorige artikelen, bevat artikel 52 algemene uitsluitingen die van toepassing zijn op de vier activiteitssectoren. Ze hebben betrekking op:

- de opdrachten gegund met het oog op de uitvoering in een derde land van de in titel III bedoelde activiteiten die niet gepaard gaan met een materiële exploitatie van een net of een geografisch gebied binnen de Europese Gemeenschap;

- de opdrachten gegund met het oog op de doorverkoop of het verhuren aan derden wanneer de aanbestedende overheid of het overheidsbedrijf daartoe

droit spécial ou exclusif et que d'autres personnes peuvent librement vendre ou louer l'objet de ces marchés dans les mêmes conditions que le pouvoir adjudicateur, ce qui prouve que ces marchés sont ouverts à la concurrence;

– les marchés passés auprès d'une entreprise liée ou d'une co-entreprise. Cette exclusion, limitée jusqu'à présent aux seuls marchés de services s'applique désormais également aux marchés de travaux et de fournitures. Selon le considérant 32 de la directive 2004/17/CE, il convient d'exclure certains marchés de services, de fournitures et de travaux attribués à une entreprise liée dont l'activité principale est de fournir ces services, fournitures ou travaux au groupe auquel elle appartient et non de les commercialiser sur le marché. Il convient également d'exclure certains marchés de services, de fournitures et de travaux attribués par une entité adjudicatrice à une coentreprise, constituée de plusieurs entités adjudicatrices aux fins de la poursuite des activités visées par la présente directive et dont elle fait partie. Toutefois, il est opportun de garantir que cette exclusion ne provoque pas des distorsions de la concurrence au bénéfice des entreprises ou des coentreprises qui sont liées aux entités adjudicatrices; il convient de prévoir un ensemble approprié de règles, notamment sur les limites maximales dans lesquelles les entreprises peuvent obtenir une partie de leur chiffre d'affaires à partir du marché et au-delà desquelles elles perdraient la possibilité de se voir attribuer des marchés sans mise en concurrence, sur la composition des coentreprises et sur la stabilité des rapports entre ces coentreprises et les entités adjudicatrices;

– les marchés passés à des fins autres que la poursuite des activités visées au titre III. Dans cette hypothèse, l'exclusion ne vise que l'application du titre III. En effet, certains pouvoirs adjudicateurs, par exemple des communes, gèrent des activités tombant les unes sous le titre II, les autres sous le titre III, et il ne convient pas que par une exclusion générale prévue dans le titre III, les activités du titre II échappent à la législation relative aux marchés publics;

– les marchés relatifs à une activité relevant des secteurs spéciaux, lorsqu'il peut être prouvé que cette activité est directement exposée à la concurrence, sur des marchés dont l'accès n'est pas limité. Cette exclusion n'est cependant pas automatique, elle est subordonnée

geen enkel bijzonder of uitsluitend recht geniet en andere personen, onder dezelfde voorwaarden als de aanbestedende overheid, het voorwerp van deze opdrachten vrij kunnen verkopen of verhuren, wat bewijst dat deze opdrachten openstaan voor mededinging;

– de opdrachten gegund aan verbonden of gemeenschappelijke ondernemingen. Deze uitsluiting voorheen beperkt tot de opdrachten voor diensten, is voortaan eveneens van toepassing op de opdrachten voor werken en leveringen. Volgens de overweging 32 van richtlijn 2004/17/EG moeten sommige opdrachten 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 groep waarvan zij deel uitmaakt en niet op de markt te verhandelen, worden uitgesloten. Ook bepaalde opdrachten voor diensten, leveringen en werken die een aanbestedende overheid plaatst bij een gemeenschappelijke onderneming, bestaande uit verscheidene aanbestedende overheden, voor de uitvoering van de onder deze richtlijn vallende activiteiten, en waar zij zelf deel van uitmaakt, dienen van het toepassingsgebeid van deze richtlijn te worden uitgesloten. Er dient evenwel te worden voorkomen dat deze uitsluiting leidt tot verstoringen van de mededinging ten gunste van de ondernemingen of gemeenschappelijke onderneming die verbonden zijn met de aanbestedende diensten; er dient te worden voorzien in adequate regels, met name wat betreft de grenzen tot welke de ondernemingen een deel van hun omzet op de markt mogen halen en waarboven zij de mogelijkheid tot overheidsopdrachten zonder oproep tot mededinging verliezen, de samenstelling van de gemeenschappelijke ondernemingen en de stabiliteit van de betrekkingen tussen deze gemeenschappelijke ondernemingen en de aanbestedende overheden waaruit zij bestaan;

– de opdrachten gegund voor andere doeleinden dan de uitoefening van de in titel III bedoelde activiteiten. In deze veronderstelling, heeft de uitsluiting enkel betrekking op de toepassing van titel III. Sommige aanbestedende overheden, zoals gemeenten, beheren immers activiteiten waarvan een aantal tot titel II en ander aantal tot titel III behoort. Het is niet de bedoeling dat de activiteiten van titel II ontrokken worden aan de wetgeving betreffende de overheidsopdrachten via een algemene uitsluiting als bedoeld in titel III;

– de opdrachten betreffende activiteiten die tot de speciale sectoren behoren, wanneer kan worden bewezen dat deze activiteiten rechtstreeks blootstaan aan mededinging op markten waar de toegang niet beperkt is. Deze uitsluiting wordt evenwel niet automatisch toe-

à une procédure de demande d'exemption par l'autorité nationale compétente et à une décision de la Commission européenne. Tenant compte des dispositions de la directive 2004/17/CE, c'est à la Commission européenne qu'il reviendra de se prononcer et, ce afin de garder une uniformité dans l'application de cette mesure.

CHAPITRE II

Modes de passation

Art. 54

L'article 54 entame le chapitre II portant sur les modes de passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux. Les différents modes de passation correspondent à ceux définis pour les marchés publics classiques, à une importante exception près, conforme à la directive 93/38/CEE, remplacée par la directive 2004/17/CE: dans les secteurs d'activités concernés, les pouvoirs adjudicateurs disposent du libre choix entre les procédures ouvertes, restreintes ou négociées, pour autant que la mise en concurrence respecte les règles de publicité fixées par le Roi. Certains marchés peuvent néanmoins être passés par procédure négociée, sans respecter de règles de publicité préalable dans les cas déterminés au § 2. Ces cas sont dans l'ensemble alignés sur ceux de la directive 2004/17/CE, auxquels s'ajoutent quelques cas uniquement applicables aux marchés n'atteignant pas les seuils européens.

