

LOIS, DECRETS, ORDONNANCES ET REGLEMENTS WETTEN, DECRETEN, ORDONNANTIES EN VERORDENINGEN

SERVICE PUBLIC FEDERAL
CHANCELLERIE DU PREMIER MINISTRE

[2017/203461]

25 JUIN 2017. — Arrêté royal relatif à la passation
et aux règles générales d'exécution des contrats de concession

RAPPORT AU ROI

Sire,

La loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, dénommée ci-après « la loi », a pour objet de transposer en droit belge la directive 2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession.

La loi vise tant les concessions de services que les concessions de travaux. Elle abroge dès lors les dispositions relatives aux concessions de travaux publics reprises dans la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Le présent projet d'arrêté royal exécute la loi tant pour ses dispositions relatives à la passation des concessions de services et de travaux (titre 2 du présent projet) que pour ses dispositions relatives à l'exécution de ces concessions (titre 3 du présent projet). Il contient également les dispositions relatives à l'entrée en vigueur de la loi.

Le présent projet d'arrêté royal constitue une refonte assez drastique des dispositions relatives à la passation et à l'exécution des concessions de travaux publics reprises actuellement dans l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ainsi que dans l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics.

S'agissant des concessions de services, le présent arrêté royal instaure de nouvelles règles relatives à leur passation et leur exécution (actuellement, ces concessions ne sont pas soumis à la réglementation « marchés publics »).

Le présent projet s'inspire des arrêtés royaux pris en exécution de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (notamment en ce qui concerne les marchés de travaux), sans les reproduire pour autant : en matière de concessions, l'objectif de la directive 2014/23/UE et de la loi la transposant est d'assurer la sécurité juridique tout en garantissant la flexibilité nécessaire à la passation et l'exécution de contrats par nature complexe et de longue durée. Cette flexibilité doit se marquer tant dans la procédure de passation que dans les règles encadrant l'exécution des concessions pour permettre aux adjudicateurs de concevoir et rédiger des documents de concession adaptés à la complexité, à la nature des concessions et aux spécificités de chaque concession particulière.

Enfin, sauf mention contraire dans le commentaire article par article, il a été tenu compte des remarques formulées dans l'avis n° 61.559/1 du Conseil d'Etat donnée le 13 juin 2017.

Table des matières

Titre 1 - Dispositions générales

CHAPITRE 1^{er}. — Définitions, taxe sur la valeur ajoutée et champ d'application de la loi

Section 1^{re}. — Disposition liminaire

Art. 1^{er}

Section 2. — Définitions

Art. 2

Section 3. — Taxe sur la valeur ajoutée

Art. 3

Section 4. — Champ d'application de la loi et seuils

Art. 4 et 6

TITRE 2. — Dispositions relatives à la passation des concessions

CHAPITRE 1^{er}. — Publicité

Section 1^{re}. — Règles générales de publicité

Art. 7, 8 et 9

Section 2. — L'avis de concession

Art. 10

Section 3. — L'avis d'attribution de concession

FEDERALE OVERHEIDSDIENST
KANSELARIJ VAN DE EERSTE MINISTER

[2017/203461]

25 JUNI 2017. — Koninklijk besluit betreffende de plaatsing
en de algemene uitvoeringsregels van de concessieovereenkomsten

VERSLAG AAN DE KONING

Sire,

De wet van 17 juni 2016 betreffende de concessieovereenkomsten, hierna "de wet" genaamd, beoogt de omzetting van de Richtlijn 2014/23/EU betreffende de concessieovereenkomsten in Belgisch recht.

De wet heeft zowel betrekking op de concessies van diensten als op de concessies voor werken. Zij heft bijgevolg de bepalingen betreffende de concessies voor openbare werken opgenomen in de wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op.

Dit ontwerp van koninklijk besluit geeft uitvoering aan de wet, zowel wat betreft haar bepalingen inzake de plaatsing van concessies van werken en van diensten (titel 2 van dit ontwerp) als voor de regels inzake uitvoering (titel 3 van dit ontwerp). Het bevat tevens de bepalingen inzake de inwerkingtreding.

Dit ontwerp van koninklijk besluit zorgt voor een ingrijpende herziening van de bepalingen betreffende de plaatsing en de uitvoering van de concessies voor openbare werken die thans zijn opgenomen in het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 15 juli 2011 en in het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken.

Wat de concessies voor diensten betreft bevat dit koninklijk besluit geheel nieuwe regels voor de plaatsing en de uitvoering van de concessies (op heden zijn deze concessies niet onderworpen aan de wetgeving "overheidsopdrachten").

Dit ontwerp is geïnspireerd op de koninklijke besluiten genomen in uitvoering van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten (met name wat de overheidsopdrachten voor werken betreft), zonder deze echter letterlijk over te nemen : inzake concessies bestaat het oogmerk van Richtlijn 2014/23/EU en van de wet die ze omzet erin een zo groot mogelijke rechtszekerheid te waarborgen met behoud van de nodige flexibiliteit voor de plaatsing en de uitvoering van contracten die per definitie complex en van lange duur zijn. Deze flexibiliteit moet aanwezig zijn zowel in de plaatsingsprocedure als in de regels die de uitvoering van de concessies omkaderen ten einde de aanbesteders toe te laten concessiedocumenten op te stellen die aangepast zijn aan de complexiteit, aan de aard van de concessies en aan de specificiteit van elke afzonderlijke concessie.

Tenslotte en behoudens andersluidende vermelding in de artikels-gewijze commentaar, werd rekening gehouden met de opmerkingen van de Raad van State zoals geformuleerd in het advies nr. 61.559/1 van 13 juni 2017.

Inhoudstafel

TITEL 1. — Algemene bepalingen

HOOFDSTUK 1. — Definities, belasting over de toegevoegde waarde en toepassingsgebied van de wet

Afdeling 1. — Inleidende bepaling

Article 1^{er}

Afdeling 2. — Definities

Art. 2

Afdeling 3. — Belasting over de toegevoegde waarde

Art. 3

Afdeling 4. — Toepassingsgebied van de wet en drempels

Art. 4 en 6

TITEL 2. — Bepalingen betreffende de plaatsing van concessies

HOOFDSTUK 1. — Bekendmaking

Afdeling 1. — Algemene bekendmakingsregels

Art. 7, 8 en 9

Afdeling 2. — De concessieaankondiging

Art. 10

Afdeling 3. — De aankondiging van gegunde concessie

Art. 11
Section 4. — Les concessions de services sociaux et autres services spécifiques visés à l'article 34 de la loi
 Art. 12 et 13
 CHAPITRE 2. — *Dispositions générales*
 Communications électroniques
 Art. 14
 Communication orale
 Art. 15
 CHAPITRE 3. — *Garanties procédurales*
Section 1^{re}. — Documents de concession
 Art. 16 et 17
Section 2. — Modalités d'introduction des demandes de participation et des offres
 Forme, signature et communication des demandes de participation et des offres
 Art. 18 à 21
 Modalités d'introduction des demandes de participation et des offres

 Art. 22 à 24
 Introduction et report
 Art. 25 et 26
 Dépôt et ouverture
 Art. 27 à 29
Section 3. — Analyse des offres
 Art. 30
 CHAPITRE 3. — *Sélection des candidats et des soumissionnaires*
Section 1^{re}. — Motifs d'exclusion
 Définition des motifs d'exclusion
 Art. 31 à 33
 Modalités de preuve et de vérification de l'absence de motifs d'exclusion
 Art. 34 à 36
Section 2. — Critères et conditions de sélection
 Définition des critères et conditions de sélection
 Art. 37 et 38
 Modalités de preuve et de vérification
 Art. 39 à 41
 Capacité de tiers
 Art. 42
 Sous-traitance
 Art. 43
Section 3. — Droit d'information de l'adjudicateur
 Art. 44
TITRE 3. — Dispositions relatives à l'exécution des concessions
 CHAPITRE 1^{er}. — *Les documents de concession*
 Art. 45
 CHAPITRE 2. — *Règles générales d'exécution des concessions*

Section 1^{re}. — Moyens de communication électroniques
 Art. 46
Section 2. — Fonctionnaire dirigeant
 Art. 47
Section 3. — Garanties de bonne exécution
 Art. 48
Section 4. — Sous-traitance
 Art. 49 à 56
Section 5. — Paiements
 Prix de la concession et avances
 Art. 57
 Modalités et délais de paiement du prix de la concession
 Art. 58
 Retard de paiement du prix de la concession
 Art. 59
 Clauses et pratiques abusives
 Art. 60
Section 6. — Modifications à la concession
 Art. 61
 Clauses de réexamen
 Art. 62 et 63

Art. 11
Afdeling 4. — De concessies voor sociale en andere specifieke diensten bedoeld in artikel 34 van de wet
 Art. 12 en 13
 HOOFDSTUK 2. — *Algemene bepalingen*
 Elektronische communicatie
 Art. 14
 Mondelinge communicatie
 Art. 15
 HOOFDSTUK 3. — *Procedurele waarborgen*
Afdeling 1. — Concessiedocumenten
 Art. 16 en 17
Afdeling 2. — Modaliteiten voor de indiening van de aanvragen tot deelneming en van de offertes
 Vorm, ondertekening en communicatie van de aanvragen tot deelneming en offertes
 Art. 18 tot 21
 Modaliteiten voor de indiening van de aanvragen tot deelneming en van de offertes
 Art. 22 tot 24
 Indiening en verdaging
 Art. 25 tot 26
 Indiening en opening
 Art. 27 tot 29
Afdeling 3. — Analyse van de offertes
 Art. 30
 HOOFDSTUK 3. — *Selectie van de kandidaten en van de inschrijvers*
Afdeling 1. — Uitsluitingsgronden
 Definitie van de uitsluitingsgronden
 Art. 31 en 33
 Bewijs- en nazicht op de afwezigheid van uitsluitingsgronden

 Art. 34 tot 36
Afdeling 2. — Selectiecriteria en -voorwaarden
 Definitie van de selectiecriteria en -voorwaarden
 Art. 37 en 38
 Bewijs- en nazichtsmodaliteiten
 Art. 39 tot 41
 Draagkracht van derden
 Art. 42
 Onderaanneming
 Art. 43
Afdeling 3. — Recht op informatie van de aanbesteder
 Art. 44
TITEL 3. — Bepalingen betreffende de uitvoering van de concessies
 HOOFDSTUK 1. — *De concessiedocumenten*
 Art. 45
 HOOFDSTUK 2. — *Algemene uitvoeringsregels van de concessieovereenkomsten*
Afdeling 1. — Elektronische communicatiemiddelen
 Art. 46
Afdeling 2. — Leidend ambtenaar
 Art. 47
Afdeling 3. — Waarborgen van goede uitvoering
 Art. 48
Afdeling 4. — Onderaanneming
 Art. 49 tot 56
Afdeling 5. — Betalingen
 Prijs van de concessie en voorschotten
 Art. 57
 Nadere regels en betalingstermijnen van de prijs van de concessie
 Art. 58
 Betalingsachterstand van de prijs van de concessie
 Art. 59
 Onbillijke bedingen en praktijken
 Art. 60
Afdeling 6. — Wijzigingen aan de concessie
 Art. 61
 Herzieningsclausules
 Art. 62 tot 63

Travaux et services complémentaires

Art. 64

Événements imprévisibles dans le chef de l'adjudicateur

Art. 65

Remplacement du concessionnaire

Art. 66

Règle « de minimis »

Art. 67

Modifications non substantielles

Art. 68

Section 7. — Responsabilité décennale du concessionnaire

Art. 69

Section 8. — Modalités d'exécution de la concession

Art. 70

Section 9. — Manquements contractuels du concessionnaire et moyens d'action du pouvoir adjudicateur ou de l'entreprise publique agissant dans le cadre de ses tâches de service public

Art. 71 et 72

Section 10. — Résiliation des concessions

Art. 73

Section 11. — Actions judiciaires

Art. 74

TITRE 4. — Dispositions finales, abrogatoires et entrée en vigueur

Art. 75 à 78

*
* ***TITRE 1^{er}. — Dispositions générales****CHAPITRE 1^{er}. — Définitions, taxe sur la valeur ajoutée et champ d'application de la loi****Section 1^{re}. — Disposition liminaire**

Article premier. Le présent projet n'a pas un champ d'application distinct de celui de la loi : il s'applique à toutes les concessions qui tombent sous le champ d'application de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession. Néanmoins, une exception est insérée pour les concessions passées soit par des personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, soit par des entreprises publiques pour les concessions n'ayant pas trait à leurs tâches de service public au sens d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance. Ces dernières concessions ne sont soumises qu'aux dispositions des titres 1^{er}, 2 et 4 et aux articles 49, 50, alinéa 1^{er}, 2^o, 51, 57, § 2, 1^o, 61, 62, alinéas 1^{er} et 2, 64 à 68 et 73, § 2.

En outre, certaines dispositions ne visent que les pouvoirs adjudicateurs et, le cas échéant, les entreprises publiques agissant dans le cadre de leurs tâches de service public.

Section 2. — Définitions

Art. 2. Cet article définit les termes utilisés dans le présent projet, sans préjudice des définitions données par ailleurs dans la loi.

La majorité des définitions sont conformes à celles prévues dans la réglementation des marchés publics qui transpose les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE.

Six commentaires s'imposent toutefois :

- le projet contient des dispositions spécifiques pour les concessions dans un secteur sensible à la fraude. Il s'agit des concessions de travaux et des concessions de services passées dans le cadre des activités visées à l'article 35/1 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs qui relèvent du champ d'application de la responsabilité solidaire pour les dettes salariales. Le lien suivant permet de trouver les arrêtés d'exécution concernés de la loi du 12 avril 1965 précité (onglet « exécutions ») : <http://reflex.raadvst-consetat.be>

- L'amende pour retard est certes une indemnité forfaitaire sanctionnant le non-respect, par le concessionnaire, des délais d'exécution prévus dans les documents contractuels, mais elle ne représente pas la compensation de la totalité du préjudice que subirait l'adjudicateur du fait du dépassement des délais d'exécution. Les documents de concession peuvent prévoir que ces amendes sont fixées sans préjudice du droit de l'adjudicateur de se faire indemniser de la totalité du préjudice qu'il subit, notamment des dommages et intérêts dont il serait redevable à un tiers du fait du retard causé par le concessionnaire;

- le Document de preuve provisoire (DPP) est une définition propre

Aanvullende werken of diensten

Art. 64

Onvoorzienbare omstandigheden in hoofde van de aanbesteder

Art. 65

Vervanging van de concessiehouder

Art. 66

De minimis-regel

Art. 67

Niet-wezenlijke wijziging

Art. 68

Afdeling 7. — Tienjarige aansprakelijkheid van de concessiehouder

Art. 69

Afdeling 8. — Nadere regels voor de uitvoering van de concessie

Art. 70

Afdeling 9. — Contractuele tekortkomingen van de concessiehouder en actiemiddelen van de aanbestedende overheid of het overheidsbedrijf dat optreedt in het kader van de taken van openbare dienst

Art. 71 en 72

Afdeling 10. — Verbreking van de concessie

Art. 73

Afdeling 10. — Gerechtelijk optreden

Art. 74

TITEL 4. — Eind-, opheffings- en inwerkingtredingsbepalingen

Art. 75 tot 78

*
* ***TITEL 1. — Algemene bepalingen****HOOFDSTUK 1. — Definities, belasting over de toegevoegde waarde en toepassingsgebied van de wet****Afdeling 1. — Inleidende bepaling**

Artikel 1. Dit ontwerp heeft geen ander toepassingsgebied dan dit van de wet: het is van toepassing op alle concessies die binnen het toepassingsgebied van de wet van 17 juni 2016 betreffende de concessieovereenkomsten vallen. Echter is in een uitzondering voorzien voor de concessies die worden geplaatst ofwel door personen die genieten van bijzondere of exclusieve rechten, ofwel door overheidsbedrijven voor concessies die geen betrekking hebben op hun taken van openbare dienst in de zin van een wet, een decreet of een ordonnantie. Deze laatste concessies zijn slechts onderworpen aan de bepalingen van de titels 1, 2 en 4, alsook aan de artikelen 49, 50, eerste lid, 2^o, 51, 57, § 2, 1^o, 61, 62, eerste en tweede lid, 64 tot 68 en 73, § 2.

Daarnaast is het zo dat sommige bepalingen enkel van toepassing zijn op de aanbestedende overheden en, eventueel, de overheidsbedrijven in het kader van hun taken van algemeen belang.

Afdeling 2. — Definities

Art 2. Dit artikel definieert de begrippen die in dit ontwerp gebruikt worden, onverminderd de definities die in de wet reeds gegeven zijn.

De meerderheid van de definities stemmen overeen met deze voorzien in de wetgeving overheidsopdrachten die de Richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU omzet.

Zes commentaren dringen zich echter op :

- het ontwerp omvat specifieke bepalingen voor de concessies in een fraudegevoelige sector. Het gaat om de concessies van werken en de concessies van diensten geplaatst in het kader van de in artikel 35/1 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers bedoelde activiteiten die onder het toepassingsgebied vallen van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden. De volgende link laat toe om de betreffende uitvoeringsbesluiten van de voormelde wet van 12 april 1965 te vinden (tab "uitvoeringen") : <http://reflex.raadvst-consetat.be>

- De verdragingsboete is uiteraard een forfaitaire vergoeding die de niet-eerbiediging door de concessiehouder van de in de contractuele documenten voorziene uitvoeringstermijnen sanctionneert, maar zij stelt geen compensatie voor van de totaliteit van het nadeel dat de aanbestedende overheid zou lijden om reden van het overschrijden van de uitvoeringstermijnen. De concessiedocumenten kunnen voorzien dat deze boetes vastgesteld worden onverminderd het recht van de aanbesteder om zich te laten vergoeden voor de totaliteit van het door hem geleden nadeel, onder meer de schadevergoeding die hij aan een derde zou verschuldigd zijn om reden van de vertraging veroorzaakt door de concessiehouder;

- Het Document van voorlopig bewijs (DVB) is een definitie die eigen

aux concessions et au droit belge. La directive 2014/23/UE n'établit pas de « Document unique de concession » applicable à tous les Etats-membres. Elle laisse les Etats membres libres de définir les modalités de preuve et de vérification des motifs d'exclusion et des conditions de sélection (y inclus, le cas échéant, les critères objectifs de limitation du nombre de candidats sélectionnés). La loi laisse au Roi le soin de régler ces aspects tout en prévoyant, pour les conditions de sélection, que les adjudicateurs imposent un mode de preuve provisoire. Le présent projet prévoit l'utilisation d'un DPP par référence à l'annexe 6 du présent projet qui établit un formulaire standard pour les déclarations des opérateurs économiques relativement aux motifs d'exclusion énoncés aux articles 50, 51 et 52 de la loi et aux conditions et critères de sélection. Toutefois, pour cette partie, le formulaire devra être complété par l'adjudicateur pour chaque concession, sur la base des conditions de sélection (et des documents justificatifs) qu'il définira dans les documents de concession, dans le respect des limites prévues à l'article 48, § 1^{er}, de la loi. En matière de concessions, et à l'inverse des marchés publics, la directive 2014/23/UE et par conséquent la loi ne définit pas les critères de sélection pouvant être utilisés par les adjudicateurs;

- les modifications aux concessions sont définies de la même façon que pour les marchés publics. On attirera l'attention sur le fait que les modifications visent donc les documents contractuels, c'est-à-dire une modification apportée, en cours d'exécution de la concession, aux documents de concession et/ou à l'offre finale approuvée du concessionnaire. Les conditions contractuelles sont en effet définies dans les documents contractuels. La section 6 du second chapitre du titre 3 du présent projet transpose l'article 43 de la directive 2014/23/UE et, à ce titre, définit les modifications qui peuvent être apportées aux documents contractuels de la concession sans qu'une nouvelle procédure de passation ne soit nécessaire. Elles sont de deux ordres : celles prévues par les documents de concession (les clauses de réexamen) et celles autorisées par la directive et transposées dans le présent projet. Les dispositions de la section 6 du second chapitre du titre 3 visent tant les modifications imposées unilatéralement par un adjudicateur que celles convenues par les parties, fût-ce à titre transactionnel (CJUE, arrêt du 7 septembre 2016, aff. C-549/14, « Finn Frogne A/S »). Rappelons effectivement que le droit administratif belge connaît le principe de mutabilité des contrats administratifs et, dans ce cadre, le droit pour une autorité administrative de modifier unilatéralement un contrat administratif, pour les besoins d'intérêt général mais moyennant juste compensation, s'il y a lieu. La mise en œuvre de ce principe est désormais, pour les concessions visées par la loi, également encadrée par les règles de la section 6 du second chapitre du titre 3. La formalisation des modifications n'est pas imposée ni définie dans le présent projet. Les documents de concession ou les documents contractuels pourront le définir. A défaut, la modification se ferait en principe par voie d'avenant signé par les parties. Elle pourrait également faire l'objet d'un échange de courrier, signé pour accord par les parties;

- la notion de « documents contractuels » n'est pas définie dans la réglementation des marchés publics. Elle régit l'exécution des concessions (principalement les documents de concession et l'offre finale approuvée du concessionnaire). En règle générale, les adjudicateurs veilleront à prévoir également que, en cas de contradiction entre les dispositions des documents contractuels, celles des documents de concession prévalent sur l'offre du concessionnaire;

- la notion de « jour » a été définie par référence à la notion de jour de calendrier, sauf disposition expresse contraire dans le présent projet et ce, conformément à l'article 60 de la loi qui dispose que les délais fixés par ou en vertu de celle-ci et donc par le présent projet, sont calculés suivant le Règlement 1182/71 du Conseil du 3 juin 1971 portant détermination des règles applicables aux délais, dates et aux termes.

Section 3. — Taxe sur la valeur ajoutée

Art. 3. Cette disposition précise qu'en principe tous les montants visés dans le présent projet s'entendent hors taxe sur la valeur ajoutée. L'attention est toutefois attirée sur les dispositions de l'article 59, § 4, du présent projet concernant le calcul des intérêts en cas de retard de paiement.

is aan de concessies en aan het Belgisch recht. De Richtlijn 2014/23/EU omvat geen "Uniform concessiedocument" dat in alle lidstaten van toepassing is. Het staat de lidstaten vrij om zelf de modaliteiten van bewijs en nazicht van de uitsluitingsgronden en van de selectievoorwaarden (desgevallend met inbegrip van de objectieve criteria voor de beperking van het aantal geselecteerde kandidaten) te bepalen. De wet laat het aan de Koning over om deze aspecten te regelen en voorziet eveneens, voor wat de selectievoorwaarden betreft, dat de aanbesteders een werkmethode voor het voorlopig bewijs moeten opleggen. Dit ontwerp voorziet in het gebruik van een DVB door middel van een verwijzing naar bijlage 6 bij dit ontwerp, die een standaardformulier bevat voor de verklaringen van de ondernemers met betrekking tot de uitsluitingsgronden vermeld in de artikelen 50, 51 en 52 van de wet en tot de voorwaarden en criteria voor de selectie. Dit gedeelte van het formulier zal door de aanbesteder echter moeten ingevuld worden voor elke concessie, op basis van de selectievoorwaarden (en van de rechtvaardigende stukken) die hij in de concessiedocumenten zal vermelden, met inachtneming van de in artikel 48, § 1, van de wet voorziene beperkingen. Inzake concessies, en in tegenstelling tot de overheidsopdrachten, bepalen de Richtlijn 2014/23/EU en bijgevolg ook de wet geen selectiecriteria die door de aanbesteders kunnen gebruikt worden;

- de wijzigingen aan de concessies zijn op dezelfde wijze gedefinieerd als voor de overheidsopdrachten. De aandacht wordt gevestigd op het feit dat de wijzigingen de contractuele documenten betreffen, tzt een wijziging in de loop van de uitvoering van de concessie, aan de concessiedocumenten en/of aan de definitieve offerte goedgekeurd door de concessiehouder. De contractuele voorwaarden zijn immers bepaald in de contractuele documenten. De afdeling 6 van het tweede hoofdstuk van titel 3 van dit ontwerp geeft omzetting aan artikel 43 van de Richtlijn 2014/23/EU en bepaalt bijgevolg de wijzigingen die aan de contractuele concessiedocumenten kunnen worden aangebracht zonder dat een nieuwe plaatsingsprocedure nodig is. Ze zijn van tweeërlei aard: de wijzigingen voorzien in de concessiedocumenten (herzieningsbepalingen) en deze die toegelaten worden door de Richtlijn en omgezet zijn in dit ontwerp. De bepalingen van de afdeling 6 van het tweede hoofdstuk van titel 3 hebben zowel betrekking op de eenzijdig door de aanbesteder opgelegde wijzigingen als op deze die onder partijen werden overeengekomen, ware het als dading (EHVJ, arrest van 7 september 2016, zaak C-549/14, "Finn Frogne A/S"). Het Belgisch administratief recht kent immers het principe van de veranderlijkheid van de administratieve contracten en in dit kader, het recht voor een administratieve overheid om een administratief contract eenzijdig te wijzigen met het oog op het algemeen belang, maar zo nodig mits een billijke compensatie. De werking van dit principe is voortaan ook omkaderd, voor wat betreft de concessies bedoeld in de wet, door de regels van afdeling 6 van het tweede hoofdstuk van titel 3. De formalisering van de wijzigingen wordt niet opgelegd, noch bepaald in dit ontwerp. De concessiedocumenten of de contractuele documenten kunnen dit doen. Bij gebrek daaraan zal de wijziging in principe doorgaan via een wijzigingsclausule (bijakke) die door beide partijen ondertekend wordt. Zij kan ook gerealiseerd worden door middel van briefwisseling, die voor akkoord wordt ondertekend door de partijen;

- het begrip "contractuele documenten" is niet bepaald in de reglementering overheidsopdrachten. Het begrip heeft betrekking op de documenten betreffende de uitvoering van de concessie (hoofdzakelijk de concessiedocumenten en de definitieve offerte die door de concessiehouder zijn goedgekeurd). Over het algemeen zullen de aanbesteders er over waken dat tevens wordt voorzien dat, ingeval van tegenspraak tussen de bepalingen van de contractuele documenten, deze van de concessiedocumenten primeren op de offerte van de concessiehouder;

- het begrip "dag" werd gedefinieerd met verwijzing naar het begrip "kalenderdag", behalve uitdrukkelijke andersluidende bepaling in dit ontwerp en dit overeenkomstig artikel 60 van de wet dat bepaalt dat de termijnen die door of krachtens de wet worden opgelegd, berekend worden volgens de Verordening nr. 1182/71 van de Raad van 3 juni 1971 houdende vaststelling van de regels die van toepassing zijn op termijnen, data en aanvangs- en vervaltijden.

Afdeling 3. — Belasting over de toegevoegde waarde

Art. 3. Deze bepaling verduidelijkt dat alle bedragen in dit ontwerp in principe zonder belasting over de toegevoegde waarde begrepen moeten worden. De aandacht wordt echter gevestigd op de bepalingen van artikel 59, § 4, van dit ontwerp wat betreft de berekening van de verwijlrenten in geval van laattijdige betaling.

Section 4. — Champ d'application de la loi et seuils

Art. 4. Le présent article fixe le critère financier d'application de la loi pour (i) les concessions de services et (ii) les concessions de travaux des entreprises publiques n'agissant pas dans le cadre de leurs tâches de service public et les entités qui bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs.

A ce titre, il transpose l'article 8.1 de la Directive 2014/23/UE qui fixe ce seuil à 5.186.000 euros et exécute l'article 3, § 1^{er}, de la loi. Ce seuil a, dans l'intervalle, été adapté, conformément à l'article 9 de la directive précitée. Il est passé à 5.225.000 euros. C'est donc ce seuil qui est repris dans le présent projet.

Ce seuil étant un seuil fixé par la directive, il ne peut être revu, par le ministre compétent, que sur la base des révisions décidées par la Commission européenne dans le respect de l'article 9 de la directive 2014/23/UE. C'est ce que rappelle l'alinéa 3 du présent article.

Pour les concessions de travaux des pouvoirs adjudicateurs et des entreprises publiques agissant dans le cadre de leurs tâches de service public, la loi s'applique indépendamment de la valeur estimée de la concession. Pour ces concessions, le seuil précité de 5.225.000 euros est un seuil de publicité : il détermine l'application des règles européennes de publicité (voir infra, commentaire sous l'article 7).

Les principaux montants prévus par le présent projet renvoient à la valeur estimée des concessions pour déterminer le seuil d'application de la loi ou de la publicité européenne. Pour les concessions, la valeur estimée renvoie à la totalité du chiffre d'affaires et donc de tous types de revenus que le concessionnaire tirera de la concession, hors taxe sur la valeur ajoutée, conformément à l'article 35 de la loi.

Généralement, il ne s'agit donc pas (uniquement) du prix payé par l'adjudicateur. Rappelons toutefois qu'en vertu de la définition légale des concessions, celles-ci se caractérisent, par opposition aux marchés publics, par le transfert du risque d'exploitation des travaux ou des services et non (uniquement) par le mode de rémunération de l'opérateur économique. A cet égard, l'Exposé des motifs précise notamment que « Il n'est pas nécessaire que l'opérateur soit rémunéré, fût-ce en partie, par les usagers de l'ouvrage ou du service. Autrement dit, le fait que le concessionnaire soit exclusivement rémunéré par l'adjudicateur n'exclut pas, en soi, qu'il y ait concession (...) du moment que sa rémunération ne permette pas de garantir qu'il recouvre ses investissements et coûts en raison de la demande ou offre réelle pour l'utilisation de l'ouvrage ou des services ».

Art. 5. Le présent article fixe le seuil pour les concessions de travaux des pouvoirs adjudicateurs et des entreprises publiques agissant dans le cadre de leurs tâches de service public qui, vu leur faible valeur, ne sont pas soumis à publicité préalable. Le seuil a été fixé à 1.750.000 euros. Ce montant s'entend hors taxe sur la valeur ajoutée. Il renvoie donc à l'estimation de la totalité du chiffre d'affaires tiré de la concession pendant toute sa durée, hors taxe sur la valeur ajoutée. Ce seuil n'étant pas fixé par la Commission européenne, il n'est pas révisable suivant les modalités prévues à l'article 9 de la directive 2014/23/UE.

Cette exception à la publicité est nouvelle par rapport à la réglementation actuelle des concessions de travaux publics (loi du 15 juin 2006 et arrêté royal du 15 juillet 2011). La dispense de publicité ne vaut pas dispense de mise en concurrence, comme l'indique l'article 43, § 2, de la loi qui précise les règles procédurales applicables dans ce cas. La publication d'un avis d'attribution de concession, uniquement au niveau belge, est toujours exigée.

Art. 6. Cette disposition vise le deuxième critère d'application de la loi, en ce qu'il participe à la définition de la notion d'adjudicateur. Plus précisément, le présent article établit, par référence à l'annexe 1, une liste non limitative des organismes de droit public visés à l'article 2, 1^o, c), de la loi et des entreprises publiques visées à l'article 2, 2^o, de la loi. Il s'agit de listes non limitatives : le fait pour une entreprise ou une entité de ne pas être nommément repris dans ces listes n'implique donc pas nécessairement qu'elle ne répond pas aux définitions légales d'organisme de droit public ou d'entreprise publique.

Afdeling 4. — Toepassingsgebied van de wet en drempels

Art. 4. Dit artikel bepaalt het financieel toepassingscriterium van de wet voor (i) de concessies van diensten en de (ii) concessies van werken van de overheidsbedrijven die niet optreden in het kader van hun taken van openbare dienst, alsook van de entiteiten die genieten van bijzondere of exclusieve rechten.

In dit opzicht wordt omzetting gegeven van artikel 8.1 van Richtlijn 2014/23/EU dat de drempel vastlegt op 5.186.000 euro en wordt uitvoering gegeven aan artikel 3, § 1, van de wet. Deze drempel werd inmiddels aangepast, overeenkomstig artikel 9 van de voormelde Richtlijn en evolueerde naar 5.225.000 euro. Het is bijgevolg deze drempel die in dit ontwerp is opgenomen.

Deze door de Richtlijn opgelegde drempel kan slechts herzien worden door de bevoegde minister, op basis van de door de Europese Commissie besliste herzieningen met eerbiediging van artikel 9 van de Richtlijn 2014/23/EU. Daar wordt aan herinnerd in het derde lid van dit artikel.

Voor de concessies van werken van de aanbestedende overheden en overheidsbedrijven die optreden in het kader van hun taken van openbare dienst, wordt de wet toegepast ongeacht het geraamde bedrag van de concessie. Voor deze concessies is de voormelde drempel van 5.225.000 euro een drempel voor de bekendmaking; hij bepaalt de toepassing van de Europese regels voor bekendmaking (zie infra, commentaar bij artikel 7).

De voornaamste bedragen waarvan sprake in dit ontwerp verwijzen naar de geraamde waarde van de concessies met het oog op het bepalen van de drempel voor de toepassing van de wet of van de Europese bekendmaking. Voor de concessies verwijst de geraamde waarde naar het geheel van het omzetcijfer en bijgevolg naar alle types van inkomsten die de concessiehouder uit de concessie zal halen, behalve de belasting over de toegevoegde waarde, overeenkomstig artikel 35 van de wet.

Het gaat dus meestal niet (alleen) over de prijs die door de aanbesteder betaald wordt. Vergeten we echter niet dat de concessies, krachtens de wettelijke definitie ervan, zich in tegenstelling tot de overheidsopdrachten kenmerken door een overdracht van exploitatierisico van de werken of diensten en niet (alleen) door de wijze waarop de ondernemer wordt vergoed. In dat opzicht preciseert de Memorie van toelichting onder meer hetgeen volgt: "Het is niet nodig dat de ondernemer wordt beloond, al was het maar gedeeltelijk, door de gebruikers van het werk of van de dienst. Met andere woorden, het feit dat de concessiehouder uitsluitend door de aanbesteder wordt beloond, sluit op zich niet uit dat er sprake is van een concessie (...) voor zover hij het recht heeft om het volledig of gedeeltelijk te exploiteren en zijn vergoeding niet garandeert dat hij zijn investeringen en kosten zal kunnen terugverdienen op grond van de werkelijke vraag of het werkelijke aanbod voor het gebruik van het werk of van de diensten".

Art. 5. De onderhavige bepaling stelt de drempel vast voor de concessies van werken van aanbestedende overheden en overheidsbedrijven die optreden in het kader van hun taken van openbare dienst die, gezien hun beperkte waarde, aan geen enkele voorafgaande bekendmaking zijn onderworpen. De drempel werd vastgesteld op 1.750.000 euro. Het betreft een bedrag zonder belasting over de toegevoegde waarde. Het verwijst bijgevolg naar de raming van de totaliteit van het omzetcijfer dat voortvloeit uit de concessie gedurende de looptijd ervan, buiten belasting over de toegevoegde waarde. Deze drempel werd niet door de Europese Commissie opgelegd en is niet herzienbaar volgens de modaliteiten voorzien in artikel 9 van de Richtlijn 2014/23/EU.

Deze uitzondering op de bekendmaking is nieuw ten opzichte van de huidige reglementering voor de concessies van openbare werken (wet van 15 juni 2006 en koninklijk besluit van 15 juli 2011). De vrijstelling van bekendmaking is geen vrijstelling van in mededingingstelling, zoals voorzien in artikel 43, § 2, van de wet dat de toepasselijke procedureregels bepaalt. De bekendmaking van een aankondiging van gunning van een concessie enkel op Belgisch niveau, is nog steeds vereist.

Art. 6. Deze bepaling heeft betrekking op het tweede toepassingscriterium van de wet, in die zin dat het bijdraagt aan de omschrijving van het begrip aanbesteder. Meer bepaald stelt dit artikel, door middel van een verwijzing naar bijlage 1, een niet-exhaustieve lijst vast van publiekrechtelijke lichamen als bedoeld in artikel 2, 1^o, c), van de wet en van overheidsbedrijven als bedoeld in artikel 2, 2^o, van de wet. Het gaat om niet-exhaustieve lijsten: het feit dat een onderneming of entiteit niet is opgenomen in deze lijsten betekent bijgevolg niet noodzakelijk dat deze niet beantwoordt aan de wettelijke bepaling van een publiekrechtelijke instelling of overheidsbedrijf.

TITRE 2. — Dispositions relatives à la passation des concessions**CHAPITRE 1^{er}. — Publicité****Section 1^{re}. — Règles générales de publicité**

Art. 7. Cet article contient les règles générales applicables à la publicité des concessions, en exécution des articles 42 et 44 de la loi.

Les concessions qui, en vertu de la loi, sont soumises à publicité, font l'objet de publications au *Journal Officiel de l'Union européenne* et au *Bulletin des adjudications*. C'est le principe visé au paragraphe 1^{er} qui rappelle par ailleurs que la publication européenne précède la publication nationale, que le contenu des avis publiés à ces deux niveaux doit être identique et que seules ces publications ont valeur officielle.

Le paragraphe 2 prévoit une exception au principe de la publication au niveau belge et européen. Elle vise tous les avis relatifs aux concessions de travaux des pouvoirs adjudicateurs et des entreprises publiques agissant dans le cadre de leurs tâches de service public qui n'atteignent pas le seuil de 5.225.000 euros. En effet, ces concessions sont soumises à la loi mais n'entrent pas dans le champ d'application de la directive 2014/23/UE. Elles ne font dès lors l'objet que de publications au niveau belge. Bien sûr, rien n'empêche l'adjudicateur de publier volontairement au niveau européen également.

On notera, en particulier, le cas visé par l'article 43, § 2, alinéa 8, de la loi qui impose la publication d'un avis d'attribution de concession uniquement au niveau belge, pour les concessions de travaux de faible valeur qui peuvent être passées sans publication préalable d'un avis de concession.

Rappelons qu'en vertu de l'article 35, alinéa 3, de la loi, si la valeur de la concession de travaux au moment de l'attribution est supérieure de 20 % à sa valeur estimée au lancement de la procédure (publication des avis), c'est la valeur au moment de l'attribution qui est la "valeur appropriée". Une sous-estimation de la valeur de la concession de travaux par un pouvoir adjudicateur ou une entreprise publique agissant dans le cadre de ses tâches de service public pourrait dès lors mener à l'irrégularité d'une procédure dont l'avis de concession n'aurait été publié qu'au *Bulletin des Adjudications*.

Suivant le paragraphe 3 du présent article, aucune autre publicité ne peut avoir lieu avant la publication officielle faite au *Bulletin des Adjudications* et (sauf l'exception prévue au paragraphe 2) au *Journal Officiel de l'Union européenne*. Toute autre publicité ne peut avoir en outre un contenu autre que celui des publications officielles. La date de référence est celle de la publication et non celle de l'envoi à l'Office de publication.