Le § 2 de l'article 54 est consacré à la procédure négociée sans publicité lors du lancement de la procédure, dont traitaient précédemment les articles 39 et 41 quater de la loi du 24 décembre 1993. Cette procédure ne peut être utilisée que dans les cas déterminés de façon limitative par la loi. Cette dispense de publication ne s'applique que pour le stade du lancement de la procédure car d'autres dispositions en matière de publicité sont prévues par la directive 2004/17/CE (notamment la publication d'avis périodiques indicatifs constituant une mise en concurrence et d'avis de marchés passés pour des projets atteignant les seuils européens). Une consultation de plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services doit en outre si possible avoir lieu. L'impossibilité d'opérer cette consultation devra, comme pour les marchés du titre II, être dûment motivée dans les documents du marché.

gepast. Ze is afhankelijk van een aanvraagprocedure voor het bekomen van een vrijstelling gevraagd door de bevoegde nationale overheid en van een beslissing van de Europese Commissie. Rekening houdend met de bepalingen van richtlijn 2004/17/EG, dient de Europese Commissie zich hierover uit te spreken met het oog op de eenvormige toepassing van deze maatregel.

HOOFDSTUK II

Gunningswijzen

Art. 54

Met artikel 54 begint hoofdstuk II betreffende de gunningwijzen van de overheidsopdrachten in de speciale sectoren. De diverse gunningwijzen stemmen overeen met die van de klassieke overheidsopdrachten, op één belangrijke uitzondering na die in overeenstemming is met de richtlijn 93/38/EEG, vervangen door de richtlijn 2004/17/EG: in de betrokken activiteitssectoren kunnen de aanbestedende overheden vrij kiezen tussen de open, beperkte of onderhandelingsprocedures, voor zover door de Koning bepaalde bekendmakingsregels worden nageleefd in het kader van de mededinging. Niettemin kunnen bepaalde opdrachten worden gegund bij onderhandelingsprocedure zonder naleving van de bekendmakingsregels in de in § 2 bepaalde gevallen. Deze gevallen zijn globaal gezien in overeenstemming met die van de richtlijn 2004/17/EG. Hetzelfde geldt voor sommige gevallen die enkel van toepassing zijn op de opdrachten die de Europese drempels niet bereiken.

Paragraaf 2 van artikel 54 is gewijd aan de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking bij de aanvang van de procedure die vroeger behandeld werd in de artikels 39 en 41 quater van de wet van 24 december 1993. Deze procedure mag slechts worden gebruikt in de door de wet beperkt opgesomde gevallen. Deze vrijstelling inzake bekendmaking is enkel van toepassing in het stadium van de aanvang van de procedure. De richtlijn 2004/17/EG bevat immers andere bepalingen inzake bekendmaking (met name de bekendmaking van periodieke indicatieve aankondigingen gebruikt als oproep tot mededinging en aankondigingen van gegeunde opdrachten voor projecten die de Europese drempels bereiken). Bovendien moeten, indien mogelijk, meerdere aannemers, leveranciers of dienstverleners worden geraadpleegd. Net zoals voor de opdrachten van titel II, dient de onmogelijkheid om deze raadpleging te organiseren behoorlijk te worden gemotiveerd in de documenten van de opdracht.

Il y a lieu de considérer qu'une consultation de plusieurs concurrents est en principe possible dans les cas du § 2 énumérés aux points 1°, a) à d), et, dans le cas d'un accord-cadre conclu avec plusieurs opérateurs économiques, au g), 4°, c) et d) et, lorsque plusieurs lauréats ont été désignés à la suite d'un concours de projets, au point 5°.

Le § 2 répartit les différents cas en distinguant ceux qui s'appliquent tant pour les travaux que pour les fournitures et les services et ceux spécifiques à l'une ou l'autre catégorie de marché. Dans l'ensemble, ces cas sont harmonisés sur ceux prévus par la directive 2004/17/CE. Cependant, quelques cas non prévus par la directive ont été retenus pour des marchés n'atteignant pas les seuils européens. Ils seront commentés ci-après.

Les cas visés au § 2, 1°, a) à e) sont en substance comparables à ceux déterminés à l'article 26, § 2, 1°, a) à d) et f) du projet.

Le cas du § 2, 1°, g), s'applique aux marchés à passer sur la base d'un accord-cadre. Un tel cas n'existe pas dans le régime classique.

Le § 2, 2°, concernant les marchés de travaux ou de services complémentaires, correspond à la disposition de l'article 26, § 1^{er}, 2°, a), à une exception près: dans les secteurs spéciaux, la disposition n'impose pas que ces travaux ou services complémentaires n'excède pas cinquante pour cent du montant du marché principal.

Le § 2, 3°, correspond en partie à la disposition de l'article 26, § 1^{er}, 2, b). Cependant, dans les secteurs spéciaux, l'hypothèse ne s'applique que pour des travaux nouveaux consistant dans la répétition d'ouvrages similaires mais non pour des services. Elle n'est, par ailleurs, pas limitée dans le temps et le premier marché peut avoir également été passé par une procédure négociée avec publicité, celle-ci étant une procédure ordinaire dans les secteurs spéciaux.

Quant au cas du § 2, 4°, a), il correspond pour l'essentiel à celui de l'article 26, § 1^{er}, 3°, b). Cependant, dans les secteurs spéciaux, le recours à cette disposition n'est pas limité dans le temps.

Le cas du § 2, 4°, b), est identique à celui de l'article 26, § 1^{er}, 3°, c), au commentaire duquel il est renvoyé.

Hier past de bemerking dat een raadpleging van meerdere concurrenten in principe mogelijk is in de gevallen van § 2 vermeld in punt 1°, a) tot d) en in g), 4°, c) en d) in het geval van een raamovereenkomst gesloten met meerdere ondernemers, en in punt 5° als ingevolge een ontwerpenwedstrijd meerdere winnaars zijn aangeduid.

Paragraaf 2 bevat een indeling van de diverse gevallen waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen de gevallen die van toepassing zijn op de werken, leveringen en diensten en de gevallen die specifiek betrekking hebben op een of andere opdrachtencategorie. Over het algemeen zijn deze gevallen afgestemd op die bedoeld in de richtlijn 2004/17/EG. Voor de opdrachten beneden de Europese drempels, werd evenwel rekening gehouden met enkele gevallen die niet vermeld zijn in de richtlijn. Ze worden hierna toegelegd.

De gevallen bedoeld in § 2, 1°, a) tot e) zijn hoofdzakelijk vergelijkbaar met die omschreven in artikel 26, § 2, 1°, a) tot d) en f) van het ontwerp.