Le paragraphe 4 rappelle que les avis sont publiés sur la base des formulaires standard établis par le Service public fédéral Stratégie et Appui sur la base du Règlement 2015/1986 de la Commission du 30 novembre 2015.

Le paragraphe 5 est nouveau au regard des dispositions de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 applicables aux concessions puisqu'il prévoit que les avis sont rédigés et communiqués électroniquement.

Art. 8. En vertu du présent article, toute rectification ou complément à un avis publié se fait exclusivement par le biais de la publication d'un avis rectificatif suivant les formulaires standard. Il n'est plus possible de publier un nouvel avis complet.

Art. 9. Cet article correspond à l'article 31 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, qui était applicable aux concessions de travaux publics. C'est désormais le Service public fédéral Stratégie et Appui qui est compétent pour la publication des avis.

Section 2. — L'avis de concession

Art. 10. Cet article rappelle que, sauf les exceptions prévues par la loi, le lancement d'une procédure de passation de concession fait l'objet de la publication d'un avis de concession. Cet article correspond à l'article 149 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Pour rappel, la loi prévoit deux exceptions. Pour les services sociaux et autres services spécifiques visés à son article 34 de la loi, les concessions y relatives ne font l'objet que de la publication d'un avis de

TITEL 2. — Bepalingen betreffende de plaatsing van concessies**HOOFDSTUK 1. — Bekendmaking****Afdeling 1. — Algemene bekendmakingsregels**

Art. 7. Dit artikel omvat de algemene regels die van toepassing zijn op de bekendmaking van concessies, in uitvoering van de artikelen 42 en 44 van de wet.

De concessies die, krachtens de wet, onderworpen zijn aan bekendmaking, worden bekend gemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie* en in het *Bulletin der Aanbestedingen*. Dit principe in de eerste paragraaf herinnert overigens aan het feit dat de Europese bekendmaking de nationale bekendmaking voorafgaat, dat de inhoud van beide bekendgemaakte aankondigingen identiek moet zijn en dat enkel deze bekendmakingen een officiële waarde hebben.

De tweede paragraaf voorziet in een uitzondering op het principe van de publicatie op Europees en op Belgisch niveau. Hier worden alle aankondigingen bedoeld betreffende de concessies van werken van de aanbestedende overheden en van de overheidsbedrijven die optreden in het kader van hun taken van openbare dienst en die de drempel van 5.225.000 euro niet bereiken. Deze concessies zijn immers onderworpen aan de wet, maar bevinden zich niet in het toepassingsgebied van Richtlijn 2014/23/EU. Uiteraard kan elke aanbesteder die dit wenst eveneens vrijwillig een aankondiging bekendmaken op Europees niveau.

De aandacht wordt gevestigd op het geval bedoeld in artikel 43, § 2, achtste lid, van de wet dat de bekendmaking van een aankondiging van gunning van de concessie voorziet, enkel op Belgisch niveau, voor de concessies van werken van beperkte waarde, die zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van concessie kunnen geplaatst worden.

We herinneren er ook aan dat krachtens artikel 35, derde lid, van de wet, in het geval waarin de waarde van de concessie van werken op het ogenblik van de gunning hoger ligt dan 20 % van zijn geraamde waarde (bekendmaking van de aankondiging), het de waarde is op het moment van de gunning die de "gepaste" waarde is. Een onderschatting van de waarde van de concessie van werken door een aanbestedende overheid of overheidsbedrijf dat optreedt in het kader van zijn taken van openbare dienst, zou dus aanleiding kunnen geven tot een onregelmatigheid in een procedure waarbij de aankondiging van de concessie slechts in het *Bulletin der Aanbestedingen* werd bekendgemaakt.

Volgens de derde paragraaf van dit artikel kan geen enkele bekendmaking gebeuren vooraleer een officiële bekendmaking opgenomen werd in het *Bulletin der Aanbestedingen* en (behoudens de uitzondering in de tweede paragraaf) in het *Publicatieblad van de Europese Unie*. Geen enkele andere bekendmaking mag overigens een andere inhoud hebben dan deze van de officiële publicaties. De datum die als referentiepunt wordt gebruikt is deze van de publicatie zelf en niet deze van de verzending naar het Publicatiebureau.

De vierde paragraaf herinnert eraan dat de aankondigingen gepubliceerd worden op basis van de standaardformulieren die opgesteld worden door de Federale Overheidsdienst Beleid en Ondersteuning op basis van de verordening 2015/1986 van de Commissie van 30 november 2015.

De vijfde paragraaf is nieuw ten opzichte van de op de concessies van toepassing zijnde bepalingen van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, aangezien in deze paragraaf wordt bepaald dat de aankondigingen elektronisch opgesteld en bekendgemaakt worden.

Art. 8. Krachtens dit artikel gebeurt elke rechtzetting of aanvulling bij een gepubliceerde aankondiging door middel van de bekendmaking van een rechtzettingsbericht volgens de standaardformulieren. Het is niet meer mogelijk een volledig nieuwe aankondiging bekend te maken.

Art. 9. Dit artikel stemt overeen met artikel 31 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, dat van toepassing was op de concessies van openbare werken. Voortaan is het de Federale Overheidsdienst Beleid en Ondersteuning die bevoegd is voor de bekendmaking van de aankondigingen.

Afdeling 2. — De concessieaankondiging

Art. 10. Dit artikel herinnert eraan dat, behoudens voor de uitzonderingen voorzien in de wet, de lancering van een plaatsingsprocedure voor een concessie het voorwerp uitmaakt van een concessieaankondiging. Dit artikel stemt overeen met artikel 149 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011.

De wet voorziet twee uitzonderingen: voor de in artikel 34 van de wet bedoelde sociale en andere specifieke diensten vormen de concessies die daar betrekking op hebben slechts het voorwerp van een

préinformation ad hoc. La deuxième exception, fixée à l'article 43 de la loi, détermine les cas de dispense de publication étant donné des circonstances particulières : l'opérateur unique, une première procédure avec publicité infructueuse et les concessions de travaux de faible valeur des pouvoirs adjudicateurs et des entreprises agissant dans le cadre de leurs tâches de service public.

Section 3. — L'avis d'attribution de concession

Art. 11. Cet article définit les obligations de publicité *a posteriori* en exécution de l'article 44, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi. Il s'agit de la publication d'un avis d'attribution de concession. Cette obligation existe même dans les cas où, en vertu de l'article 43 de la loi, l'adjudicateur est exonéré de la publication préalable.

Section 4. — Les concessions de services sociaux et autres services spécifiques visés à l'article 34 de la loi

Art. 12. Les articles 12 et 13 visent les obligations de publicité spécifiques aux concessions de services sociaux et autres services spécifiques visés à l'article 34 de la loi.

Pour rappel, ces concessions doivent faire l'objet de la publication d'un avis de préinformation spécifique. C'est la seule forme de publicité *a priori* qui est requise.

Art. 13. L'article 13 exécute l'obligation de publication *a posteriori* prévue par l'article 44, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi pour les concessions de services sociaux ou autres services spécifiques. Les mentions de l'avis d'attribution pour ces concessions ne sont pas identiques à celles imposées pour les avis d'attribution des « autres » concessions.

CHAPITRE 2. — Dispositions générales

Section 1^{re}. — Communications électroniques

Art. 14. Aux termes de l'article 32 de la loi, en principe, les adjudicateurs utilisent des moyens de communication électroniques. Le principe établi par cet article vise tant la passation que l'exécution des concessions.

Les moyens électroniques visés à l'article 32 de la loi (voir définition de l'article 2, 12^o, de la loi) incluent l'e-mail. Il n'y a donc pas d'obligation de recourir aux plateformes électroniques visées à l'article 14, § 7, de la loi relative aux marchés publics.

L'e-mail n'offre toutefois pas les mêmes garanties que celles de la plateforme électronique. L'adjudicateur sera donc attentif, lorsque la communication électronique est obligatoire ou possible, à choisir des modalités qui permettent de respecter le prescrit de la loi, à savoir : « préserver l'intégrité des données et la confidentialité des candidatures et des offres lors de toute communication et de tout échange et stockage d'informations » et de ne prendre « connaissance du contenu des candidatures et des offres qu'à l'expiration du délai prévu pour la présentation de celles-ci ».

L'article 32 de la loi habilite le Roi à définir les cas dans lesquels des moyens de communication électroniques ne sont pas obligatoires. C'est l'objet du présent article pour ce qui concerne la passation des concessions. Pour la phase d'exécution, c'est l'article 46 du titre 3 qui s'applique.

Les cas listés au présent article ne permettent toutefois pas de déroger à l'obligation d'utiliser des moyens électroniques pour la rédaction et publication des avis relatifs aux concessions (cf. article 7, § 5, du présent projet) ni aux obligations prévues à l'article 45 de la loi concernant la mise à disposition des documents de concession par voie électronique.

Les exceptions à l'usage de moyens électroniques listées au présent article, s'inspirent des hypothèses listées à l'article 14 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Elles ne sont pas identiques notamment parce que la directive 2014/23/UE n'impose pas le recours aux moyens électroniques pour les concessions qui entrent dans son champ d'application et parce que la loi vise les concessions passées également dans le domaine de la défense et de la sécurité.

Le dernier alinéa définit les moyens de communication pouvant être utilisés dans les cas où les moyens électroniques ne sont pas obligatoires. Il transpose partiellement l'article 29 de la directive 2014/23/UE.

Sont visés : l'oral, y inclus le téléphone, la poste, le télécopieur (fax) ou encore la remise en mains propres moyennant accusés de réception. Ce dernier mode inclut les dépôts par service de portage. Ces modes de

vooraankondiging ad hoc. De tweede uitzondering, bepaald in artikel 43 van de wet, heeft betrekking op de gevallen van vrijstelling van bekendmaking omwille van bijzondere omstandigheden: één bepaalde ondernemer, een eerste vruchteloze procedure en de concessies voor werken van beperkte waarde van aanbestedende overheden en overheidsbedrijven die optreden in het kader van hun taken van openbare dienst.

Afdeling 3. — De aankondiging van gegunde concessie

Art. 11. Dit artikel bepaalt de verplichtingen inzake bekendmaking *a posteriori* in uitvoering van artikel 44, § 1, eerste lid, van de wet. Het gaat om de bekendmaking van een aankondiging van gegunde concessie. Deze verplichting bestaat zelfs in de gevallen waarin, krachtens artikel 43 van de wet, de aanbesteder vrijgesteld is van voorafgaande bekendmaking.

Afdeling 4. — De concessies voor sociale en andere specifieke diensten bedoeld in artikel 34 van de wet

Art. 12. De artikelen 12 en 13 beogen de specifieke verplichtingen inzake bekendmaking voor de concessies van sociale en andere specifieke diensten bedoeld in artikel 34 van de wet.

Ter herinnering : deze concessies moeten het voorwerp uitmaken van een specifieke vooraankondiging. Dit is de enige vorm van bekendmaking die *a priori* vereist is.

Art. 13. Artikel 13 geeft uitvoering aan de verplichting tot bekendmaking *a posteriori* voorzien in artikel 44, § 1, tweede lid, van de wet voor de concessies van sociale en andere specifieke diensten. De vermeldingen in de aankondiging van gegunde concessie zijn niet identiek met deze die opgelegd worden voor de aankondigingen van gegunde concessie van de "overige" concessies.

HOOFDSTUK 2. — Algemene bepalingen

Afdeling 1. — Elektronische communicatie

Art. 14. Ingevolge artikel 32 van de wet gebruiken de aanbesteders in principe elektronische communicatiemiddelen. Het principe dat in dit artikel wordt opgelegd beoogt zowel de plaatsing als de uitvoering van de concessies.

De elektronische middelen waarvan sprake in artikel 32 van de wet (zie de definitie in artikel 2, 12^o, van de wet) omvatten ook het gebruik van e-mail. Er geldt dus geen verplichting om beroep te doen op elektronische platformen als bedoeld in artikel 14, § 7, van de wet overheidsopdrachten.

De e-mail biedt echter niet dezelfde waarborgen als deze van het elektronisch platform. De aanbesteder doet er goed aan om bij de keuze van de modaliteiten erover te waken dat de voorschriften van de wet worden nageleefd, te weten: "dat bij elke mededeling, uitwisseling en opslag van informatie de integriteit van de gegevens en de vertrouwelijkheid van de offertes en aanvragen tot deelneming gewaarborgd zijn" en "pas na het verstrijken van de uiterste termijn voor de indiening kennis [genomen wordt]... van de inhoud van de offertes en aanvragen tot deelneming".

Artikel 32 van de wet machtigt de Koning om de gevallen te bepalen waarin de elektronische communicatiemiddelen niet verplicht zijn. Deze gevallen zijn vervat in het onderhavige artikel wat betreft de plaatsing van concessies. Voor de fase van de uitvoering is artikel 46 van titel 3 van toepassing.

De gevallen die zijn opgelijst in dit artikel laten echter niet toe af te wijken van de verplichting om elektronische middelen te gebruiken voor de redactie en publicatie van de aankondigingen betreffende de concessies (cf. artikel 7, § 5, van dit ontwerp), noch van de verplichtingen voorzien in artikel 45 van de wet betreffende het ter beschikking stellen van concessiedocumenten via elektronische weg.

Bij het formuleren van de uitzonderingen op het gebruik van de elektronische middelen opgesomd in het onderhavige artikel, werd inspiratie gezocht bij de hypothesen waarvan sprake in artikel 14 van de wet van 17 juni 2016 betreffende de overheidsopdrachten. Ze zijn echter niet identiek onder meer omdat Richtlijn 2014/23/EU geen beroep op elektronische middelen oplegt voor concessies die in haar toepassingsgebied vallen en omdat de wet de concessies beoogt die eveneens geplaatst worden in het domein van defensie en veiligheid.

Het laatste lid bepaalt de communicatiemiddelen die gebruikt mogen worden in de gevallen waarin de elektronische middelen niet verplicht zijn. Het geeft gedeeltelijk omzetting aan artikel 29 van de Richtlijn 2014/23/EU.

Worden bedoeld : de mondelinge communicatie, met inbegrip van de telefoon, de post, de fax of nog het in eigen handen afleveren mits ontvangstbewijs. Deze laatste werkwijze omvat de afgifte door middel

communication peuvent être combinés entre eux. Ils peuvent également être combinés avec des moyens électroniques.

Section 2. — Communication orale

Art. 15. Le présent article définit les limites et conditions dans les lesquelles la communication orale, y compris par téléphone, peut être utilisée, que des moyens électroniques de communication soient ou non utilisés pour le reste dans la passation des concessions. Ces limites et conditions transposent les dispositions de l'article 29 de la directive 2014/23/UE.

La communication orale ne peut viser que des éléments non essentiels d'une procédure de passation d'une concession. Dans la loi « marchés publics », cette notion est définie par référence aux documents du marché, à l'offre et/ou à la demande de participation (voir aussi considérant 59 de la directive 2014/24/UE). On peut considérer que cela s'applique également aux concessions. Ensuite, pour être valable, le contenu de la conversation orale/téléphonique doit être consigné d'une manière suffisante sur un support durable. Il va de soi que cette communication orale ne peut, par ailleurs, avoir pour but ou pour effet de violer les principes fondamentaux qui encadrent la passation des concessions (énoncés à l'article 24 de la loi) et notamment les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence.

Cette limitation de la communication orale a un impact sur les séances d'information ou visites de sites organisées préalablement à la remise d'offre. Comme l'indique l'article 14, § 4, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, ces visites et séances restent possibles. Néanmoins, lors de ces séances ou visites, il ne sera pas possible de donner des informations essentielles, à moins que cela ne soit un simple rappel de ce qui se trouve dans les documents de concession. Le fait de dresser un procès-verbal de cette réunion ne suffit pas. Il faudra également diffuser cette information écrite, dans le respect du principe d'égalité de traitement et ce, suivant les modes de communication autorisés et applicables qui peuvent inclure la publication d'un avis rectificatif.

Enfin, le présent article est à mettre en parallèle avec l'article 46, § 5, de la loi qui impose à l'adjudicateur de "consigner adéquatement les étapes de la procédures de passation selon les moyens qu'il juge appropriés, sous réserve des dispositions de l'article 31 § 1^{er} et 2, de la loi, relatives à la confidentialité". Comme l'indique l'Exposé des motifs, l'article 46, § 5, de la loi oblige notamment l'adjudicateur à « dresser des procès-verbaux des réunions de négociations ou d'analyse des demandes de participation ou des offres (...) Ils serviront notamment à l'établissement des décisions motivées visées par la « loi recours » ».

CHAPITRE 3. — Garanties procédurales

Section 1^{re}. — Documents de concession

Art. 16. Pris en exécution de l'article 46, § 7, de la loi, à l'instar de tous les autres articles du présent chapitre 3, la présente disposition liste les mentions obligatoires que les documents de concession doivent contenir pour la phase de passation et pour la phase d'exécution de la concession.

Ces listes sont sans préjudice des mentions minimales des avis de concession ou de pré-information.

S'agissant de la durée de la concession, rappelons que cette mention ne doit figurer que « si possible » dans l'avis de concession. Il ressort par ailleurs du considérant 52 de la directive 2014/23/UE, que l'adjudicateur peut se limiter à estimer la durée de la concession lors de son lancement. Il indiquera alors une durée indicative dans les documents de concession, tandis que la durée (réelle/fixe) de la concession pourra être déterminée soit par l'adjudicateur et les soumissionnaires (dans le cadre des négociations) soit par le concessionnaire (si la durée est un critère d'attribution).

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

Pour limiter le risque de devoir abandonner et recommencer sa procédure en vertu de la règle des 20 % (voir article 35, § 2, de la loi),

van vervoersdiensten. Deze communicatiemethoden kunnen onderling gecombineerd worden of gecombineerd worden met elektronische middelen.

Afdeling 2. — Mondelinge communicatie

Art. 15. Dit artikel bepaalt de grenzen en voorwaarden waarin de mondelinge communicatie, met inbegrip van telefoon, kan gebruikt worden, ongeacht of de elektronische middelen al dan niet verder gebruikt worden in de plaatsing van de concessies. Deze grenzen en voorwaarden geven omzetting aan de bepalingen van artikel 29 van de Richtlijn 2014/23/EU.

De mondelinge communicatie kan slechts betrekking hebben op niet-essentiële elementen van een plaatsingsprocedure van een concessie. In de wet "overheidsopdrachten" is dit begrip bepaald door middel van een verwijzing naar de opdrachtdocumenten, de offerte en/of de aanvraag tot deelneming (zie ook overweging 59 van Richtlijn 2014/23/EU). Men kan er van uitgaan dat dit eveneens van toepassing is op de concessies. Verder moet de inhoud van het mondeling/telefonisch gesprek, om geldig te zijn, op een voldoende wijze worden opgenomen op een duurzame drager. Het spreekt voor zich dat deze mondelinge communicatie overigens niet tot doel of tot gevolg kan hebben dat de fundamentele principes die gelden voor de plaatsing van concessies (zie artikel 24 van de wet) geschonden worden, onder meer de principes van gelijkheid van behandeling, niet-discriminatie en transparantie.

Deze beperking van de mondelinge communicatie heeft een weerslag op de informatiesessies of bezoeken die voorafgaand aan de indiening van de offertes georganiseerd worden. Zoals gezegd in artikel 14, § 4, van de wet van 17 juni 2016 blijven dergelijke bezoeken en sessies mogelijk. In de loop van deze sessies of bezoeken zal het echter niet mogelijk zijn om informatie omtrent essentiële elementen door te geven, tenzij het een loutere herhaling betreft van hetgeen zich reeds in de concessiedocumenten bevindt. Het feit dat een proces-verbaal van deze vergadering wordt opgesteld volstaat niet. Deze schriftelijke informatie moet ook verspreid worden met eerbiediging van het gelijkheidsprincipe en dit volgens de toegelaten en van toepassing zijnde communicatiemethoden, die de bekendmaking van een rechtzettingsbericht kunnen inhouden.

Tenslotte moet dit artikel in parallel bekeken worden met artikel 46, § 5, van de wet dat de aanbesteder verplicht tot het waarborgen van "een passende documentatie van de verschillende fasen van de plaatsingsprocedure op de manier die hij geschikt acht, onder voorbehoud van de bepalingen van artikel 31, §§ 1 en 2, van de wet met betrekking tot de vertrouwelijkheid". Zoals de Memorie van Toelichting het bevestigt verplicht artikel 46, § 5, van de wet de aanbesteder onder meer tot "het opstellen van de notulen van de onderhandelingen of van analyses van de aanvragen tot deelneming en offertes. (...) Ze zullen met name dienen voor het opstellen van de gemotiveerde beslissingen bedoeld in de "rechtsbeschermingswet".

HOOFDSTUK 3. — Procedurele waarborgen

Afdeling 1. — Concessiedocumenten

Art. 16. De onderhavige bepaling die genomen wordt in uitvoering van artikel 46, § 7, van de wet, zoals voor de overige artikelen van dit hoofdstuk 3, lijst de verplichte vermeldingen op die de concessiedocumenten moeten bevatten voor de fasen van de plaatsing en van de uitvoering.

Deze lijsten gelden onverminderd de minimale vermeldingen in de concessieaankondigingen of in de vooraankondigingen.

We herinneren eraan dat, wanneer het gaat over de looptijd van de concessie, deze vermelding slechts in de aankondiging van de concessie dient opgenomen te worden "voor zover mogelijk". Uit de overweging 52 van de Richtlijn 2014/23/EU blijkt overigens dat de aanbesteder zich kan beperken tot het ramen van de looptijd van de concessie op het moment van de lancering ervan. Hij zal aldus een indicatieve looptijd vermelden in de concessiedocumenten, terwijl de (reële/vaste) looptijd van de concessie zal kunnen bepaald worden ofwel door de aanbesteder en de inschrijvers (in het kader van onderhandelingen), ofwel door de concessiehouder (indien de looptijd een gunningscriterium is).

Deze appreciatieruimte maakt de raming van de waarde van de concessie echter alleen maar delicaat of nog zorgt ervoor dat een wijziging van deze waarde op het einde van de procedure meer waarschijnlijk wordt.

Om het risico om de procedure te moeten herbeginnen krachtens de regel van de twintig procent (zie artikel 35, § 2, van de wet) in te perken,

l'adjudicateur fixera utilement une durée maximale non négociable (exigence minimale) dans les documents de concession et calculera sur cette base la valeur de la concession. La durée "réelle" (fixe) sera déterminée lors des négociations, le cas échéant, sur la base des offres des soumissionnaires (si la durée est un critère d'attribution). Cela suppose, comme indiqué ci-avant, une bonne préparation de la concession qui permette à l'adjudicateur de fixer adéquatement la durée maximale.

Les documents de concession doivent contenir toutes les informations nécessaires pour permettre aux opérateurs économiques de faire offre et indiquer à cet égard quels moyens (électroniques) sont imposés ou autorisés et en fonction, déterminer ou non les exigences d'introduction, de dépôt et de signature. En effet, le présent arrêté ne pose d'exigences à ces égards que pour les offres déposées via les plateformes électroniques.

En particulier les documents de concession veilleront à identifier les exigences minimales, c'est-à-dire, suivant la définition de l'article 46, § 1^{er}, 1^o, de la loi, « les caractéristiques et conditions, notamment techniques, physiques, fonctionnelles ou juridiques que toute offre est tenue de remplir ou de posséder ». S'il est vrai qu'en vertu de la directive 2014/23/UE, ces exigences minimales sont fixées « le cas échéant », en réalité, l'adjudicateur devra les définir en toutes circonstances. Il sera très attentif à bien définir ces exigences minimales car elles ne pourront pas être modifiées pendant la procédure. Il faut donc veiller à viser les objectifs et contraintes plutôt que les solutions, à viser des exigences matérielles plutôt que formelles, etc. Ces exigences minimales peuvent être reprises tant dans le « règlement de procédure », que dans les conditions d'exécution de la concession ou encore dans les spécifications techniques. Devront figurer idéalement au titre des exigences minimales la(les) caractéristique(s) du contrat qui assure(nt) le transfert de risque d'exploitation. En tout état de cause, même si elles ne figurent pas au titre des exigences minimales des documents de concession, ces caractéristiques ne pourront être modifiées qu'à la marge sous peine de dénaturer la concession et de prendre le risque d'une procédure de passation irrégulière.

Les documents de concession détermineront également les engagements pris par les soumissionnaires par le dépôt de leur offre (initiale, successive, finale). Ces engagements ne sont pas définis par la réglementation. Ainsi, les documents de concession peuvent parfaitement prévoir que les offres initiales ne sont pas engageantes quant au financement et/ou que les offres financières peuvent être faites sous certaines réserves.

Les documents de concession contiendront toujours la description de l'organisation de la procédure. Comme l'indique l'Exposé des motifs concernant l'article 46, § 5, de la loi on vise ici le "règlement de procédure" qui déterminera notamment les modalités, voire l'objet des négociations, le nombre d'offres successives, les éventuelles limitations du nombre d'offres soumises à négociation, etc.

Comme l'indique l'Exposé des motifs de la loi, l'article 37 de la directive 2014/23/UE (transposé par l'article 46 de la loi) permet à l'adjudicateur d'apporter des modifications aux règles d'organisation de la procédure. Cette faculté ne permet pas de modifier les exigences minimales qui y seraient reprises ni les critères d'attribution, ni les règles fixées par le présent projet. En tout état de cause, cette faculté doit s'exercer dans le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement : l'adjudicateur doit se réserver dès lors expressément la faculté de revoir son « règlement de procédure » (sous peine de se voir reprocher de ne pas respecter les règles qu'il s'est fixées), dans les limites précitées et communiquer ces modifications à tous les opérateurs économiques concernés.

Bien sûr, les documents de concession détermineront les critères d'attribution de la concession. Pour rappel, les critères doivent être liés à l'objet de la concession, vérifiables et non-discriminatoires. Ils ne peuvent conférer une liberté de choix discrétionnaire à l'adjudicateur et doivent permettre de constater un avantage économique global pour ce dernier. Ces critères ne doivent pas être pondérés mais doivent être repris en ordre décroissant d'importance. Il est renvoyé à l'article 55, § 3, de la loi pour les cas, exceptionnels où cet ordre peut être modifié.

Les documents de concession devront toujours indiquer les modalités de conclusion de la concession, dans le respect des dispositions, concernant notamment le délai d'attente, reprise dans la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de

zal de aanbesteder op nuttige wijze een niet-onderhandelbare maximale duur van de concessie vastleggen (minimumeis) in de concessie-documenten en op basis hiervan de waarde van de concessie berekenen. De "reële (vaste) duur" zal tijdens de onderhandelingen bepaald worden, zo nodig op basis van de offertes van de inschrijvers (indien de looptijd een gunningscriterium is). Zoals eerder gezegd, veronderstelt dit een goede voorbereiding van de concessie die de aanbesteder toelaat de maximale duur op een adequate manier te bepalen.

De concessie-documenten moeten alle nodige inlichtingen omvatten om de ondernemers toe te laten een offerte in te dienen en ter zake tevens aangeven welke (elektronische) middelen opgelegd of toegelaten zijn, alsook in functie daarvan bepalen welke al dan niet de vereisten zijn voor de indiening, neerlegging en ondertekening. Dit ontwerp legt immers te dien einde enkel eisen op voor wat betreft de offertes neergelegd via elektronische platformen.

De concessie-documenten zullen in het bijzonder waken over de identificatie van de minimale eisen, of volgens de definitie van artikel 46, § 1, 1^o, van de wet "de kenmerken en voorwaarden, met name op technisch, materieel, functioneel of juridisch vlak, waaraan elke offerte moet voldoen of moet omvatten." Zelfs al is het zo dat de Richtlijn 2014/23/EU zegt dat de minimale eisen "desgevallend" moeten bepaald worden, zal de aanbesteder dat in de realiteit in alle omstandigheden moeten doen. Hij moet aandachtig zijn voor een goede bepaling van de minimale eisen want deze kunnen niet gewijzigd worden in de loop van de procedure. Er dient bijgevolg over gewaakt te worden dat de doelstellingen en dwingende eisen daarin aan bod komen, eerder dan de oplossingen, dat de aandacht meer uitgaat naar de materiële eisen dan de formele eisen, enz. Deze minimale eisen kunnen zowel in een "procedurereglement" opgenomen worden, als in de uitvoeringsvoorwaarden of nog in de technische specificaties. Zullen idealiter onder de minimale eisen moeten voorkomen, het (de) kenmerk(en) van het contract die de overdracht van het exploitatierisico verzekert of verzekeren. In ieder geval kunnen deze kenmerken slechts marginaal gewijzigd worden, zelfs al werden ze niet opgenomen in de concessie-documenten als minimale eisen, op straffe van ontkrachting van de concessie en van het risico op een onregelmatige plaatsingsprocedure.

De concessie-documenten zullen tevens de verbintenissen omvatten die door de inschrijvers werden aangegaan door het neerleggen van hun (initiële, opeenvolgende, definitieve) offerte(s). Deze verbintenissen worden niet bepaald door de reglementering. Aldus kunnen de concessie-documenten perfect voorzien dat de initiële offertes niet bindend zijn wat betreft de financiering en/of dat de financiële offertes kunnen neergelegd worden onder bepaalde voorbehouden.

De concessie-documenten moeten steeds de omschrijving omvatten van de organisatie van de procedure. Zoals aangegeven in de Memorie van Toelichting in verband met artikel 46, § 5, van de wet, bedoelt men hier het "procedurereglement" dat onder meer de modaliteiten of nog het voorwerp van de onderhandelingen zal bepalen, het aantal opeenvolgende offertes, de eventuele beperkingen van het aantal offertes waarover kan onderhandeld worden, enz.

Zoals aangegeven in de Memorie van Toelichting betreffende de wet, laat artikel 37 van de Richtlijn 2014/23/EU de aanbesteder toe wijzigingen aan te brengen aan de regels voor de organisatie van de procedure. Deze mogelijkheid laat niet toe de minimale eisen die daarin zouden opgenomen zijn te wijzigen, noch de gunningscriteria, en evenmin de regels die door dit ontwerp worden opgelegd. In ieder geval moet van deze mogelijkheid gebruik gemaakt worden met eerbiediging van de regels inzake transparantie en gelijke behandeling: de aanbesteder moet zichzelf bijgevolg uitdrukkelijk de mogelijkheid voorbehouden om zijn "procedurereglement" te herzien (op straffe van verwijt dat hij zijn eigen regels niet heeft geëerbiedigd), binnen de voormelde grenzen en deze wijzigingen meedelen aan alle betrokken ondernemers.

Uiteraard zullen de concessie-documenten de gunningscriteria van de concessie vastleggen. Er wordt aan herinnerd dat de criteria moeten verbonden zijn met het voorwerp van de concessie, verifieerbaar en niet-discriminatoire. Zij mogen aan de aanbesteder geen discretionaire keuzevrijheid geven en moeten deze laatste toelaten een globaal economisch voordeel vast te stellen. Deze criteria moeten niet gewogen zijn, maar moeten wel in dalende volgorde van belang worden vermeld. Voor wat betreft de uitzonderingsgevallen waarin deze orde wel kan worden gewijzigd wordt verwezen naar artikel 55, § 3, van de wet.

De concessie-documenten zullen steeds de modaliteiten voor de sluiting van de concessie moeten aangeven, met eerbiediging van de bepalingen betreffende onder meer de wachttijd, bedoeld in de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor

travaux, de fournitures et de services et de concessions, modifiée par la loi du 16 février 2017. La conclusion de la concession peut être organisée de diverses façons dont notamment la notification de l'approbation de l'offre (finale), la signature d'un contrat.

Au titre des conditions d'exécution, les documents de concession reprendront obligatoirement et dans tous les cas:

- les obligations générales (notamment et surtout celles visées à l'article 27 de la loi concernant les obligations applicables de droit environnemental, social et du travail) et particulières (pour chaque phase de la concession) du concessionnaire;

- les modalités d'exécution des travaux et/ou des services. Dans ce cadre, en particulier pour les concessions de travaux, l'adjudicateur reprendra les obligations en termes d'agrément des entrepreneurs visées à l'article 55 du présent projet et pourra, pour le reste, s'inspirer des dispositions de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics, plus particulièrement des dispositions particulières aux marchés de travaux tout en veillant à les adapter pour les rendre applicables, peu importe qui les exécute;

- les garanties de bonne exécution à constituer par le concessionnaire. A ce titre, le cautionnement tel que défini et réglé par l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics peut être utilisé, les documents de concession devant toutefois fixer son montant (ses modalités d'adaptation) et les modalités de libération notamment en cas de résiliation unilatérale de la concession;

- les clauses relatives aux manquements contractuels et à leur sanction. Les documents définiront les modalités de calcul et d'application des pénalités générales ou spéciales, ainsi que les modalités de calcul et d'application des amendes de retard. Les pouvoirs adjudicateurs et les entreprises publiques agissant dans le cadre de leurs tâches de service public disposent, pour sanctionner les manquements contractuels graves (et les violations d'obligations légales ou réglementaires qui y sont assimilées) des mesures d'office que le présent projet définit et dont ils déterminent les conditions d'application. Au titre des mesures d'office figure, la résiliation unilatérale. Cette sanction pourra également être prévue par les documents de concession des autres adjudicateurs dans le respect de ce que prévoit le Code civil tel qu'appliqué par la jurisprudence;

- l'étendue de sa responsabilité, notamment décennale comme le prévoit l'article 69 du présent projet et les assurances qu'il doit contracter pour couvrir ses responsabilités;

- les documents de concession devront également définir les droits de chacun sur les terrains et/ou ouvrages mis à disposition ou à ériger par le concessionnaire ou l'adjudicateur pendant la durée de la concession et à son terme. Les cas de figure peuvent varier de concession à concession mais ces droits devront être précisément définis ainsi que les obligations et droits qui en découlent pour leur titulaire;

- les modalités de réception des prestations de travaux devront également être définies;

- enfin les modalités et conséquences de fin de la concession doivent être mentionnées. Il s'agira notamment de déterminer les différents cas de figure (résiliation pour manquement contractuel du concessionnaire, résiliation pour motifs d'intérêt général, résiliation sans faute du concessionnaire, résiliation suite à un cas de force majeure, etc.) et pour chacun de fixer les modalités de calcul des indemnités et compensation dues par l'adjudicateur ou le concessionnaire, suivant les différentes phases de la concession.

Art. 17. Le présent article envisage les mentions qui doivent, le cas échéant, figurer dans les documents de concession c'est-à-dire en fonction du type de procédure (en une seule phase ou en plusieurs phases), du type de concession, de son objet, de la forme du concessionnaire, etc.

Ainsi, quant à la passation de la concession, les documents de concession devront ainsi prévoir :

- la description des lots et les modalités de remise d'offres pour ces lots (un, tous, plusieurs), ainsi que les dispositions encadrant les variantes et les options de sorte qu'un soumissionnaire ne remette pas

travaux, fournitures et services et concessions, gewijzigd door de wet van 16 februari 2017. De sluiting van een concessie kan op verschillende wijzen georganiseerd worden, waaronder de kennisgeving van de goedkeuring van de (definitieve) offerte of de ondertekening van een contract.

De concessiedocumenten zullen, ten titel van uitvoeringsvoorwaarden, verplicht en in ieder geval het volgende bepalen :

- de algemene verplichtingen (onder andere en vooral deze bedoeld onder artikel 27 van de wet betreffende de verplichtingen die van toepassing zijn inzake milieu- sociaal en arbeidsrecht) en de bijzondere verplichtingen (voor elke fase van de concessie) voor de concessiehouder;

- de uitvoeringsmodaliteiten van de werken en/of diensten. In dit kader en in het bijzonder voor de concessies van werken, zal de aanbesteder de verplichtingen op het vlak van de erkenning van de aannemers bedoeld in artikel 55 van dit ontwerp hernemen en kan hij zich verder laten inspireren door de bepalingen van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten, meer bepaald de specifieke bepalingen omtrent de opdrachten voor werken, waarbij er evenwel over gewaakt moet worden dat deze aangepast worden om ze van toepassing te kunnen maken, ongeacht wie ze uitvoert;

- de waarborgen voor een goede uitvoering die door de concessiehouder dienen gegeven te worden. Daartoe kan de borgtocht, zoals bepaald en geregeld door het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten gebruikt worden, maar de concessiedocumenten zullen wel het bedrag (de aanpassingsmodaliteiten) en de modaliteiten van vrijgave ervan moeten bepalen, onder meer in geval van eenzijdige verbreking van de concessie;

- de bepalingen betreffende de contractuele inbreuken en de sancties die er op staan. De documenten zullen de nadere regels voor de berekening en toepassing van de algemene of bijzondere straffen omschrijven, alsook de nadere regels voor de berekening en toepassing van de vertragingsboetes. De aanbestedende overheden en de overheidsbedrijven die optreden in het kader van hun taken van openbare dienst beschikken voor de bestraffing van de ernstige contractuele inbreuken (en schendingen van de verplichte wettelijke en reglementaire verplichtingen die hiermee worden gelijkgesteld) over maatregelen van ambtswege die in dit ontwerp worden bepaald en waarvan ook de toepassingsvoorwaarden worden opgegeven. De eenzijdige verbreking is een maatregel die onder deze categorie valt. Deze sanctie kan eveneens opgenomen worden in de concessiedocumenten van de andere aanbesteders, mits eerbiediging van het Burgerlijk Wetboek zoals toegepast in de rechtspraak;

- de draagwijdte van zijn aansprakelijkheid, onder meer de tienjarige aansprakelijkheid als bedoeld in artikel 69 van dit ontwerp en de verzekeringen die hij moet aangaan voor de dekking van deze aansprakelijkheden;

- de concessiedocumenten zullen ook de rechten van elkeen bepalen wat betreft de terreinen en/of werken die ter beschikking gesteld of opgetrokken moeten worden door de concessiehouder of aanbesteder gedurende de concessie en aan de beëindiging ervan. De gevallen kunnen variëren van concessie tot concessie, maar deze rechten alsook de verplichtingen en rechten die er uit voortvloeien voor hun titularis, moeten nauwkeurig vastgelegd worden;

- de modaliteiten voor de oplevering van de prestaties omtrent de werken moeten eveneens bepaald worden;

- tenslotte moeten de modaliteiten en gevolgen van de beëindiging van de concessie vermeld worden. Het gaat er om de verschillende gevallen te bepalen (verbreking om reden van contractuele inbreuk van de concessiehouder, verbreking om redenen van algemeen belang, verbreking zonder fout van de concessiehouder, verbreking ingevolge overmacht, enz.) en per geval de modaliteiten voor de berekening van de vergoeding en compensaties die door de aanbesteder of concessiehouder verschuldigd zijn, in de onderscheiden fases van de concessie, te bepalen.

Art. 17. Dit artikel heeft het over de vermeldingen die desgevallend moeten voorkomen in de concessiedocumenten, meer bepaald in functie van het type procedure (in één fase of in meerdere fasen), het type concessie, het voorwerp van de concessie, de vorm van de concessiehouder, enz.

Wat de plaatsing van de concessie betreft zal aldus het volgende in de concessiedocumenten moeten opgenomen worden:

- de beschrijving van de percelen en modaliteiten voor de indiening van de offertes voor deze percelen (één, alle, meerdere), alsook de bepalingen die de varianten en de opties omkaderen zodat een

plusieurs offres pour une seule concession;

- les éventuelles obligations de confidentialité à l'égard des informations que l'adjudicateur met à disposition des soumissionnaires, sous quelque forme que ce soit (via une data room ou en annexe des documents de concession);

- que la procédure soit en deux phases (introduction de demandes de participation sur la base de l'avis de concession) ou une phase (introduction des offres sur la base de l'avis de concession), les documents de concession doivent contenir, en complément à l'avis de concession, toutes les informations relatives aux motifs d'exclusion applicables (tels que définis par les articles 50, 51 et 52 de la loi), aux conditions de sélection (définies librement par l'adjudicateur dans le respect des principes énoncés à l'article 48 de la loi), voire aux critères de limitation du nombre de candidats sélectionnés, au DPP, aux modalités de vérification et aux documents justificatifs. Les documents de concession préciseront également, pour les procédures en deux phases les modalités formelles d'introduction, de dépôt, de signature, voire d'ouverture. Rien n'empêche, dans les procédures en deux phases, que l'adjudicateur complète ces informations par un document de sélection mis à disposition dans le respect des dispositions de l'article 45 de la loi;

- dans les procédures en deux phases, les documents de concession envisageront les exceptions et nuances pouvant être apportées à la règle suivant laquelle seuls les candidats sélectionnés peuvent (valablement) remettre offre. A cet égard, le présent projet reprend une exception et une nuance qui nécessitent des mentions dans les documents de concession. Il s'agit, d'une part, de la modification de la composition d'un groupement d'opérateurs économiques entre la décision de sélection et la remise d'offre. Le présent projet prévoit que celle-ci est possible pour autant que le groupement compte toujours au moins un membre sélectionné et qu'elle soit autorisée par les documents de concession (voir article 24). Ceux-ci devront préciser, par ailleurs, que l'offre ne sera acceptable que pour autant qu'il n'existe pas, à l'encontre de ces nouveaux membres, des motifs d'exclusion, sans préjudice des mesures correctrices et de la régularisation prévues par les articles 51 et 53 de la loi et que, malgré sa modification, le groupement répond toujours aux conditions de sélection posées par l'avis de concession. En effet, l'article 46 de la loi impose que la concession soit attribuée à un soumissionnaire qui remplit les conditions de sélection et qui n'est pas exclu en vertu des articles 50 à 52 de la loi, sous réserve de l'article 53. D'autre part, le présent projet prévoit que les documents de concession peuvent limiter ou interdire, aux fins de garantir un niveau suffisant de concurrence, la remise d'offres commune par des candidats sélectionnés séparément. A défaut de prévoir cette interdiction, l'adjudicateur sera contraint d'accepter la remise d'offres communes par des candidats sélectionnés séparément;

- enfin, dans les cas où la participation à la procédure requiert un lourd investissement pour les soumissionnaires et pour encourager la remise d'offres innovantes, il est conseillé de prévoir, dans les documents de concession, une indemnité pour les soumissionnaires non retenus. En principe, cette indemnité n'est prévue qu'au stade des offres : elle ne vise pas les candidats non sélectionnés. Par ailleurs, il est conseillé de limiter le droit à cette indemnité aux soumissionnaires qui ont remis une « bonne » offre (régulière), à tout le moins conforme aux exigences minimales, voire qui ont obtenu un minimum de points sur les différents critères. Cette indemnité peut être progressive suivant le stade d'élimination de l'offre (offre initiale ou offre finale). Enfin, il faudra préciser le moment où le paiement de la prime peut être exigé (conclusion de la concession et non attribution) et les modalités et délais de paiement (déclaration de créance, facture, etc.). Il faudra également déterminer si une indemnité est payée et à qui en cas de renonciation à la procédure/au projet en distinguant le cas échéant suivant les hypothèses.

Quant aux conditions d'exécution de la concession, le 6° de l'article 17 envisage les clauses suivantes :

- la forme juridique que l'adjudicateur entend imposer, pour l'exécution de la concession, aux soumissionnaires qui ont pris la forme d'un groupement d'opérateurs économiques sans personnalité juridique. Pour rappel, aucune forme particulière ne peut être imposée pour les besoins de la passation de la concession (et notamment pas celle de la société momentanée) mais le présent projet prévoit que ces groupements sont solidairement engagés par l'offre qu'ils déposent. Par contre, pour les besoins de l'exécution de la concession, l'article 30, § 3, de la loi autorise les adjudicateurs à imposer une forme juridique déterminée dans la mesure où cette transformation est nécessaire pour la bonne exécution de la concession. On rappellera également que

inschrijver niet meerdere offertes indient voor één enkele concessie;

- de eventuele vertrouwelijkheidsverplichtingen ten opzichte van de informatie die de aanbesteder ter beschikking stelt van de inschrijvers, onder welke vorm ook (via een data room of in bijlage van de concessiedocumenten);

- ongeacht of de procedure in twee fases (indiening van de aanvragen tot deelneming op basis van de concessieaankondiging) of in één fase (indiening van de offertes op basis van de concessieaankondiging), moeten de concessiedocumenten, in aanvulling van de concessieaankondiging, alle inlichtingen omvatten betreffende de toepasselijke uitsluitingsgronden (zoals bepaald in de artikelen 50, 51 en 52 van de wet), de selectievoorwaarden (vrij bepaald door de aanbesteder mits eerbiediging van de principes vermeld in artikel 48 van de wet), of nog de criteria voor het beperken van het aantal geselecteerde kandidaten, het DVB, de modaliteiten van nazicht en de rechtvaardigende stukken. De concessiedocumenten zullen voor wat betreft de procedures in twee fases, ook de formele modaliteiten van indiening, neerlegging, ondertekening of nog opening verduidelijken. Niets belet in de procedures met twee fases, dat de aanbesteder deze informatie aanvult met een selectiedocument dat ter beschikking wordt gesteld met inachtneming van artikel 45 van de wet;

- in de procedures in twee fases zullen de concessiedocumenten de uitzonderingen en nuances vermelden op de regel dat enkel de geselecteerde kandidaten (geldig) een offerte kunnen indienen. Wat dit punt betreft herneemt dit ontwerp een uitzondering en een nuance die vermeldingen vergt in de concessiedocumenten. Het gaat aan de ene kant om de wijziging van de samenstelling van een combinatie van ondernemers tussen de selectiebeslissing en de indiening van de offerte. Dit ontwerp voorziet dat zulks mogelijk is voor zover de combinatie nog steeds één van de geselecteerde leden omvat en dat dit is toegestaan in de concessiedocumenten (zie artikel 24). Deze laatste zullen overigens moeten verduidelijken dat de offerte slechts ontvankelijk is voor zover er in hoofde van de nieuwe leden geen uitsluitingsgronden bestaan, onverminderd de corrigerende maatregelen en de regularisatie voorzien in de artikelen 51 en 53 van de wet. De combinatie zal, ondanks de wijziging nog steeds moeten beantwoorden aan de selectievoorwaarden gesteld in de concessieaankondiging. Artikel 46 van de wet bepaalt immers dat de concessie moet worden gegund aan een inschrijver die de selectievoorwaarden vervult en niet is uitgesloten krachtens de artikelen 50 tot 52 van de wet, onder voorbehoud van artikel 53. Daarenboven voorziet dit ontwerp dat de concessiedocumenten de indiening van een gemeenschappelijke offerte door afzonderlijk geselecteerde kandidaten kunnen beperken of verbieden, met het oog op een voldoende niveau van mededinging. Bij gebrek aan een dergelijk verbod, zal de aanbesteder verplicht zijn de indiening van gemeenschappelijke offertes door afzonderlijk geselecteerde kandidaten toe te laten;

- tenslotte wordt aanbevolen, in de gevallen waarin de deelneming aan de procedure een zware investering vergt vanwege de inschrijvers en met het oog op het aanmoedigen van innoverende offertes, in de concessiedocumenten een vergoeding te voorzien voor de niet weerhouden inschrijvers. In principe wordt deze vergoeding slechts voorzien in het stadium van de offerte: zij is niet bestemd voor de niet-geselecteerde kandidaten. Er wordt trouwens ook aangeraden het recht op deze vergoeding te beperken tot de inschrijvers die een "goede" (regelmatige) offerte hebben ingediend, die minstens overeenstemt met de minimale vereisten, of meer nog die een minimum aantal punten behaalden op de verschillende criteria. Deze vergoeding kan progressief zijn in functie van het stadium van eliminatie van de (initiele of definitieve) offerte. Ook moet het tijdstip bepaald worden waarop de betaling van de premie kan geëist worden (sluiting van de concessie en niet de gunning) en de modaliteiten en termijnen voor de betaling (schuldvordering, factuur, enz.). Tevens zal moeten gezegd worden of een vergoeding wordt betaald en aan wie in geval van afstand van de procedure/ project, zo nodig met een onderscheid al naargelang de hypothesen.

Wat de uitvoeringsvoorwaarden van de concessies betreft, worden in punt 6° van artikel 17 de volgende clausules opgelijst :

- de juridische vorm die de aanbesteder wenst op te leggen voor de uitvoering van de concessie aan de inschrijvers die de vorm aannemen van een combinatie van ondernemers zonder rechtspersoonlijkheid. Er wordt aan herinnerd dat geen bijzondere vormen worden opgelegd voor de plaatsingsprocedure van de concessie (onder meer niet deze van de tijdelijke vereniging), maar dit ontwerp voorziet dat deze combinaties hoofdelijk verbonden zijn door de offerte die zij indienen. Daarentegen, voor de uitvoering van de concessie laat artikel 30, § 3, van de wet toe dat de aanbesteders een welbepaalde juridische vorm opleggen in de mate waarin deze omvorming nodig is voor de goede uitvoering van de concessie. Er wordt ook aan herinnerd dat artikel 58

l'article 58 de la loi autorise l'adjudicateur à prévoir des conditions particulières lorsqu'il n'est pas imposé au groupement de prendre une forme particulière;

- il est de bonne pratique de prévoir également des clauses encadrant la sous-traitance pour reprendre ou mettre en œuvre les interdictions, droits et obligations prévus à cet égard par le présent projet;

- les documents de concession devront également envisager la problématique des modifications à la concession pour prévoir des clauses (de réexamen) claires, univoques et précises permettant des modifications en dehors des cas prévus par la directive 2014/23/UE et transposés dans le présent projet (voir section 6 du chapitre 2 du titre 3). Dans la mesure où, par définition, les concessions sont des contrats complexes et de longue durée, transférant les risques d'exploitation au concessionnaire, un adjudicateur devrait toujours prévoir des clauses de réexamen dans les documents de concession;

- les clauses relatives aux obligations de confidentialité et aux droits de propriété intellectuelle des parties. Les documents de concession définiront les " informations confidentielles " qui ne peuvent être divulguées par les parties. Par ailleurs, si ce n'est pour certaines concessions de service, les documents de concession prendront toujours soin de régler les droits de propriété intellectuelle et droits voisins, en s'inspirant, par exemple, des dispositions y relatives des règles générales d'exécution des marchés publics;

- les clauses relatives aux obligations de service public. Toutes les concessions n'impliquent pas que le concessionnaire soit en charge de l'exploitation et/ou la gestion d'un service public. Par contre, lorsque c'est le cas, les documents de concession imposeront toute une série d'obligations et de contraintes notamment, en termes tarifaires, d'emploi des langues dans les relations avec les usagers, d'égalité de traitement des usagers, d'interdiction de certaines opérations commerciales ou publicitaires, de modes de communication et d'information à l'égard des usagers, etc.;

- les clauses relatives au personnel du concessionnaire ou de certaines personnes affectées à l'exécution de la concession pour imposer des obligations quant à leur nombre, leur compétences, qualifications et capacités linguistiques, etc., et pour exiger leur remplacement chaque fois que l'adjudicateur constate et établit qu'il n'est pas satisfait aux obligations précitées;

- les pouvoirs adjudicateurs et les entreprises publiques agissant dans le cadre de leurs tâches de service public définissent les modalités de réception de la totalité des prestations objet de la concession à l'expiration de sa durée;

- enfin dans les concessions assorties d'un prix à payer par l'adjudicateur, les documents de concession préciseront les modalités de révision et de paiement de ce prix dans le respect des dispositions du titre 3 du présent projet. Lorsque la concession est assortie du paiement de redevances par le concessionnaire au profit de l'adjudicateur, les documents de concession contiendront les mêmes précisions, sans être tenus par les dispositions de la loi ou du présent projet. Toutefois, les délais de paiement et les sanctions en cas de non-respect de ces délais devront être prévus conformément à la législation relative à la lutte contre les retards de paiement.

Dans la mesure où dans l'article 17 il est réfère aux éléments qui doivent déjà figurer dans l'avis de concession, le Conseil d'Etat recommande de supprimer la possibilité de compléter ces informations dans les documents de concession. Cet avis n'a toutefois été que partiellement suivi. En effet, comme les précisions au niveau de la date ultime se trouvent déjà dans l'avis de concession, les documents de concessions ne peuvent pas fournir d'informations complémentaires. Il n'en va pas de même pour une série d'autres précisions, notamment pour les motifs d'exclusion applicables, les conditions de sélection, les critères de limitation du nombre de candidats sélectionnés, les modalités de preuve et de vérification par l'adjudicateur. Ces précisions sont souvent nécessaires en raison de la place limitée disponible pour expliquer ces informations dans l'avis de concession. Par exemple, dans le formulaire 24, la place prévue au point III.1.1) est de maximum 1000 caractères, ce qui équivaut à moins d'une demi-page A4. En outre, l'annexe V de la directive 2014/23/UE impose que la description dans l'avis de concession soit brève. Il est pourtant nécessaire dans certains cas de préciser de manière plus détaillée ces informations afin d'assurer le respect des principes d'égalité et de transparence. De plus, ces mentions ne doivent être apportées dans les documents de concession que " le cas échéant ". Dès lors, elles ne seront apportées dans les documents de concession que lorsque l'adjudicateur pense qu'il est

van de wet de aanbestede toelaat bijzondere voorwaarden te voorzien indien aan de combinatie geen specifieke vorm werd opgelegd;

- het behoort tot de goede praktijken om tevens bepalingen te voorzien om de onderaanneming te omkaderen en de verbodsbepalingen, rechten en plichten die ter zake voorzien zijn in dit ontwerp te hernemen of in werking te stellen;

- de concessiedocumenten moeten ook de problematiek onder ogen zien van de wijzigingen aan de concessie, ten einde duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige (herzienings)bepalingen te voorzien die toelaten wijzigingen aan te brengen die niet voorkomen onder de gevallen van de Richtlijn 2014/23/EU en niet omgezet zijn in dit ontwerp (zie afdeling 6 van hoofdstuk 2 van titel 3). In de mate waarin de concessies per definitie complex zijn en van lange duur, met overdracht van risico naar de concessiehouder, zou de aanbestede altijd herzieningsbepalingen moeten opnemen in de concessiedocumenten;

- de bepalingen betreffende de vertrouwelijkheidsverplichtingen en de rechten inzake intellectuele eigendom van beide partijen. De concessiedocumenten zullen vastleggen welke "vertrouwelijke inlichtingen" niet door de partijen mogen verspreid worden. Wat betreft sommige concessies van diensten zullen de concessiedocumenten er steeds voor zorgen dat de rechten inzake intellectuele eigendom en aanverwante rechten worden geregeld, bijvoorbeeld geïnspireerd op de bepalingen van de algemene uitvoeringsregels voor de overheidsopdrachten die daarop betrekking hebben;

- de bepalingen betreffende de verplichtingen van openbare dienst. Niet alle concessies houden een exploitatie en/of beheerslast van een openbare dienst in voor de concessiehouder. Maar indien dit wel zo is legen de concessiedocumenten een hele reeks verplichtingen en dwingende eisen op onder meer qua tarieven, gebruik van talen in de betrekkingen met de gebruikers, gelijkheid van behandeling van de gebruikers, verbod van bepaalde handels- of publiciteitsoperaties, communicatiewijzen en informatie van de gebruikers, enz.;

- de bepalingen betreffende het personeel van de concessiehouder of van bepaalde personen die toegewezen werden aan de uitvoering van de concessie om verplichtingen op te leggen inzake hun aantal, hun bevoegdheden, kwalificaties en taakkundige vaardigheden, enz. en om hun vervanging te eisen telkens de aanbestede vaststelt dat en bewijst dat aan de voormelde verplichtingen niet is voldaan;

- de aanbestedende overheden en de overheidsbedrijven die optreden in het kader van hun taken van openbare dienst bepalen de modaliteiten voor de keuring van de totaliteit van de prestaties die het voorwerp vormen van de concessie op het einde van de looptijd;

- tenslotte worden in de concessiedocumenten die samengaan met een prijs die door de aanbestede moet worden betaald de modaliteiten voor de herziening en de betaling van deze prijs verduidelijkt, met inachtneming van de bepalingen van titel 3 van dit ontwerp. Wanneer de concessie gepaard gaat met de betaling van honoraria door de concessiehouder aan de aanbestede, zullen de concessiedocumenten dezelfde preciseringen inhouden, zonder gehouden te zijn door de bepalingen van de wet of van dit ontwerp. Niettemin moeten de termijnen voor de betaling en de straffen in geval van niet-eerbiediging van deze termijnen voorzien worden overeenkomstig de wetgeving inzake de strijd tegen de betalingsachterstand.

In de mate dat in artikel 17 verwezen wordt naar elementen die reeds moeten voorkomen in de concessieaankondiging, adviseert de Raad van State om de mogelijkheid om deze informatie aan te vullen in de concessiedocumenten, te schrappen. Dit advies werd evenwel slechts gedeeltelijk gevolgd. Inderdaad, aangezien de verduidelijkingen op het vlak van de uiterste datum reeds in de concessieaankondiging terug te vinden zijn, kunnen de concessiedocumenten geen bijkomende informatie verschaffen. Het is anders gesteld met een reeks andere verduidelijkingen, met name omtrent de toepasselijke uitsluitingsgronden, de selectievoorwaarden, de criteria voor de beperking van het aantal geselecteerde kandidaten, de modaliteiten voor het bewijs en de controle door de aanbestede. Deze verduidelijkingen zijn vaak nodig omwille van de beperkte beschikbare plaats in de concessieaankondiging. Bijvoorbeeld zijn in formulier 24, onder punt III.1.1), maximum 1 000 karakters voorzien, hetgeen overeenkomt met minder dan een halve pagina A4. Daarnaast wordt in bijlage V van Richtlijn 2014/23/EU vereist dat de beschrijving in de concessieaankondiging kort zou gehouden worden. Echter is het in veel gevallen nochtans noodzakelijk om meer gedetailleerd de betreffende informatie te omschrijven om de naleving te kunnen verzekeren van het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel. Bovendien is aangegeven dat de inlichtingen slechts "in voorkomend geval" aangebracht moeten worden in de

utile d'ajouter quelque chose en sus de l'avis de concession (et donc de donner davantage d'informations).

Section 2. — Modalités d'introduction des demandes de participation et des offres

Forme, signature et communication des demandes de participation et des offres

Art. 18. Le présent article s'applique uniquement lorsqu'une plateforme électronique est utilisée par l'adjudicateur.

Dans ce cas, les documents constitutifs de la demande de participation ou de l'offre ne doivent pas être signés individuellement.

S'agissant des demandes de participation, le rapport de dépôt peut être signé. Bien que facultative, la signature de ce rapport présente un avantage pour l'opérateur économique. Elle permet à l'opérateur économique de ne présenter son DPP qu'une seule et unique fois. En effet, si le premier DPP s'avère être non signé ou non signé de manière appropriée par le biais du rapport de dépôt associé à la demande de participation, l'opérateur économique devra présenter son DPP une seconde fois en même temps que son offre et ses annexes.

S'agissant des offres, il y a une obligation de signature du rapport de dépôt et ce, dans le respect des dispositions des paragraphes suivants.

Le paragraphe 4 détermine le type de signature électronique qui doit être apposée sur le rapport de dépôt, à savoir une signature électronique qualifiée. L'adjudicateur peut prévoir un autre type de signature électronique, mais celle prévue par le présent projet offre des garanties de sécurité certaines.

Le paragraphe 5 précise que cette signature doit en tout état de cause être celle de la ou des personnes engageant valablement le soumissionnaire. On vise ici en particulier les offres déposées par des personnes morales ou des groupements d'opérateurs économiques. Dans ce cas, l'offre ou la demande de participation inclura les preuves de la capacité du(des) mandataire(s) à représenter et engager valablement le soumissionnaire. Il s'agit soit de l'acte authentique soit de l'acte sous seing privé. Etant donné que le présent article s'applique lorsqu'il est fait usage des plateformes électroniques, lesdits actes devront être envoyés électroniquement (après avoir été scannés).

Lorsque le soumissionnaire est un groupement d'opérateurs économiques, cette obligation s'applique à chaque membre du groupement, sans que cela ne signifie pour autant que chaque membre sera représenté/engagé par un mandataire différent. Pour les représentants statutaires, la capacité de signature pourra être prouvée via les publications au *Moniteur belge*. Pour les représentants non statutaires, il faudra communiquer à l'adjudicateur (copie de) la procuration ou du mandat, ou les références de leur publication, le cas échéant. Lorsque la preuve de la capacité n'est pas jointe à l'offre, l'adjudicateur peut la demander ultérieurement pour autant que le document établisse que, au moment de signer le rapport de dépôt, le(s) mandataire(s) disposai(en)t des pouvoirs requis (voir commentaire de l'article 30 du présent projet relatif à l'analyse des offres).

Le paragraphe 6 prévoit que l'offre déposée par un groupement d'opérateurs économiques sans personnalité juridique engage solidairement chacun de ses membres. En tout état de cause, cette responsabilité solidaire ne s'applique pas aux architectes qui constitueraient un groupement avec un ou plusieurs entrepreneurs. Cette précision fait suite à l'arrêt du Conseil d'Etat n° 225.191 suivant lequel un architecte ne peut être tenu responsable des erreurs commises par un entrepreneur avec lequel il a soumissionné.

Enfin, le paragraphe 7 envisage les modifications ou le retrait d'une offre introduite (rapport de dépôt signé) avant la date (et heure) ultime pour son dépôt fixée(s) par les documents de concession. Il est exigé que ces modifications ou retrait fassent l'objet de l'envoi d'un nouveau rapport de dépôt qui doit être signé conformément aux dispositions des paragraphes 4 et 6. A défaut, ces modifications ou ce retrait seront nuls. Cette nullité n'affecte pas l'offre initialement déposée.

Art. 19. Le présent article reprend les dispositions applicables lorsqu'il n'est pas fait usage des plateformes électroniques. Dans ce cas,

concessiedocumenten. Zodoende zullen deze slechts aangebracht worden in de concessiedocumenten wanneer de aanbesteder oordeelt dat het nuttig is om iets toe te voegen naast hetgeen voorzien is in de concessieaankondiging (en dus om bijkomende informatie te geven).

Afdeling 2. — Modaliteiten voor de indiening van de aanvragen tot deelneming en van de offertes

Vorm, ondertekening en communicatie van de aanvragen tot deelneming en offertes

Art. 18. Dit artikel is enkel van toepassing wanneer gebruik wordt gemaakt van een elektronisch platform.

In een dergelijk geval moeten de documenten die de aanvraag tot deelneming of de offerte uitmaken niet individueel ondertekend zijn.

Wanneer het gaat om aanvragen tot deelneming kan het indieningsrapport ondertekend worden. Alhoewel facultatief, brengt de ondertekening van dit verslag een voordeel met zich mee voor de ondernemer. Het laat hem toe zijn DVB slechts één enkele keer voor te leggen. Immers, wanneer blijkt dat de eerste DVB niet ondertekend was of niet op een juiste manier ondertekend was door middel van het indieningsrapport dat samengaat met de aanvraag tot deelneming, zal de ondernemer zijn DVB een tweede keer moeten voorleggen samen met zijn offerte en haar bijlagen.

Wanneer het gaat om offertes is er een verplichting tot ondertekening van het indieningsrapport en dit met inachtneming van de bepalingen van de volgende paragrafen.

In de vierde paragraaf wordt bepaald welk type van elektronische handtekening moet voorkomen op het indieningsrapport, te weten een gekwalificeerde elektronische handtekening. De aanbesteder kan een ander type van elektronische handtekening voorzien, maar deze waarvan sprake in dit ontwerp biedt zekere veiligheidswaarborgen.

In vijfde paragraaf wordt verduidelijkt dat deze handtekening in ieder geval de handtekening moet zijn van de perso(o)n(en) die de inschrijver geldig kunnen verbinden. Hier worden in het bijzonder deze offertes bedoeld die door rechtspersonen of combinaties van ondernemers worden ingediend. In dit geval zal de offerte of aanvraag tot deelneming de bewijzen omvatten van de bekwaamheid van de gemachtigde(n) om de inschrijver geldig te vertegenwoordigen. Het betreft ofwel een authentieke akte, ofwel een onderhandse akte. Gelet op het feit dat het onderhavige artikel van toepassing is wanneer gebruik wordt gemaakt van elektronische platformen, zullen de voormelde akten elektronisch doorgestuurd moeten worden (nadat zij gescand zijn).

Wanneer de inschrijver bestaat uit een combinatie van ondernemers, is deze verplichting van toepassing op elk lid van de combinatie van ondernemers, zonder dat dit betekent dat elk lid zal vertegenwoordigd/verbonden worden door een andere gemachtigde. Voor de statutaire vertegenwoordigers, kan de bekwaamheid tot ondertekening bewezen worden via de publicaties in het *Belgisch Staatsblad*. Voor de niet-statutaire vertegenwoordigers zal aan de aanbesteder een (kopie van) volmacht of een mandaat afgegeven worden of desgevallend de referenties van de publicatie. Wanneer het bewijs van de bekwaamheid niet is toegevoegd aan de offerte, kan de aanbesteder dit later opvragen, voor zover het document aantoont dat de gemachtigden, op het tijdstip van de ondertekening van het indieningsrapport, beschikken over de nodige macht (zie commentaar bij artikel 30 van dit ontwerp inzake de analyse van de offertes).

In de zesde paragraaf is gesteld dat de offerte die werd neergelegd door een combinatie van ondernemers zonder rechtspersoonlijkheid in principe elk van de leden ervan hoofdelijk verbindt. Deze hoofdelijke aansprakelijkheid is in ieder geval niet van toepassing op architecten die een combinatie vormen met één of meerdere aannemers. Deze verduidelijking geeft gevolg aan het arrest nr. 225.191 van de Raad van State volgens hetwelk een architect niet voor verantwoordelijk kan worden gehouden voor de fouten begaan door een aannemer met wie hij heeft ingeschreven.

Tenslotte heeft de zevende paragraaf het over de wijziging of intrekking van een ingediende offerte (indieningsrapport ondertekend) vóór de uiterste datum (en uur) voor de neerlegging zoals bepaald in de concessiedocumenten. Er wordt vereist dat deze wijzigingen of de intrekking het voorwerp vormen van de verzending van een nieuw indieningsrapport dat moet ondertekend worden overeenkomstig de vierde en zesde paragrafen. Bij gebrek daaraan zijn deze wijzigingen of intrekking onbestaande. Deze nietigheid heeft geen effect op de initieel ingediende offerte.

Art. 19. Dit artikel herneemt de bepalingen die van toepassing zijn wanneer geen gebruik wordt gemaakt van elektronische platformen.

ce sont les documents de concession qui déterminent les modalités formelles d'introduction des offres et demandes de participation y inclus les exigences en matière de signature.

Dans ces cas, le principe de la responsabilité solidaire des membres d'un groupement d'opérations économiques sans personnalité juridique qui remet offre est maintenu. Il en va de même pour l'exception dont question à l'article 18 relative à l'architecte.

Il n'a pas été donné suite à la recommandation du Conseil d'Etat qui visait à spécifier que l'offre doit être signée et de déterminer plus précisément les modalités en la matière. Il est en effet jugé opportun de laisser aux adjudicateurs l'entière liberté de choisir si une signature est requise, son type et ses modalités. Il va de soi qu'il est préférable d'exiger la signature de l'offre. Néanmoins, certains modes de communication rendent l'imposition d'une signature difficile pour les opérateurs économiques (par exemple le courriel). L'adjudicateur peut, dans ses documents de concession, imposer une signature de la demande de participation, alors que cette signature n'est pas prévue lorsqu'un usage est fait de la plateforme électronique.

Art. 20. Le présent article reprend les dispositions de l'article 6, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, applicable aux concessions de travaux publics. Il détermine le sort à réserver à un écrit établi par des moyens électroniques dans lequel une macro, un virus informatique ou toute autre instruction nuisible est détecté dans la version reçue.

Il est possible que la version reçue fasse l'objet d'un archivage de sécurité. En cas de nécessité technique, le document peut être réputé n'avoir jamais été reçu. L'expéditeur de l'écrit en est informé immédiatement. Le destinataire peut également décider d'accepter le document en question s'il croit pouvoir le lire ou le désinfecter sans risque, non seulement pour ses systèmes informatiques mais aussi pour l'intégrité dudit document. Le destinataire qui envisage une telle opération doit être sûr que celle-ci ne va pas modifier le contenu du document. L'autorité compétente est responsable de la décision finale et doit veiller à ce que le principe d'égalité soit respecté.

Toutefois, si le document est une demande de participation ou une offre, la demande de participation ou l'offre peut être rejetée en cas de nécessité technique. La décision de sélection ou d'attribution motivera le rejet. Si la macro ou l'infection est décelée, le pouvoir adjudicateur ne peut pas en avertir immédiatement le candidat ou le soumissionnaire. Il ne convient en effet pas de donner la possibilité aux candidats ou soumissionnaires concernés de déposer un document conforme aux exigences et d'ainsi régulariser leur candidature ou leur offre.

Art. 21. Cette disposition reprend l'article 52, § 2, alinéa 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, applicable aux concessions de travaux publics. Elle reste nécessaire car il s'avère indispensable d'enregistrer les activités du dispositif de réception des demandes de participation ou des offres. Cet article permet notamment de respecter le prescrit de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée.

Modalités d'introduction des demandes de participation et des offres

Art. 22. Cette disposition reprend en les modifiant les dispositions de l'article 53 et l'article 59 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 applicables aux concessions de travaux publics.

Elle correspond à l'article 53 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

Le paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, précise que l'adjudicateur doit indiquer dans l'avis de concession ou, en son absence, dans les autres documents de concession la ou les langue(s) pouvant être utilisée(s) par les candidats ou les soumissionnaires pour la rédaction de leur demande de participation ou de leur offre, ainsi que de leurs annexes éventuelles et ce, sans préjudice de l'application des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative.

L'alinéa 2 précise que l'adjudicateur peut demander une traduction des annexes lorsqu'elles sont rédigées dans une langue différente de celle(s) utilisée(s) dans l'avis de concession ou, à défaut, dans des documents de concession.

L'alinéa 3 permet à l'adjudicateur de demander aux candidats ou soumissionnaires une traduction des documents produits à l'appui de leur demande de participation ou de leur offre. Il peut ainsi demander

In dit geval zijn het de concessie documenten die de formele modaliteiten vastleggen voor de indiening van de offertes en aanvragen tot deelneming, met inbegrip van de vereisten inzake ondertekening.

In dit geval wordt het principe aangehouden van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de leden van een combinatie van ondernemers zonder rechtspersoonlijkheid die een offerte indient. Hetzelfde geldt voor de uitzondering waarvan sprake in artikel 18 betreffende de architect.

Er werd geen gevolg gegeven aan de aanbeveling van de Raad van State om te verduidelijken dat de offerte ondertekend moet worden en om de nadere regels in dit verband te omschrijven. Inderdaad werd het raadzaam geacht om de aanbesteders de vrijheid te laten om te kiezen of een handtekening verplicht is, het type en de nadere regels in dit verband. Het spreekt voor zich dat het aanbeveling verdient om te eisen dat de offerte ondertekend wordt. Echter is het zo dat bij sommige communicatiemiddelen het moeilijk is voor de ondernemers om de handtekening aan te brengen (bijvoorbeeld bij de email). De aanbesteder kan in de concessie documenten opleggen dat de aanvraag tot deelneming ondertekend wordt, zelfs als is deze handtekening niet voorzien wanneer gebruik wordt gemaakt van de elektronische platformen.

Art. 20. Dit artikel herneemt de bepalingen van artikel 6, § 2, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, die van toepassing zijn op de concessies van openbare werken. Het bepaalt het lot dat moet worden voorbehouden aan een geschreven stuk dat met behulp van elektronische middelen wordt opgesteld en een macro, computervirus of andere schadelijke instructie vertoont in de ontvangen versie.

Het is mogelijk dat de ontvangen versie in een veiligheidsarchief wordt opgenomen. Indien dit nodig is om technische redenen kan het document als niet ontvangen worden beschouwd. De verzender van dit geschreven stuk wordt daarvan onmiddellijk op de hoogte gesteld. De bestemming kan ook beslissen het bewuste document te aanvaarden, indien hij van mening is dat hij het kan lezen of desinfecteren zonder risico, niet alleen voor zijn eigen informaticasystemen maar ook voor de integriteit van dit document. De bestemming die dit overweegt moet zeker zijn dat deze operatie de inhoud van het document niet zal wijzigen. De bevoegde overheid is verantwoordelijk voor de eindbeslissing en moet waken over de eerbiediging van het gelijkheidsbeginsel.

Indien dit document een aanvraag tot deelneming of offerte is wordt de aanvraag tot deelneming of offerte in geval van technische noodzaak geweerd. De selectie- of gunningsbeslissing zal de wering motiveren. Indien de macro of infectie wordt vastgesteld, mag de aanbestedende overheid er de kandidaat of inschrijver niet onmiddellijk over inlichten. Aan de betrokken kandidaten of inschrijvers kan immers geen mogelijkheid geboden worden om een document neer te leggen dat overeenstemt met de vereisten en aldus hun aanvraag tot deelneming of offerte te regulariseren.

Art. 21. Deze bepaling herneemt artikel 52, § 2, vierde lid, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, dat van toepassing is op de concessies voor openbare werken. Ze blijft noodzakelijk want ze is onontbeerlijk voor de registratie van de activiteiten van het dispositief voor de ontvangst van de aanvragen tot deelneming of van de offertes. Dit artikel laat onder meer toe dat de voorschriften van de wet van 8 december 1992 betreffende de bescherming van de private levenssfeer worden geëerbiedigd.

Modaliteiten voor de indiening van de aanvragen tot deelneming en van de offertes

Art. 22. Deze bepaling herneemt met enige wijziging de bepalingen van de artikelen 53 en 59 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 die van toepassing zijn op de concessies voor openbare werken.

Zij stemt overeen met artikel 53 van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017.

Paragraaf 1, eerste lid bepaalt dat de aanbesteder in de concessie-aankondiging of, bij ontstentenis daarvan, in de andere concessie documenten één of meer talen moet vermelden die de kandidaten of inschrijvers mogen gebruiken voor het opstellen van hun aanvraag tot deelneming of hun offerte, met inbegrip van de eventuele bijlagen, en dit onverminderd de toepassing van de gecoördineerde wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken.

Het tweede lid preciseert dat de aanbesteder een vertaling kan vragen van de bijlagen wanneer deze opgesteld zijn in een andere taal dan deze gebruikt in de aankondiging van de concessie of bij gebrek daaraan, in de concessie documenten.

Het derde lid laat de aanbesteder toe de kandidaten of inschrijvers een vertaling te vragen van de documenten die bij hun aanvraag tot deelneming of offerte zijn gevoegd. Zo kan hij een vertaling vragen van

une traduction des documents liés aux motifs d'exclusion, aux critères de sélection, à la limitation du nombre de candidats, aux statuts, aux actes de société et à toute modification des informations relatives à ses administrateurs ou gérants. Il est toutefois fait exception à ce principe lorsque les documents ont été rédigés dans l'une des langues nationales belges.

Le paragraphe 2 vise les documents de concession qui sont rédigés en plusieurs langues. L'interprétation des pièces a dès lors lieu dans la langue de la demande de participation ou de l'offre, à condition que les documents de concession soient établis dans cette langue.

Art. 23. Le présent article reprend en les modifiant les dispositions de l'article 54 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 (qui sont applicables aux concessions de travaux publics).

La présente disposition reprend uniquement la règle « un soumissionnaire = une offre », en précisant que cette règle est sans préjudice des éventuelles variantes ou des offres successives et finale introduites pendant les négociations.

En matière de concessions, les variantes ne sont pas réglementées. Qu'elles soient autorisées ou imposées, l'adjudicateur veillera à en préciser les conditions d'introduction tant sur le plan formel que matériel pour permettre de distinguer l'offre de base de la variante et assurer la comparabilité des variantes au regard des critères d'attribution.

Sauf dérogation dûment motivée dans les documents de concession, pour l'application du présent article, chaque membre d'un groupement d'opérateurs économiques sans personnalité juridique est considéré comme un soumissionnaire. En d'autres termes, en principe, un opérateur ne peut remettre seul une offre et remettre également une offre comme membre d'un ou de plusieurs groupements. Il ne peut pas non plus remettre offre comme membre de plusieurs groupements. Néanmoins, dans certains cas spécifiques, il peut être judicieux de déroger dans les documents de concession au principe susmentionné, par exemple lorsqu'un seul ou un nombre très limité d'opérateurs économiques sont capables d'exécuter la concession ou une partie de celle-ci.

La règle suivant laquelle un opérateur ne peut remettre qu'une seule candidature n'a pas été reprise.

Art. 24. Cet article reprend les dispositions de l'article 55 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 en l'adaptant au fait que, en matière de concession, la réglementation ne définit pas une procédure de passation mais uniquement des garanties procédurales dans le respect desquelles l'adjudicateur définit sa procédure de passation.

Cette disposition n'appelle pas de commentaires particuliers autres que ceux repris ci-avant concernant l'article 17 et qui visent les mentions que les documents de concession doivent contenir au regard des dispositions du présent article.

Introduction et report

Art. 25. Cet article reprend, en le modifiant, l'article 90, §§ 2 et 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Ces dispositions n'étaient pas applicables aux concessions de travaux publics. Il importe toutefois de les reprendre, en les adaptant, dans le présent projet dans la mesure où l'adjudicateur peut utiliser les plateformes électroniques pour l'introduction des demandes de participation et des offres.