Het in § 2, 1°, g), bedoelde geval is van toepassing op de opdrachten gegund op grond van een raamovereenkomst. Dit geval bestaat niet in het klassieke stelsel.

Paragraaf 2, 2°, betreffende de opdrachten voor aanvullende werken of diensten, stemt overeen met de bepaling van artikel 26, § 1, 2°, a), op één uitzondering na: in de speciale sectoren moet de waarde van deze aanvullende werken of diensten niet noodzakelijk hoger zijn dan vijftig percent van het bedrag van de hoofdopdracht.

Paragraaf 2, 3°, stemt gedeeltelijk overeen met de bepaling van artikel 26, § 1er, 2, b). In de speciale sectoren, is de hypothese evenwel enkel van toepassing op nieuwe werken bestaande uit een herhaling van soortgelijke bouwwerken maar niet op diensten. Bovendien is ze niet beperkt in de tijd en mag de eerste opdracht eveneens worden gegund bij onderhandelingsprocedure met bekendmaking, aangezien dit een gewone procedure is in de speciale sectoren.

Het in § 2, 4°, a), bedoelde geval stemt hoofdzakelijk overeen met dat van artikel 26, § 1, 3°, b). In de speciale sectoren is het gebruik van deze bepaling evenwel niet beperkt in de tijd.

Het in § 2, 4°, b), bedoelde geval stemt overeen met dat van artikel 26, § 1, 3°, c). Er wordt verwezen naar de commentaar bij dit artikel.

L'hypothèse des fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières du § 2, 4°, c), est identique à celle de l'article 26, § 1^{er}, 3°, d). Il est renvoyé au commentaire de cet article.

Le cas du § 2, 4°, d), ne trouve pas son équivalent dans le régime classique. Il s'applique dans le cas de l'acquisition de fournitures dans des conditions particulièrement avantageuses, se présentant dans un laps de temps très court et pour lesquelles les prix sont considérablement plus bas que ceux normalement pratiqués.

Quant au cas du § 2, 4°, e), il est identique à celui de l'article 26, § 1^{er}, 3°, e), au commentaire duquel il est renvoyé.

Le § 2, 5°, est identique à la disposition de l'article 26, § 1^{er}, 4°, au commentaire duquel il est renvoyé.

Le § 2, 6°, s'applique à deux cas relatifs à des marchés n'atteignant pas les seuils européens.

Le point a) concerne des services qui ne peuvent, en raison des nécessités techniques ou d'investissements préalables importants, être confiés qu'à un prestataire de services déterminé.

Le point b) est similaire, pour des marchés de services sous les seuils européens, au cas prévu à l'article 26, § 1^{er}, 2°, b), dans le régime classique. La directive 2004/17/CE ne couvre en effet que l'hypothèse de travaux nouveaux mais il paraît utile d'admettre également celle de la répétition de services nouveaux conformes à un projet de base ayant fait l'objet d'une mise en concurrence.

Art. 55

Cet article correspond sans aucun changement à l'article 40 de la loi du 24 décembre 1993. Comme dans la directive européenne antérieure, des mesures destinées à freiner des offres contenant des produits originaires de pays tiers à la Communauté européenne sont prévues, lorsque ces pays n'accordent pas un accès comparable et effectif des entreprises de la Communauté à leurs marchés.

Dans cette hypothèse, toute offre contenant plus de cinquante pour cent de produits originaires de tels pays tiers peut être rejetée.

De hypothese van de op een grondstoffenmarkt genoteerde en aangekochte leveringen als bedoeld in § 2, 4°, c), stemt overeen met die van artikel 26, § 1, 3°, d). Er wordt verwezen naar de commentaar bij dit artikel.

Voor de in § 2, 4°, d), bedoelde hypothese is geen gelijkaardige bepaling te vinden in het klassieke stelsel. Ze is van toepassing indien leveringen worden verworven tegen uiterst gunstige voorwaarden die slechts tijdens een zeer korte periode gelden en waarvoor de prijzen merkelijk lager zijn dan de gangbare prijzen.

Het in § 2, 4°, e), bedoelde geval stemt overeen met dat van artikel 26, § 1, 3°, e). Er wordt verwezen naar de commentaar bij dit artikel.

Paragraaf 2, 5°, stemt overeen met de bepaling van artikel 26, § 1, 4°. Er wordt verwezen naar de commentaar bij dit artikel.

Paragraaf § 2, 6°, is van toepassing op twee gevallen betreffende de opdrachten die de Europese drempels niet bereiken.

Punt a) heeft betrekking op de diensten die, omwille van technische noodwendigheden of voorafgaande belangrijke investeringen, slechts aan één bepaalde dienstverlener kunnen worden toevertrouwd.

Punt b) is vergelijkbaar, wat de opdrachten voor diensten beneden de Europese drempels betreft, met het geval bedoeld in artikel 26, § 1, 2°, b), in het klassieke stelsel. De richtlijn 2004/17/EG heeft immers enkel betrekking op de hypothese van nieuwe werken. Het lijkt evenwel nuttig om ook rekening te houden met de hypothese van de herhaling van nieuwe diensten overeenkomstig een basisontwerp waarvoor de mededinging werd geraadpleegd.

Art. 55

Dit artikel bevat de ongewijzigde tekst van artikel 40 van de wet van 24 december 1993. Net zoals in de vroegere Europese richtlijn, zijn maatregelen uitgewerkt ten einde de indiening van offertes af te remmen die producten bevatten uit derde landen buiten de Europese Gemeenschap, wanneer deze landen hun markt niet op een vergelijkbare en effectieve wijze openstellen voor ondernemingen van de Gemeenschap.

In deze veronderstelling mag elke offerte worden afgewezen die voor meer dan vijftig percent producten uit zulke derde landen bevat.

Si par ailleurs, des offres sont jugées équivalentes par le pouvoir adjudicateur ou l'entreprise publique au regard du ou des critères d'attribution, une préférence doit être accordée à celle des offres qui ne peut être rejetée. Au regard du critère du prix, une offre contenant plus de cinquante pour cent de produits originaires de la Communauté sera jugée équivalente par rapport à une autre offre ne remplissant pas cette condition si elle n'excède pas de trois pour cent le montant de cette dernière. Cette obligation ne s'impose cependant pas si cette préférence obligeait le pouvoir adjudicateur ou l'entreprise publique à acquérir un matériel présentant des caractéristiques différentes de celles du matériel existant, entraînant des incompatibilités ou des difficultés techniques d'utilisation ou d'entretien.

Art. 56

L'article 56 renvoie à d'autres articles du titre II formant l'ossature de la législation relative aux marchés publics. Ils sont également d'application aux marchés publics du titre III.

Pour rappel, ces articles concernent essentiellement:

- les principes du respect de l'égalité, de la non-discrimination, de la transparence et de la concurrence (article 5, § 1^{er});
- les principes de la concurrence, du droit d'accès et de la capacité (article 5, § 2);
- le forfait, la révision des prix et les exceptions au forfait (article 6);
- le paiement après service fait et accepté et l'octroi d'avances (article 7);
- les incompatibilités (article 8);
- l'interdiction des ententes (article 9);
- les règles applicables aux moyens de communication (article 10);
- la non-divulgation de renseignements confidentiels (article 11);
- les centrales d'achat ou de marchés (article 15);

Als de aanbestedende overheid of het overheidsbedrijf bovendien oordeelt dat de offertes gelijkwaardig zijn, rekening houdend met een of meer gunningscriteria, moet de voorkeur uitgaan naar de offerte die niet mag worden afgewezen. Wat het prijscriterium betreft, zal een offerte die voor meer dan vijftig percent producten uit de Gemeenschap bevat, als gelijkwaardig worden beschouwd met een andere offerte die niet aan deze voorwaarde voldoet, indien ze het bedrag van deze laatste offerte niet met meer dan drie percent overschrijdt. Deze verplichting geldt nochtans niet indien deze voorkeur tot gevolg heeft dat de aanbestedende overheid of het overheidsbedrijf zou moeten overgaan tot de aankoop van apparatuur met andere technische eigenschappen dan de reeds gebruikte apparatuur, zodat onverenigbaarheid ontstaat of zich technische moeilijkheden bij het gebruik of het onderhoud voordoen.

Art. 56

Artikel 56 verwijst naar andere artikelen van titel II die het draagvlak vormen van de wetgeving betreffende de overheidsopdrachten. Ze zijn eveneens van toepassing op de overheidsopdrachten als bedoeld in titel III.

Ter herinnering: deze artikelen hebben hoofdzakelijk betrekking op:

- de naleving van de beginselen inzake gelijke behandeling, niet-discriminatie, transparantie en mededinging (artikel 5, § 1);
- de naleving van de beginselen van de mededinging, van het toegangsrecht en van bekwaamheid (artikel 5, § 2);
- de forfaitaire grondslag, de prijsherziening en de uitzonderingen op de forfaitaire grondslag (artikel 6);
- de betaling na verstrekte en aanvaarde diensten en de toekenning van voorschotten (artikel 7);
- de onverenigbaarheden (artikel 8);
- het verbod op elke afspraak (artikel 9);
- de regels van toepassing op de communicatiemiddelen (artikel 10);
- de niet-bekendmaking van vertrouwelijke informatie (artikel 11);
- de aankoop- of opdrachtencentrales (artikel 15);

- | | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> – les cas d'exclusion (article 17); – les règles en matière de publicité (article 19); – les règles en matière de droit d'accès et de sélection qualitative (article 20); – l'accès d'entreprises de pays tiers (article 21); – les marchés réservés (article 22); – les marchés de promotion de travaux (article 28); – le système d'acquisition dynamique (article 29); – l'enchère électronique (article 30); dans les secteurs spéciaux, cet article s'applique également à la procédure négociée avec publicité; – l'accord-cadre (article 32); – le concours de projets et certains services juridiques (article 33); – l'absence d'obligation d'attribuer le marché (article 35); – les marchés à lots (article 36); – les marchés à tranches ou sur reconduction (article 37); – les marchés conjoints (article 38); – les règles générales d'exécution (article 39); – les conditions d'exécution à caractère social (article 40); – les spécifications techniques (article 41); – le respect des obligations sociales et fiscales (article 42); – les droits des tiers sur les créances (article 43); – l'attribution du marché et l'information des candidats et soumissionnaires (article 44). | <ul style="list-style-type: none"> – de uitsluitingsgevallen (artikel 17); – de bekendmakingsregels (artikel 19); – de voorschriften inzake toegangsrecht en kwalitatieve selectie (artikel 20); – de toegang van ondernemingen uit derde landen (artikel 21); – de voorbehouden opdrachten (artikel 22); – de promotieopdrachten voor werken (artikel 28); – het dynamisch aankoopsysteem (artikel 29); – de elektronische veiling (artikel 30); in de speciale sectoren is dit artikel eveneens van toepassing op de onderhandelingsprocedure met bekendmaking; – de raamovereenkomst (artikel 32); – de ontwerpenwedstrijd en bepaalde juridische diensten (artikel 33); – niet-verplichte toewijzing van de opdrachten (artikel 35); – de opdrachten in percelen (artikel 36); – de opdrachten met gedeelten of met verlengingen (artikel 37); – de samengevoegde opdrachten (artikel 38); – de algemene uitvoeringsregels (artikel 39); – de uitvoeringsvoorwaarden op sociaal gebied (artikel 40); – de technische specificaties (artikel 41); – de naleving van sociale en fiscale verplichtingen (artikel 42); – de derdenrechten op schuldvorderingen (artikel 43); – de gunning van de opdracht en de informatie aan de kandidaten en inschrijvers (artikel 44). |
|---|--|

TITRE IV	TITEL IV
<i>Mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux</i>	<i>Mededinging in het raam van de Europese Gemeenschap van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten</i>
CHAPITRE PREMIER	HOOFDSTUK I
Principes généraux	Algemene beginselen
Art. 57	Art. 57
Il est renvoyé au commentaire de l'article 3.	Er wordt verwezen naar de commentaar bij artikel 3.
Art. 58	Art. 58
Il est renvoyé au commentaire de l'article 5.	Wat dit artikel betreft, wordt verwezen naar de commentaar bij artikel 5.
Art. 59	Art. 59
Il est renvoyé au commentaire de l'article 10 pour ce qui concerne les règles applicables aux moyens de communication. L'alinéa 2 précise que les règles applicables à l'information des candidats et des soumissionnaires sont déterminées par le Roi.	Wat dit artikel betreft, wordt verwezen naar de commentaar bij artikel 10 in verband met de regels die van toepassing zijn op de communicatiemiddelen. Het tweede lid bepaalt dat de regels die van toepassing zijn op de informatie verstrekt aan de kandidaten en inschrijvers, door de Koning worden bepaald.
Art. 60	Art. 60
Il est renvoyé au commentaire des articles 1 ^{er} , 4 ^o , et 15.	Er wordt verwezen naar de commentaar bij artikels 1, 4 ^o , en 15.