Le présent article permet un report de la date (et heure) ultime(s) de dépôt des demandes de participation ou des offres peu importe comment l'adjudicateur a eu connaissance d'une indisponibilité de la plateforme.

La durée du report n'est pas fixée dans le présent projet. L'adjudicateur la déterminera dans le respect du principe d'égalité. Ce report doit toutefois être d'au moins six jours pour les concessions dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne et d'au moins huit jours pour les concessions dont le montant estimé est égal ou supérieur audit seuil.

Le paragraphe 2 a trait à l'acceptation d'offres « tardives » pour les concessions pour lesquelles il n'est pas fait usage des plateformes électroniques, pour autant que l'adjudicateur n'ait pas encore conclu la concession et que l'offre ait été envoyée par recommandé, au plus tard le quatrième jour de calendrier précédant la date de l'ouverture des offres. Il s'agit d'une reprise de l'article 90, § 2, alinéa 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Contrairement à la disposition précitée, il s'agit ici désormais d'un envoi recommandé et non d'un pli recommandé.

de documenten betreffende de uitsluitingsgronden, de selectiecriteria, het beperken van het aantal kandidaten, de statuten en handelingen van de vennootschap en elke wijziging van de inlichtingen betreffende diens raadsleden en beheerders. Van dit principe wordt evenwel afgeweken wanneer de documenten in één van de Belgische landstalen zijn opgesteld.

Paragraaf 2 heeft betrekking op de concessiedocumenten die in verschillende talen zijn opgesteld. De interpretatie van de stukken gebeurt bijgevolg in de taal van de aanvraag tot deelneming of van de offerte, mits de concessiedocumenten in die taal zijn opgesteld.

Art. 23. Dit artikel herneemt met enige wijziging de bepalingen van artikel 54 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 (die van toepassing zijn op de concessies voor openbare werken).

Deze bepaling herneemt enkel de regel van "één inschrijver = één offerte", met de verduidelijking dat deze regel geldt onverminderd de eventuele varianten of opeenvolgende en definitieve offertes die tijdens de onderhandelingen worden ingediend.

Inzake concessies zijn de varianten niet gereguleerd. De aanbesteder zal, ongeacht of het om toegelaten of opgelegde varianten gaat, waken over de verduidelijking van de indieningsvoorwaarden, zowel op formeel als op materieel vlak, ten einde toe te laten dat een basisofferte kan onderscheiden worden van een variante en de vergelijkbaarheid van de varianten te verzekeren ten opzichte van de gunningscriteria.

Behoudens in de concessiedocumenten behoorlijk gemotiveerde afwijking voor wat betreft de toepassing van dit artikel, wordt elk lid van een combinatie van ondernemers zonder rechtspersoonlijkheid beschouwd als een inschrijver. Met andere woorden is het in principe niet toegelaten dat een ondernemer een offerte alleen indient en ook offerte indient als lid van één of meerdere combinaties. Hij mag evenmin een offerte indienen als lid van meerdere combinaties. In sommige specifieke gevallen kan het echter aangewezen zijn om van het voormelde principe af te wijken, bijvoorbeeld wanneer slechts één of een erg beperkt aantal ondernemers capabel zijn om de concessie of een deel daarvan uit te voeren.

De regel volgens dewelke een ondernemer slechts één kandidatuur kan indienen werd niet weerhouden.

Art. 24. Dit artikel herneemt de bepalingen van artikel 55 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011, mits aanpassing aan het feit dat de reglementering, wat de concessie betreft, geen plaatsingsprocedure omschrijft maar enkel de procedurele waarborgen met inachtneming waarvan de aanbesteder de plaatsingsprocedure vastlegt.

Deze bepaling roept geen bijzondere commentaar op, andere dan deze die reeds gegeven is hiervoor omtrent artikel 17 en die de vermeldingen beoogt die de concessiedocumenten moeten bevatten ten opzichte van het gestelde in dit artikel.

Indiening en verdagging

Art. 25. Dit artikel herneemt, met enige wijziging, artikel 90, §§ 2 en 3, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011. Deze bepalingen waren niet van toepassing op de concessies van openbare werken. Het is echter van belang ze in dit ontwerp te hernemen met enige wijziging, in de mate waarin de aanbesteder de elektronische platformen kan gebruiken voor de indiening van de aanvragen tot deelneming en van de offertes.

Dit artikel laat toe om de uiterste datum en uur voor de indiening van de aanvragen tot deelneming of offertes te verdagen, ongeacht de wijze waarop de aanbesteder kennis heeft gekregen van de niet-beschikbaarheid van het platform.

De duur van de verdagging wordt niet bepaald in dit ontwerp. De aanbesteder zal deze bepalen met inachtneming van het principe van de gelijkheid. De verdagging moet minstens zes dagen zijn voor de concessies waarvan het geraamde bedrag lager ligt dan de drempel voor de Europese bekendmaking en minstens acht dagen voor de concessies waarvan het geraamde bedrag gelijk is aan of hoger is dan de voormelde drempel.

De tweede paragraaf heeft betrekking op het aanvaarden van "laattijdige" offertes voor concessies waarbij geen gebruik wordt gemaakt van de elektronische platformen, voor zover de aanbesteder de concessie nog niet heeft gesloten en de offerte ten laatste vier kalenderdagen vóór de opening van de offertes als aangetekende zending is verzonden. Het betreft een overname van artikel 90, § 2, lid 3, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011. In tegenstelling tot de voormelde bepaling gaat het hier voortaan over een aangetekende zending en niet meer over een aangetekende brief.

Art. 26. Le présent article est une nouvelle disposition qui permet aux adjudicateurs de reporter la date ultime de dépôt des demandes de participation ou des offres. Elle vise les cas où des informations complémentaires aux documents de concessions sont communiquées par l'adjudicateur (ce qui doit être fait au plus tard 6 jours avant la date ultime de dépôt des offres en vertu de l'article 45 de la loi) ou les cas où des corrections doivent être apportées aux documents de concession, le cas échéant via un avis rectificatif. Dans ces cas, l'adjudicateur peut reporter la date ultime de dépôt des offres ou des demandes de participation. Il le fera si l'information ou la correction ont un impact important sur la rédaction des demandes de participation ou des offres et certainement si la correction aux documents de concession est apportée au-delà du délai précité de 6 jours.

Dépôt et ouverture

Art. 27. Le présent article reprend en le modifiant les dispositions de l'article 90, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Certes, ces dispositions n'étaient pas applicables aux concessions de travaux publics. Mais il fallait prévoir des dispositions sur le dépôt des offres (et des candidatures) et le sort des offres (et candidatures) tardives dans le cas de l'utilisation des plateformes électroniques.

Dans ce cas, la présente disposition prévoit que les demandes de participation et offres doivent être déposées avant la date et l'heure ultime prévue par les documents de concession, sans préjudice des dispositions de l'article 25 relatives à l'indisponibilité de la plateforme dont l'adjudicateur a connaissance. Les demandes de participation et offres tardives doivent être rejetées.

Art. 28. Le présent article traite de l'ouverture des offres lorsqu'elles sont introduites via les plateformes électroniques. Il reprend, en les modifiant les dispositions de l'article 92 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Certes, ces dispositions n'étaient pas applicables aux concessions de travaux publics, mais il fallait reprendre des dispositions relatives à l'ouverture des offres en cas d'utilisation des plateformes électroniques.

Cette disposition correspond à l'article 84 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

Art. 29 Le présent article dispose que, dans les cas où les plateformes électroniques ne sont pas utilisées, c'est l'adjudicateur qui détermine, dans les documents de concession, les modalités de dépôt et d'ouverture des offres et des demandes de participation.

Dans ce cadre, l'adjudicateur définira de façon claire et précise la date et l'heure ultimes de dépôt, le sort des offres/demandes de participation tardives, par quels moyens l'offre/la demande de participation peuvent être introduites (voir à cet égard l'arrêt du Conseil d'État n° 236.072 du 12 octobre 2016) et les modalités d'ouverture des offres/demandes de participation.

L'adjudicateur prévoira des dispositions respectueuses des principes généraux, en particulier l'égalité de traitement et des dispositions de l'article 32 de la loi qui oblige à veiller, dans l'établissement des modalités de communication/réception des demandes de participation et des offres, à l'intégrité et la confidentialité des données et à ce que la prise de connaissance des offres ne puisse avoir lieu avant l'expiration du délai prévu pour l'introduction des offres.

Section 3. — Analyse des offres

Art. 30. Cet article est nouveau. En effet, dans le cadre de la loi du 15 juin 2006 et de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, le régime de régularité des offres ne s'appliquait pas à la passation des concessions de travaux publics.

La loi prévoyant, au-delà de ce que prescrit la directive 2014/23/UE (c'est-à-dire l'exigence d'attribuer la concession à un soumissionnaire ayant introduit une offre conforme aux exigences minimales fixées dans les documents de concession) que la concession ne peut être attribuée qu'à une offre régulière, le présent arrêté devait prévoir un régime de régularité des offres.

Ces dispositions ne s'appliquent qu'aux offres et non aux demandes de participation.

Art. 26. Dit artikel is een nieuwe bepaling die de aanbesteders toelaat de uiterste datum en uur van de neerlegging van de aanvragen tot deelneming en van de offertes te verdagen. Ze heeft betrekking op de gevallen waarin bijkomende inlichtingen bij de concessiedocumenten door de aanbesteder worden meegedeeld (wat ten laatste zes dagen vóór de uiterste datum en uur van de neerlegging van de aanvragen tot deelneming en van de offertes moet gebeuren krachtens artikel 45 van de wet) of, in de gevallen waarin aanpassingen moeten gebeuren in de concessiedocumenten, eventueel door middel van een rechtzettingsbericht. In deze gevallen kan de aanbesteder de uiterste datum en uur van de neerlegging van de aanvragen tot deelneming en van de offertes verdagen. Hij zal dit doen wanneer de inlichtingen of de rechtzetting een belangrijke weerslag heeft op de redactie van aanvragen tot deelneming of van de offertes en in ieder geval indien de rechtzetting na de voormelde termijn van zes dagen wordt aangebracht.

Neerlegging en opening

Art. 27. Dit artikel herneemt, met enige wijziging, de bepalingen van artikel 90, § 2, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011. Deze bepalingen waren zeker niet van toepassing op de concessies van openbare werken, maar het was nodig bepalingen te voorzien voor de neerlegging van laattijdige offertes (en van de kandidaturen) en voor het lot dat aan deze kandidaturen en offertes wordt gereserveerd in geval van gebruik van elektronische platformen.

In dit geval voorziet deze bepaling dat de aanvragen tot deelneming en offertes moeten neergelegd worden vóór de uiterste datum en uur voorzien in de concessiedocumenten, onverminderd de bepalingen van artikel 25 betreffende de niet-beschikbaarheid van het platform waarvan de aanbesteder kennis heeft. De laattijdige aanvragen tot deelneming en offertes moeten verworpen worden.

Art. 28. Dit artikel handelt over de opening van de offertes in geval van indiening via elektronische platformen. Het herneemt met enige wijziging de bepalingen van artikel 92 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011. Deze bepalingen waren zeker niet van toepassing op de concessies van openbare werken, maar het was nodig bepalingen te voorzien betreffende de opening van de offertes in geval van gebruik van elektronische platformen.

Deze bepaling stemt overeen met artikel 84 van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017.

Art. 29. Dit artikel bepaalt, ingeval geen gebruik wordt gemaakt van elektronische platformen, dat het de aanbesteder is die in de concessiedocumenten de modaliteiten van neerlegging en opening van de aanvragen tot deelneming en van de offertes vastlegt.

In dit kader zal de aanbesteder op duidelijke en nauwkeurige wijze de uiterste datum en uur van de neerlegging moeten bepalen, het lot van de laattijdige aanvragen tot deelneming/offertes, de manier waarop de aanvragen tot deelneming/offertes kunnen ingediend worden (zie ter zake het arrest nr. 236.072 van de Raad van State van 12 oktober 2016) alsook de modaliteiten voor de opening van de aanvragen tot deelneming/offertes.

De aanbesteder zal bepalingen voorzien die het gelijkheidsprincipe eerbiedigen, in het bijzonder de gelijkheid van behandeling en de bepalingen van artikel 32 van de wet die verplichten te waken over de integriteit en vertrouwelijkheid van de gegevens bij het opstellen van de modaliteiten voor communicatie/ontvangst van de aanvragen tot deelneming en offertes. Er dient ook over gewaakt dat de kennisneming van de inhoud van de offertes niet kan gebeuren vóór de afloop van de termijn voorzien voor de indiening van de offertes.

Afdeling 3. — Analyse van de offertes

Art. 30. Dit artikel is nieuw. In het kader van de wet van 15 juni 2006 en van het koninklijk besluit van 15 juni 2011 was het regime van de regelmatigheid van de offertes niet van toepassing op de plaatsing van de concessies van openbare werken.

Gezien de wet voorziet, verder dan wat door de Richtlijn 2014/23/EU wordt voorgeschreven (tzv de eis om de concessie te gunnen aan een inschrijver die een offerte heeft ingediend die beantwoordt aan de minimale eisen van het concessiedocument) dat de concessie niet kan gegund worden dan aan een regelmatige offerte, moet dit ontwerp een regime van regelmatigheid van de offertes inhouden.

Deze bepalingen zijn slechts van toepassing op de offertes en niet op de aanvragen tot deelneming.

Le Conseil d'Etat formule une réserve concernant la conformité à la jurisprudence européenne (notamment à l'arrêt C-561/12 du 5 décembre 2013 Nordecon AS) de la disposition soumise pour avis.

Les dispositions du présent article s'inspirent fortement de l'article 76, § 1 à 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Des adaptations importantes ont été apportées par rapport au texte soumis à l'avis du Conseil d'Etat, et ce afin de rester plus proche des dispositions précitées de l'arrêté royal du 18 avril 2017 qui n'avait pas fait l'objet de remarque de fond du Conseil d'Etat dans son avis du 60.903/1 du 13 mars 2017.

Pour de plus amples informations sur la régularisation éventuelle et sur la vérification de la régularité des offres, il est renvoyé au rapport au Roi de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Comme les négociations sont autorisées pour les concessions, la possibilité de régularisation est dans certains cas maintenue, mais la marge d'appréciation dont dispose l'adjudicateur est davantage encadrée par rapport au texte soumis pour avis. Dans les hypothèses visées au paragraphe 3, l'adjudicateur doit obligatoirement offrir au soumissionnaire la possibilité de régulariser ces irrégularités avant d'entamer les négociations. A défaut d'une telle régularisation, l'adjudicateur doit déclarer l'offre nulle. Il en résulte qu'il est garanti que les principes d'égalité en de transparence sont respectés.

Les négociations ne peuvent être entamées, dans les différentes hypothèses concernées, que lorsqu'est introduite une offre adaptée qui n'est plus entachée d'une irrégularité substantielle ou que, dans le cas d'une offre comportant plusieurs irrégularités non-substantielles, lorsque ces irrégularités ne mènent pas, par leur cumul ou leur combinaison, aux conséquences visées au paragraphe 1^{er}, alinéa 3. Ainsi, il est garanti que les exigences obligatoires sont respectées par les soumissionnaires, que la négociation à propos des exigences obligatoires n'est pas permise et que les négociations sont effectuées sur un pied d'égalité. Par conséquent, cette approche correspond à la jurisprudence européenne.

Le fait de permettre expressément la régularisation dans certaines hypothèses s'explique par le fait que l'utilisation de la procédure concurrentielle avec négociation est soumise à moins de conditions dans la directive 2014/24/UE et sera dès lors utilisée plus fréquemment que la procédure négociée avec publicité prévue par la directive 2004/18/CE. Comme l'explique le considérant 45 de la directive 2014/24/UE, les négociations visent précisément l'amélioration des offres. Etant donné que plusieurs offres consécutives sont introduites dans les procédures comportant des négociations, il est logique d'encadrer la régularisation, et ce afin de garantir que les exigences obligatoires soient respectées par les soumissionnaires, que la négociation à propos des exigences obligatoires ne soient pas permises et que le principe d'égalité soit respecté. Le fait de permettre expressément la régularisation dans certaines hypothèses est également plus en adéquation avec le principe de proportionnalité qui est pour la première fois expressément consacré par les nouvelles directives.

CHAPITRE 3. — Sélection des candidats et des soumissionnaires

Section 1^{re}. — Motifs d'exclusion

Définition des motifs d'exclusion

Art. 31. Le présent article définit plus précisément les infractions visées à l'article 50 de la loi au titre de motifs d'exclusion obligatoire.

Ces précisions et définitions sont identiques à celles prévues par l'article 61 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

Art. 32. Le présent article définit, en exécution de l'article 51 de la loi, les dettes de sécurité sociale à prendre en considération pour les candidats et soumissionnaires. Ces précisions et définitions sont identiques à celles prévues par l'article 62 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

Les cinq premiers paragraphes sont d'application aux concessions passées par les pouvoirs adjudicateurs. Le paragraphe 6 précise que les entreprises publiques et les personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs peuvent également appliquer le présent article. Il est recommandé à ces derniers d'user de cette faculté. D'ailleurs, il va dans leur intérêt de procéder de cette manière.

Art. 33. Le présent article définit, en exécution de l'article 51 de la loi, les dettes fiscales à prendre en considération pour les candidats et soumissionnaires. Ces précisions et définitions sont identiques à celles

De Raad van State heeft omtrent de bepaling waarvoor het advies werd ingewonnen een voorbehoud geformuleerd die betrekking heeft op de overeenstemming met de Europese rechtspraak (met name het arrest C-561/12 van 5 december 2013 Nordecon AS).

De bepalingen van dit artikel zijn in grote mate geïnspireerd op artikel 76, §§ 1 tot 4, van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017. Er werden belangrijke aanpassingen aangebracht ten opzichte van het de tekst die werd verstuurd voor advies aan de Raad van State, zodat dichter bij de voormelde bepalingen wordt gebleven van het koninklijk besluit van 18 april 2017 waaromtrent geen inhoudelijke opmerkingen werden geformuleerd door de Raad van State in haar advies nr. 60.903/1 van 13 maart 2017.

Voor nadere inlichtingen omtrent de eventuele regularisatie en het nazicht op de regelmatigheid van de offertes, wordt verwezen naar het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 18 april 2017.

Aangezien onderhandelingen zijn toegelaten wat de concessies betreft, werd de mogelijkheid tot regularisatie in sommige gevallen behouden, maar de beoordelingsruimte waarover de aanbesteder beschikt is strikter omkaderd ten opzichte van de tekst die werd verstuurd voor advies. In de hypothesen bedoeld in paragraaf 3, moet de aanbesteder verplicht de mogelijkheid geven aan de inschrijver om de onregelmatigheden te regulariseren vóór de onderhandelingen worden aangevat. Bij afwezigheid van een dergelijke regularisatie, moet de aanbesteder de offerte nietig verklaren. Hieruit volgt dat de beginselen van gelijkheid en transparantie geëerbiedigd worden.

De onderhandelingen kunnen pas worden opgestart als in de betreffende hypothesen een aangepaste offerte wordt ingediend die niet langer behept zou zijn met een substantiële onregelmatigheid of, in het geval van een offerte met meerdere niet-substantiële onregelmatigheden, de cumul of combinatie van deze onregelmatigheden die de offerte nog steeds bevat, de in paragraaf 1, derde lid bedoelde gevolgen niet teweeg brengt. Op die wijze wordt gegarandeerd dat de dwingende voorwaarden worden nageleefd door de inschrijvers, dat niet wordt onderhandeld over de dwingende eisen en dat de onderhandelingen op voet van gelijkheid worden gevoerd. Deze aanpak is dan ook in overeenstemming met de Europese rechtspraak.

Het feit dat de regularisatie uitdrukkelijk wordt toegelaten in bepaalde hypothesen valt uit te leggen door het feit dat het gebruik van de mededingingsprocedure met onderhandeling in Richtlijn 2014/24/EU aan minder voorwaarden is onderworpen en dus vaker aangewend zal worden dan het geval is voor de onderhandelingsprocedure met bekendmaking van de Richtlijn 2004/18/EG. Zoals in overweging 45 van de Richtlijn 2014/24/EU toegelicht zijn de onderhandelingen net gericht op het aanbrengen van verbeteringen aan de offertes. Aangezien in het kader van de onderhandelingsprocedures meerdere opeenvolgende offertes worden ingediend, is het logisch om de regularisatiemogelijkheid te omkaderen, om te garanderen dat dwingende eisen worden nageleefd, dat niet wordt onderhandeld over de minimumeisen en dat het gelijkheidsbeginsel wordt gerespecteerd. Het feit dat de regularisatie uitdrukkelijk wordt toegelaten in bepaalde hypothesen ligt ook meer in lijn met het proportionaliteitsbeginsel dat voor het eerst uitdrukkelijk werd erkend in de nieuwe Richtlijnen.

HOOFDSTUK 3. — Selectie van de kandidaten en van de inschrijvers

Afdeling 1. — Uitsluitingsgronden

Definitie van de uitsluitingsgronden

Art. 31. Dit artikel verduidelijkt de inbreuken bedoeld in artikel 50 van de wet die gelden als uitsluitingsgronden.

Deze verduidelijkingen en definities zijn identiek met deze voorzien in artikel 61 van het koninklijk besluit plaatsing van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017.

Art. 32. Deze bepaling bepaalt, in uitvoering van artikel 51 van de wet, de schulden inzake de sociale zekerheidsverplichtingen die in aanmerking genomen worden voor de kandidaten en inschrijvers. Deze verduidelijkingen zijn identiek met deze voorzien in artikel 62 van het koninklijk besluit plaatsing van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017.

De eerste vijf paragrafen zijn van toepassing op de concessies geplaatst door aanbestedende overheden. De zesde paragraaf verduidelijkt dat de overheidsbedrijven en de personen die genieten van bijzondere of exclusieve rechten dit artikel eveneens kunnen toepassen. Deze laatste worden aangespoord om van deze mogelijkheid gebruik te maken. Ze hebben er overigens belang bij dit te doen.

Art. 33. Dit artikel bepaalt, in uitvoering van artikel 51 van de wet, de fiscale schulden die in aanmerking genomen worden voor de kandidaten en inschrijvers. Deze verduidelijkingen zijn identiek met deze

prévues par l'article 63 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

Les cinq premiers paragraphes sont d'application aux concessions passées par les pouvoirs adjudicateurs. Le paragraphe 6 précise que les entreprises publiques et les personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs peuvent également appliquer le présent article. Il est recommandé à ces derniers d'user de cette faculté. D'ailleurs, il va dans leur intérêt de procéder de cette manière.

*Modalités de preuve et de vérification
de l'absence de motifs d'exclusion*

Art. 34. Le présent article exécute l'article 54, § 2, de la loi. Il prévoit le recours au DPP qui permet à l'adjudicateur de se contenter, dans un premier temps, des déclarations, informations et engagements pris par les candidats ou soumissionnaires dans le cadre de ce DPP. Celui-ci vise, en sa partie A, uniquement les motifs d'exclusion.

La loi prévoyant que, lorsque le soumissionnaire ou candidat est un groupement d'opérateurs économiques, les motifs d'exclusion s'applique à chaque membre de ce groupement, l'absence de motifs d'exclusion se vérifie donc dans le chef de chacun de ses membres : l'article 34 prévoit dès lors que le DPP (partie A) doit être rempli par et fourni pour chaque membre du groupement.

Art. 35. Le paragraphe 1^{er} précise le moment de la vérification des déclarations contenues dans le DPP. Il s'agit des vérifications qui doivent à tout le moins être opérées. La vérification doit se faire (avant la décision d'attribution) dans le chef du soumissionnaire pressenti. Lorsque la procédure de passation se déroule en phases successives, l'adjudicateur doit également avoir vérifié lesdites déclarations plus tôt dans la procédure, c'est-à-dire dans le chef de tous les candidats sélectionnés.

Cette habilitation est donnée sans préjudice de l'article 44 qui permet à l'adjudicateur d'opérer des vérifications et demander les documents justificatifs dans le chef de tous ou plusieurs des candidats ou soumissionnaires (et non uniquement ceux visés à l'article 35, § 1^{er}) à tout moment de la procédure si le bon déroulement de la procédure le requiert ou le justifie.

Le paragraphe 2 définit les documents justificatifs qui permettent d'établir l'absence de motifs d'exclusion visés aux articles 50 à 52 de la loi. Il s'agit pour les opérateurs économiques belges d'un extrait de casier judiciaire, d'une attestation de l'ONSS, d'une attestation du SPF Finances, et des attestations de non faillite délivrées par les tribunaux de commerce.

L'alinéa 2 définit les documents justificatifs alternatifs qui peuvent être fournis lorsque les documents précités ne sont pas disponibles pour les candidats ou soumissionnaires dans leur Etat d'établissement. Le cas échéant, l'adjudicateur peut demander aux autorités compétentes de délivrer une déclaration suivant laquelle les documents ou certificats visés au § 2 ne sont pas délivrés ou ne couvrent pas tous les cas visés au § 1^{er}. Ainsi, par exemple, un candidat/soumissionnaire belge non commerçant peut obtenir du tribunal de commerce une déclaration suivant laquelle le candidat/soumissionnaire n'est pas un commerçant.

La paragraphe 3 rappelle que lorsque les certificats, attestations ou documents permettant d'établir l'absence de motifs d'exclusion sont accessibles via des banques de données nationales accessibles gratuitement, l'adjudicateur dispense les candidats/soumissionnaires de produire les documents justificatifs identifiés au paragraphe 2.

Dans le chef des candidats ou soumissionnaires belges et des candidats ou soumissionnaires employant du personnel assujéti à la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, cela signifie que l'adjudicateur procède aux vérifications via l'application Télémarc pour ceux des motifs d'exclusion pour lesquels l'information est disponible via cette application. Actuellement, cela vise les obligations à l'égard du SPF Finances, de l'ONSS, les faillites ou de procédure de réorganisation judiciaire.

La vérification consiste pour l'adjudicateur, sur la base du DPP et via tous les moyens d'information dont il dispose et en priorité les bases de données online lorsqu'elles existent et sont accessibles gratuitement, à déterminer si oui ou non l'opérateur économique est en situation d'exclusion au sens des articles 50 à 52 de la loi. Ainsi pour les dettes fiscales et sociales, il s'agit d'avoir la certitude qu'une dette égale ou supérieure à 3000 euros existe et si c'est le cas, si des créances certaines, exigibles et libres de tout engagement à l'égard de pouvoirs adjudicateurs ou d'entreprises publiques ne viennent pas « compenser » la dette. Si l'opérateur est en situation d'exclusion, l'adjudicateur l'invitera à se régulariser dans le délai fixé par la loi. Pour rappel, en vertu de l'article 51, § 3, de la loi, le paiement des dettes (intérêts et amendes

voorzien in artikel 63 van het koninklijk besluit plaatsing van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017.

De eerste vijf paragrafen zijn van toepassing op de concessies geplaatst door aanbestedende overheden. De zesde paragraaf verduidelijkt dat de overheidsbedrijven en de personen die genieten van bijzondere of exclusieve rechten dit artikel eveneens kunnen toepassen. Deze laatste worden aangespoord om van deze mogelijkheid gebruik te maken. Ze hebben er overigens belang bij dit te doen.

*Bewijs- en nazichtsmodaliteiten
voor de afwezigheid van uitsluitingsgronden*

Art. 34. Dit artikel geeft uitvoering aan artikel 54, § 2, van de wet. Het voorziet het beroep op het DVB dat de aanbesteder toelaat zich in een eerste periode tevreden te stellen met de verklaringen, inlichtingen en verbintenissen van de kandidaten of inschrijvers in het kader van dit DVB. Dit laatste viseert enkel de uitsluitingsgronden in haar deel A.

Gezien de wet voorziet, dat wanneer de inschrijver of kandidaat een combinatie van ondernemers is, de uitsluitingsgronden van toepassing zijn op alle leden van deze combinatie, moet de afwezigheid van uitsluitingsgronden bijgevolg in hoofde van elk lid ervan worden nagegaan: artikel 34 voorziet dan ook dat het DVB (deel A) moet ingevuld worden door en aangeleverd voor elke lid van de combinatie.

Art. 35. De eerste paragraaf verduidelijkt het moment van het nazicht van de in het DVB bedoelde verklaringen. Het betreft de verificaties die minstens plaats moeten vinden. Het nazicht moet plaatsvinden in hoofde van de voorgenomen inschrijver. Indien de plaatsingsprocedure in verschillende opeenvolgende fasen plaatsvindt, gaat de aanbesteder eveneens deze verklaringen na op een vroeger moment van de procedure, meer bepaald in hoofde van de geselecteerde kandidaten.

Deze machtiging is gegeven onverminderd artikel 44 dat de aanbesteder toelaat het nazicht te doen en de rechtvaardigende stukken op te vragen in hoofde van alle of meerdere kandidaten of inschrijvers (en niet alleen deze bedoeld in artikel 35, § 1) en dit in alle fasen van de procedure indien het goed verloop van de procedure dit vergt of rechtvaardigt.

De tweede paragraaf definieert de rechtvaardigende stukken die toelaten de afwezigheid van de in de artikelen 50 tot 52 van de wet bedoelde uitsluitingsgronden vast te stellen. Voor de Belgische ondernemers gaat het over een uittreksel uit het strafregister, een RSZ-attest, een attest van de FOD Financiën en de attesten van afwezigheid van falingsafgeleverd door de handelsrechtbanken.

Het tweede lid definieert de alternatieve rechtvaardigende stukken die kunnen afgegeven worden indien de voormelde documenten niet beschikbaar zijn voor de kandidaten of inschrijvers in de staat waarin ze gevestigd zijn. Desgevallend kan de aanbesteder aan de bevoegde overheden vragen een verklaring af te leveren volgens dewelke de documenten of certificaten bedoeld in § 2 niet afgeleverd worden of niet alle gevallen bedoeld in § 1 dekken. Zo kan een Belgische kandidaat/inschrijver die geen handelaar is van de handelsrechtbank bijvoorbeeld een verklaring verkrijgen die bevestigt dat hij geen handelaar is.

De derde paragraaf herinnert eraan dat wanneer certificaten, attesten of documenten die toelaten de afwezigheid van uitsluitingsgronden na te gaan via gratis toegankelijke nationale databanken, de aanbesteder de kandidaten/inschrijvers vrijstelt van het voorleggen van de in tweede paragraaf bedoelde documenten.

In hoofde van de Belgische kandidaten en inschrijvers die personeel tewerkstellen dat onderworpen is aan de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, betekent dit dat de aanbesteder overgaat tot het nazicht via de Telemarc-toepassing voor deze uitsluitingsgronden waarvoor inlichtingen beschikbaar zijn via deze toepassing. Thans beoogt dit de verplichtingen die via de FOD Financiën, de RSZ, de falings of de procedure van gerechtelijke reorganisatie.

Het nazicht bestaat er voor de aanbesteder in, op basis van het DVB en door middel van alle informatiemiddelen waarover hij beschikt en met voorkeur van gratis toegankelijke online-databanken indien deze bestaan, vast te stellen of de ondernemer zich al dan niet bevindt in een uitsluitingssituatie in de zin van de artikelen 50 tot 52 van de wet. Aldus gaat het, ingeval van sociale en fiscale schulden, over de zekerheid dat er een schuld is die gelijk is aan of hoger dan 3.000 euro en indien dit zo is, of er één of meer schuldvorderingen zijn ten opzichte van aanbestedende overheden of overheidsbedrijven die zeker, opeisbaar en vrij van elke verbintenis tegenover derden zijn, die deze schuld "compenseren". Indien de ondernemer zich in een uitsluitingssituatie bevindt, zal de aanbesteder hem uitnodigen om dit

compris) ou la conclusion d'un accord contraignant avant l'introduction de la demande de participation ou de l'offre implique que l'opérateur n'est pas en situation d'exclusion au sens de l'article 51, § 1^{er}, de la loi.

Art. 36. Le présent article implique pratiquement que le DPP (partie A) doit également être complété par les tiers à la capacité desquels le candidat/soumissionnaire recourt pour répondre aux critères et conditions de sélection. La demande de participation ou l'offre devra permettre au candidat ou au soumissionnaire d'identifier ces tiers. Une déclaration d'engagement de ce tiers ou toute autre preuve que le candidat/soumissionnaire disposera des capacités du tiers doit être jointe à la demande de participation ou l'offre. Enfin, le tiers devra remplir le DPP qui sera joint à la demande de participation ou l'offre.

Section 2. — Critères et conditions de sélection

Définition des critères et conditions de sélection

Art. 37. Sans préjudice des cas où la loi dispense l'adjudicateur de prévoir des conditions de sélection, celui-ci doit indiquer dans les documents de concession, les conditions de sélection et, le cas échéant, lorsqu'il s'agit d'une procédure en plusieurs phases, les critères objectifs et non-discriminatoires de limitation du nombre de candidats qui seront sélectionnés.

L'adjudicateur indique également les documents justificatifs qui doivent être fournis pour établir que les candidats ou soumissionnaires répondent aux conditions de sélection et, le cas échéant, dans les procédures en plusieurs phases, aux critères objectifs et non discriminatoires de limitation du nombre de candidats sélectionnés.

Quant à la limitation du nombre de candidats sélectionnés dans les procédures en plusieurs phases, la loi n'impose ni minima ni maxima. L'article 46, § 3, de la loi prévoit que l'adjudicateur doit dans ce cas, prévoir un « niveau approprié » de limitation du nombre de candidats sélectionnés pour garantir une réelle concurrence.

Il va sans dire que si une procédure en plusieurs phases est utilisée, elle n'a la plupart du temps de sens que si l'adjudicateur limite le nombre de candidats sélectionnés. Le « cas échéant » mentionné à l'article 37 doit être interprété en ce sens.

Si l'adjudicateur limite à 3 le nombre de candidats sélectionnés, il répond à l'exigence du nombre suffisant pour garantir une réelle concurrence, certainement si, en application de l'article 24, alinéa 3, du présent projet, l'adjudicateur limite ou interdit (dans les documents de concession) la remise d'offre commune par des candidats sélectionnés séparément.

Le paragraphe 2 impose que chaque condition de sélection ou critère de limitation du nombre de candidats sélectionnés soit formulé de façon suffisamment précise pour permettre de procéder à la sélection des candidats ou des soumissionnaires.

Le terme « condition de sélection » et l'obligation de précision précitée impliquent que, en principe, pour chaque critère utilisé, l'adjudicateur fixera un niveau d'exigence approprié. Par exemple, si l'adjudicateur utilise un critère (de capacité financière) relatif au chiffre d'affaires, il précisera les exercices comptables à prendre en considération tenant compte de la date de constitution des opérateurs économiques. Pour ce critère, aux fins de poser une condition précise de sélection, l'adjudicateur fixera le montant de chiffre d'affaires minimum requis pour être sélectionné et ce, par exercice comptable ou en moyenne sur le nombre d'exercices comptables pris en considération. Il précisera enfin les documents justificatifs devant être fournis pour vérifier les déclarations faites dans la partie B du Document de preuve provisoire (les compte annuels publiés ou disponibles) et veillera à faire préciser par les opérateurs économiques si ces documents sont disponibles « online » (site de la Banque Nationale de Belgique pour les sociétés belges).

Quant aux critères objectifs et non-discriminatoires de limitation du nombre de candidats sélectionnés dans les procédures en plusieurs phases, ils doivent permettre, au-delà des seuils minima précités pour chaque critère, d'établir un classement des candidats pour assurer la sélection des meilleurs d'entre eux. Ce classement s'opérera par exemple sur la base du nombre ou de la qualité des projets de référence demandés au-delà des seuils minima fixés pour être sélectionnable.

Le paragraphe 3 rappelle que, lorsque le candidat ou soumissionnaire est un groupement d'opérateurs économiques, c'est dans son

te regulariseren binnen de door de wet gestelde termijn. Er wordt aan herinnerd, krachtens artikel 51, § 3, van de wet, dat de betaling van de schulden (intresten of boetes inbegrepen) of het sluiten van een dwingend akkoord vóór de indiening van de aanvraag tot deelneming of offerte inhoudt dat de ondernemer zich niet bevindt in een uitsluitingssituatie in de zin van artikel 51, § 1, van de wet.

Art. 36. Dit artikel impliceert praktisch dat het DVB (deel A) eveneens moet ingevuld worden door de derden op wiens draagkracht beroep wordt gedaan door de kandidaat/inschrijver ten einde te beantwoorden aan de criteria en selectievoorwaarden. De aanvraag tot deelneming of offerte moet de kandidaat of inschrijver toelaten deze derde te identificeren. Een verklaring van verbintenis van deze derde of elk ander bewijsstuk dat de kandidaat/inschrijver over deze capaciteiten zal beschikken moet toegevoegd worden aan de aanvraag tot deelneming of offerte. Tenslotte zal de derde het DVB moeten invullen dat aan de aanvraag tot deelneming of offerte zal worden toegevoegd.

Afdeling 2. — Selectiecriteria en -voorwaarden

Definitie van de selectiecriteria en -voorwaarden

Art. 37. Onverminderd de gevallen waarin de wet de aanbesteder vrijstelt van het voorzien van selectievoorwaarden, moet deze laatste in de concessiedocumenten de selectievoorwaarden aangeven en desgevallend, wanneer het gaat om een procedure in meerdere fases, de objectieve en niet-discriminerende criteria voor de beperking van het aantal te selecteren kandidaten.

De aanbesteder duidt tevens aan welke rechtvaardigende stukken moeten geleverd worden ten einde aan te tonen dat de kandidaten of inschrijvers beantwoorden aan de selectievoorwaarden en desgevallend in de procedures in meerdere fases, aan de objectieve en niet-discriminerende criteria voor de beperking van de geselecteerde kandidaten.

Wat de beperking van het aantal geselecteerde kandidaten betreft in de procedures in meerdere fase, legt de wet geen minima, noch maxima op. Artikel 46, § 3, van de wet voorziet dat de aanbesteder in dit geval, ten einde een reële mededinging te waarborgen, een "gepast niveau" moet voorzien voor de beperking van het aantal geselecteerde kandidaten.

Het spreekt voor zich dat indien een procedure in meerdere fases wordt gebruikt, deze veelal slechts zin heeft indien de aanbesteder het aantal geselecteerde kandidaten beperkt. Het woord "desgevallend" in artikel 37 moet in die zin geïnterpreteerd worden.

Indien de aanbesteder het aantal geselecteerde kandidaten tot drie beperkt, beantwoordt hij aan de eis van een voldoende aantal kandidaten om een reële mededinging te waarborgen, zeker indien de aanbesteder, in toepassing van artikel 24, derde lid, van dit ontwerp, de indiening van een gemeenschappelijke offerte door afzonderlijk geselecteerde kandidaten beperkt of verbiedt (in de concessiedocumenten).