CHAPITRE II

Marchés de travaux, de fournitures et de services conclus par des entreprises privées

Première section

*Champ d'application et dispositions générales**Sous-section première**Entités adjudicatrices et définitions*

Art. 61

Cet article détermine le champ d'application *ratione personae et materiae* du titre IV en ce qui concerne les entités adjudicatrices et les marchés définis respectivement aux articles 2, 3°, et 4, de la présente loi, au commentaire duquel il est renvoyé.

De plus, le titre IV englobe également certains marchés d'entreprises publiques et de pouvoirs adjudicateurs, comme le précise l'article 73.

Sous-section II

Marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et exclusions spécifiques

Art. 62

Cet article détermine le champ d'application des activités visées au titre IV. Le texte renvoie aux articles 47 à 52 du titre III. Cette solution présente l'avantage d'éviter la répétition de dispositions identiques, tout en maintenant les marchés visés par le titre IV dans une partie distincte de la loi.

Art. 63

Il est renvoyé au commentaire de l'article 52 du présent projet.

L'article 63, 3°, maintient le statu quo dans une hypothèse constituant un cas de procédure négociée sans publicité dans les régimes des marchés publics .

HOOFDSTUK II

Opdrachten voor werken, leveringen en diensten gegund door prive-ondernemingen

Afdeling I

*Toepassingsgebied en algemene bepalingen**Onderafdeling I**Aanbestedende entiteiten en definities*

Art. 61

Dit artikel bepaalt het toepassingsgebied *ratione personae en materiae* van titel IV wat de aanbestedende entiteiten en des opdrachten betreft zoals omschreven respectievelijk in artikel 2, 3° en 4, van deze wet. Er wordt verwezen naar de commentaar bij dit artikel).

Bovendien heeft titel IV eveneens betrekking op sommige opdrachten gegund door overheidsbedrijven en aanbestedende overheden, zoals verduidelijkt in artikel 73.

Onderafdeling II

Opdrachten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten en specifieke uitsluitingen

Art. 62

Dit artikel bepaalt het toepassingsveld van titel IV. De tekst verwijst naar artikels 47 tot 52 van titel III. Deze oplossing biedt het voordeel dat de herhaling van identieke bepalingen wordt vermeden, terwijl de opdrachten, als bedoeld in titel IV, in een apart gedeelte van de wet blijven staan.

Art. 63

Wat dit artikel betreft, wordt verwezen naar de commentaar bij artikel 52 van dit ontwerp.

Artikel 63, 3°, behoudt het status-quo in een hypothese die een geval van onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking vormt in de stelsels van de overheidsoopdrachten .

<p>Section II</p> <p><i>Droit d'accès et sélection qualitative</i></p> <p style="text-align: center;">Art. 64</p> <p>Il est renvoyé au commentaire de l'article 20.</p> <p style="text-align: center;">Art. 65</p> <p>Il est renvoyé au commentaire de l'article 21.</p> <p style="text-align: center;">Art. 66</p> <p>Il est renvoyé au commentaire de l'article 22, § 1^{er}.</p> <p>Section III</p> <p><i>Modes de passation des marchés et règles applicables aux concours de projets</i></p> <p style="text-align: center;">Art. 67</p> <p>L'article 67 détermine les modes de passation des marchés. Il prévoit le libre choix entre la procédure ouverte ou restreinte ou la procédure négociée avec publicité, dont le Roi arrêtera les modalités telles qu'elles sont prévues dans la directive 2004/17/CE.</p> <p>Le § 2 précise les différents cas permettant la passation des marchés par procédure négociée sans publicité, en les répartissant en fonction de la nature des marchés considérés.</p> <p>Il y a lieu de considérer qu'une consultation de plusieurs concurrents est en principe possible dans les cas du § 2 énumérés aux points 1°, a), b), d), et, dans le cas d'un accord-cadre conclu avec plusieurs opérateurs économiques, au e), 4°, b) et c), et, lorsque plusieurs lauréats ont été désignés à la suite d'un concours projets, au 5°.</p> <p style="text-align: center;">Art. 68</p> <p>L'article 68 spécifie que les marchés sont attribués en fonction soit de l'offre dont le prix est le plus bas, soit de l'offre économiquement la plus avantageuse du point</p>	<p>Afdeling II</p> <p><i>Toegangsrecht en kwalitatieve selectie</i></p> <p style="text-align: center;">Art. 64</p> <p>Er wordt verwezen naar de commentaar bij artikel 20.</p> <p style="text-align: center;">Art. 65</p> <p>Er wordt verwezen naar de commentaar bij artikel 21.</p> <p style="text-align: center;">Art. 66</p> <p>Er wordt verwezen naar de commentaar bij artikel 22, § 1.</p> <p>Afdeling III</p> <p><i>Gunningwijzen van de opdrachten en regels van toepassing op de ontwerpenwedstrijden.</i></p> <p style="text-align: center;">Art. 67</p> <p>Artikel 67 bepaalt de gunningswijzen van de opdrachten. Het verduidelijkt dat vrij kan worden gekozen tussen de open procedure, beperkte procedure of onderhandelingsprocedure met bekendmaking. De Koning legt de regels van deze procedures vast overeenkomstig richtlijn 2004/17/EG.</p> <p>Paragraaf 2 licht de verschillende gevallen toe waarin opdrachten mogen gegund worden bij onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Hierbij worden ze ingedeeld volgens de aard van de betrokken opdrachten.</p> <p>Hier past de bemerking dat een raadpleging van meerdere concurrenten in principe mogelijk is in de gevallen van § 2 vermeld in punt 1°, a), b), d), en in e), 4°, b) en c) in het geval van een raamovereenkomst gesloten met meerdere ondernemers, en in punt 5° als ingevolge een ontwerpenwedstrijd meerdere winnaars zijn aangeduid.</p> <p style="text-align: center;">Art. 68</p> <p>Artikel 68 bepaalt dat de opdrachten worden gegund op grond van ofwel de offerte met de laagste prijs, ofwel de economisch voordeligste offerte vanuit het oogpunt</p>
---	---

de vue de l'entité adjudicatrice. Dans ce dernier cas, les critères d'attribution doivent être précisés selon le cas, dans l'avis de marché et/ou dans le cahier spécial des charges.

Par ailleurs, il est renvoyé au commentaire de l'article 25 à propos de la pondération des critères.

Art. 69

L'article 69 maintient le statu quo par rapport à la législation actuelle. Il précise que les articles 67 et 68 ne s'appliquent pas aux marchés de services au sens de l'annexe 2, B, de la loi. En effet, selon la directive 2004/17/CE, les marchés ayant trait à ces services de la liste B sont uniquement soumis à l'obligation de respecter les règles applicables à la détermination des spécifications techniques et à celle relative à la publication d'un avis de marché passé. C'est la raison pour laquelle il est utile de préciser que les dispositions relatives aux modes de passation des marchés ne s'appliquent pas à la passation des marchés de services ici considérés. Dans le titre IV de la loi, l'objectif est en effet d'assurer uniquement la transposition des obligations résultant des directives européennes ou d'accords internationaux.