De tweede paragraaf legt op dat elke selectievoorwaarde of criterium voor de beperking van het aantal geselecteerde kandidaten voldoende duidelijk geformuleerd moet zijn om toe te laten over te gaan tot de selectie van kandidaten of inschrijvers.

De term « selectievoorwaarde » en de voormelde verplichting tot verduidelijking houden in principe in, voor elk gebruikt criterium, dat de aanbesteder een aangepast eisniveau vaststelt. Bijvoorbeeld : indien de aanbesteder een criterium (van financiële capaciteit) gebruikt met betrekking tot het zakencijfer, zal hij verduidelijken welke boekjaren in aanmerking genomen moeten worden, rekening houdend met de datum van oprichting van de ondernemers. Wat dit criterium betreft zal de aanbesteder, met het oog op het stellen van een nauwkeurige selectievoorwaarde, een vereist minimum zakencijfer bepalen om geselecteerd te kunnen worden en dit per boekjaar of over een gemiddeld aantal boekjaren. Hij zal tenslotte ook de rechtvaardigende stukken aanduiden die geleverd moeten worden ten einde de verklaringen in het deel B van het DVB (de gepubliceerde of beschikbare jaarrekeningen) na te trekken. Tevens zal hij er over waken dat de ondernemers aangeven of deze documenten "online" beschikbaar zijn (site van de Nationale Bank van België voor de Belgische bedrijven).

Wat de objectieve en niet-discriminatoire criteria betreft voor de beperking van het aantal kandidaten in de procedures in één fase, moeten deze toelaten, boven de minimumdrempels voor elk criterium, een klassament van de kandidaten te realiseren met het oog op de selectie van de besten onder hen. Dit klassament zal bijvoorbeeld gebeuren op basis van het aantal of van de hoeveelheid van de gevraagde referentieprojecten bovenop de minimumdrempels om geselecteerd te kunnen worden.

De derde paragraaf herinnert er aan dat, wanneer de kandidaat of inschrijver bestaat uit een combinatie van ondernemers, deze in

ensemble qu'il doit, en principe, satisfaire aux conditions et critères de sélection. Cette approche doit être comprise comme suit : chaque condition ou critère doit être entièrement satisfait par au moins un membre du groupement. Une exception est néanmoins prévue à l'alinéa 2, lorsque des raisons objectives le justifient et dans le respect du principe de proportionnalité. Il convient de rappeler que les raisons objectives doivent être évaluées au cas par cas.

Art. 38. La présente disposition traite de l'agrégation qui peut, dans les concessions de travaux des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques agissant dans le cadre de leurs tâches de service public, être utilisée comme seule condition de sélection lorsque les travaux objet de la concession ne peuvent, en vertu de la législation sur l'agrégation, être exécutés que par des entrepreneurs agréés.

Sauf disposition contraire dans les documents de concession (voir article 42, § 3), le candidat ou soumissionnaire peut à cet effet, avoir recours à l'agrégation d'un tiers pour répondre à cette condition de sélection pour autant que ce tiers s'engage, dans le cadre de la demande de participation ou de l'offre, à exécuter lesdits travaux.

Modalités de preuve et de vérification

Art. 39. Le présent article exécute l'article 48, § 2, de la loi en ce qu'il impose :

- aux adjudicateurs de compléter la partie B du DPP conformément aux instructions de l'annexe 6;

- et aux candidats ou soumissionnaires de le remplir et le joindre à leur demande de participation ou d'offre.

Ainsi si l'on reprend l'exemple cité ci-dessus en commentaire de l'article 37 (chiffre d'affaires), le DPP permettra aux candidats ou soumissionnaires de déclarer leur chiffre d'affaires annuel ou que celui-ci répond à la condition de seuil minimum, d'indiquer où et comment l'adjudicateur peut consulter gratuitement « online » les comptes annuels (site de la Banque nationale de Belgique pour les sociétés belges) et, à défaut, de s'engager à les fournir à l'adjudicateur.

Art. 40. Cette disposition permet aux adjudicateurs, dans les procédures en une phase, de procéder à l'analyse des offres des soumissionnaires provisoirement sélectionnés sur la base du DPP. Il s'agit d'une faculté. Rien n'empêche l'adjudicateur de d'abord vérifier les conditions de sélection et ensuite d'analyser et comparer uniquement les offres des soumissionnaires qui répondent à ces conditions. Ce sera sans doute plus efficace lorsqu'un nombre très important d'offres a été déposé.

Art. 41. Cette disposition rappelle que lorsque l'adjudicateur peut obtenir tout document justificatif ou information permettant de vérifier les déclarations des candidats ou soumissionnaires dans le cadre de la partie B du Document de preuve provisoire, il dispense ces candidats ou soumissionnaires de lui fournir ces documents justificatifs. Cette disposition est le pendant, pour les conditions et critères de sélection, de l'article 35, § 3, qui vise les motifs d'exclusion.

Capacité de tiers

Art. 42. Pour rappel, l'article 49 de la loi permet aux opérateurs économiques d'avoir recours aux capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique du lien qui les unissent, aux fins de répondre aux conditions de sélection et critères de limitation du nombre de candidats sélectionnés.

Comme indiqué ci-avant, les candidats ou soumissionnaires doivent identifier ces tiers dans leur demande de participation ou offre.

L'article 49 précité de la loi indique que l'opérateur qui souhaite recourir à la capacité de tiers doit apporter la preuve qu'il disposera de la capacité de ces tiers pour l'exécution de la concession et pendant toute la durée de celle-ci. Généralement, cette preuve est apportée par une déclaration d'engagement de ce tiers dont le contenu peut varier suivant les capacités visées. Tout autre document probant peut être produit. Ces preuves et déclarations d'engagement doivent être jointes en principe à la demande de participation ou l'offre. A défaut, en application de l'article 48, § 3, de la loi, l'adjudicateur peut inviter l'opérateur à compléter son offre/demande de participation sur ce point.

Le présent article dispose par ailleurs que l'adjudicateur doit vérifier dans le chef de ces tiers s'il existe à leur encontre des motifs d'exclusion tels que définis aux articles 50 à 52 de la loi. A cet effet, le tiers remplit

principe in haar geheel moet beantwoorden aan de selectiecriteria. Deze aanpak moet als volgt worden begrepen : elke voorwaarde en elk criterium moet volledig voldaan zijn door ten minste één deelnemer aan de combinatie. In het tweede lid wordt echter in een uitzondering voorzien wanneer objectieve redenen dit rechtvaardigen en mits eerbiediging van het proportionaliteitsbeginsel. Het past eraan te herinneren dat de objectieve redenen geval per geval moeten worden beoordeeld.

Art. 38. Dit artikel handelt over de erkenning van aannemers die, in de concessies voor werken van aanbestedende overheden of overheidsbedrijven die optreden in het kader van hun taken van openbare dienst, kan gebruikt worden als enige selectievoorwaarde wanneer de werken die het voorwerp vormen van de concessie, krachtens de wetgeving inzake de erkenning, slechts door erkende aannemers kunnen gerealiseerd worden.

Behoudens tegenstrijdige bepaling in de concessiedocumenten (zie artikel 42, § 3), kan de kandidaat of inschrijver te dien einde, beroep doen op de erkenning van een derde om aan deze selectievoorwaarde te voldoen voor zover deze derde zich ertoe verbindt, in het kader van de aanvraag tot deelneming of van de offerte, de bedoelde werken uit te voeren.

Bewijs- en nazichtsmodaliteiten

Art. 39. Dit artikel geeft uitvoering aan artikel 48, § 2, van de wet, waar deze het volgende oplegt :

- aan de aanbesteders: het deel B van het DVB invullen overeenkomstig de richtsnoeren in bijlage 6;

- aan de kandidaten of inschrijvers: dit deel ook in te vullen en toe te voegen aan hun aanvraag tot deelneming of offerte.

Indien men het voorbeeld in de commentaar bij artikel 37 hiervoor herneemt (zakencijfer), zal het DVB de kandidaten of inschrijvers aldus toelaten hun jaarlijks zakencijfer of het cijfer dat beantwoordt aan de voorwaarde van een minimumdrempel te kennen te geven, aan te geven waar en op welke wijze de aanbesteder gratis "online" de jaarrekeningen te raadplegen (Nationale Bank van België voor de Belgische bedrijven) en, bij gebrek daaraan, te vragen dat de ondernemer zich verbindt tot het overmaken ervan.

Art. 40. Deze bepaling laat de aanbesteders toe, in de procedure in één fase, over te gaan tot de analyse van de offertes van de op basis van het DVB voorlopig geselecteerde inschrijvers. Het gaat hier om een mogelijkheid. Niets belet de aanbesteder eerst de selectievoorwaarden na te gaan en vervolgens enkel de offertes van de inschrijvers die aan deze voorwaarden voldoen te analyseren en te vergelijken. Dit zal wellicht meer doeltreffend zijn wanneer er een zeer groot aantal offertes werden ingediend.

Art. 41. Deze bepaling herinnert er aan dat, wanneer een aanbesteder een rechtvaardigend stuk of inlichting die toelaat de verklaringen van de kandidaten of inschrijvers in het kader van het deel B van het DVB na te gaan, kan verkrijgen, hij deze kandidaten of inschrijvers kan vrijstellen van het leveren van deze rechtvaardigende documenten. Deze bepaling is de tegenhanger voor wat betreft de voorwaarden en criteria voor de selectie, van artikel 35, § 3, dat betrekking heeft op de uitsluitingsgronden.

Draagkracht van derden

Art. 42. Ter herinnering : artikel 49 van de wet laat de ondernemers toe beroep te doen op de draagkracht van andere entiteiten met het oog op het beantwoorden van de selectievoorwaarden en criteria ter beperking van het aantal geselecteerde kandidaten, ongeacht de aard van de juridische band die hen verbindt.

Zoals hiervoor is aangegeven, moeten de kandidaten en inschrijvers deze derden identificeren in hun aanvraag tot deelneming of offerte.

Artikel 49 van de wet verduidelijkt dat de ondernemer die op de draagkracht van derden beroep wil doen, het bewijs moet leveren dat hij daarover zal beschikken voor de uitvoering van de concessie en gedurende de gehele looptijd ervan. Over het algemeen wordt dit bewijs aangeleverd door middel van een verbintenis verklaring van deze derde, waarvan de inhoud kan variëren naargelang de gevraagde capaciteiten. Elk ander bewijsstuk kan eveneens afgegeven worden. Deze bewijsstukken en verklaringen moeten in principe toegevoegd worden aan de aanvraag tot deelneming of offerte. Bij gebrek daaraan kan de aanbesteder, in toepassing van artikel 48, § 3, van de wet, de ondernemer uitnodigen om zijn aanvraag tot deelneming/offerte op dit punt aan te vullen.

Dit artikel stelt overigens dat de aanbesteder moet nagaan of er in hoofde van deze derden uitsluitingsgronden bestaan zoals bedoeld in de artikelen 50 tot 52 van de wet. Te dien einde zal de derde het deel A

la partie A du DPP comme indiqué ci-avant et celui-ci est joint à la candidature ou l'offre.

L'article 42 indique que lorsque l'adjudicateur constate que le tiers doit être exclu sur la base des articles 50 et 51 de la loi, il doit exiger du candidat ou soumissionnaire qu'il remplace ce tiers. Lorsque l'adjudicateur constate qu'il peut être exclu sur la base de l'article 52 de la loi, il peut exiger que l'opérateur le remplace. En cas « d'ordre » de remplacement, si l'opérateur n'obtempère pas, il faudra considérer qu'il ne répond pas aux conditions de sélection.

Le paragraphe 2 n'appelle pas de commentaire particulier.

Le dernier paragraphe de l'article 42 impose aux candidats qui sont sélectionnés grâce à la capacité de tiers de maintenir ce tiers (et la preuve qu'il disposera de leurs capacités pour l'exécution de la concession) dans son offre initiale et les offres successives et finale. Ce tiers doit être maintenu durant toute la procédure de passation et la durée de la concession, pour autant que ce candidat devienne concessionnaire.

Sous-traitance

Art. 43. Cette disposition habilite l'adjudicateur à exiger, dans l'avis de concession ou les autres documents de concession, que le candidat ou soumissionnaire indique dans sa demande de participation ou dans son offre la part éventuelle de la concession qu'il a l'intention de sous-traiter et l'identité de ces sous-traitants. On vise ici des tiers identifiés en qualité de sous-traitants mais aux capacités desquels le candidat ou soumissionnaire ne fait pas appel pour satisfaire aux conditions et critères de sélection.

Au stade de la demande de participation, le candidat ne pourra probablement pas identifier ces tiers sous-traitants. Au stade de l'offre, finale à tout le moins, cette identification sera plus probable. Il s'agit ici de dresser une liste de sous-traitants pressentis pour une ou plusieurs parties de la concession, voire pour une même partie de la concession. Sauf disposition contraire dans les documents de concession, il n'est pas requis que l'adjudicateur opère la vérification dans le chef de ces sous-traitants pressentis de l'absence de motifs d'exclusion. A ce stade, la vérification pourrait s'avérer lourde et inutile puisqu'il ne s'agit encore que de sous-traitants pressentis.

En tout état de cause, en vertu des articles 51, § 1^{er}, et 52 du titre 3 du présent projet, après la conclusion d'une concession dans un secteur sensible à la fraude, le concessionnaire devra donner la liste de tous les sous-traitants intervenant dans le cadre de l'exécution de la concession et l'adjudicateur devra opérer la vérification dans le chef des sous-traitants directs du concessionnaire de l'absence de motifs d'exclusion, pour autant que cette vérification n'ait pas déjà eu lieu en application de l'article 42.

Section 3. — Droit d'information de l'adjudicateur

Art. 44. Cette disposition exécute les articles 48, § 4, et 54, § 2, de la loi. Elle précise, au-delà de ce que prévoit l'article 48, § 3, de la loi pour ce qui concerne les conditions de sélection, les droits dont l'adjudicateur dispose aux fins des vérifications prévues dans le présent chapitre.

Ainsi, l'article 44 autorise l'adjudicateur à s'informer par tout moyen qu'il juge utile, notamment en interrogeant les autorités compétentes en Belgique et dans les différents Etats membres mais également en exigeant des candidats ou soumissionnaires qu'ils fournissent toute information utile aux vérifications et donc pas uniquement les documents justificatifs identifiés par le présent arrêté (pour les motifs d'exclusion) ou par l'adjudicateur (pour les conditions de sélection).

Ainsi l'adjudicateur pourrait demander aux candidats ou soumissionnaires des certificats de bonne exécution de la part des clients (publics ou privés) qui sont mentionnés, dans la partie B du DPP, au titre des projets de référence ou tout autre document qui permet d'attester de la pertinence des projets de référence repris dans cette partie B du DPP.

Il est rappelé par ailleurs que, en vertu de l'article 22 du présent projet, le pouvoir adjudicateur (ou l'entreprise publique agissant dans le cadre de ses tâches de service public) peut exiger des traductions des documents et attestations délivrés dans le cadre de la vérification de l'absence de motifs d'exclusion ou de la satisfaction des conditions et critères de sélection. L'adjudicateur ne peut toutefois pas demander de traduction des documents rédigés dans une des langues nationales.

van het DVB invullen, zoals hiervoor gezegd en zal hij dit aan de kandidatuur of offerte toevoegen.

Artikel 42 geeft aan dat, wanneer de aanbesteder vaststelt dat de derde moet uitgesloten worden op basis van de artikelen 50 en 51 van de wet, hij van de kandidaat of inschrijver moet eisen dat hij deze derde vervangt. Wanneer de aanbesteder vaststelt dat de derde kan uitgesloten worden op basis van artikel 52 van de wet, kan hij eisen dat de ondernemer deze derde vervangt.

De tweede paragraaf vraagt geen bijzondere commentaar.

De laatste paragraaf van artikel 42 verplicht de kandidaten die geselecteerd zijn dankzij de draagkracht van derden, deze derden te behouden (en het bewijs te leveren dat zij over deze draagkracht zullen beschikken gedurende de uitvoering van de concessie) in zijn initiële, opeenvolgende en definitieve offertes. Deze derde moet behouden blijven gedurende de gehele plaatsingsprocedure en looptijd van de concessie, voor zover deze kandidaat concessiehouder wordt.

Onderaanneming

Art. 43. Deze bepaling machtigt de aanbesteder in de aankondiging van concessie of in de concessiedocumenten te eisen dat de kandidaat of inschrijver in zijn aanvraag tot deelneming of offerte het eventueel deel van de concessie dat hij voornemens is in onderaanneming te geven vermeldt alsook de identiteit van deze onderaannemers. Hier worden derden bedoeld die als onderaannemers worden geïdentificeerd, maar op wiens draagkracht geen beroep wordt gedaan om te voldoen aan de voorwaarden en criteria voor de selectie.

In het stadium van de aanvraag tot deelneming zal de kandidaat deze derden onderaannemers wellicht niet kunnen identificeren. In het stadium van de offerte, van de definitieve offerte in ieder geval, zal deze identificering wel meer waarschijnlijk zijn. Het gaat er om een lijst van voorgenoemen onderaannemers op te stellen voor meerdere delen of zelfs voor hetzelfde deel van de concessie. Behoudens tegenstrijdige bepaling in de concessiedocumenten is niet vereist dat de aanbesteder het nazicht op de afwezigheid van uitsluitingsgronden in hoofde van de voorgenoemen onderaannemers doet. In dit stadium zou dit nazicht erg zwaar en nutteloos kunnen blijken, gezien het nog maar gaat over voorgenoemen onderaannemers.

In ieder geval du de concessiehouder, krachtens de artikelen 51, § 1, en 52 van titel 3 van dit ontwerp, na de sluiting van een concessie in een fraudegevoelige sector, een lijst moeten afgeven van alle onderaannemers die tussenkomen in het kader van de uitvoering van de concessie en de aanbesteder zal in hoofde van de rechtstreekse onderaannemers van de concessiehouder de afwezigheid van uitsluitingsgronden moeten nagaan, voor zover dit nazicht niet reeds gebeurde in toepassing van artikel 42.

Afdeling 3. — Recht op informatie van de aanbesteder

Art. 44. Deze bepaling geeft uitvoering aan de artikelen 48, § 4, en 54, § 2, van de wet. Zij verduidelijkt, verder dan wat artikel 48, § 3, van de wet voorziet aangaande de selectievoorwaarden, de rechten waarover de aanbesteder beschikt met het oog op het nazicht waarvan sprake in dit hoofdstuk.

Aldus laat artikel 44 de aanbesteder toe zich te informeren via elk middel dat hij nuttig acht en onder meer door ondervraging van de in België en in de verschillende lidstaten bevoegde overheden, maar tevens door te eisen van de kandidaten of inschrijvers dat zij elke voor dit nazicht nuttige informatie geven en dus niet enkel de in dit ontwerp (voor de uitsluitingsgronden) of door de aanbesteder (voor de selectievoorwaarden) geïdentificeerde rechtvaardigende stukken.

De aanbesteder kan bijgevolg aan de kandidaten of inschrijvers vragen naar certificaten van goede uitvoering vanwege hun (publieke of privé) klanten die vermeld zijn in het deel B van het DVB, als referentieprojecten of elke ander document dat toelaat te getuigen van de pertinentie van de referentieprojecten die in deel B van het DVB zijn opgenomen.

Er wordt overigens aan herinnerd, krachtens artikel 22 van dit ontwerp, dat de aanbestedende overheid (of overheidsbedrijf dat optreedt in het kader van zijn taken van openbare dienst) vertalingen kan eisen van documenten en attesten die werden afgeleverd in het kader van het nazicht van de afwezigheid van uitsluitingsgronden of van het voldoen aan de selectievoorwaarden en criteria. De aanbesteder kan echter geen vertaling vragen van documenten die in één van de landstalen zijn opgesteld.

TITRE 3. — Dispositions relatives à l'exécution des concessions

Le titre 3 du présent arrêté est pris en exécution des articles 57 et 58 de la loi en vertu desquels le Roi fixe les règles générales d'exécution des concessions (chapitre 2 du présent titre) et les adjudicateurs définissent les conditions particulières d'exécution de leur concession dans les documents de concession (chapitre 1^{er} du présent titre).

CHAPITRE 1^{er}. — Les documents de concession

Art. 45. Cet article dispose qu'il appartient à l'adjudicateur de définir, dans les documents de concession les conditions d'exécution de la concession, dans le respect des dispositions du chapitre 2 du présent titre qui fixent les règles générales d'exécution applicables à toutes les concessions qui tombent dans le champ d'application de la loi.

Les documents de concession devront être complets et détailler toutes les conditions d'exécution de la concession concernée. Les règles générales reprises au chapitre 2 ne visent que le cadre dans lequel l'adjudicateur peut ou doit agir/rédiger. La complexité des concessions et la flexibilité des règles justifient une grande liberté contractuelle « encadrée » par des règles générales plus limitées que celles applicables aux marchés publics.

CHAPITRE 2. — Règles générales d'exécution des concessions

Les règles générales d'exécution des concessions visées au présent chapitre n'ont pas de champ d'application spécifique, c'est-à-dire distinct du titre 2 du présent arrêté ou encore de la loi.

Elles s'appliquent donc à toutes les concessions qui tombent sous le champ d'application de la loi. Certaines des dispositions du présent chapitre ne visent toutefois que les pouvoirs adjudicateurs et, le cas échéant, les entreprises publiques agissant dans le cadre de leurs tâches de service public (cfr article 1^{er} du présent projet et commentaire y relatif).

Les présentes règles générales d'exécution visent à réécrire les articles 104 à 114 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 qui constituent, sous l'égide de la loi du 15 juin 2006, les règles générales d'exécution applicables aux concessions de travaux publics, et à assurer la transposition des dispositions de la directive 2014/23/UE relatives aux modifications des concessions, à la sous-traitance et aux résiliations des concessions.

Les concessions présentant une complexité certaine, liée principalement au financement à charge du concessionnaire, une liberté contractuelle certaine s'impose pour permettre à l'adjudicateur d'adapter les documents de concession aux contraintes de financement voire de débudgétisation propre à la concession qu'il veut conclure.

Ce même objectif de liberté contractuelle a guidé la modification des règles générales d'exécution des marchés publics (arrêté royal du 14 janvier 2013) concernant « les marchés portant à la fois sur le financement, la conception et l'exécution de travaux ». Il est désormais prévu que l'adjudicateur peut, dans le cahier spécial des charges, déroger à toutes les dispositions de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics, sauf aux dispositions reprises à l'article 9, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o et 2^o, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

La même approche préside aux présentes règles générales qui se limitent à ce qui est absolument essentiel, laissant pour le reste l'adjudicateur définir dans les documents de concession les conditions d'exécution de celle-ci.

Les présentes règles générales d'exécution se sont dès lors limitées, pour satisfaire à l'objectif de flexibilité contractuelle à :

- transposer la directive 2014/23/UE et, dans ce cadre, reprendre en les adaptant les dispositions encadrant la sous-traitance, les modifications en cours d'exécution et la résiliation prévues dans l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics (tel que modifié pour exécuter la loi du 17 juin 2016);

- prévoir des habilitations nécessaires pour les pouvoirs adjudicateurs;

- préciser l'application de certaines dispositions légales (agrégation, responsabilité décennale, modalités et délais de paiement) aux concessions.

TITEL 3. — Bepalingen betreffende de uitvoering van de concessies

Titel 3 van dit besluit wordt genomen in uitvoering van de artikelen 57 en 58 van de wet krachtens dewelke de Koning de algemene uitvoeringsregels van de concessies (hoofdstuk 2 van deze titel) bepaalt en de aanbesteders de bijzondere uitvoeringsvoorwaarden van hun concessie in de concessiedocumenten (hoofdstuk 1 van deze titel) vermelden.

HOOFDSTUK 1. — De concessiedocumenten

Art. 45. Volgens dit artikel moet de aanbesteder de uitvoeringsvoorwaarden van de concessie in de concessiedocumenten vermelden, overeenkomstig de bepalingen van hoofdstuk 2 van deze titel die de algemene uitvoeringsvoorwaarden vaststellen voor alle concessies die tot onder de toepassing van de wet vallen.

De concessiedocumenten moeten volledig zijn en alle uitvoeringsvoorwaarden van de betrokken concessie specificeren. De algemene regels van hoofdstuk 2 hebben enkel betrekking op het kader waarin de aanbesteder kan of moet optreden/opstellen. De complexiteit van de concessies en de flexibiliteit van de regels rechtvaardigen een grote contractuele vrijheid binnen het kader van algemene voorschriften die beperkter zijn dan die inzake overheidsopdrachten.

HOOFDSTUK 2. — Algemene uitvoeringsregels van de concessieovereenkomsten

De in dit hoofdstuk bedoelde algemene uitvoeringsregels van de concessies hebben geen specifiek toepassingsgebied, d.w.z. dat verschillend is van titel 2 van dit besluit of nog van de wet.

Ze zijn dus van toepassing op alle concessies die onder de toepassing van de wet vallen. Sommige bepalingen van dit hoofdstuk hebben echter enkel betrekking op de aanbestedende overheden en, desgevallend, op de overheidsbedrijven die optreden in het kader van hun taken van openbare dienst (cf. artikel 1 van dit ontwerp en commentaar bij dit artikel).

Deze algemene uitvoeringsregels hebben tot doel de artikelen 104 tot 114 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 te herschrijven die, onder de toepassing van de wet van 15 juni 2006, de algemene uitvoeringsregels vormen die van toepassing zijn op de concessies voor openbare werken, en te voorzien in de omzetting van de bepalingen van Richtlijn 2014/23/EU betreffende de wijzigingen van de concessies, de onderaanneming en de verbrekingen van concessies.

Aangezien de concessies een zekere complexiteit vertonen, die hoofdzakelijk betrekking heeft op de financiering ten laste van de concessiehouder, is een zekere contractuele vrijheid vereist zodat de aanbesteder de concessiedocumenten kan aanpassen aan de financieringsverplichtingen of zelfs aan de debudgettering die eigen is aan de concessie die hij wil sluiten.

Dezelfde doelstelling van contractuele vrijheid ligt aan de basis van de wijziging van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten (koninklijk besluit van 14 januari 2013) betreffende "de opdrachten die zowel betrekking hebben op het financieren, het ontwerp en op de uitvoering van werken". Voortaan wordt bepaald dat de aanbesteder, in het bestek, kan afwijken van quasi alle bepalingen van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten, behalve deze die opgeleijst zijn in artikel 9, § 1, eerste lid, 1^o en 2^o, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013.

Dezelfde benadering ligt aan de basis van deze algemene regels die zich beperken tot wat absoluut noodzakelijk is en, voor het overige, de aanbesteder de uitvoeringsvoorwaarden ervan laten bepalen in de concessiedocumenten.

Om te voldoen aan de doelstelling inzake contractuele flexibiliteit beperken deze algemene uitvoeringsregels zich tot :

- de omzetting van Richtlijn 2014/23/EU en, in dit kader, het hernemen, mits aanpassing, van de bepalingen betreffende de onderaanneming, de wijzigingen in de loop van de uitvoering en de verbreking voorzien in het koninklijk besluit tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten van 14 januari 2013 (zoals gewijzigd voor de uitvoering van de wet van 17 juni 2016);

- de nodige machtigingen voor de aanbestedende overheden;

- het verduidelijken van de toepassing van sommige wettelijke bepalingen (erkenning, tienjarige aansprakelijkheid, betalingsmodaliteiten en -termijnen) op de concessies.

Enfin, rappelons que pour ce qui concerne l'exécution des concessions, les articles 16 et 17 du présent projet prévoient les mentions que les documents de concession doivent contenir. A ce titre, les articles 16 et 17 complètent le présent chapitre 2.

Section 1^{re}. — Moyens de communication électroniques

Art. 46. Le présent article détermine dans quelle mesure les moyens de communication électroniques ne sont pas obligatoires dans le cadre de l'exécution des concessions. Il est le pendant des articles 14 et 20 du présent projet et du dernier alinéa de l'article 32 de la loi qui ne visent que la phase de passation des concessions (voire uniquement les offres et demandes de participation).

Section 2. — Fonctionnaire dirigeant

Art. 47. Le présent article correspond à l'article 11 des règles générales d'exécution des marchés publics tel que modifié dans le cadre de l'exécution de la loi du 17 juin 2016.

Les documents de concession préciseront les limites des pouvoirs de ces « fonctionnaires », sauf à notifier au concessionnaire ces informations à la conclusion de la concession, avec l'identification et les coordonnées du fonctionnaire dirigeant.

Section 3. — Garanties de bonne exécution

Art. 48. Cette disposition oblige les pouvoirs adjudicateurs et les entreprises publiques agissant dans le cadre de leurs tâches de service public à prévoir dans les documents de concession la (les) garantie(s) de bonne exécution qui devra(ont) être établie(s) par le concessionnaire.

Le terme « garantie » est à entendre au sens le plus large possible. Il s'agit de toutes mesures ou sûretés qui garantissent la bonne exécution des obligations du concessionnaire. Elles peuvent être de différents types ou natures.

Les documents de concession régleront les modalités d'établissement et de libération de ces garanties, leur montant, son adaptation ou sa reconstitution, les modalités de prélèvement de ces garanties et de leur libération, les sanctions applicables en cas de non constitution de ces garanties dans les délais contractuels, etc.

Les pouvoirs adjudicateurs et les entreprises publiques agissant dans le cadre de leurs tâches de service public peuvent exiger un cautionnement semblable au cautionnement prévu dans l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics. Dans ce cas, les documents de concession veilleront à adapter le cautionnement aux particularités de la concession, notamment les modalités de réception et les conséquences en matière de libération du cautionnement.

Il est conseillé d'inclure dans les documents de concession des dispositions complètes et non de se borner à des références aux dispositions de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 précité.

Il convient de remarquer que les pouvoirs adjudicateurs et les entreprises publiques agissant dans le cadre de leurs tâches de service public peuvent prévoir un cautionnement distinct d'une part pour le coût des travaux et d'autre part pour la valeur de l'exploitation, comme c'est le cas à l'article 108, alinéa 2, 2^o (abrogé), de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 précité. Par ailleurs, il convient de rappeler que les modalités de réception pour les travaux prestations de travaux objets de la concession doivent toujours être fixées conformément à l'article 16, alinéa 1^{er}, 11^o, g).

On notera que l'article 47 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 précité n'est pas rendu applicable et notamment la règle suivant laquelle, en cas de résiliation en tant que mesure d'office, le cautionnement est automatiquement acquis au pouvoir adjudicateur. Les documents de concession régleront le sort du cautionnement en cas de résiliation de la concession, en distinguant suivant les hypothèses de résiliation (pour manquement contractuel ou autres) en tenant compte de la phase d'exécution de la concession pendant laquelle la résiliation est décidée.

Section 4. — Sous-traitance

Art. 49. Le présent article pose le principe général suivant lequel le fait pour le concessionnaire de sous-traiter ou sous-contracter tout ou partie de la concession ne le dégage pas de ses responsabilités et engagements contractuels vis-à-vis de l'adjudicateur. Cette disposition correspond à l'article 12, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant des règles générales d'exécution des marchés publics tel que modifiée en vue de l'exécution de la loi du 17 juin 2016 relative aux

Tot slot wordt eraan herinnerd dat wat de uitvoering van de concessies betreft, de artikelen 16 en 17 van dit ontwerp bepalen welke gegevens de concessiedocumenten moeten bevatten. In dit opzicht vervollendigen de artikelen 16 en 17 dit hoofdstuk 2.

Afdeling 1. — Elektronische communicatiemiddelen

Art. 46. Dit artikel bepaalt in welke mate het gebruik van elektronische communicatiemiddelen niet verplicht is in het kader van de uitvoering van concessies. Het is de tegenhanger van de artikelen 14 en 20 van dit ontwerp en van het laatste lid van artikel 32 van de wet die enkel de plaatsingsfase van de concessies beogen (of zelfs enkel de offertes en aanvragen tot deelneming).

Afdeling 2. — Leidend ambtenaar

Art. 47. Dit artikel stemt overeen met artikel 11 van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten, zoals gewijzigd in het kader van de uitvoering van de wet van 17 juni 2016.

De concessiedocumenten bepalen binnen welke grenzen deze "ambtenaren" bevoegd zijn, tenzij deze informatie wordt meegedeeld aan de concessiehouder bij het sluiten van de concessie, samen met de identificatie en de contactgegevens van de leidend ambtenaar.

Afdeling 3. — Waarborgen van goede uitvoering

Art. 48. De bepaling verplicht de aanbestedende overheden en de overheidsbedrijven die optreden in het kader van hun taken van openbare dienst om in de concessiedocumenten te bepalen welke waarborg(en) van goede uitvoering de concessiehouder moet voorleggen.

De term "waarborg" moet zo ruim mogelijk worden opgevat. Het gaat om alle maatregelen of zekerheden die de goede uitvoering van de verplichtingen van de concessiehouder waarborgen. Ze kunnen verschillen qua type of aard.

De concessiedocumenten regelen de modaliteiten voor de borgstelling en de vrijgave van deze waarborgen, het bedrag ervan en de aanpassing of het opnieuw aanvullen ervan, de modaliteiten voor de afhoudingen van deze waarborgen en de vrijgave ervan, de toepasselijke sancties indien deze waarborgen niet binnen de contractuele termijnen zijn gesteld, enz.

De aanbestedende overheden en het overheidsbedrijven die optreden in het kader van hun taken van openbare dienst kunnen een borgtocht eisen die gelijkaardig is aan deze voorzien in het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten. In dit geval wordt er goed aan gedaan de concessiedocumenten aan te passen aan de specifieke kenmerken van de concessie, met name wat de nadere regels omtrent oplevering betreft en de gevolgen daarvan wat de vrijgave van de borgtocht betreft.

Het is raadzaam om in de concessiedocumenten volledige bepalingen hieromtrent op te nemen en zich niet te beperken tot verwijzingen naar het voormelde koninklijk besluit 14 januari 2013.

Het past erop te wijzen dat de aanbestedende overheden en het overheidsbedrijven die optreden in het kader van hun taken van openbare dienst een afzonderlijke borgtocht kunnen eisen voor de kostprijs van de werken enerzijds en de waarde van de exploitatie anderzijds, zoals het geval is in artikel 108, tweede lid, 2^o (opgeheven), van het voormelde koninklijk besluit 14 januari 2013. Overigens moet eraan herinnerd worden dat de nadere regels voor de oplevering in de concessiedocumenten dienen bepaald te worden voor de prestaties omtrent de werken die het voorwerp uitmaken van de concessie, overeenkomstig artikel 16, eerste lid, 11^o, g).

Opgemerkt wordt dat artikel 47 van het voormelde koninklijk besluit 14 januari 2013 niet toepasselijk werd gemaakt en met name de regel volgens dewelke, in geval van verbreking als ambtshalve maatregel, de borgtocht automatisch verworven wordt door de aanbestedende overheid. De concessiedocumenten moeten bepalen wat met de borgtocht gebeurt in geval van verbreking van de concessie. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt naargelang het verbrekingsgeval (wegens een contractuele tekortkoming of om een andere reden), rekening houdend met de uitvoeringsfase van de concessie tijdens dewelke de verbreking is beslist.

Afdeling 4. — Onderaanneming

Art. 49. Dit artikel bevat het algemene beginsel volgens hetwelke de concessiehouder contractueel aansprakelijk en gebonden blijft ten opzichte van de aanbesteder wanneer hij de concessie geheel of gedeeltelijk in onderaanneming geeft of subcontracten afsluit. Deze bepaling stemt overeen met artikel 12, § 1, van het koninklijk besluit tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten van 14 januari 2013, zoals gewijzigd met het oog op de uitvoering

marchés publics.

Ce principe existait déjà dans l'ancienne réglementation et doit d'autant plus être rappelé que la sous-traitance est désormais davantage encadrée. Ainsi, le pouvoir adjudicateur a le droit voire l'obligation dans certains cas de vérifier l'absence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants. Ces droits et obligations de l'adjudicateur ne limitent en rien la responsabilité du concessionnaire.

Art. 50. Le présent article reprend, en l'adaptant aux concessions, l'article 12 § 2 et 3 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant des règles générales d'exécution des marchés publics tel que modifié en vue de l'exécution de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Il prévoit trois cas dans lesquels le concessionnaire n'est pas libre de choisir son sous-traitant.

Il s'agit d'abord de l'hypothèse des sous-traitants imposés par l'adjudicateur qui, dans ce cas et sans préjudice du principe énoncé à l'article 49, est responsable de la capacité financière, économique, technique et professionnelle dudit sous-traitant. L'adjudicateur n'imposera par ailleurs pas des sous-traitants dont il n'aura pas vérifié au préalable l'absence de motifs d'exclusion au sens des articles 50 à 53 de la loi.

Il s'agit ensuite des entités qui se sont engagées à intervenir comme sous-traitant du concessionnaire pour lui permettre de répondre aux conditions de sélection, en application de l'article 49 de la loi et de l'article 42 du présent arrêté et que l'adjudicateur a acceptées après vérification de l'absence de motifs d'exclusion.

Il s'agit ensuite des sous-traitants présentis qui ont été le cas échéant identifiés dans l'offre du concessionnaire, en application de l'article 43 du présent arrêté. Le concessionnaire n'est pas obligé de recourir effectivement à ces sous-traitants s'il a demandé et reçu l'autorisation de l'adjudicateur de recourir à un autre sous-traitant. Bien sûr, le concessionnaire ne pourra recourir à un sous-traitant dont l'intervention aurait été interdite par l'adjudicateur en application de l'article 52.

Art. 51. Le présent article reprend en l'adaptant l'article 12/2 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics modifiées en vue de l'exécution de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Le paragraphe 1^{er} prévoit l'obligation pour le concessionnaire de transmettre à l'adjudicateur la liste des sous-traitants qui interviennent à quelque stade que ce soit dans l'exécution de la concession pour autant qu'il s'agisse d'une concession dans un secteur sensible à la fraude ou d'une concession de services qui doit être exécutée dans les locaux de l'adjudicateur et sous sa surveillance.

Les documents de concession définissent les délais endéans lesquels la liste et ses mises à jour doivent être transmises à l'adjudicateur avant l'intervention effective des sous-traitants concernés.

Outre la fixation de ces délais, les documents de concession veilleront à prévoir des pénalités pour sanctionner le non-respect de l'obligation de communiquer la liste, ses mises à jour et ce, dans un délai permettant les vérifications visées ci-après en temps opportun et utile, c'est-à-dire avant l'intervention effective des sous-traitants dans l'exécution de la concession.

Pour les autres concessions que celles visées au paragraphe 1^{er}, l'adjudicateur peut demander la liste de sous-traitants au concessionnaire. Il n'y a alors pas d'obligation à charge du concessionnaire, mais un droit/une faculté dans le chef de l'adjudicateur qui sera mentionnée dans les documents de concession.

Art. 52. Le présent article reprend en l'adaptant aux concessions les dispositions de l'article 12/2 des règles générales d'exécution des marchés publics telles que modifiées en vue de l'exécution de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Il prévoit le droit ou l'obligation pour le pouvoir adjudicateur (et non les adjudicateurs) de vérifier l'absence de motifs d'exclusion au sens des articles 50 à 52 de la loi dans le chef des sous-traitants.

L'obligation est limitée aux concessions dans les secteurs sensibles à la fraude et, pour les concessions de travaux, pour autant qu'elles aient une valeur égale ou supérieure à 5.225.000 euros.

Ces vérifications obligatoires ne s'opèrent par ailleurs que dans le chef de sous-traitants pour lesquels la vérification n'a pas déjà été opérée dans le cadre de la passation et de la conclusion de la concession.

van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten.

Dit beginsel bestond reeds in de vroegere regelgeving en verdient des te meer aandacht omdat de onderaanneming nu beter is geregeld. Zo heeft de aanbestedende overheid in sommige gevallen het recht en zelfs de plicht om na te gaan of er uitsluitingsgronden zijn uit hoofde van de onderaannemers. Deze rechten en plichten van de aanbesteder houden geen beperking in van de aansprakelijkheid van de concessiehouder.

Art. 50. Dit artikel herneemt, mits aangepast aan de concessies, het artikel 12, §§ 2 en 3, van het koninklijk besluit tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten van 14 januari 2013, zoals gewijzigd met het oog op de uitvoering van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten.

Het voorziet in drie gevallen waarin de concessiehouder niet vrij is zijn onderaannemer te kiezen.

Het gaat in de eerste plaats om het geval waarin de onderaannemers opgelegd zijn door de aanbesteder die, in dat geval en onverminderd het in artikel 49 vermelde beginsel, verantwoordelijk is voor de financiële, economische, technische en beroepsbekwaamheid van die onderaannemer. Bovendien mag de aanbesteder geen onderaannemers opleggen bij wie hij niet vooraf heeft nagegaan of er uitsluitingsgronden zijn in de zin van de artikelen 50 tot 53 van de wet.

Vervolgens gaat het om entiteiten die zich ertoe hebben verbonden tussen te komen als onderaannemer van de concessiehouder zodat deze laatste aan de selectievoorwaarden kan voldoen, overeenkomstig artikel 49 van de wet en artikel 42 van dit besluit en die de aanbesteder aanvaard heeft nadat hij heeft nagegaan of er uitsluitingsgronden zijn.

Tot slot gaat het om de voorgestelde onderaannemers die desgevallend in de offerte van de concessiehouder zijn vermeld, overeenkomstig artikel 43 van dit besluit. De concessiehouder is niet verplicht om effectief gebruik te maken van deze onderaannemers indien hij de toestemming van de aanbesteder heeft gevraagd en gekregen om een beroep te doen op een andere onderaannemer. Vanzelfsprekend zal de concessiehouder geen beroep mogen doen op een onderaannemer wiens tussenkomst door de aanbesteder verboden is overeenkomstig artikel 52.

Art. 51. Dit artikel herneemt, mits aanpassingen, het artikel 12/2 van de koninklijk besluit tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten van 14 januari 2013, zoals gewijzigd met het oog op de uitvoering van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten.

De paragraaf 1 bepaalt dat de concessiehouder verplicht is om de aanbesteder de lijst van de onderaannemers te bezorgen die tussenkomen in eender welk stadium van de uitvoering van de concessie, voor zover het om een concessie in een fraudegevoelige sector gaat of om een concessie voor diensten die moet worden uitgevoerd in de lokalen van de aanbesteder en onder diens toezicht.

De concessiedocumenten bepalen de termijnen waarin de lijst en de bijwerkingen ervan bij de aanbesteder moeten toekomen vóór de effectieve tussenkomst van de betrokken onderaannemers.

Naast de vaststelling van deze termijnen moeten de concessiedocumenten voorzien in straffen als sanctie voor de niet-naleving van de verplichte mededeling van de lijst en de bijwerkingen ervan en dit binnen een termijn die het hierna bedoelde nazicht te gepasten tijde mogelijk maakt, d.w.z. vóór de effectieve tussenkomst van de onderaannemers in de uitvoering van de concessie.

Voor de andere concessies dan die bedoeld in paragraaf 1 kan de aanbesteder de lijst van de onderaannemers aan de concessiehouder vragen. Er is dan geen verplichting ten laste van de concessiehouder, maar een recht/mogelijkheid uit hoofde van de aanbesteder die in de concessiedocumenten zal worden vermeld.

Art. 52. Dit artikel herneemt, mits aangepast aan de concessies, de bepalingen van artikel 12/2 van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten, zoals gewijzigd met het oog op de uitvoering van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten.

Het voorziet in het recht of de verplichting voor de aanbestedende overheid (en niet voor de aanbesteders) om na te gaan of er uitsluitingsgronden zijn in de zin van de artikelen 50 tot 52 van de wet uit hoofde van de onderaannemers.

De verplichting is beperkt tot de concessies in de fraudegevoelige sectoren en, voor de concessies voor werken, voor zover de waarde ervan gelijk is aan of hoger is dan 5.225.000 euro.

Bovendien gebeurt dit verplichte nazicht enkel uit hoofde van onderaannemers voor wie dit nazicht niet reeds heeft plaatsgevonden in het kader van de plaatsing en sluiting van de concessie.

Ainsi en va-t-il en principe des sous-traitants imposés par le pouvoir adjudicateur qui ne peut imposer un sous-traitant sans avoir au préalable vérifié qu'il ne peut ou ne doit être exclu. De même, les sous-traitants qui se sont engagés à intervenir comme tels dans l'offre ou la candidature du concessionnaire pour répondre aux conditions de sélection et pour lesquels le pouvoir adjudicateur a dû également vérifier l'absence de motifs d'exclusion voire a déjà pu exercer son droit à imposer un remplacement (voir article 42 du présent projet).

Par contre, les sous-traitants pressentis identifiés le cas échéant dans l'offre n'ont en principe pas fait l'objet d'une vérification avant la conclusion de la concession (voir article 43 du présent projet).

La vérification s'opère suivant ce qui est prévu par le présent arrêté pour la phase de sélection des candidats/soumissionnaires.

Le pouvoir adjudicateur peut ou doit exiger le remplacement du sous-traitant, suivant que le motif vise une exclusion facultative ou obligatoire.

Le présent article prévoit des pénalités applicables en cas de non-respect d'un ordre de remplacement qui, par ailleurs est qualifié de manquement contractuel grave et peut donc justifier l'application, par les pouvoirs adjudicateurs, des mesures d'office.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir, dans les documents de concession, un système d'approbation de (tous) les sous-traitants (et pour toutes leurs concessions) avant leur intervention effective pour autant qu'il soit conforme aux dispositions du présent article. Ce système permettrait de vérifier l'absence de motifs d'exclusion, mais également les éventuelles « conditions de sélection » en matière de capacité technique et professionnelle (en vertu de l'article 54) et la condition d'agrément (prévue par l'article 55). Le système d'approbation fixe les délais pour l'introduction de la demande d'approbation (avec Document de preuve provisoire complété par le sous-traitant soumis à approbation) et les délais de réponse du pouvoir adjudicateur. Seul peut alors valablement intervenir dans l'exécution de la concession le sous-traitant approuvé. Pour l'efficacité de ce système, les documents de concession assortiront ces obligations de sanctions. Ainsi, ils disposeraient que le concessionnaire qui ne respecte pas ces dispositions (c'est-à-dire qui ne soumet pas un sous-traitant à l'approbation préalable du pouvoir adjudicateur ou qui fait intervenir un sous-traitant non approuvé) peut se voir appliquer une pénalité (en précisant son montant et ses modalités d'application), un ordre de suspension des prestations exécutées par le sous-traitant non approuvé ou un ordre de remplacement au sens du présent article 52 dont le non-respect serait lui-même sanctionné suivant ce qui est prévu au § 3 du présent article 52.

Art. 53. Le présent article est similaire à l'article 12/3 des règles générales d'exécution des marchés publics telles que modifiées en vue de l'exécution de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Dans le paragraphe 1^{er}, l'interdiction pour le sous-traitant de sous-traiter la totalité de la concession qui lui a été confié. Cette mesure est uniquement d'application aux sous-traitants et non au concessionnaire. Il n'en résulte dès lors, pour les candidats ou les soumissionnaires, aucune limitation de l'accès à la concession. Il s'agit d'une mesure qui contribue à la lutte contre le dumping social et qui permet de garantir, en exécution de l'article 30.3 de la directive 2014/23/UE, que dans l'exécution de la concession, les opérateurs économiques se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail. L'article 42.4 de la directive 2014/23/UE précise que les Etats membres peuvent prendre des mesures notamment dans la chaîne de sous-traitance, afin de respecter leurs obligations. Cette mesure contribue également à un meilleur respect de la limitation de la chaîne de sous-traitance, dont il est question ci-dessous. Il convient de préciser qu'il ne suffit pas pour satisfaire au présent article pour le sous-traitant de conserver uniquement la gestion du volet coordination et de sous-traiter la totalité des tâches effectives à plusieurs sous-traitants inférieurs dans la chaîne.

Le paragraphe 2 limite à deux, trois ou exceptionnellement quatre niveaux la chaîne de sous-traitance pour les concessions dans un secteur sensible à la fraude, passés par des pouvoirs adjudicateurs. En effet, dans la pratique, c'est surtout loin dans la chaîne de sous-traitance que sont constatées des pratiques de dumping social. On s'attend, dès lors, à ce que la limitation de la chaîne de sous-traitance puisse largement contribuer à la lutte contre le dumping social, notamment (mais pas seulement) dans le secteur de la construction. Il est à nouveau renvoyé à la nouvelle définition de « concession dans un secteur

Dat geldt in principe voor de onderaannemers opgelegd door de aanbestedende overheid die een onderaannemer enkel mag opleggen als zij vooraf heeft nagegaan of deze al dan niet kan of moet worden uitgesloten. Dit geldt ook voor de onderaannemers die zich ertoe verbonden hebben tussen te komen als onderaannemer in de offerte of de kandidatuur van de concessiehouder om aan de selectievoorwaarden te voldoen en voor wie de aanbestedende overheid ook heeft moeten nagaan of er geen uitsluitingsgronden zijn of zelfs reeds haar recht heeft kunnen uitoefenen om een vervanging op te leggen (zie artikel 42 van dit ontwerp).

Dit nazicht vóór de sluiting van de concessie (zie artikel 43 van dit ontwerp) gebeurde echter, in principe, niet voor de voorgestelde onderaannemers die desgevallend in de offerte zijn vermeld.

Het nazicht gebeurt zoals bepaald in dit besluit voor de selectiefase van de kandidaten/inschrijvers.

De aanbestedende overheid kan of moet de vervanging van de onderaannemers eisen naargelang de grond betrekking heeft op een facultatieve of verplichte uitsluiting.

Dit artikel voorziet de straffen die van toepassing zijn in geval van niet-naleving van een bevel tot vervanging dat bovendien als een ernstige contractuele tekortkoming wordt beschouwd en dus de toepassing, door de aanbestedende overheden, van ambtshalve maatregelen kan rechtvaardigen.

De aanbestedende overheden kunnen, in de concessiedocumenten, in een systeem voorzien voor de goedkeuring van (al) de onderaannemers (en voor alle concessies) vóór hun effectieve tussenkomst, voor zover het aan de bepalingen van dit artikel voldoet. Dit systeem heeft tot doel na te gaan of er uitsluitingsgronden zijn, maar ook of voldaan is aan eventuele "selectievoorwaarden" inzake technische of beroepsbekwaamheid (krachtens artikel 54) en aan de erkenningsvoorwaarde (bedoeld in artikel 55). Het goedkeuringsstelsel bepaalt de termijnen voor de indiening van de goedkeuringsaanvraag (met het Document van voorlopig bewijs ingevuld door de onderaannemer dat ter goedkeuring wordt voorgelegd) en de antwoordtermijnen van de aanbestedende overheid. Enkel de goedgekeurde onderaannemer kan geldig tussenkomen in de uitvoering van de concessie. Voor de efficiëntie van dit systeem zullen de concessiedocumenten sancties verbinden aan deze verplichtingen. Zo kunnen ze bepalen dat de concessiehouder die deze bepalingen niet naleeft (d.w.z. die een onderaannemer niet vooraf laat goedkeuren door de aanbestedende overheid of een niet-goedgekeurde onderaannemer laat tussenkomen) een straf kan worden opgelegd (waarvan het bedrag en de toepassingsmodaliteiten worden bepaald) of een bevel tot schorsing van de prestaties uitgevoerd door de niet-goedgekeurde inschrijver of een bevel tot vervanging als bedoeld in dit artikel 52 waarvan de niet-naleving zelf zou worden bestraft conform § 3 van dit artikel 52.

Art. 53. Dit artikel is gelijkaardig aan artikel 12/3 van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten, zoals gewijzigd met het oog op de uitvoering van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten.

In de eerste paragraaf wordt het verbod ingevoerd voor de onderaannemer om het geheel van de concessie dat hem werd toegewezen in onderaanneming te geven. Deze maatregel is alleen van toepassing op de onderaannemers en niet op de concessiehouder en beperkt dan ook de toegang van kandidaten of inschrijvers tot de concessie niet. Het betreft een maatregel die bijdraagt aan de strijd tegen de sociale dumping waarmee, in uitvoering van artikel 30.3 van Richtlijn 2014/23/EU, gewaarborgd wordt dat de ondernemers bij de uitvoering van de concessie moeten voldoen aan de toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht. In artikel 42.4 van Richtlijn 2014/23/EU wordt erop gewezen dat de lidstaten met name in de onderaannemingsketen maatregelen kunnen nemen om hun verplichtingen na te komen. Deze maatregel draagt ook bij tot een betere naleving van de hieronder besproken beperking van de onderaannemingsketen. Er moet op worden gewezen dat het voor de naleving van dit artikel niet volstaat voor een onderaannemer om alleen het beheer van het luik coördinatie te behouden en de totaliteit van de effectieve taken in onderaanneming te geven aan meerdere onderaannemers die lager tussenkomen in de keten.

In de tweede paragraaf wordt de onderaannemingsketen beperkt tot twee, drie of uitzonderlijk vier niveaus voor de concessies in een fraudegevoelige sector die worden geplaagd door aanbestedende overheden. In de praktijk worden immers vooral praktijken inzake sociale dumping vastgesteld diep in de onderaannemingsketen. Er wordt dan ook verwacht dat het beperken van de onderaannemingsketen ruim zal bijdragen aan de strijd tegen de sociale dumping, met name (maar niet alleen) in de bouwsector. Opnieuw wordt verwezen naar de nieuwe definitie van het begrip "concessie in een fraudegevoelige

sensible à la fraude », prévue à l'article 2, 6°. L'attention est attirée sur le fait que la limitation de la chaîne de sous-traitance ne porte pas préjudice, en ce qui concerne les services de gardiennage, aux obligations spécifiques de la loi du 10 avril 1990 réglementant la sécurité privée et particulière. Conformément à l'article 2, § 3bis, de la loi précitée, inséré par la loi du 13 janvier 2014, la sous-traitance de ce type de services de gardiennage n'est en principe pas autorisée, sauf sous une série de conditions strictes. Ainsi, une série de données seront reprises dans une convention écrite entre "le mandant" (dans ce cas, le pouvoir adjudicateur) et "l'entrepreneur principal" (dans ce cas, le concessionnaire), mentionnant certaines données relatives au sous-traitant concerné. Cet état des choses empêche de facto la mise en sous-traitance par un sous-traitant du premier échelon. La limitation de la chaîne de sous-traitance à deux, trois ou quatre niveaux, visée au présent deuxième paragraphe, est donc dans les faits déjà réduite à un seul niveau de manière plus drastique suite à la loi du 10 avril 1990.

Au plus la chaîne de sous-traitance verticale est longue, au plus le concessionnaire risque de perdre le contrôle de sa chaîne et au plus cela semble difficile d'organiser sa chaîne, de la surveiller, d'y faire respecter les législations sociales, environnementales et du travail et d'avoir des moyens d'action efficaces entre le haut et le bas de la chaîne. Cette situation de risque de perte de contrôle de la chaîne de sous-traitance n'est pas non plus favorable au pouvoir adjudicateur.

Par ailleurs, le sous-traitant qui se trouve au bout d'une longue chaîne risque d'avoir un prix insuffisant qui ne lui permet pas de respecter les législations précitées tous les autres multiples sous-traitants précédents dans la chaîne voulant être payés pour leur intervention dans la chaîne. L'interdiction de longues chaînes verticales de sous-traitance est un des moyens d'éviter une telle situation.

Les alinéas deux et trois traitent des possibilités d'ajouter un niveau supplémentaire. Cette dernière exige en principe l'accord écrit préalable du pouvoir adjudicateur, sauf circonstances imprévisibles portées à la connaissance du pouvoir adjudicateur endéans les trente jours après leur survenance. Il s'agit de circonstances qui ne pouvaient raisonnablement être prévues au moment de l'introduction de l'offre, qui ne pouvaient être évitées et aux conséquences desquelles il ne pouvait être remédié par les opérateurs économiques, malgré que tout ait été mis en œuvre à cet effet.

L'alinéa 4 énumère ce qui pour l'application de cet article, n'est pas considéré comme de la sous-traitance.

Un mécanisme de sanction est prévu au paragraphe 3.

Il y a lieu de constater que la Cour de Justice n'a pas encore pu se prononcer sur les limitations de la chaîne de sous-traitance en exécution de l'article 42.4 de la directive 2014/23/UE. Il s'agit en effet d'une disposition entièrement nouvelle selon laquelle les Etats membres, afin d'éviter que les sous-traitants violent les dispositions applicables en matière de droit environnemental, social et du travail, peuvent prendre des mesures appropriées dont l'introduction de mécanismes de responsabilité solidaire et de vérification de l'absence de motifs d'exclusion. Cette constatation du législateur européen rejoint les constatations faites sur le terrain selon lesquelles le dumping social intervient notamment dans le cadre de la chaîne de sous-traitance.

La portée exacte des mesures préventives visées à l'article 42.4 n'est pas bien définie dans la directive. A cet égard, il importe de rappeler l'article 30.3 de la directive 2014/24/UE érigeant le respect du droit environnemental, social et du travail en principe général lors de la passation des concessions. En effet, il y a lieu de constater que le non-respect de ces dispositions aura souvent pour effet de fausser la concurrence. Le nouveau principe est une conséquence logique de l'obligation de traiter les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et de manière non discriminatoire. Les Etats membres doivent, notamment pour cette raison, disposer d'une certaine marge pour élaborer des mesures en exécution de l'article 42.4 de la directive 2014/23/UE.

Les mesures visées à la présente disposition poursuivent un but légitime. Il a également été satisfait à l'exigence de proportionnalité. Ainsi, l'interdiction, dans le chef du sous-traitant, de sous-traiter à un autre sous-traitant la totalité de la concession qui lui a été confiée n'est pas du tout rigide et ne constitue donc pas une réelle entrave. Il suffit en effet que le sous-traitant se charge lui-même de l'exécution d'une petite partie de la concession qui lui a été confié pour ensuite sous-traiter le reste à un autre sous-traitant. On a estimé qu'une telle interdiction aura tout de même une conséquence importante : le sous-traitant doit être conscient qu'il devra exécuter lui-même une

sector" vevat in artikel 2, 6°. Er wordt op gewezen dat de beperking van de onderaannemingsketen geen afbreuk doet, wat de bewakingsdiensten betreft, aan de bijzondere verplichtingen vevat in de wet van 10 april 1990 tot regeling van de private en bijzondere veiligheid. Overeenkomstig artikel 2, § 3bis, van de voormelde wet van 10 april 1990, ingevoegd door de wet van 13 januari 2014, is onderaanneming van de betreffende bewakingsdiensten in principe namelijk niet toegelaten, tenzij een aantal zeer strikte voorwaarden worden nageleefd. Zo moet er tussen de "opdrachtgever" (in dit geval aanbestedende overheid) en de "hoofdaannemer" (in dit geval de concessiehouder) een schriftelijke overeenkomst bestaan waarin een aantal gegevens omtrent de betreffende onderaannemer staan vermeld. De facto verhindert dit het verder in onderaanneming geven door de onderaannemer van het eerste niveau. De in de hier besproken tweede paragraaf bedoelde beperking van de onderaannemingsketen tot twee, drie of vier niveaus is de facto dus reeds in meer ingrijpende wijze beperkt tot één niveau ingevolge de voormelde wet van 10 april 1990.

Hoe langer de verticale onderaannemingsketen, hoe groter het risico voor de concessiehouder de controle over zijn keten te verliezen en hoe moeilijker de organisatie en het nazicht van zijn onderaannemingsketen zal zijn, alsook het feit ervoor te zorgen dat de sociale, arbeids- en milieuwetgeving daar worden nageleefd en het feit over efficiënte actiemiddelen te beschikken tussen de hoogste en de laagste in de keten. Deze situatie van risico op controleverlies van de onderaannemingsketen is evenmin gunstig voor de aanbestedende overheid.

Overigens riskeert de onderaannemer die zich op het einde van een lange keten bevindt, een onvoldoende prijs te ontvangen die hem niet toelaat de voormelde wetgevingen na te leven, gezien de talrijke voorgaande onderaannemers in de keten allen betaald willen worden voor hun interventie. Het verbod op lange verticale onderaannemingsketens is een van de middelen om een dergelijke situatie te vermijden.

In het tweede lid en derde lid worden de mogelijkheden behandeld om nog één bijkomend niveau toe te voegen. Daartoe is in principe het voorafgaandelijk schriftelijk akkoord van de aanbestedende overheid vereist, tenzij er onvoorziene omstandigheden zijn die schriftelijk kenbaar worden gemaakt aan de aanbestedende overheid binnen de dertig dagen nadat ze zich hebben voorgedaan. Het betreft omstandigheden die redelijkerwijze niet voorzienbaar waren bij de indiening van de offerte, die niet konden worden ontweken en waarvan de gevolgen niet konden worden verholpen door de ondernemers, niettegenstaande al het nodige daartoe werd gedaan.

In het vierde lid wordt opgesomd hetgeen, voor de toepassing van dit artikel, niet beschouwd wordt als onderaanneming.

In de derde paragraaf is in een sanctioneringsmechanisme voorzien.

Er moet worden vastgesteld dat het Hof van Justitie zich nog niet heeft kunnen uitspreken over beperkingen van de onderaannemingsketen in uitvoering van artikel 42.4 van Richtlijn 2014/23/EU. Het betreft immers een volledig nieuwe bepaling die stelt dat de lidstaten, ter voorkoming van inbreuken door onderaannemers op de toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht, passende maatregelen kunnen treffen waaronder het invoeren van hoofdelijke aansprakelijkheidsmechanismen en het nazicht op de afwezigheid van uitsluitingsgronden. Deze bevinding van de Europese regelgever sluit aan op bevindingen in de praktijk, waarbij inderdaad werd vastgesteld dat praktijken inzake sociale dumping zich met name in de onderaannemingsketen voordoen.

De precieze draagwijdte van de in artikel 42.4 bedoelde preventieve maatregelen is in de Richtlijn niet precies omlijnd. In dit verband is het niet onbelangrijk artikel 30.3 van Richtlijn 2014/23/EU opnieuw onder de aandacht te brengen, waarin de naleving van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht tot algemeen beginsel bij het plaatsen van concessies wordt verheven. Inderdaad moet worden vastgesteld dat van de niet-naleving van deze verplichtingen vaak een mededingingsvertekenend effect zal uitgaan. Het nieuwe beginsel is een logisch voortvloeisel van verplichting om de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen. Mede om die reden moeten de lidstaten over enige ruimte beschikken om maatregelen uit te werken in uitvoering van artikel 42.4 van Richtlijn 2014/23/EU.

Met de in dit artikel beoogde maatregelen wordt een legitiem doel nagestreefd. Er is eveneens voldaan aan de evenredigheidseis. Zo is het verbod voor een onderaannemer om het geheel van de concessie dat hem werd toegewezen verder in onderaanneming te geven allesbehalve streng en dus ook niet zo belemmerend. Het volstaat immers dat de onderaannemer zelf zorgt voor de uitvoering van een klein deel van de hem toegewezen concessie, waarna hij de rest verder in onderaanneming kan geven. Er werd geoordeeld dat van een dergelijk verbod toch een belangrijk gevolg zal hebben : de onderaannemer moet er zich van bewust zijn dat hij een deel zelf zal moeten uitvoeren. Het

partie. Ainsi, la création de cascades interminables est contrée, en ce compris dans les secteurs qui ne sont pas considérés comme sensibles à la fraude. Lorsque la mesure est moins prohibitive, il faut juger plus vite qu'il a été satisfait à l'exigence de proportionnalité. La limitation ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire.

L'introduction de la vérification de l'absence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants (obligatoire ou non) et les mesures en matière de responsabilité solidaire ne suffisent pas en soi comme mesures préventives pour avoir l'effet escompté. En effet, une telle vérification augmente significativement les charges administratives du pouvoir adjudicateur. Si aucune limitation supplémentaire de la chaîne de sous-traitance n'est opérée, de longues chaînes de sous-traitance resteront parfaitement possibles, ce qui risque de rendre les charges administratives ingérables et de compromettre au final l'effectivité de la mesure. En cas de trop longue chaîne de sous-traitance, le pouvoir adjudicateur ne pourra intervenir de facto que lorsque des irrégularités sont déjà constatées. Il ressort toutefois clairement qu'il doit être possible de prendre des mesures préventives, d'où la nécessité de mesures supplémentaires.

L'arrêt « Wroclaw » du 14 juillet 2016 de la Cour de Justice (affaire C-406/14) permet de conclure que les directives marchés publics et contrats de concession s'opposent à ce que le pouvoir adjudicateur oblige le concessionnaire dans les documents de concession à exécuter par ses propres moyens une partie de la concession déterminée *in abstracto*. L'arrêt « Borta » du 5 avril 2017 (affaire C-298/15) permet quant à lui de conclure qu'une réglementation nationale qui prévoit, pour les marchés publics ou les concessions de travaux, que *les travaux principaux, tels que définis par le pouvoir adjudicateur, ne peuvent pas être sous-traités, n'est pas conciliable avec le Traité*. La limitation de la chaîne de sous-traitance prévue à l'article 53, § 1^{er}, du projet, n'est pas contraire à la jurisprudence susmentionnée pour les raisons suivantes.

L'interdiction ne concerne pas le soumissionnaire/concessionnaire mais le sous-traitant.

Il ne s'agit pas d'une interdiction de sous-traiter la partie « principale » ou « une partie du marché déterminée *in abstracto* » (par exemple 20 %) de la concession. Comme indiqué ci-dessus, il suffit pour le sous-traitant d'intervenir lui-même pour l'exécution de n'importe quelle partie de la concession qui lui a été confiée (à l'exception de la coordination), pour qu'il puisse sous-traiter le reste sans aucun problème. L'exécution par lui-même d'une très petite partie suffit également à cet égard. Ainsi, l'interdiction visée n'est pas sévère du tout, comme indiqué ci-dessus.

Finalement, l'objectif poursuivi par l'article 53, § 1^{er}, du projet, est fort différent du cas qui a conduit à l'arrêt Borta. En effet, réglementation qui a conduit à dernier arrêt visait à garantir une exécution correcte des travaux (voir considérants 52, 59 et 60 de l'arrêt). Ces objectifs sont fort différents des objectifs poursuivis par l'article 53, § 1^{er}, du projet. Il convient de rappeler que l'objectif de cette dernière disposition consiste à contribuer à la lutte contre le dumping social, en exécution de l'article 30.3 de la directive 2014/23/UE, notamment en assurant que les sous-traitants se conforment aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail. L'article 42.4 de la directive 2014/23/UE précise que les Etats membres peuvent prendre des mesures notamment en ce qui concerne la chaîne de sous-traitance.

Les précisions susmentionnées relatives à la proportionnalité des dispositions s'appliquent également à la limitation de la chaîne de sous-traitance visée au deuxième paragraphe. A cet égard, soulignons que la limitation ainsi prévue vaut uniquement pour les concessions de travaux et les concessions de services dans les secteurs sensibles à la fraude. Même sous sa forme la plus stricte, la limitation (indépendamment de la possibilité d'y déroger comme exposé ci-après) ne va pas au-delà du deuxième niveau. Le concessionnaire peut sous-traiter la totalité et le sous-traitant du premier niveau peut, à son tour, recourir à la sous-traitance mais il doit aussi exécuter lui-même une partie. Lorsqu'il s'agit d'une concession de travaux qui, selon sa nature, est classé dans une catégorie telle que définie à l'article 4 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991, la possibilité d'un troisième niveau vient s'ajouter. Il convient également de souligner que l'on peut passer outre à la limitation à deux ou trois niveaux. Plus précisément, un niveau supplémentaire de sous-traitance est rendu possible moyennant un accord écrit préalable du pouvoir adjudicateur, ou même sans l'accord de ce dernier, en raison de circonstances imprévisibles. Le dernier alinéa prévoit aussi une série d'exceptions.

opzetten van ellenlange cascades wordt aldus tegengegaan, ook in de sectoren die niet als fraudegevoelig zijn aangemerkt. In de mate dat de maatregel minder belemmerend is, moet vlugger worden geoordeeld dat aan de proportionaliteitsvereiste is voldaan. De beperking gaat niet verder dan nodig.

De invoering van het nazicht op afwezigheid van uitsluitingsgronden van onderaannemers (al dan niet verplicht) en de maatregelen inzake hoofdelijke aansprakelijkheid volstaan op zich namelijk niet als preventieve maatregelen, willen zij hun beoogde effect ressorteren. Een dergelijk nazicht doet immers de administratieve lasten voor de aanbestedende overheid in belangrijke mate toenemen. Als geen enkele bijkomende beperking op de onderaannemingsketen wordt ingevoerd blijven zeer lange onderaannemingsketens perfect mogelijk, hetgeen de administratieve lasten onbeheersbaar dreigt te maken, hetgeen finaal dan ook de effectiviteit van de maatregel zou ondergraven. Als de onderaannemingsketen te lang wordt, dan zal de aanbestedende overheid de facto pas kunnen tussenkomen wanneer reeds onregelmatigheden worden vastgesteld. Echter blijkt duidelijk dat het mogelijk moet zijn preventieve maatregelen te nemen. Vandaar de nood aan bijkomende maatregelen.

Uit het zogenaamde Wroclaw-arrest van 14 juli 2016 van het Hof van Justitie (zaak C-406/14) kan worden afgeleid dat de Richtlijnen overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten eraan in de weg staan dat een aanbestedende overheid in de concessiedocumenten de concessiehouder ertoe zou verplichten een *in abstracto bepaald deel* van de concessie met eigen middelen uit te voeren. Uit het zogenaamde Borta-arrest van 5 april 2017 van het Hof van Justitie (zaak C-298/15) kan op zijn beurt worden afgeleid dat het Europees Verdrag eraan in de weg staat dat nationale regelgeving wordt uitgewerkt waarin wordt bepaald, voor overheidsopdrachten of concessies voor werken, dat het *hoofdgedeelte van de werken dat als zodanig door de aanbestedende overheid wordt omschreven*, niet in onderaanneming mag worden gegeven. De in artikel 53, § 1, van het ontwerp ingevoerde beperking van de onderaannemingsketen is niet in de strijd met de voormelde rechtspraak omwille van onderstaande redenen.

Het betreft geen verbod in hoofde van de inschrijver/concessiehouder maar een verbod in hoofde van de onderaannemer.

Het betreft geen verbod om het "hoofdgedeelte" of "een in abstracto bepaald deel" (bijvoorbeeld 20 %) van de concessie verder in onderaanneming te geven. Zoals hierboven reeds aangegeven volstaat het immers dat de onderaannemer zelf tussenkomt voor de uitvoering van om het even welk deel van de hem toegewezen concessie (de coördinatie niet te na gelaten) waarna hij probleemloos de rest verder in onderaanneming kan geven. Ook de uitvoering door hemzelf van een erg klein gedeelte volstaat in dit verband. Zodoende is het betreffende verbod allesbehalve streng, zoals hierboven reeds aangegeven.

Tot slot is het oogmerk van de in artikel 53, § 1, van het ontwerp sterk verschillend van de casus die aanleiding af tot het Borta-arrest. De regeling die aanleiding gaf tot dit laatste arrest beoogde immers de correcte uitvoering van de werken te waarborgen (zie de overwegingen 52, 59 en 60 bij dit arrest). Deze doelstellingen zijn totaal verschillend van de doelstellingen die nagestreefd worden door middel van artikel 53, § 1, van het ontwerp. Het weze herhaald dat het oogmerk van deze laatste bepaling erin bestaat bij te dragen aan de strijd tegen de sociale dumping, in uitvoering van artikel 30.3 van Richtlijn 2014/23/EU, namelijk door te waarborgen dat de ondernemers bij de uitvoering van de concessie voldoen aan de toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht. In artikel 42.4 van Richtlijn 2014/23/EU wordt erop gewezen dat de lidstaten met name in de onderaannemingsketen maatregelen kunnen nemen.

De hierboven opgegeven verduidelijkingen wat de proportionaliteit betreft van de bepalingen zijn eveneens van toepassing wat de in de tweede paragraaf bedoelde beperking van de onderaannemingsketen betreft. In dit verband moet erop worden gewezen dat de aldus uitgewerkte beperking alleen geldt voor de concessies voor werken en voor de concessies voor diensten in de fraudegevoelige sectoren. Zelfs in zijn meest strenge vorm gaat de beperking (nog onafgezien van onderstaande doorbrekingsmogelijkheid) niet verder dan het tweede niveau. De concessiehouder kan de totaliteit in onderaanneming geven en de onderaannemer van het eerste niveau kan nogmaals in onderaanneming geven maar moet ook een deel zelf uitvoeren. Als het een concessie voor werken betreft die volgens zijn aard in een categorie wordt ingedeeld overeenkomstig artikel 4 van het koninklijk besluit van 26 september 1991, dan komt daar nog de mogelijkheid tot een derde niveau bij. Er moet ook op worden gewezen dat de beperking tot twee dan wel drie niveaus kan worden doorbroken. Meer bepaald dat een bijkomend niveau van onderaanneming mogelijk werd gemaakt mits voorafgaand schriftelijk akkoord van de aanbestedende overheid, of zelfs zonder akkoord van deze laatste, wegens onvoorziene

Art. 54. Le présent article correspond à l'article 12/4 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant règles générales d'exécution des marchés publics tel que modifié en vue de l'exécution de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Contrairement à ce qui est prévu à l'article 12, alinéa 2, 1^o, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, tel qu'il s'applique avant le 30 juin 2017, il n'est plus question de la possibilité pour l'adjudicateur d'exiger que les sous-traitants répondent « en proportion de leur participation au marché », aux exigences minimales de capacité financière et économique. De cette manière, il est tenu compte, comme c'est le cas dans l'arrêté royal précité du 14 janvier 2013 adapté, de la remarque du Conseil d'Etat dans l'avis 61.030/1 du 23 mars 2017 (remarque rappelée dans l'avis 61.559/1 du 13 juin 2017). Selon le Conseil d'Etat, le législateur européen semble vouloir autoriser que les motifs d'exclusion transmettent leurs effets dans la chaîne de sous-traitance, contrairement aux conditions de sélection.

Il a été décidé de conserver la possibilité pour l'adjudicateur d'exiger qu'il soit satisfait (de manière proportionnée) aux exigences minimales en matière de capacité technique et professionnelle et cela pour assurer une exécution correcte des concessions. L'objectif poursuivi dépasse par conséquent la portée de l'article 42.4 de la directive 2014/24/UE. L'objectif de cette disposition est de faire en sorte que les Etats membres puissent prendre des mesures appropriées dans le but d'éviter les infractions aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail.

En effet, l'adjudicateur doit dans certains cas pouvoir disposer de sa faculté de vérifier non seulement l'identité mais également la capacité (professionnelle) des sous-traitants et ceci afin de pouvoir garantir l'exécution correcte de la concession. Il résulte du considérant 57, deuxième phrase, de l'arrêt Borta, qu'une telle approche est acceptable. La particularité de l'article 54 du projet consiste en la clarification de la « capacité » qui peut être exigée, plus particulièrement les conditions de sélection en matière de capacité technique et professionnelle imposées par les documents de concession, mais adaptées de manière proportionnée à la partie de la concessions qu'ils exécutent réellement. En d'autres mots, l'adjudicateur ne peut soudainement invoquer des exigences tout-à-fait nouvelles concernant la capacité technique et professionnelle. L'article 54 autorise l'adjudicateur, même en l'absence d'une telle disposition dans les documents de concession, à transposer les conditions de sélection concernant la capacité technique et professionnelle comme elles étaient d'application au cours de la procédure de passation, en tenant compte néanmoins du principe de proportionnalité.

Une correspondance purement arithmétique entre la partie de la concession pour laquelle le sous-traitant intervient et la mesure dans laquelle il doit être satisfait aux conditions de sélection n'est pas exigée. Au contraire, il faut tenir compte de la nature des tâches qui seront réellement exécutées par le sous-traitant.

La disposition commentée ici n'est d'application dans le cadre de l'exécution de la concession et n'a pas d'influence sur la procédure de passation de la concession, même lorsqu'une offre conjointe a été introduite. Par conséquent, la disposition commentée ici n'affecte pas le principe selon lequel le soumissionnaire doit pouvoir invoquer la capacité d'autres entités. La disposition commentée ici n'est donc pas contraire à l'arrêt Borta. Au contraire, l'approche suivie est admise par la Cour de Justice (voir considérant 51 de l'arrêt précité).

Art. 55. Le présent article reprend, en le modifiant pour l'adapter aux concessions, l'article 78/1 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics tel que modifié pour l'exécution de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Il dispose que les travaux objet d'une concession de travaux conclue par un pouvoir adjudicateur ou une entreprise publique agissant dans le cadre de ses tâches de service public ne peuvent être exécutés que par des entrepreneurs qui satisfont aux dispositions de la législation organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux.

Cette obligation s'applique à tous les entrepreneurs intervenant dans l'exécution des travaux, à quelque niveau que ce soit de la chaîne de sous-traitance.

Le système d'approbation proposé en commentaire de l'article 52 permet au pouvoir adjudicateur de faire les vérifications en matière

omstandigheden. In het laatste lid wordt ook in een aantal uitzonderingen voorzien.

Art. 54. Dit artikel stemt overeen met artikel 12/4 van het koninklijk besluit tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten van 14 januari 2013, zoals gewijzigd met het oog op de uitvoering van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten.