Art. 70

Il est renvoyé au commentaire de l'article 57.

Section IV

Conditions d'exécution

Art. 71

Il est renvoyé au commentaire de l'article 55.

van de aanbestedende entiteit. In dit laatste geval, dienen de gunningscriteria, volgens het geval, vermeld te worden in de aankondiging van opdracht en/of in het bestek.

Bovendien wordt verwezen naar de commentaar bij artikel 25 in verband met de weging van de criteria.

Art. 69

Artikel 69 behoudt het status quo tegenover de huidige wetgeving en bepaalt dat de artikels 67 en 68 niet van toepassing zijn op de opdrachten voor diensten als bedoeld in bijlage 2, B, van de wet. Volgens richtlijn 2004/17/EG moet bij de gunning van de opdrachten voor deze diensten van lijst B immers enkel rekening worden gehouden met de verplichting om de regels van toepassing voor de bepaling van de technische specificaties te eerbiedigen, alsook met de verplichte bekendmaking van een aankondiging van gegunde opdracht. Dit is de reden waarom het nuttig is te verduidelijken dat de bepalingen betreffende de gunningswijzen van de opdrachten niet van toepassing zijn op de gunning van de hier bedoelde opdrachten voor diensten. Titel IV van de wet heeft inderdaad enkel tot doel voor de omzetting te zorgen van de verplichtingen die voortvloeien uit Europese richtlijnen of internationale overeenkomsten.

Art. 70

Er wordt verwezen naar de commentaar bij artikel 57.

Afdeling IV

Uitvoeringsvoorraarden

Art. 71

Er wordt verwezen naar de commentaar bij artikel 55.

<p>Section V</p> <p><i>Spécifications techniques et des normes</i></p> <p>Art. 72</p> <p>Il est renvoyé au commentaire de l'article 41.</p> <p>CHAPITRE III</p> <p>Marchés conclus par des entreprises publiques ou se rapportant à la production d'électricité</p> <p>Art. 73</p> <p>L'article 73, formant le chapitre III du titre IV, constitue le complément de l'article 61, pour ce qui concerne en l'occurrence les activités des entreprises publiques qui n'ont pas trait à leurs tâches de service public, en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance, tout en étant visées par la directive 2004/17/CE.</p> <p>Dès lors, l'article 73 met en concordance la loi, le décret ou l'ordonnance avec la directive en prévoyant, pour ces entreprises publiques et pour cette frange de leurs activités, que les dispositions du titre IV sont d'application, et ce uniquement pour les marchés atteignant les montants déterminés par le Roi en fonction des seuils européens. En dessous de ces montants, la présente loi n'est pas applicable à ces marchés.</p> <p>Par ailleurs, comme dans la loi du 24 décembre 1993, il est proposé de faire suivre aux marchés des pouvoirs adjudicateurs le même régime que celui des entreprises d'électricité privées prévu au titre IV et selon les mêmes modalités.</p> <p>CHAPITRE IV</p> <p>Attribution, information des candidats et soumissionnaires et délai d'attente</p> <p>Art. 74</p> <p>L'article 74 reprend pour l'essentiel des dispositions équivalentes à celles de l'article 44, au commentaire duquel il est renvoyé. Le contenu en est cependant</p>	<p>Afdeling V</p> <p><i>Technische specificaties en normen</i></p> <p>Art. 72</p> <p>Er wordt verwezen naar de commentaar bij artikel 41.</p> <p>HOOFDSTUK III</p> <p>Opdrachten gesloten door overheidsbedrijven of inzake de productie van electriciteit</p> <p>Art. 73</p> <p>Artikel 73, dat hoofdstuk III van titel IV vormt, betekent de aanvulling van artikel 61, wat de activiteiten van de overheidsbedrijven betreft die, krachtens een wet, een decreet of een ordonnantie, geen betrekking hebben op hun taken van openbare dienst, terwijl die bedoeld worden in richtlijn 2004/17/EG.</p> <p>Bijgevolg brengt artikel 73 de wet, het decreet en de ordonnantie in overeenstemming met de richtlijn. Daartoe vermeldt het dat de bepalingen van titel IV enkel van toepassing zijn, wat deze overheidsbedrijven en dit deel van hun activiteiten betreft, op de opdrachten die de door de Koning bepaalde bedragen bereiken op basis van de Europese drempels. Beneden deze bedragen, is deze wet niet van toepassing op deze opdrachten.</p> <p>Net zoals in de wet van 24 december 1993, wordt bovendien voorgesteld de opdrachten van de openbare aanbestedende overheden op te nemen in hetzelfde stelsel als dit van de private elektriciteitsmaatschappijen als bedoeld in titel IV en hierbij dezelfde regels toe te passen.</p> <p>HOOFDSTUK IV</p> <p>Gunning, informatie van kandidaten en inschrijvers en wachttermijn</p> <p>Art. 74</p> <p>Artikel 74 bevat in wezen analoge bepalingen als die van artikel 44. Er wordt dan ook naar de commentaar bij het laatstgenoemd artikel verwezen. De inhoud</p>
---	---

légèrement aménagé car la distinction entre «attribution» en «conclusion» du marché ne revêt pas ici la même importance. Le début du § 1^{er} de l'article 44 n'est donc pas repris et la dernière phrase du même paragraphe est mentionnée au début de § 3 de l'article 74.

TITRE V

Dispositions diverses et finales

Art. 75

L'article 75 contient les dispositions permettant, conformément à l'article 9 de la directive 2004/17/CE, d'établir quel est le régime applicable à un marché lorsque l'objet de celui-ci concerne plusieurs activités.

Le principe est que ce marché est soumis aux règles applicables à l'activité à laquelle il est principalement destiné. Ainsi par exemple, si le marché d'une commune porte à la fois sur le remplacement d'une partie d'un réseau de distribution d'eau potable qu'elle gère et sur le remplacement du revêtement de la voirie, le régime classique l'emportera si les travaux portant sur le revêtement constituent la partie la plus importante au niveau de la dépense. Si les travaux au réseau de distribution d'eau s'avèrent les plus coûteux, ce marché relèvera du régime des secteurs spéciaux.

Il se peut cependant qu'il s'avère impossible d'établir objectivement à quelle activité le marché est principalement destiné. Dans ce cas, les règles suivantes s'appliquent:

1° si une activité relève du régime classique du titre II et l'autre des secteurs spéciaux du titre III ou IV, les règles du régime classique s'appliquent, donc celles plus strictes du titre II;

2° si une des activités relève des secteurs spéciaux et l'autre n'est pas soumise à la loi, les règles des secteurs spéciaux s'appliquent, donc celles du titre III ou du titre IV selon le cas.

ervan is nochtans licht aangepast, daar het onderscheid tussen «gunning» en «toewijzing» van de opdracht hier niet echt van belang is. Het begin van paragraaf 1 van artikel 44 is dus niet hernoemd en de laatste zin van dezelfde paragraaf is vermeld in het begin van paragraaf 3 van artikel 74.

TITEL V

Diverse bepalingen en slotbepalingen

Art. 75

Artikel 75 bevat de bepalingen op basis waarvan, overeenkomstig artikel 9 van richtlijn 2004/17/EG, het stelsel kan worden bepaald dat van toepassing is op een opdracht, wanneer het voorwerp ervan betrekking heeft op meerdere activiteiten.

In principe moet deze opdracht worden gegund overeenkomstig de regels die van toepassing zijn op de activiteit waarvoor die hoofdzakelijk bestemd is. Indien de door een gemeente gegunde opdracht bijvoorbeeld zowel betrekking heeft op de vervanging van een deel van een drinkwaternet dat zij beheert als op de vervanging van het wegdek, is het klassieke stelsel van toepassing voor zover de werken aan de weg het belangrijkste deel van de uitgaven vormen. Indien de werken aan het drinkwaternet het duurst zijn, behoort deze opdracht tot het stelsel van de speciale sectoren.

In sommige gevallen is het echter onmogelijk objectief vast te stellen voor welke activiteit de opdracht hoofdzakelijk bedoeld is. In dat geval, zijn de volgende regels van toepassing:

1° indien één van de activiteiten tot het klassieke stelsel van titel II en de andere tot de speciale sectoren van titel III of IV behoort, zijn de regels van het klassieke stelsel van toepassing, dus de striktere regels van titel II;

2° indien één van de activiteiten tot de speciale stelsels behoort en de wet niet van toepassing is op de andere werkzaamheid, gelden de regels van de speciale sectoren, dus die van titel III of titel IV, naar gelang van het geval.

Art. 76

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. Pour les marchés des services publics fédéraux et des services publics de programmation, cette disposition confirme, à l'alinéa 1^{er}, la compétence du ministre. Il en va de même pour les marchés publics des organismes relevant de l'autorité hiérarchique d'un ministre. Il s'agit notamment d'organismes de la catégorie A visée à l'article 1^{er} de la loi du 16 mars 1954 et des entreprises d'État.

Pour les autres personnes de droit public, le texte renvoie aux dispositions de la loi, du décret, de l'ordonnance, de la disposition réglementaire ou statutaire les régissant. Ces dispositions peuvent également régler les délégations de pouvoir.

Quant aux délégations de pouvoirs au niveau fédéral, elles peuvent, selon l'alinéa 3, être conférées dans les limites fixées par le Roi pour ce qui concerne les personnes relevant de l'État, sauf lorsqu'une disposition légale règle spécifiquement cette matière pour une ou plusieurs de ces personnes.

Art. 77

L'article 77, § 1^{er}, 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 est précisé qu'un tel arrêté fait ensuite l'objet d'un rapport soumis à la Chambre des représentants.

Selon le § 2, une délégation peut être donnée par le Roi au premier ministre pour fixer périodiquement les seuils européens applicables conformément aux directives européennes.

Art. 78

Ce texte reprend le deuxième alinéa de l'article 44 de la loi du 24 décembre 1993. Par contre, l'alinéa 1^{er} de ce même article 44 est omis. Cet alinéa 1^{er} précisait que les dispositions organiques ou statutaires des pouvoirs adjudicateurs fédéraux contraires ou non conformes à la nouvelle loi ne seront plus applicables pour les marchés soumis à cette dernière loi.

Art. 76

Dit artikel behandelt de toekenning van bevoegdheden inzake de gunning en uitvoering van opdrachten door publiekrechtelijke aanbestedende overheden. Wat de opdrachten van de federale en programmatorische overheidsdiensten betreft, bevestigt deze bepaling, in het eerste lid, de bevoegdheden van de minister. Hetzelfde geldt voor de overheidsopdrachten van de instellingen die onder het hiërarchisch gezag staan van een minister. Dit zijn met name instellingen van categorie A als bedoeld in artikel 1 van de wet van 16 maart 1954 en de staatsbedrijven.

Wat de andere publiekrechtelijke personen betreft, verwijst de tekst naar de terzake geldende bepalingen van de wet, het decreet, de ordonnantie, het reglement of statuut. Die bepalingen kunnen ook de delegaties van bevoegdheden regelen.

Voor de personen die tot de bevoegdheid van de Staat behoren op federaal niveau, voorziet het derde lid in de mogelijkheid de bevoegdheden over te dragen binnen de grenzen vastgesteld door de Koning, behalve wanneer een specifieke wettelijke bepaling deze materie regelt voor een of meerdere van deze personen.

Art. 77

Artikel 77, § 1, bepaalt dat de Koning de nodige maatregelen kan nemen met het oog op de omzetting van de verplichte bepalingen die voortvloeien uit het Verdrag en de internationale akten die genomen werden krachtens dit Verdrag.

Het artikel verduidelijkt dat een dergelijk besluit aanleiding geeft tot een verslag dat wordt voorgelegd aan de Kamer van volksvertegenwoordigers.

Uit § 2 blijkt dat de Koning de eerste minister ertoe kan machtigen de toepasbare Europese periodiek vast te leggen overeenkomstig de Europese richtlijnen.

Art. 78

Deze tekst bevat het tweede lid van artikel 44 van de wet van 24 december 1993. Het eerste lid van dat artikel 44 wordt daarentegen weggelaten. Dat eerste lid verduidelijkt dat de organieke of statutaire bepalingen van de federale aanbestedende overheden die strijdig of niet in overeenstemming zijn met de nieuwe wet, niet meer van toepassing zijn op de opdrachten gegund overeenkomstig laatstgenoemde wet, hetgeen vanzelf spreekt.

Art. 79

Cet article modifie la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrération d'entrepreneurs de travaux afin de tenir compte de l'intitulé de la loi nouvelle relative aux marchés publics.

La définition du marché public de travaux doit être identique à celle applicable dans la législation relative aux marchés publics. Il en résulte que pour certaines prestations de services néanmoins couvertes par une catégorie d'agrération, comme les services d'entretien de parcs, jardins et plantations, le pouvoir adjudicateur ne peut pas réclamer la preuve que l'entreprise satisfait aux exigences en matière d'agrération car il ne s'agit plus de marchés de travaux.