Anders dan het geval is in artikel 12, tweede lid, 1^o, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, zoals het van toepassing is vóór 30 juni 2017, is er geen sprake meer van de mogelijkheid voor de aanbesteder om te vereisen dat de onderaannemers "in verhouding tot het deel van de opdracht dat zij zullen uitvoeren" voldoen aan de minimumeisen inzake financiële en economische draagkracht. Op die manier wordt rekening gehouden, net zoals het geval is in het voormelde koninklijk besluit van 14 januari 2013 zoals gewijzigd, met de opmerking van de Raad van State vervat in het advies 61.030/1 van 23 maart 2017 (opmerking die in het advies 61.559/1 van 13 juni 2017 in herinnering wordt gebracht). Volgens de Raad van State lijkt het de wil van de Europese regelgever te zijn om de uitsluitingscriteria wél en de selectievoorwaarden niet te laten doorwerken doorheen de teksten.

Er werd beslist om de mogelijkheid te behouden voor de aanbesteder om te vereisen dat voldaan is (verhoudingsgewijs) aan de minimumeisen inzake technische en beroepsbekwaamheid en dit om de goede uitvoering van de concessie te verzekeren. Het nagestreefd oogmerk gaat zodoende de draagwijdte van artikel 42.4 van Richtlijn 2014/24/EU te buiten. Deze bepaling is erop gericht toe te laten dat passende maatregelen worden getroffen door de lidstaten ter voorkoming van inbreuken op de toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeid.

De aanbesteder moet in bepaalde gevallen inderdaad over de mogelijkheid kunnen beschikken om niet alleen de identiteit maar ook de (beroeps)bekwaamheid van de onderaannemers na te gaan en dit om de correcte uitvoering van de concessie te kunnen waarborgen. Uit overweging 57, tweede zin, bij het Borta-arrest blijkt dat een dergelijke aanpak toelaatbaar kan worden geacht. Artikel 54 van het ontwerp wordt gekenmerkt door het feit dat daarbij wordt verduidelijkt welke "bekwaamheid" vereist kan worden, namelijk de door de concessie-documenten opgelegde selectievoorwaarden inzake technische en beroepsbekwaamheid, maar proportioneel aangepast aan het gedeelte van de concessie dat ze effectief uitvoeren. Met andere woorden kan de aanbesteder, ten aanzien van de onderaannemers, niet plots met totaal nieuwe eisen inzake technische en beroepsbekwaamheid op de proppen komen. Artikel 54 laat de aanbesteder toe, ook zonder een bepaling in die zin in de concessie-documenten, de selectievoorwaarden inzake technische en beroepsbekwaamheid zoals ze van toepassing waren voor de inschrijver in de loop van de plaatsingsprocedure te laten "doorwerken", rekening houdende echter met het proportionaliteitsbeginsel.

Er wordt niet vereist dat er een louter rekenkundige overeenstemming zou zijn tussen het deel van de concessie waarvoor de onderaannemer tussen komt en de mate waarin aan de selectievoorwaarden moet zijn voldaan. Wel integendeel, er moet rekening worden behouden met de aard van de door de onderaannemer effectief uit te voeren taken.

De hier besproken bepaling is alleen van toepassing in het kader van de uitvoering van de concessie en is van geen invloed op de plaatsingsprocedure van de concessie, ook niet wanneer een gezamenlijke offerte wordt ingediend. Zodoende heeft de hier besproken bepaling geen invloed op het principe dat de inschrijver zich moet kunnen beroepen op de draagkracht van andere entiteiten. Zodoende is de hier besproken bepaling niet in strijd met het Borta-arrest. Integendeel draagt de gevolgde aanpak net de goedkeuring weg van het Hof van Justitie (zie overweging 51 bij het voormelde arrest).

Art. 55. Dit artikel herneemt, mits aangepast aan de concessies, artikel 78/1 van het koninklijk besluit tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten van 14 januari 2013, zoals gewijzigd voor de uitvoering van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten.

Het bepaalt dat de werken die het voorwerp zijn van een concessie gesloten met een aanbestedende overheid of een overheidsbedrijf dat optreedt in het kader van diens taken van openbare dienst, enkel door aannemers kunnen worden uitgevoerd die voldoen aan de bepalingen van de wetgeving houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken.

Deze verplichting geldt voor alle aannemers die tussenkomen in de uitvoering van de werken, ongeacht het niveau waarop ze tussenkomen in de onderaannemingsketen.

Het goedkeuringsstelsel besproken in de commentaar bij artikel 52 biedt de aanbestedende overheid de mogelijkheid om verificaties te

d'agr eation et de sanctionner le non-respect de cette exigence (non approbation d'un sous-traitant qui ne satisfait pas aux dispositions de la législation en matière d'agr eation, voire ordre de suspension des travaux qui sont effectu es par un tel sous-traitant et/ou ordre de remplacement).

Art. 56. Le présent article reprend, en le modifiant pour l'adapter aux concessions, l'article 13 de l'arrête royal du 14 janvier 2013  etablisant les règles générales d'exécution des marchés publics tel que modifi e pour l'exécution de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Cette disposition interdit au concessionnaire de confier tout ou partie de l'exécution de la concession à :

- un entrepreneur exclu en application de la législation sur l'agréation d'entrepreneurs de travaux;
- un entrepreneur, un fournisseur ou prestataire de service qui doit être exclu pour l'un des motifs d'exclusion obligatoire vis es à l'article 50 de la loi, sans préjudice des mesures correctrices vis es à l'article 53 de la loi.

L'interdiction faite par le présent article est à mettre en parallèle avec les vérifications de l'absence de motifs d'exclusion visées à l'article 52. On ne peut interdire au concessionnaire de confier tout ou partie de la concession à une entité qui se trouve en situation d'exclusion facultative ou qui a des dettes fiscales et sociales. Dans ces situations, l'adjudicateur peut, lui, faire régulariser la situation ou décider de ne pas interdire/faire remplacer le sous-traitant concern e (voir article 52 du présent projet).

Toutefois, si le concessionnaire confie tout ou partie de la concession à une soci ete en situation d'exclusion visée à l'article 51 ou 52 de la loi, il court le risque d'un ordre de remplacement. Le système d'approbation préalable de sous-traitants proposé en commentaire de l'article 52 permet de limiter ce risque de remplacement qui peut c outer cher au concessionnaire en indemnisation éventuelle de résiliation d'un contrat de sous-traitance.

Section 5. — Paiements

Prix de la concession et avances

Art. 57. Le présent article reprend, en son paragraphe 1^{er} le principe énoncé à l'article 29 de la loi suivant lequel lorsqu'un prix assortit la concession, il est pay e en une fois après prestations correspondantes ou par voie d'acomptes. Néanmoins, il est désormais possible de procéder d'une autre manière à un paiement (conformément à d'autres modalités déterminées dans les documents de concession).

En son paragraphe 2, il détermine, toujours en exécution de l'article 29 pr ecit e de loi, les cas où des avances peuvent être accordées au concessionnaire. A ce titre, l'article 57 reprend l'article 67 des règles générales d'exécution des marchés publics en l'adaptant aux concessions et au champ d'application du présent arrête. A ce titre, il est prévu que :

1. les avances sont autorisées dans les concessions conclues par des adjudicateurs qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques agissant dans le cadre de leurs tâches de service public. En effet, l'article 67 de l'arrête royal du 14 janvier 2013  etablisant les règles générales d'exécution dans les marchés publics ne s'applique qu'à ces adjudicateurs. Les personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs ou les « autres » entreprises publiques peuvent donc librement consentir des avances au concessionnaire sans limitation de leur montant;

2. la limitation du montant des avances à 50 % (non applicable au cas vis e au 1^o) est fixée par rapport à la valeur de la concession, celle-ci pouvant être nettement plus élevée que le prix qui serait pay e par l'adjudicateur;

3. les montants prévus au titre d'avance seront le cas échéant déduits du prix payé à l'adjudicateur.

Notons que dans nombre de concessions, l'hypothèse des « investissements préalables de valeur considérable » sera très souvent rencontrée de sorte que des avances ne seront pas exceptionnelles. Leur montant ne pourra toutefois pas dépasser 50 % de la valeur de la concession. Il ne s'agit pas de la valeur estimée par l'adjudicateur mais de la valeur de la concession à sa conclusion.

Modalités et délais de paiement du prix de la concession

Art. 58. Le présent article reprend en les adaptant au champ d'application du présent arrête les articles 95 et 160 de l'arrête royal du 14 janvier 2013  etablisant les règles générales d'exécution dans les

doen inzake erkenning en de niet-naleving van deze eis te bestraffen (niet-goedkeuring van een onderaannemer die niet voldoet aan de bepalingen van de wetgeving inzake erkenning, of zelfs bevel tot schorsing van de werken die door een dergelijke onderaannemer worden uitgevoerd en/of bevel tot vervanging).

Art. 56. Dit artikel herneemt, mits aangepast aan de concessies, artikel 13 van het koninklijk besluit tot bepaling van de algemene uitvoeringsvoorwaarden van de overheidsopdrachten van 14 januari 2013, zoals gewijzigd voor de uitvoering van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten.

Deze bepaling verbiedt de concessiehouder om de uitvoering van de concessie geheel of gedeeltelijk toe te vertrouwen aan:

- een met toepassing van de wetgeving betreffende de erkenning van aannemers van werken uitgesloten aannemer;
- een aannemer, leverancier of dienstverlener die moet worden uitgesloten op basis van een van de verplichte uitsluitingsgronden bedoeld in artikel 50 van de wet, onverminderd de corrigerende maatregelen bedoeld in artikel 53 van de wet.

Het verbod opgelegd bij dit artikel houdt verband met het nazicht of er uitsluitingsgronden zijn als bedoeld in artikel 52. Men kan de concessiehouder niet verbieden om de concessie geheel of gedeeltelijk toe te vertrouwen aan een entiteit die zich in een toestand van facultatieve uitsluiting bevindt of fiscale en sociale schulden heeft. In die gevallen kan de aanbesteder de toestand zelf laten regulariseren of beslissen om de betrokken onderaannemers niet te verbieden/te laten vervangen (zie artikel 52 van dit ontwerp).

Indien de concessiehouder de concessie evenwel geheel of gedeeltelijk toevertrouwt aan een vennootschap die zich in een toestand van uitsluiting bevindt als bedoeld in artikel 51 of 52 van de wet, kan een bevel tot vervanging worden opgelegd. Het in de commentaar bij artikel 52 besproken systeem inzake voorafgaande goedkeuring van voorgestelde onderaannemers heeft tot doel dit risico op vervanging te beperken. Een eventuele schadevergoeding voor de verbreking van een onderaannemingsovereenkomst kan immers duur uitvallen voor de concessiehouder.

Afdeling 5. — Betalingen

Prijs van de concessie en voorschotten

Art. 57. De paragraaf 1 van dit artikel bevat het beginsel van artikel 29 van de wet. Volgens dat beginsel wordt, wanneer de concessie gepaard gaat met een prijs, deze in én keer betaald na overeenkomstige prestaties of door middel van betalingen in mindering. Echter is voortaan ook in de mogelijkheid voorzien om de betaling nog op andere wijze te laten plaatsvinden (overeenkomstig andere regels die in de concessiedocumenten worden bepaald).

De paragraaf 2 van dit artikel bepaalt, nog steeds in uitvoering van voormeld artikel 29 van de wet, de gevallen waarin voorschotten kunnen worden toegekend aan de concessiehouder. Artikel 57 herneemt artikel 67 van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten, mits aangepast aan de concessies en aan het toepassingsgebied van dit besluit. In dit verband vermeldt het dat:

1. voorschotten worden toegestaan in geval van concessies gesloten door aanbesteders die geen aanbestedende overheden of overheidsbedrijven zijn die optreden in het kader van hun taken van openbare dienst. Artikel 67 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten is immers enkel van toepassing op deze aanbesteders. Het staat de personen die bijzondere of exclusieve rechten genieten en de "overige" overheidsbedrijven dus vrij om voorschotten toe te staan aan de concessiehouder zonder beperking van het bedrag ervan;

2. de beperking van het bedrag van de voorschotten tot 50 % (niet van toepassing op het in 1^o bedoelde geval) wordt bepaald naargelang de waarde van de concessie, die veel hoger kan zijn dan de prijs die door de aanbesteder zou worden betaald;

3. de bedragen van de voorschotten worden desgevallend afgehouden van de prijs betaald aan de aanbesteder.

Opgemerkt wordt dat, bij tal van concessies, de hypothese van de "zeer belangrijke voorafgaande investeringen" zeer vaak terugkomt, wat betekent dat voorschotten niet uitzonderlijk zijn. Het bedrag ervan mag evenwel niet hoger zijn dan 50 % van de waarde van de concessie. Dit is niet de door de aanbesteder geraamde waarde, maar de waarde van de concessie bij de sluiting ervan.

Nadere regels en betalingstermijnen van de prijs van de concessie

Art. 58. Dit artikel herneemt, mits aangepast aan het toepassingsgebied van dit besluit, de artikelen 95 et 160 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van

marchés publics qui concernent le paiement du prix des travaux et des services en tenant compte des conditions de dérogations prévues à l'article 9, § 2 et 3, de de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 précité. Il est à lire conjointement avec l'article 60 du présent projet.

Les dispositions du présent article constituent par ailleurs une exécution conforme des dispositions de la législation en matière de lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales. Notons que celles-ci s'appliquent en effet aux concessions en vertu de son article 3. La seule exception prévue dans cette loi est celle où les règles générales d'exécution spécifiques aux marchés publics s'appliquent. Or, désormais l'arrêté royal du 14 janvier 2013, tel que modifié pour exécuter la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ne visera plus les concessions de travaux publics.

Tant les modalités et délais de paiement (et le cas échéant de vérification) prévus par le présent article que les possibilités de dérogations qu'il offre aux adjudicateurs pour la rédaction de leurs documents de concession sont conformes à la législation en matière de lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.

Le présent article ne vise que le prix payé par les adjudicateurs. Il ne règle pas les modalités et délais de paiement pour les éventuelles redevances dont le concessionnaire serait redevable. Les documents de concession fixeront librement ces dispositions dans le respect toutefois des législations et réglementations applicables.

Retard de paiement du prix de la concession

Art. 59. Le présent article reprend en les adaptant au champ d'application du présent arrêté de l'article 69 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution dans les marchés publics concernant le retard de paiement du prix des travaux et des services en tenant compte des conditions de dérogations prévues à l'article 9, § 2 et 3, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 précité. Il est à lire conjointement avec l'article 60 du présent projet.

Les dispositions du présent article 59 constituent par ailleurs une exécution conforme des dispositions de la législation en matière de lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.

Le paragraphe 4 précise que l'intérêt inclut ou non la taxe sur la valeur ajoutée en fonction de ce que l'adjudicateur puisse ou non être considéré comme une personne de droit public au sens de l'article 6 du Code de la taxe sur la valeur ajoutée

Les dispositions du présent article 59 ne s'appliquent pas aux retards de paiement des redevances par le concessionnaire ni, comme l'indique le paragraphe 5 aux retards de paiement d'indemnités.

Clauses et pratiques abusives

Art. 60. Le présent article reprend les dispositions de l'article 9, § 2 et 3, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution dans les marchés publics, dans le respect de la législation en matière de lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.

Section 6. — Modifications à la concession

La section 6 du chapitre 2 du titre 3 du présent arrêté transpose l'article 43 de la directive 2014/23/UE et, à ce titre, définit les modifications qui peuvent être apportées aux documents contractuels de la concession sans qu'une nouvelle procédure de passation ne soit nécessaire. Elles sont de deux ordres : celles prévues par les documents de concession (les clauses de réexamen) et celles prévues par la réglementation.

Les dispositions de la section 6, chapitre 2, du titre 3 encadrent tant les modifications imposées unilatéralement par un pouvoir adjudicateur que celles convenues par les parties, fut-ce à titre transactionnel (CJUE, arrêt du 7 septembre 2016, aff. C-549/14, « Finn Frogne A/S »). Rappelons effectivement que le droit administratif belge connaît le principe de mutabilité des contrats administratifs et, dans ce cadre, le droit pour une autorité administrative de modifier unilatéralement un contrat administratif, pour les besoins de l'intérêt général mais moyennant juste compensation, s'il y a lieu. La mise en œuvre de ce principe est désormais, pour les concessions visées par la loi, également encadrée par les règles de la section 6, chapitre 2, du titre 3.

La formalisation des modifications n'est pas imposée ni définie dans le présent arrêté. Les documents de concession ou les documents contractuels pourront la définir. A défaut, la modification se ferait en principe par voie d'avenant signé par les parties. Elle pourrait

de overheidsopdrachten omtrent de betaling van de prijs van de werken en diensten, rekening houdend met de voorwaarden voor afwijkingen bedoeld in artikel 9, §§ 2 en 3, van het voormeld koninklijk besluit. Het moet samen worden gelezen met artikel 60 van dit ontwerp.

Bovendien zijn de bepalingen van dit artikel een conforme uitvoering van de bepalingen van de wetgeving inzake bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties. Deze zijn immers van toepassing op de concessies krachtens artikel 3 ervan. De enige uitzondering in deze wet is die waarbij de algemene uitvoeringsregels inzake overheidsopdrachten van toepassing zijn. Voortaan zal het koninklijk besluit van 14 januari 2013, zoals gewijzigd voor de uitvoering van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, echter geen betrekking meer hebben op de concessies voor openbare werken.

Zowel de modaliteiten en termijnen inzake betaling (en desgevallend inzake nazicht) in dit artikel als de mogelijkheden om af te wijken dat dit artikel de aanbesteders biedt bij het opstellen van hun concessie-documenten, zijn in overeenstemming met de wetgeving inzake bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties.

Dit artikel heeft enkel betrekking op de door de aanbesteders betaalde prijs. Het regelt niet de betalingsmodaliteiten en -termijnen van eventuele vergoedingen die de concessiehouder verschuldigd zou zijn. Deze bepalingen kunnen vrij worden opgenomen in de concessie-documenten met inachtneming evenwel van de toepasselijke wet- en regelgevingen.

Betalingsachterstand van de prijs van de concessie

Art. 59. Dit artikel herneemt, mits aangepast aan het toepassingsgebied van dit besluit, het artikel 69 van het koninklijk besluit 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten omtrent de niet-tijdige betaling van de prijs van de werken en diensten, rekening houdend met de voorwaarden inzake afwijking in artikel 9, §§ 2 en 3, van het voormeld koninklijk besluit. Het moet samen worden gelezen met artikel 60 van dit ontwerp.

Bovendien zijn de bepalingen van dit artikel 59 een conforme uitvoering van de bepalingen van de wetgeving inzake bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties.

In de paragraaf 4 wordt vermeld dat de intrest al dan niet de belasting over de toegevoegde waarde omvat in functie van het al dan niet beschouwen van de aanbesteder als een publiekrechtelijk lichaam in de zin van artikel 6 van Wetboek van de belasting over de toegevoegde waarde.

De bepalingen van dit artikel 59 zijn niet van toepassing op de niet-tijdige betaling van vergoedingen door de concessiehouder, noch, zoals vermeld in paragraaf 5, op de niet-tijdige betaling van schadevergoedingen.

Onbillijke bedingen en praktijken

Art. 60. Dit artikel herneemt de bepalingen van artikel 9, §§ 2 en 3, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten, overeenkomstig de wetgeving inzake bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties.

Afdeling 6. — Wijzigingen aan de concessie

Afdeling 6 van het tweede hoofdstuk van titel 3 van dit besluit voorziet in de omzetting van artikel 43 van Richtlijn 2014/23/EU en bepaalt aldus welke wijzigingen kunnen worden aangebracht in de contractuele documenten van de concessie zonder dat een nieuwe plaatsingsprocedure nodig is. Er zijn twee soorten: die waarin de concessiedocumenten voorzien (de herzieningsclausules) en die waarin de regelgeving voorziet.

De bepalingen van afdeling 6, hoofdstuk 2, van titel 3 regelen zowel de eenzijdig door een aanbestedende overheid opgelegde wijzigingen als die overeengekomen door de partijen, zij het in de vorm van een schikking (HJEU, arrest van 7 september 2016, zaak C-549/14, "Finn Frogne A/S"). Opgemerkt wordt dat het Belgisch administratief recht vertrouwd is met het beginsel van de veranderlijkheid van administratieve contracten. In dit kader gaat het om het recht voor een administratieve overheid om een administratief contract eenzijdig te wijzigen, om te voorzien in behoeften van algemeen belang maar, zo nodig, mits een rechtmatige compensatie. De uitvoering van dit beginsel wordt voortaan, voor de in de wet bedoelde concessies, ook geregeld door afdeling 6, hoofdstuk 2, van titel 3.

De formalisering van de wijzigingen wordt niet opgelegd noch bepaald in dit besluit. Ze kan worden omschreven in de concessie-documenten of de contractuele documenten. Bij gebrek daarvan moet de wijziging in principe gebeuren door middel van een door de partijen

également faire l'objet d'un échange de courrier, signé pour accord par les parties.

Le nouvel article 38/9 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution pour les marchés publics (clause obligatoire concernant le bouleversement de l'équilibre contractuel en défaveur de l'adjudicataire) ne peut être inséré dans le présent projet. L'attribution de la concession implique en effet toujours le transfert du risque opérationnel inhérent à l'exploitation de travaux ou de services. L'article précité a un impact considérable sur la répartition des risques. Il en résulte que cette disposition n'a pas vocation à être insérée dans le projet en vue d'une application généralisée.

Art. 61. Cette article dispose que les concessions ne peuvent être modifiées sans une nouvelle procédure de passation de concession que dans les cas prévus dans la présente section. Les articles qui suivent énoncent donc les modifications acceptables à une concession. Dans tous les autres cas, il s'agira de passer et conclure une nouvelle concession dans le respect des exigences de publicité et de procédure prévues par la loi.

Clauses de réexamen

Art. 62. Cette disposition permet la modification d'une concession sur la base de clauses de réexamen claires, univoques et précises prévues dans les documents de concession.

Cette première hypothèse fait référence à l'arrêt *Succhi di Frutta* du 29 avril 2004 de la Cour de Justice de l'Union européenne.

L'article 62 exige, à l'instar de la directive 2014/23/UE que ces clauses de réexamen indiquent le champ d'application et la nature des modifications possibles ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage.

L'article 62 précise encore que, pour être valables, ces clauses de réexamen ne peuvent permettre des modifications qui changeraient la nature globale de la concession, par exemple « *en remplaçant les travaux ou services à exécuter par quelque chose de différent ou en modifiant fondamentalement le type de concession* » (considérant 76 de la directive 2014/23/UE).

Les clauses de réexamen sont celles qui permettent notamment des adaptations technologiques des ouvrages ou services sur la base des évolutions et développements technologiques, des modifications de réglementation ou de normes, des protocoles de communication ou encore des difficultés intervenues pendant l'utilisation ou l'entretien des ouvrages.

Les clauses de révision de prix (visées à l'article 63 ci-après) sont à considérer comme des clauses de réexamen. Elles seront valables si les documents de concession les définissent précisément. Outre les formules éventuelles, il faudra ainsi déterminer les éléments déclencheurs de l'application de la clause de révision de prix.

En son dernier alinéa, l'article 62 autorise les pouvoirs adjudicateurs (et les entreprises publiques agissant dans le cadre de leurs tâches de service public) à faire procéder à la vérification sur place des pièces comptables du concessionnaire si cette vérification s'avère utile ou nécessaire à l'application d'une clause de réexamen qui permettrait de modifier les modalités de fixation ou de calcul du prix ou d'obtenir une indemnisation.

Art. 63. La présente disposition encadre un type de clause de réexamen : les clauses de révision (indexation) du prix qui assortiraient la concession, en exécution de l'article 28 § 2, de la loi.

Ces dispositions ne sont pas foncièrement nouvelles (voir article 20 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011).

L'article 63 impose aux pouvoirs adjudicateurs et aux entreprises publiques agissant dans le cadre de leurs tâches de service public) de prévoir une clause de révision de prix de la concession (c'est-à-dire lorsqu'un prix est à payer par l'adjudicataire).

On ne peut toutefois, vu les conditions de validité d'une clause de réexamen prévues à l'article 62, considérer que cette révision sera « de droit » pour les concessionnaires si les documents de concession ne la prévoient pas.

Il ne pourrait y avoir de révision du prix sans clause à cet effet dans les documents de concession.

Il est à noter que la section 6, chapitre 2, du titre 3 ne prévoit pas, au titre des clauses de réexamen, d'autres clauses telles celles reprises aux articles 38/8 à 38/17 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics.

En matière de concession, en effet, la nécessaire flexibilité et la liberté contractuelle s'y opposent. On notera qu'en tout état de cause, pour les

ondertekende bijakte. Ze kan ook het voorwerp uitmaken van briefwisseling, die door de partijen voor akkoord wordt ondertekend.

Het nieuwe artikel 38/9 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 houdende de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten (verplichte clause inzake ontwrichting contractueel evenwicht in het nadeel van de opdrachtnemer), kan niet worden ingelast in het onderhavig ontwerp. De gunning van een concessie houdt namelijk steeds de overdracht in van het operationeel risico dat inherent is aan de exploitatie van de werken of diensten. De voormelde bepalingen hebben een aanzienlijke impact op de verdeling van de risico's. Hieruit volgt dat deze bepaling niet kan worden ingelast in het ontwerp met het oog op een algemene toepassing.

Art. 61. Volgens dit artikel kunnen de concessies enkel zonder plaatsingsprocedure van een concessie worden gewijzigd in de in deze afdeling bepaalde gevallen. De volgende artikelen bepalen dus welke wijzigingen van een concessie aanvaardbaar zijn. In alle andere gevallen moet een nieuwe concessie worden geplaatst en gesloten overeenkomstig de eisen inzake bekendmaking en procedures in de wet.

Herzieningsclausules

Art. 62. Volgens deze bepaling mag een concessie worden gewijzigd op basis van duidelijke, ondubbelzinnige en nauwkeurige herzieningsclausules in de concessiedocumenten.

Deze eerste hypothese verwijst naar het arrest *Succhi di Frutta* van 29 april 2004 van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

Artikel 62 bepaalt, net zoals Richtlijn 2014/23/EU, dat de herzieningsclausules het toepassingsgebied en de aard van de mogelijke wijzigingen moeten omschrijven alsmede de voorwaarden waaronder deze kunnen worden gebruikt.

Artikel 62 verduidelijkt nog dat deze herzieningsclausules, om geldig te zijn, niet in wijzigingen mogen voorzien die de algemene aard van de concessie kunnen veranderen, bijvoorbeeld "door de uit te voeren werken of de te verrichten diensten te vervangen door iets anders of door het soort concessie fundamenteel te veranderen" (overweging 76 van Richtlijn 2014/23/EU).

Herzieningsclausules zijn clausules die met name technologische aanpassingen van werken of diensten mogelijk maken op basis van de technologische evolutie en ontwikkeling, wijzigingen van regelgevingen of normen, communicatieprotocollen of nog moeilijkheden die tijdens het gebruik of het onderhoud van de werken aan het licht zijn gekomen.

Prijsherzieningsclausules (als bedoeld in artikel 63) moeten als herzieningsclausules worden beschouwd. Ze zijn geldig als de concessiedocumenten ze nauwkeurig omschrijven. Zo moet, naast de eventuele formules, worden bepaald welke elementen aanleiding geven tot de toepassing van de prijsherzieningsclausule.

Volgens het laatste lid van artikel 62 mogen de aanbestedende overheden (en de overheidsbedrijven die optreden in het kader van hun taken van openbare dienst) ter plaatse de boekhoudkundige stukken van de concessiehouder controleren indien dit nazicht nuttig of noodzakelijk blijkt voor de toepassing van een herzieningsclausule die toelaat de modaliteiten voor de vaststelling of berekening van de prijs te wijzigen of een schadevergoeding te bekomen.

Art. 63. Deze bepaling handelt over een bepaald type herzieningsclausules : de herzieningsclausules (indexering) van de prijs, waarmee de concessie gepaard gaat, in uitvoering van artikel 28, § 2, van de wet.

Deze bepalingen zijn in feite niet nieuw (zie artikel 20 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011).

Artikel 63 bepaalt dat de aanbestedende overheden en overheidsbedrijven die optreden in het kader van hun taken van openbare dienst moeten voorzien in een prijsherzieningsclausule voor de concessie (d.w.z. wanneer de prijs door de aanbesteder moet worden betaald).

Gelet op de geldigheidsvoorwaarden van een herzieningsclausule in artikel 62, kan men evenwel er niet van uitgaan dat deze herziening "van rechtswege" geldt voor de concessiehouders indien de concessiedocumenten er geen vermelden.

Er kan geen prijsherziening plaatsvinden zonder clause daartoe in de concessiedocumenten.

Opgemerkt wordt dat afdeling 6, hoofdstuk 2, van titel 3 geen andere clausules, als herzieningsclausules, bevat, zoals die vermeld in de artikelen 38/8 tot 38/17 van het koninklijk besluit tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten van 14 januari 2013.

Wat de concessies betreft, worden de noodzakelijke flexibiliteit en contractuele vrijheid hiermee immers in strijd geacht. In elk geval zijn,

« marchés visant à la fois le financement et l'exécution de travaux » (dont la complexité est similaire à celle des concessions), ces articles 38/8 à 38/17 précités ne sont pas obligatoirement applicables. Autrement dit, l'adjudicateur peut librement y déroger dans les documents de concession. L'approche est donc identique pour les « contrats complexes ».

Travaux et services complémentaires

Art. 64. Cette disposition prévoit que les concessions peuvent être modifiées pour y adjoindre des travaux ou services complémentaires non prévus initialement à deux conditions :

- le changement de concessionnaire est impossible ou très difficile et/ou onéreuse;
- l'augmentation qui résulte de la modification ne dépasse pas 50 % du montant de la concession initiale.

Trois précisions doivent être faites concernant cette dernière condition :

- Elle ne s'applique pas aux concessions passées aux fins des activités visées à l'annexe II de la loi;

- Lorsque cette condition s'applique et que plusieurs modifications successives sont effectuées, la limite de 50 % s'applique au montant de chaque modification. Toutefois, ces modifications successives « ne peuvent viser à contourner la loi ». Il résulte entre autres de cette condition que les modifications successives qui, cumulées, changeraient la nature de la concession, sont interdites;

- Pour le calcul de la limite de 50 %, il faut prendre pour base le "montant de la concession initiale" actualisé. Le « montant initial » n'est pas à assimiler avec la valeur estimée de la concession. Il semblerait qu'il faille donc déterminer le « montant » de la concession, suivant les règles prévues par l'article 35 de la loi, au moment de la conclusion de la concession. L'actualisation se fait sur la base de la clause d'indexation prévue dans la concession ou, si la concession ne comporte pas de clause d'indexation, de l'inflation moyenne en Belgique. Pour connaître l'inflation moyenne belge, il peut être fait usage du site internet ci-dessous :

<https://bestat.economie.fgov.be/bestat/index.xhtml>

http://statbel.fgov.be/fr/statistiques/chiffres/economie/prix_consommation/inflation/

Enfin, pour valablement opérer une modification de la concession sur pied de l'article 64, l'adjudicateur publiera un « avis de modification », sauf s'il s'agit de modifier une concession de travaux d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entreprise publique agissant dans le cadre de ses tâches de service public dont la valeur estimée n'atteint pas les 5.225.000 euros.

Événements imprévisibles dans le chef de l'adjudicateur

Art. 65. Cette disposition prévoit que les concessions peuvent être modifiées lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances imprévisibles dans le chef de l'adjudicateur. Cette notion renvoie à des circonstances qu'un adjudicateur, bien qu'ayant fait preuve d'une diligence raisonnable lors de la préparation de l'attribution initiale, n'aurait pu anticiper compte tenu des moyens à sa disposition, de la nature ou des caractéristiques du projet, des bonnes pratiques du secteur et de la nécessité de mettre dument en cohérence les ressources employées pour préparer l'attribution de la concession avec sa valeur prévisible (considérant 76 de la directive 2014/23/UE). Le caractère imprévisible de la circonstance qui permet de modifier la concession est donc à évaluer « in concreto ».

La modification sur la base de circonstances imprévisibles n'est valable que pour autant, par ailleurs :

- Que la modification ne change pas la nature globale de la concession;
- Que l'augmentation qui en résulte n'est pas supérieure à 50 % du montant initial de la concession.

Pour l'interprétation de ces conditions, il est renvoyé aux commentaires des articles 62 et 64.

Enfin, comme pour l'hypothèse visée à l'article 64, la modification opérée sur pied des « circonstances imprévisibles dans le chef de l'adjudicateur » ne peut être valablement opérée que moyennant publication d'un « avis de modification », sauf s'il s'agit de modifier une concession de travaux d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entreprise publique agissant dans le cadre de ses tâches de service public dont la valeur estimée est inférieure à 5.225.000 euros.

voormelde artikelen 38/8 tot 38/17 niet verplicht van toepassing op "opdrachten die zowel betrekking hebben op de financiering als de uitvoering van werken" (waarvan de complexiteit vergelijkbaar is met die van de concessies). De aanbesteder kan er, met andere woorden, vrij van afwijken in de concessiedocumenten. De aanpak is dus dezelfde als voor de "complexe opdrachten".

Aanvullende werken of diensten

Art. 64. Volgens deze bepaling mogen de concessies worden gewijzigd om er aanvullende werken of diensten aan toe te voegen die oorspronkelijk niet waren gepland op twee voorwaarden:

- de verandering van concessiehouder is onmogelijk of zeer moeilijk en/of duur;
- de verhoging als gevolg van de wijziging bedraagt niet meer dan 50 % van het oorspronkelijke concessiebedrag.

Deze laatste voorwaarde vereist drie verduidelijkingen:

- ze is niet van toepassing op de concessies geplaatst in het kader van de in bijlage II van de wet bedoelde activiteiten;

- wanneer deze voorwaarde van toepassing is en verschillende opeenvolgende wijzigingen plaatsvinden, geldt de limiet van 50 % voor het bedrag van elke wijziging. Maar deze opeenvolgende wijzigingen "mogen er niet op gericht zijn om de wet te omzeilen". Uit deze voorwaarde volgt dat opeenvolgende wijzigingen die, samen, de aard van de concessie zouden veranderen, verboden zijn;

- voor de berekening van de limiet van 50 % moet als basis het geactualiseerde "bedrag van de oorspronkelijke concessie" worden genomen. Het "oorspronkelijke bedrag" mag niet worden gelijkgesteld met de geraamde waarde van de concessie. Blijkbaar dient dus het "bedrag" van de concessie te worden bepaald, volgens de regels van artikel 35 van de wet, bij de sluiting van de concessie. De actualisering gebeurt op basis van de indexeringsclausule in de concessie of, indien de concessie geen indexeringsclausule bevat, op basis van de gemiddelde inflatie in België. Op de gemiddelde inflatie in België te kennen kan onder meer gebruik worden gemaakt van onderstaande websites:

<https://bestat.economie.fgov.be/bestat/index.xhtml>;

<http://statbel.fgov.be/nl/statistieken/cijfers/economie/consumtieprijzen/inflatie/>

Tot slot zal de aanbesteder, om een concessie geldig te kunnen wijzigen op basis van artikel 64, een "aankondiging van wijziging" publiceren, behalve als het gaat om de wijziging van een concessie voor werken van een aanbestedende overheid of een overheidsbedrijf dat optreedt in het kader van zijn taken van openbare dienst waarvan de geraamde waarde niet hoger is dan 5.225.000 euro.

Onvoorzienbare omstandigheden in hoofde van de aanbesteder

Art. 65. Volgens deze bepaling kunnen de concessies worden gewijzigd wanneer de wijziging het noodzakelijk gevolg is van onvoorzienbare omstandigheden in hoofde van de aanbesteder. Dit begrip verwijst naar omstandigheden die niet konden worden voorzien ondanks een normaal zorgvuldige voorbereiding van de aanvankelijke gunning door de aanbesteder, rekening houdend met de beschikbare middelen, de aard en de kenmerken van het specifieke project, de goede praktijk in het betrokken gebied en het feit dat er een redelijke verhouding moet zijn tussen de voor de voorbereiding van de gunning uitgetrokken middelen en de verwachte waarde ervan (overweging 76 van Richtlijn 2014/23/EU). Het onvoorzienbare karakter van de omstandigheid die het mogelijk maakt de concessie te wijzigen moet dus "in concreto" worden beoordeeld.

De wijziging op basis van onvoorzienbare omstandigheden is bovendien slechts geldig voor zover:

- de wijziging de algemene aard van de concessie niet verandert;
- de verhoging als gevolg van de wijziging niet meer dan 50 % van het oorspronkelijke concessiebedrag bedraagt.

Voor de interpretatie van deze voorwaarden wordt verwezen naar de commentaar bij de artikelen 62 en 64.

Tot slot, net als voor de hypothese bedoeld in artikel 64, kan de wijziging op basis van "onvoorzienbare omstandigheden in hoofde van de aanbesteder" slechts geldig worden aangebracht op voorwaarde dat een "aankondiging van wijziging" wordt bekendgemaakt, behalve wanneer het gaat om een wijziging van een concessie voor werken van een aanbestedende overheid of van een overheidsbedrijf dat optreedt in het kader van taken van openbare dienst, waarvan de geraamde waarde lager is dan 5.225.000 euro.

Remplacement du concessionnaire

Art. 66. Cette disposition vise les cas dans lesquels un remplacement du concessionnaire initial (avec lequel la concession a été conclue) peut être opéré.

Le premier cas est celui d'un remplacement en application d'une clause de réexamen répondant aux caractéristiques prévues par l'article 62.

Le deuxième renvoie à des opérations « corporate » impliquant une succession universelle ou partielle qui inclut la cession/le transfert de la concession. Dans ce cas, le transfert n'est acceptable que pour autant que :

- le concessionnaire répond aux conditions de sélection établies initialement, pour autant qu'elles soient encore pertinentes au moment où le transfert opère - les conditions relatives à la conception ou construction de l'ouvrage pourraient ne plus l'être si le transfert est opéré en cours d'exploitation de l'ouvrage;

- le transfert n'entraîne pas d'autres modifications substantielles de la concession et ne vise pas à se soustraire à l'application de la loi.

L'article 66 ne traite pas des cas de « changement de contrôle » ou de tous autres mouvements dans l'actionariat du concessionnaire, qui généralement s'est constitué en société de projet sous une des formes imposées par l'adjudicateur dans les documents de concession.

Règle « de minimis »

Art. 67. La présente disposition autorise les modifications de valeur financière mineure pour autant qu'elles ne changent pas la nature globale de la concession.

La modification de valeur mineure est celle qui est inférieure au seuil de 5.225.000 euros et à 10 % du montant de la concession initiale actualisée.