Le 3° de l'article 79 modifie l'article 4, § 1^{er}, 4^o, de la même loi afin d'y inclure les nouveaux cas d'exclusion de la participation à un marché prévus à l'article 45, § 1^{er}, 1^o, de la directive 2004/18/CE.

Art. 80

Cet article contient des dispositions abrogatoires. Outre l'abrogation de la loi du 24 décembre 1993 est également prévue celle de l'article 115 de la loi du 14 janvier 2002 portant des mesures en matière de soins de santé. Cette dernière abrogation se justifie, tenant compte des assouplissements apportés dans la nouvelle législation par la possibilité de recourir à des centrales d'achat ou de marchés et de passer des accords-cadre. En outre, l'article 26, § 2, 2^o, permet désormais d'utiliser sous les seuils européens la procédure négociée avec publicité pour l'acquisition de fournitures et de services. Dans les mesures d'exécution de la loi, des règles de procédure plus souples seront recherchées. Pour les marchés dont la passation ne peut être justifiée sur la base d'un cas de procédure négociée sans publicité, la nouvelle approche donne une plus grande sécurité juridique. Selon la Cour de Justice des Communautés européennes, même pour les marchés inférieurs aux seuils des directives, le respect des principes posés par la Cour de Justice exige que lesdits marchés soient passés conformément aux règles fondamentales du Traité, entre autres la non-discrimination et la transparence.

Art. 79

Dit artikel wijzigt de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers om rekening te houden met de benaming van de nieuwe wet overheidsoopdrachten.

Voor wat betreft, is de definitie van de overheidsoopdracht van werken identiek aan deze van toepassing in de wetgeving inzake overheidsoopdrachten. Hieruit vloeit voort dat voor bepaalde prestaties van diensten die weliswaar vallen onder een bepaalde erkenningscategorie zoals deze met betrekking tot het onderhoud van parken, tuinen en aanplantingen, de aanbestedende overheid geen bewijs mag vragen dat de onderneming voldoet aan de erkenningsvoorwaarden omdat het niet meer gaat om opdrachten voor werken.

Het punt 3° van artikel 79 wijzigt artikel 4, § 1, 4°, van dezelfde wet teneinde hierin de nieuwe gevallen van uitsluiting van deelname aan een opdracht op te nemen, zoals voorzien in artikel 45, § 1, 1°, van de richtlijn 2004/17/EG.

Art. 80

Dit artikel bevat opheffingsbepalingen. Behalve de opheffing van de wet van 24 december 1993, zal ook artikel 115 van de wet van 14 januari 2002 houdende maatregelen inzake gezondheidszorg worden opgeheven. Deze laatste opheffing is verantwoord, rekening houdend met de versoepelingen ingebouwd in de nieuwe wetgeving via de mogelijkheid om gebruik te maken van opdrachten- of aankoopcentrales of raamovereenkomsten te sluiten. Bovendien bepaalt artikel 26, § 2, 2°, dat voortaan het gebruik van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking toegestaan is voor aankopen van leveringen en diensten die onder de Europese drempels liggen. In de uitvoeringsmaatregelen van de wet, wordt een versoepeling van de procedurerregels nagestreefd. Voor de opdrachten waarvan de gunning niet kan worden verantwoord op basis van een geval van onderhandelingsprocedure zonder bekend-making, biedt de nieuwe aanpak meer rechtszekerheid. Volgens het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, impliceert de naleving van de door het Hof van Justitie uitgewerkte beginselen dat zelfs opdrachten die de drempels van de richtlijnen niet bereiken, moeten worden gegund overeenkomstig de fundamentele regels van het Verdrag, met name het discriminatieverbod en de transparantie, waarbij dit laatste beginsel moet gewaarborgd worden door een passende mate van bekendmaking.

La définition du pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1^{er}, 1^o, d, du projet, telle qu'interprétée par la Cour de Justice, a d'ailleurs pour conséquence que la plupart des institutions de soins de santé sont désormais couvertes.

Il convient d'ajouter que l'article 11, § 1^{er}, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques peut être abrogé. En effet, la nouvelle loi tient compte, dans ses articles 45 et 72, de la distinction établie en 1991 par la loi précitée.

Art. 81

Cet article précise que toutes les mesures prises par le Roi doivent l'être par arrêtés délibérés en Conseil des ministres.

Art. 82

Le texte prévoit que le Roi fixera la date d'entrée en vigueur des différentes dispositions de la loi. En effet, cette solution plus souple permettra, par exemple, de faire entrer si nécessaire les différents titres de la loi en vigueur à des moments différents, en fonction de l'aboutissement de leurs mesures d'exécution respectives. Par contre, le présent article ainsi que l'articles 31, 79 et 81 entrent en vigueur le jour de leur publication au *Moniteur belge*. Cette solution avait déjà été retenue dans la loi du 24 décembre 1993.

Voici, Mesdames, Messieurs, la portée du projet de loi que le gouvernement a l'honneur de soumettre à votre approbation.

Le premier ministre,

Guy VERHOFSTADT

Bovendien heeft de definitie van aanbestedende overheid bedoeld in artikel 1, 1^o, d, van het ontwerp, zoals die werd uitgelegd door het Hof van Justitie, tot gevolg dat de meeste verzorgingsinstellingen voortaan tot het toepassingsgebied van de wet behoren.

Hierbij moet worden opgemerkt dat artikel 11, § 1, van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven mag worden opgeheven. Immers de nieuwe wet houdt in zijn artikelen 45 en 72 rekening met het onderscheid dat in 1991 door de voormalde wet werd ingevoerd.

Art. 81

Dit artikel verduidelijkt dat de Koning alle maatregelen neemt bij een besluit vastgesteld na overleg in de ministerraad.

Art. 82

De tekst bepaalt dat de Koning de datum van inwerkingtreding vaststelt voor de verschillende bepalingen van de wet. Dankzij deze soepele oplossing kunnen bijvoorbeeld de verschillende titels van de wet, indien nodig, op andere ogenblikken in werking treden, in functie van de voltooiing van hun respectievelijke uitvoeringsmaatregelen. Dit artikel en de artikels 31, 79 en 81 treden daarentegen in werking op de dag van hun bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad*. Deze oplossing kwam reeds voor in de wet van 24 december 1993.

Dit is, Dames en Heren, de draagwijdte van het ontwerp dat de regering de eer heeft aan uw beraadslaging voor te leggen.

De eerste minister,

Guy VERHOFSTADT