L'article 67 vise le « montant » des modifications et vise donc tant une diminution qu'une augmentation de valeur.

Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, le montant cumulé des modifications successives doit être inférieur aux montants visés à l'alinéa 1^{er}, pour qu'usage puisse être fait de l'article 67.

Modifications non substantielles

Art. 68. Cet article autorise les modifications non substantielles par référence à la jurisprudence « Presstext » de la Cour de Justice.

Il n'appelle pas de commentaire particulier.

Section 7. — Responsabilité décennale du concessionnaire

Art. 69. La présente disposition reproduit en les adaptant les dispositions de l'article 110 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics, applicable aux concessions de travaux publics. Cet article fait partie du chapitre des règles générales d'exécution applicables aux concessions de travaux publics qui sera abrogé.

Il a paru utile de reprendre ces dispositions dans le présent arrêté et de préciser que la responsabilité prend cours à la réception provisoire de tous les ouvrages construits par le concessionnaire dans le cadre de la concession.

Section 8. — Modalités d'exécution de la concession

Art. 70. En son § 1^{er}, cette disposition habilite les adjudicateurs à rendre applicables à leur concession tout ou partie des articles de la section 2 du chapitre 3 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics qui contiennent les dispositions propres aux marchés publics de travaux.

Les documents de concession peuvent adapter ces dispositions. Elles s'appliqueront aux travaux peu importe qui les exécute, le concessionnaire ou un ou plusieurs sous-traitants.

En son paragraphe 2, l'article 70 permet, aux fins de l'exécution d'une concession, l'octroi de droits réels sur les biens du domaine public appartenant au pouvoir adjudicateur ou à une entreprise publique agissant dans le cadre de ses tâches de service public. Il va de soi que c'est également possible pour le domaine privé.

Lorsqu'il est propriétaire des ouvrages pendant toute la durée de la concession, le concessionnaire ne peut les hypothéquer ou grever de

Vervanging van de concessiehouder

Art. 66. Deze bepaling handelt over de gevallen waarin een vervanging van de oorspronkelijke concessiehouder (met wie de concessie is gesloten) kan plaatsvinden.

Het eerste geval is dat van een vervanging overeenkomstig een herzieningsclausule die aan de kenmerken van artikel 62 voldoet.

Het tweede verwijst naar "corporate" verrichtingen die een rechtsopvolging onder algemene of gedeeltelijke titel impliceren met overdracht van de concessie. In dat geval is de overdracht slechts aanvaardbaar voor zover:

- de concessiehouder aan de oorspronkelijk vastgestelde selectievoorwaarden voldoet, voor zover ze nog relevant zijn op het ogenblik van de overdracht - de voorwaarden betreffende het ontwerp of de bouw van het werk kunnen niet meer dezelfde zijn indien de overdracht plaatsvindt tijdens de exploitatie van het werk;

- de overdracht brengt geen andere wezenlijke wijzigingen van de concessie mee en is niet bedoeld om zich aan de toepassing van de wet te onttrekken.

Artikel 66 handelt niet over de gevallen van "verandering van controle" noch van alle andere wijzigingen in het aandeelhouderschap van de concessiehouder, die doorgaans de vorm van een exploitatievennootschap heeft aangenomen in een van de vormen opgelegd door de aanbesteder in de concessiedocumenten.

De minimis-regel

Art. 67. Deze bepaling staat wijzigingen van geringe financiële waarde toe, voor zover ze de algemene aard van de concessie niet veranderen.

Een wijziging van geringe waarde is die welke lager is dan de drempel van 5.225.000 euro en dan 10 % van de geactualiseerde waarde van de oorspronkelijke concessie.

Artikel 67 heeft betrekking op het bedrag van de wijzigingen en dus zowel op een waardevermindering als -verhoging.

Wanneer een aantal opeenvolgende wijzigingen plaatsvinden moet, opdat gebruik kan worden gemaakt van artikel 67, de nettocumulatieve waarde van de opeenvolgende wijzigingen lager zijn dan de in het eerste lid bedoelde bedragen.

Niet-wezenlijke wijziging

Art. 68. Dit artikel staat een niet-wezenlijke wijziging toe rekening houdend met de "Presstext"-rechtspraak van het Hof van Justitie.

Het behoeft geen verdere commentaar.

Afdeling 7. — Tienjarige aansprakelijkheid van de concessiehouder

Art. 69. Deze bepaling herneemt, mits aanpassingen, de bepalingen van artikel 110 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten, dat van toepassing is op de concessies voor openbare werken. Dit artikel behoort tot het hoofdstuk van de algemene uitvoeringsregels inzake concessies voor openbare werken dat zal worden opgeheven.

Het lijkt nuttig om deze bepalingen over te nemen in dit besluit en te verduidelijken dat de aansprakelijkheid begint te lopen vanaf de voorlopige oplevering en dit voor alle door de concessiehouder opgerichte bouwwerken in het kader van de concessie.

Afdeling 8. — Nadere regels voor de uitvoering van de concessie

Art. 70. De eerste paragraaf van deze bepaling machtigt de aanbesteders om sommige artikelen van afdeling 2 van hoofdstuk 3 van het koninklijk besluit 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten, die de bepalingen betreffende de overheidsopdrachten voor werken bevatten, volledig of gedeeltelijk van toepassing te maken op hun concessie.

De concessiedocumenten kunnen deze bepalingen aanpassen. Ze zijn van toepassing op de werken ongeacht wie ze uitvoert, de concessiehouder of één of meer onderaannemers.

Volgens de tweede paragraaf van artikel 70 kunnen, met het oog op de uitvoering van een concessie, zakelijke rechten worden toegekend op goederen van het openbaar domein die toebehoren aan de aanbestedende overheid of aan een overheidsbedrijf dat optreedt in het kader van zijn taken van publieke dienst. Vanzelfsprekend kan dit ook voor het privaat domein.

Wanneer de concessiehouder eigenaar is van de bouwwerken gedurende de ganse looptijd van de concessie, mag hij deze niet met

servitudes sans l'accord écrit et préalable du pouvoir adjudicateur ou de l'entreprise publique.

Section 9. — Manquements contractuels du concessionnaire et moyens d'action du pouvoir adjudicateur ou de l'entreprise publique agissant dans le cadre de ses tâches de service public

Art. 71. En son paragraphe 1^{er}, cette disposition habilite les pouvoirs adjudicateurs et les entreprises publiques agissant dans le cadre de leurs tâches de service public à faire application de mesures d'office en cas de manquement contractuel grave du concessionnaire.

L'article définit en ses paragraphes 1^{er} et 2 les mesures d'office, les conditions de leur application et présume un manquement contractuel grave lorsque le concessionnaire a violé les interdictions des articles 25, § 2, et 27 de la loi ou les ordres de remplacement visés à l'article 52 du présent arrêté.

Les paragraphes 1^{er} et 2 reproduisent en les adaptant aux concessions les dispositions des articles 44 et 47 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics. Notamment, il n'est pas prévu que la résiliation unilatérale implique le prélèvement d'office du cautionnement.

Les paragraphes 1^{er} et 2 précisent les dérogations que les documents de concession peuvent prévoir, sans préjudice des précisions qu'ils peuvent apporter aux dispositions du présent article 71, notamment pour les conséquences de la résiliation unilatérale sur le cautionnement.

Le paragraphe 3 précise les cas dans lesquels il est possible de raccourcir le délai permettant de faire valoir ses moyens de défense (en principe 15 jours). Une telle diminution du délai est possible dans les cas dans lesquels le droit du travail, social ou environnemental n'est pas respecté, et ce même sans mention ni motivation dans les documents de concession. Dans un tel cas, le délai ne peut pas être inférieur à cinq jours ouvrables.

Il est indiqué au paragraphe 3, alinéa 2, que le délai peut également être raccourci dans d'autres cas, moyennant motivation expresse dans les documents de concession et pour autant que les exigences spécifiques de la concession le rendent nécessaire. Il doit être tenu compte du principe de proportionnalité dans un tel cas.

Le paragraphe 4 précise que l'application d'amendes ou de pénalités ne prive pas l'adjudicateur de son droit de réclamer la réparation de la totalité du préjudice qu'il subit du fait des manquements contractuels et retards dans l'exécution de la concession. Le concessionnaire reste notamment garant vis-à-vis de l'adjudicateur des dommages et intérêts dont celui-ci est le cas échéant redevable à des tiers du fait de manquements ou de retards dans l'exécution de la concession.

Le dernier paragraphe reprend en l'adaptant la précision apportée par le nouvel article 46/1 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics.

Art. 72. Cette disposition vise une sanction distincte de celles prévues à l'article 71 : il s'agit de l'exclusion de la participation à toute procédure de concession du pouvoir adjudicateur ou de l'entreprise. Cette sanction constitue par ailleurs un motif d'exclusion facultative dans le cadre de la passation de concessions par d'autres adjudicateurs.

Cette sanction ne trouve sa justification (proportionnée ou non abusive) que lorsque le manquement contractuel est grave.

Par ailleurs, son application régulière nécessite le respect des droits de la défense qui obligent le pouvoir adjudicateur à notifier son intention motivée d'exclusion pour permettre au concessionnaire d'établir sa défense écrite et orale, le cas échéant, en phases successives.

Section 10. — Résiliation des concessions

Art. 73. En son alinéa 1^{er}, cette disposition habilite le pouvoir adjudicateur ou l'entreprise publique agissant dans le cadre de ses tâches de service public à résilier unilatéralement la concession, lorsqu'il constate dans le chef du concessionnaire un motif d'exclusion obligatoire ou facultative visé aux articles 50 à 52 de la loi, sans préjudice des mesures correctrices ou de la régularisation.

L'adjudicateur peut, dans ces cas, résilier la concession. Il ne le doit pas.

On rappellera que le fait pour le concessionnaire de faire l'objet d'une procédure de réorganisation judiciaire ne permet pas de résilier la concession. Une telle procédure ne constitue pas un motif valable de

un hypotheek of met een erfdiensbaarheid bezwaren zonder voorafgaand schriftelijk akkoord van de aanbestedende overheid of het overheidsbedrijf.

Afdeling 9. — Contractuele tekortkomingen van de concessiehouder en actiemiddelen van de aanbestedende overheid of het overheidsbedrijf dat optreedt in het kader van de taken van openbare dienst

Art. 71. De eerste paragraaf van deze bepaling machtigt de aanbestedende overheden en de overheidsbedrijven die optreden in het kader van hun taken van openbare dienst om ambtshalve maatregelen toe te passen in geval van een ernstige contractuele tekortkoming van de concessiehouder.

De paragrafen 1 en 2 van dit artikel bepalen de ambtshalve maatregelen en de voorwaarden voor de toepassing ervan en gaat ervan uit dat de concessiehouder een ernstige contractuele tekortkoming heeft begaan wanneer hij de verbodsbepalingen van de artikelen 25, § 2, en 27 van de wet of de bevelen tot vervanging bedoeld in artikel 52 van dit besluit heeft geschonden.

De paragrafen 1 en 2 hernemen, mits aanpassing aan de concessies, de bepalingen van de artikelen 44 en 47 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten. Met name is niet bepaald dat de eenzijdige verbreking de ambtshalve afhouding van de borgtocht impliceert.

De paragrafen 1 en 2 bepalen welke afwijkingen de concessie-documenten kunnen toestaan, onverminderd de verduidelijkingen die ze kunnen aanbrengen in de bepalingen van dit artikel 71, met name voor de gevolgen van de eenzijdige verbreking op de borgtocht.

In paragraaf 3 wordt verduidelijkt in welke gevallen de verweermiddeltermijn (van in principe 15 dagen) kan worden ingekort. Een dergelijke inkorting is mogelijk in de gevallen waarbij het arbeids-, sociaal of milieurecht niet wordt nageleefd, en dit zelfs zonder een melding noch motivering in de concessiedocumenten. In dat geval kan de termijn nooit korter zijn dan vijf werkdagen.

In het tweede lid van paragraaf 3 wordt aangegeven dat de termijn ook in andere gevallen kan ingekort worden, mits uitdrukkelijke motivering in de concessiedocumenten en voor zover de bijzondere eisen van de concessie dit noodzakelijk maken. Bij de inkorting moet rekening gehouden worden met het proportionaliteitsbeginsel.

De paragraaf 4 ontnemt de toepassing van boetes of straffen de aanbesteder niet het recht om het volledige herstel te eisen van het door hem geleden nadeel ingevolge de contractuele tekortkomingen en de vertraging bij de uitvoering van de concessie. De concessiehouder vrijwaart de aanbesteder desgevallend tegen elke schadevergoeding die deze aan derden verschuldigd is op grond van de tekortkomingen of de vertraging bij de uitvoering van de concessie.

De laatste paragraaf herneemt, mits aanpassingen, de precisering aangebracht door het nieuwe artikel 46/1 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten.

Art. 72. Deze bepaling handelt over een sanctie die verschillend is van die van artikel 71: het gaat om de uitsluiting van deelname aan iedere concessieprocedure van de aanbestedende overheid of van het overheidsbedrijf dat optreedt in het kader van zijn taken van openbare dienst. Deze sanctie is bovendien een facultatieve uitsluitingsgrond in het kader van de plaatsing van concessies door andere aanbesteders.

Deze sanctie is enkel te verantwoorden (evenredig of rechtmatig) wanneer de contractuele tekortkoming ernstig is.

Bovendien impliceert de regelmatige toepassing ervan de naleving van de rechten van verdediging die de aanbestedende overheid verplichten om haar gemotiveerde intentie tot uitsluiting kenbaar te maken zodat de concessiehouder zich mondeling en schriftelijk kan verdedigen, desgevallend, in opeenvolgende fasen.

Afdeling 10. — Verbreking van de concessie

Art. 73. Het eerste lid van deze bepaling machtigt de aanbestedende overheid of het overheidsbedrijf dat optreedt in het kader van zijn taken van openbare dienst, om de concessie eenzijdig te verbreken wanneer zij, uit hoofde van de concessiehouder, een verplichte of facultatieve uitsluitingsgrond vaststelt als bedoeld in de artikelen 50 tot 52 van de wet, onverminderd de corrigerende maatregelen of de regularisatie.

In deze gevallen kan de aanbesteder de concessie verbreken. Hij is niet verplicht dit te doen.

Opgemerkt wordt dat het feit dat de concessiehouder het voorwerp is van een procedure van gerechtelijke reorganisatie, niet toelaat de concessie te verbreken. Een dergelijke procedure vormt geen geldige

résiliation unilatérale de la concession.

Par contre, la faillite du concessionnaire peut justifier l'application de la résiliation prévue par cette disposition. En ce qui concerne la gestion de la faillite dans les marchés publics, voyez notamment la circulaire du 4 juillet 2014 destinée aux pouvoirs locaux bruxellois, relative aux conséquences pour leurs marchés publics de la faillite d'un soumissionnaire ou d'un adjudicataire.

Le présent article ne prévoit aucune condition procédurale pour la résiliation. Les procédures prévues par les articles 71 et 72 ne s'appliquent pas.

En son alinéa 2, l'article 73 prévoit trois possibilités de résiliation de la concession ouvertes à tout adjudicateur et transpose ainsi l'article 44 de la directive 2014/23/UE.

La première hypothèse est celle d'une modification de la concession qui aurait dû en réalité donner lieu à une nouvelle procédure de passation de concession. En d'autres termes, une modification non autorisée par les articles 62 à 68 du présent projet. Pour éviter de devoir résilier la concession, l'adjudicateur a intérêt à prévoir dans les documents de concession des clauses de réexamen conformément à l'article 62 du présent projet.

La deuxième hypothèse est celle où il apparaîtrait, d'une décision de justice en principe, que la concession ne pouvait pas être conclue avec le concessionnaire au motif qu'il devait être exclu sur la base des motifs prévus par la loi.

La troisième est celle d'une décision de la Cour de Justice, sur pied de l'article 258 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, établissant que l'adjudicateur a passé et conclu la concession en violation des règles du Traité ou de la directive 2014/23/UE.

Dans ces cas, le principe de légalité, tel qu'interprété par la Cour de Justice, requiert que la concession puisse être résiliée.

A nouveau, aucune procédure particulière n'est prévue pour ces résiliations unilatérales. Les procédures prévues aux articles 71 et 72 ne s'appliquent pas.

Il convient de rappeler que l'article 16, 11°, *h*) du présent projet impose à l'adjudicateur de fixer les modalités et les conséquences de la fin de la concession. L'adjudicateur pourrait notamment, dans ce cadre, prévoir une indemnité en cas de résiliation unilatérale.

Section 11. — Actions judiciaires

Art. 74. Cette disposition reprend, en les adaptant aux concessions, les dispositions de l'article 73, § 2, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics.

TITRE 4. — Dispositions finales, abrogatoires et entrée en vigueur

Art. 75. Cette disposition oblige les adjudicateurs à demander l'accès à l'application Télémarc au SPF Stratégie et Appui.

Cette même obligation est reprise dans l'arrêté royal relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, pris en exécution de la loi du 17 juin 2016.

Art. 76. Le présent article abroge le chapitre 10 (concessions de travaux publics) de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

Art. 77. L'entrée en vigueur de la loi concession est fixée au 30 juin 2017 pour les concessions publiées ou « lancées » à cette date. La remarque du Conseil d'Etat qui conseillait de postposer la date d'entrée en vigueur du projet n'a pas été suivie. Cette date doit en effet être maintenue. Il n'est plus possible de reporter la mise en vigueur étant donné que les menaces de saisine de la Cour de Justice de l'Union européenne pour transposition tardive deviennent de plus en plus pressantes.

Art. 78. Cette disposition ne nécessite pas de commentaire supplémentaire.

J'ai l'honneur d'être,

Sire,
de Votre Majesté,
le très respectueux
et très fidèle serviteur,

Le Premier Ministre,
Ch. MICHEL

reden voor de eenzijdige verbreking van de concessie.

Daarentegen kan het faillissement van de concessiehouder de toepassing van de in deze bepaling bedoelde verbreking rechtvaardigen. Wat het beheer van faillissementen bij overheidsopdrachten betreft: zie met name de omzendbrief van 4 juli 2014 bestemd voor de Brusselse plaatselijke besturen, betreffende de gevolgen van het faillissement van een inschrijver of opdrachtnemer voor hun overheidsopdrachten.

Dit artikel bevat geen enkele procedurele voorwaarde voor de verbreking. De procedures van de artikelen 71 en 72 zijn niet van toepassing.

Het tweede lid van artikel 73 voorziet in drie mogelijkheden om de concessie te verbreken die openstaan voor elke aanbesteder en zorgt aldus voor de omzetting van artikel 44 van Richtlijn 2014/23/EU.

Het eerste geval betreft een wijziging van de concessie die eigenlijk aanleiding had moeten geven tot een nieuwe plaatsingsprocedure van een concessie. Met andere woorden, een wijziging die niet toegestaan wordt door de artikelen 62 tot 68 van dit ontwerp. Om te verhinderen dat de concessie verbroken moet worden doet de aanbesteder er goed aan om in de concessiedocumenten herzieningsclausules overeenkomstig artikel 62 van dit ontwerp.

In het tweede geval zou uit een in principe rechterlijke beslissing blijken dat de concessie niet mocht worden gesloten met de concessiehouder omdat hij moest worden uitgesloten op basis van de in de wet vermelde gronden.

Het derde geval heeft betrekking op een beslissing van het Hof van Justitie, op basis van artikel 258 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie, volgens dewelke de aanbesteder de concessie geplaatst en gesloten heeft in strijd met de regels van het Verdrag en met Richtlijn 2014/23/EU.

In die gevallen vereist het legaliteitsbeginsel, zoals geïnterpreteerd door het Hof van Justitie, dat de concessie kan worden verbroken.

Opnieuw is geen enkele specifieke procedure vermeld voor deze eenzijdige verbrekingen. De procedures van de artikelen 71 en 72 zijn niet van toepassing.

Er moet aan worden herinnerd dat de aanbesteder, overeenkomstig artikel 16, 11°, *h*), van het onderhavig ontwerp, ertoe verplicht is om de modaliteiten voor de beëindiging van de concessie en de gevolgen ervan te bepalen. De aanbesteder zou met name in dit kader een vergoeding voor eenzijdige verbreking kunnen voorzien.

Afdeling 11. — Gerechtelijk optreden

Art. 74. Deze bepaling herneemt, mits aanpassing aan de concessies, de bepalingen van artikel 73, § 2, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten.

TITEL 4. — Eind-, opheffings- en inwerkingtreddingsbepalingen

Art. 75. Deze bepaling verplicht de aanbesteders de toegang tot de Telemarc-applicatie te vragen aan de FOD Beleid en Ondersteuning.

Dezelfde verplichting is opgenomen in het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren, genomen in uitvoering van de wet van 17 juni 2016.

Art. 76. Dit artikel heft de bepalingen op van hoofdstuk 10 (concessies van openbare werken) van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011.

Art. 77. De wet betreffende de concessieovereenkomsten zal in werking treden op 30 juni 2017 voor de op die datum bekendgemaakte of uitgeschreven concessies. De opmerking van de Raad van State om de datum van inwerkingtreding van het ontwerp te verdagen werd niet gevolgd. Deze datum moet inderdaad behouden blijven. Door de toenemende dreiging van dat een zaak zou worden aanhangig gemaakt bij het Hof van Justitie voor laattijdige omzetting, is het niet langer mogelijk om de inwerkingtreding te verdagen.

Art. 78. Deze bepaling behoeft geen nadere toelichting.

Ik heb de eer te zijn,

Sire,
van Uwe Majesteit,
de zeer eerbiedige
en zeer getrouwe dienaar,

De Eerste Minister,
Ch. MICHEL

Avis n° 61.559/1 du 13 juin 2017 du Conseil d'État

Le 19 mai 2017, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Premier Ministre à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal 'relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession'.

Le projet a été examiné par la première chambre le 8 juin 2017. La chambre était composée de Marnix Van Damme président de chambre, Wilfried Van Vaerenbergh et Wouter Pas, conseillers d'État, Marc Rigaux, assesseur, et Wim Geurts, griffier.

Le rapport a été présenté par Jonas Riemsлагh, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Marnix Van Damme président de chambre.

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

*
* *

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

Par ailleurs, le présent avis comporte également un certain nombre d'observations sur d'autres points. Il ne peut toutefois s'en déduire que, dans le délai qui lui est imparti, la section de législation a pu procéder à un examen exhaustif du projet.

*
* *

Portée et fondement juridique du projet

2. La réglementation portée par le projet d'arrêté royal soumis pour avis concerne la passation et les règles générales d'exécution de contrats de concession.

Le projet vise à poursuivre la transposition en droit interne de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 'sur l'attribution de contrats de concession' (ci-après : directive 2014/23/UE). La loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession' (ci-après : la loi du 17 juin 2016) avait déjà mis en chantier cette transposition.

Le projet tend à donner exécution à diverses dispositions de la loi du 17 juin 2016 et règle l'entrée en vigueur de celle-ci.

La réglementation en projet se substitue au régime - bien plus limité - contenu au chapitre 10 ("Concession de travaux publics") de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques', que l'article 76 du projet vise à abroger. Un projet d'arrêté royal sur lequel le Conseil d'État, section de législation, a donné le 23 mars 2017 l'avis 61.030/1^[1], prévoit déjà l'abrogation du chapitre 4 ("Dispositions propres aux concessions de travaux publics") de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 'établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics'.

3. Le projet d'arrêté royal comporte quatre titres.

Le titre 1^{er} [2] contient un certain nombre de dispositions générales qui indiquent notamment, que l'arrêté transpose partiellement la directive 2014/23/UE et qui délimitent le champ d'application, définissent des notions, règlent la manière dont il faut tenir compte de la taxe sur la valeur ajoutée et fixent les seuils d'application.

Le titre 2 concerne la passation des concessions. Le chapitre 1^{er} contient les règles de publicité, le chapitre 2 comporte un certain nombre de dispositions générales relatives notamment à la communication électronique, le chapitre 3 traite des garanties procédurales et le chapitre 4 [3] règle la sélection des candidats et des soumissionnaires.

Le titre 3 règle l'exécution des concessions. Le chapitre 1^{er} concerne les documents de concession et le chapitre 2 contient les règles générales d'exécution des contrats de concessions qui portent sur les matières énumérées dans les différentes sections du chapitre concerné.

Enfin, le titre 4 porte les dispositions finales, abrogatoires, et d'entrée en vigueur.

4.1. La plupart des articles du projet peuvent être réputés trouver un fondement juridique dans les dispositions de la loi du 17 juin 2016 mentionnées au deuxième alinéa du préambule du projet.

Advies nr. 61.559/1 van 13 juni 2017 van de Raad van State

Op 19 mei 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Eerste Minister verzocht binnen een termijn van dertigdagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'betreffende de plaatsing en de algemene uitvoeringsregels van de concessieovereenkomsten'.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 8 juni 2017. De kamer was samengesteld uit Marnix Van Damme, kamervoorzitter, Wilfried Van Vaerenbergh en Wouter Pas, staatsraden, Marc Rigaux, assessor, en Wim Geurts, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Jonas Riemsлагh, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Marnix Van Damme, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 13 juni 2017.

*
* *

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

Daarnaast bevat dit advies ook een aantal opmerkingen over andere punten. Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat de afdeling Wetgeving binnen de haar toegemeten termijn een exhaustief onderzoek van het ontwerp heeft kunnen verrichten.

*
* *

Strekking en rechtsgrond van het ontwerp

2. De regeling die in het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit is vervat, betreft de plaatsing en de algemene uitvoeringsregels van concessieovereenkomsten.

Het ontwerp strekt tot een verdere omzetting in het interne recht van Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 "betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten" (hierna : Richtlijn 2014/23/EU). Met die omzetting werd eerder een begin gemaakt met de wet van 17 juni 2016 'betreffende de concessieovereenkomsten' (hierna: de wet van 17 juni 2016).

Het ontwerp beoogt diverse bepalingen van de wet van 17 juni 2016 uit te voeren en regelt de inwerkingtreding van die wet.

De ontworpen regeling komt in de plaats van de - veel beperktere - regeling die is vervat in hoofdstuk 10 ("Concessie voor openbare werken") van het koninklijk besluit "plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren" van 15 juli 2011, waarvan artikel 76 van het ontwerp de opheffing beoogt. Een ontwerp van koninklijk besluit waarover de Raad van State, afdeling Wetgeving, op 23 maart 2017 advies 61.030/1 uitbracht [1], voorziet reeds in de opheffing van hoofdstuk 4 ("Specifieke bepalingen concessies voor openbare werken") van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 "tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken".

3. Het ontwerp van koninklijk besluit bestaat uit vier titels.

Titel 1 [2] bevat een aantal algemene bepalingen waarin onder meer wordt aangeduid dat het besluit voorziet in de gedeeltelijke omzetting van Richtlijn 2014/23/EU en waarin het toepassingsgebied wordt omschreven, begrippen worden gedefinieerd, er wordt geregeld op welke wijze rekening moet worden gehouden met de belasting over de toegevoegde waarde en de toepassingsdrempels worden vastgesteld.

Titel 2 betreft de plaatsing van concessies. Hoofdstuk 1 bevat de bekendmakingsregels, hoofdstuk 2 bestaat uit een aantal algemene bepalingen met betrekking tot onder meer elektronische communicatie, hoofdstuk 3 handelt over de procedurele waarborgen, en hoofdstuk 4 [3] regelt de selectie van de kandidaten en van de inschrijvers.

Titel 3 regelt de uitvoering van de concessies. Hoofdstuk 1 betreft de concessiedocumenten en hoofdstuk 2 bevat de algemene uitvoeringsregels van de concessieovereenkomsten die betrekking hebben op de aangelegenheden die worden opgesomd in de onderscheiden afdelingen van het betrokken hoofdstuk.

In titel 4 zijn ten slotte de eind-, opheffings-, en inwerkingtredingsbepalingen opgenomen.

4.1. Het merendeel van de artikelen van het ontwerp kan worden geacht rechtsgrond te vinden in de bepalingen van de wet van 17 juni 2016 waarvan melding wordt gemaakt in het tweede lid van de aanhef van het ontwerp.

4.2. La référence à l'article 51, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi du 17 juin 2016 doit être omise de l'énumération au deuxième alinéa du préambule, cette disposition ne contenant pas d'habilitation autonome, mais faisant simplement référence au "montant fixé par le Roi en exécution de la disposition du 1^o".

4.3. Le Conseil d'État, section de législation, n'aperçoit pas quelles dispositions du projet pourraient être considérées comme exécutant les habilitations visées aux articles 26, § 1^{er}, alinéa 3^[4], 28, § 3^[5], 59, § 2 et 4^[6], 62, § 2, alinéas 1^{er} et 4, et § 3^[7], 63, alinéas 1^{er} et 3^[8], 65, alinéas 1^{er} et 3^[9], et 66^[10] de la loi du 17 juin 2016. À défaut d'une pareille exécution, la mention de ces dispositions sera omise du deuxième alinéa du préambule.

4.4. Plusieurs dispositions du projet trouvent un fondement juridique dans le pouvoir général que le Roi puise dans l'article 108 de la Constitution pour exécuter la loi, combiné avec certaines dispositions de la loi du 17 juin 2016. Ainsi que le Conseil d'État, section de législation, l'a déjà relevé par le passé^[11], il ressort du premier alinéa du préambule du projet, qui vise l'article 108 de la Constitution, et de la référence à la loi du 17 juin 2016 dans son ensemble, que le pouvoir général d'exécution du Roi est invoqué^[12].

Observations générales

5.1. Le projet comporte diverses dispositions qui ne s'appliquent qu'à certains (types d') adjudicateurs, comme en atteste notamment l'article 1^{er}, alinéa 2, deuxième phrase, du projet. La question se pose de savoir comment ce procédé s'articule, d'une part, avec la loi du 17 juin 2016 et, d'autre part, avec la directive 2014/23/UE.

5.2. L'article 57, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 s'énonce comme suit :

" Le Roi fixe les règles générales d'exécution des concessions, en ce compris les règles relatives à la sous-traitance et au contrôle, pour les concessions à déterminer par Lui, de l'absence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants ainsi que les règles en matière de modification des concessions en cours d'exécution et les dispositions relatives à la fin de la concession ".

Il résulte strictement parlant des termes de la disposition précitée que le Roi peut uniquement prévoir des règles dérogatoires pour " les concessions à déterminer par Lui " en ce qui concerne les règles " relatives (...) au contrôle (...) de l'absence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants ainsi que les règles en matière de modification des concessions en cours d'exécution et les dispositions relatives à la fin de la concession ". Toutefois, les personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs et les entreprises publiques (pour des concessions qui n'ont pas trait à leurs tâches de service public au sens d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance) sont dispensées d'autres règles en matière d'exécution, comme par exemple celles relatives aux documents de concession, aux moyens de communication et au fonctionnaire dirigeant.

Interrogé à ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« L'article 57 habilite le Roi à 'fixer les règles générales d'exécution des concessions'. Il faut comprendre de ce bout de phrase que l'habilitation est générale. Le Roi peut déterminer l'ensemble des règles générales d'exécution.

Le reste de la phrase 'en ce compris les règles relatives à la sous-traitance et au contrôle, pour les concessions à déterminer par Lui, de l'absence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants ainsi que les règles en matière de modification des concessions en cours d'exécution et les dispositions relatives à la fin de la concession' n'est qu'exemplatif. Ce ne sont que des exemples pour lesquels il était impérativement nécessaire que le Roi prenne des mesures d'exécution.

Les mots 'pour les concessions à déterminer par Lui' doivent uniquement être mis en relation avec le contrôle de l'absence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants et non avec le reste de la phrase. Il a en effet été jugé opportun de spécifier que le Roi devait limiter la portée du contrôle de l'absence de motifs d'exclusion compris, le cas échéant, tout intérêt échu ou les éventuelles amendes puisqu'un tel contrôle est source de charges administratives supplémentaires. Afin de ne pas augmenter ces charges administratives inutilement, il apparaissait nécessaire de déjà indiquer que le Roi ne rendrait pas ces règles applicables à tous les contrats de concession.

Il n'en reste pas moins que l'article 57 de la loi habilite le Roi à déterminer des règles relatives à l'exécution des contrats de concession de manière générale. Rien ne l'empêche donc de déterminer des règles

4.2. De verwijzing naar artikel 51, § 1, eerste lid, 2^o, van de wet van 17 juni 2016 dient uit de opsomming in het tweede lid van de aanhef te worden weggelaten, aangezien deze bepaling geen autonome machtiging bevat maar louter verwijst naar "het door de Koning in uitvoering van de bepaling in punt 1^o vastgestelde bedrag".

4.3. De Raad van State, afdeling Wetgeving, ziet niet in welke bepalingen van het ontwerp zouden kunnen worden beschouwd als een uitvoering van de machtigingen in artikel 26, § 1, derde lid^[4], 28, § 3^[5], 59, §§ 2 en 4^[6], 62, § 2, eerste en vierde lid, en § 3^[7], 63, eerste en derde lid^[8], 65, eerste en derde lid^[9], en 66^[10] van de wet van 17 juni 2016. Bij gebreke van een zodanige uitvoering dient de vermelding van deze bepalingen te worden weggelaten in het tweede lid van de aanhef.

4.4. Een aantal bepalingen van het ontwerp vindt rechtsgrond in de algemene bevoegdheid die de Koning put uit artikel 108 van de Grondwet om de wet uit te voeren, gelezen in samenhang met sommige bepalingen van de wet van 17 juni 2016. Zoals de Raad van State, afdeling Wetgeving, in het verleden reeds heeft opgemerkt^[11], blijkt het gegeven dat een beroep wordt gedaan op de algemene uitvoeringsbevoegdheid uit het eerste lid van de aanhef van het ontwerp waarin wordt verwezen naar artikel 108 van de Grondwet en uit de verwijzing naar de wet van 17 juni 2016 in haar geheel.^[12]

Algemene opmerkingen

5.1. Het ontwerp bevat diverse bepalingen die slechts van toepassing zijn op bepaalde (types van) aanbesteders. Dat blijkt onder meer uit artikel 1, tweede lid, tweede zin, van het ontwerp. De vraag rijst hoe deze werkwijze zich verhoudt tot, enerzijds, de wet van 17 juni 2016 en, anderzijds, Richtlijn 2014/23/EU.

5.2. Artikel 57, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 luidt :

« De Koning bepaalt de algemene uitvoeringsregels van concessies, met inbegrip van de regels inzake onderaanneming en, voor de door Hem te bepalen concessies, inzake het nazicht op het ontbreken van uitsluitingsgronden in hoofde van de onderaannemers alsook de regels omtrent de wijziging van concessies gedurende de looptijd ervan en de bepalingen omtrent het einde van de concessie. »

Strikt genomen volgt uit de bewoordingen van de geciteerde bepaling dat de Koning enkel in afwijkende regels voor "de door Hem te bepalen concessies" kan voorzien wat betreft de regels "inzake het nazicht op het ontbreken van uitsluitingsgronden in hoofde van de onderaannemers alsook de regels omtrent de wijziging van concessies gedurende de looptijd ervan en de bepalingen omtrent het einde van de concessie". De personen die genieten van bijzondere of exclusieve rechten en de overheidsbedrijven (voor concessies die geen betrekking hebben op hun taken van openbare dienst in de zin van een wet, een decreet of een ordonnantie) zijn echter vrijgesteld van andere regels inzake de uitvoering zoals bijvoorbeeld die inzake de concessie-documenten, de communicatiemiddelen, en de leidende ambtenaar.

Hieromtrent ondervraagd verklaarde de gemachtigde :

« L'article 57 habilite le Roi à "fixer les règles générales d'exécution des concessions". Il faut comprendre de ce bout de phrase que l'habilitation est générale. Le Roi peut déterminer l'ensemble des règles générales d'exécution.

Le reste de la phrase "en ce compris les règles relatives à la sous-traitance et au contrôle, pour les concessions à déterminer par Lui, de l'absence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants ainsi que les règles en matière de modification des concessions en cours d'exécution et les dispositions relatives à la fin de la concession" n'est qu'exemplatif. Ce ne sont que des exemples pour lesquels il était impérativement nécessaire que le Roi prenne des mesures d'exécution.

Les mots "pour les concessions à déterminer par Lui" doivent uniquement être mis en relation avec le contrôle de l'absence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants et non avec le reste de la phrase. Il a en effet été jugé opportun de spécifier que le Roi devait limiter la portée du contrôle de l'absence de motifs d'exclusion puisqu'un tel contrôle est source de charges administratives supplémentaires. Afin de ne pas augmenter ces charges administratives inutilement, il apparaissait nécessaire de déjà indiquer que le Roi ne rendrait pas ces règles applicables à tous les contrats de concession.

Il n'en reste pas moins que l'article 57 de la loi habilite le Roi à déterminer des règles relatives à l'exécution des contrats de concession de manière générale. Rien ne l'empêche donc de déterminer des règles différenciées pour les

différenciées pour les personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs et pour les entreprises publiques passant des concessions n'ayant pas trait à leurs tâches de service public au sens d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance.

Il est en outre important de rappeler que le Roi doit transposer la directive 2014/23/UE et que celle-ci ne rend applicable à tous les adjudicateurs (en ce compris les personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs et les entreprises publiques pour les concessions n'ayant pas trait à leurs tâches de service public) que les règles en matière de sous-traitance, de modifications des contrats en cours et de résiliation des concessions. Le Roi peut dès lors, sans être en porte-à-faux avec la directive, décider de ne pas appliquer les autres dispositions relatives à l'exécution des contrats de concession aux personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs et aux entreprises publiques pour les concessions n'ayant pas trait à leurs tâches de service public. »

Abstraction faite de l'articulation avec la directive 2014/23/UE, le délégué soutient essentiellement que le membre de phrase " les concessions à déterminer par Lui " ne concerne que " le contrôle de l'absence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants " et que même dans cette hypothèse, la possibilité de limiter la réglementation à certaines concessions, à l'article 57 de la loi du 17 juin 2016, est superflue. La possibilité de fixer des règles dérogatoires résulte directement, du moins selon le délégué, de la délégation permettant de fixer les règles générales d'exécution.

Même si l'interprétation que le délégué donne à l'article 57 de la loi du 17 juin 2016 n'est nullement déraisonnable ou manifestement inexacte, il n'en demeure pas moins que la rédaction de la disposition législative concernée peut être source d'insécurité juridique. C'est pourquoi il vaudrait mieux l'adapter dans les meilleurs délais afin de mettre fin à cette insécurité juridique.

5.3. Outre la compatibilité avec l'article 57 de la loi du 17 juin 2016, la question se pose de savoir dans quelle mesure la directive 2014/23/UE autorise pareille 'diversification'. Le délégué a été invité à préciser, pour chaque disposition concernée, la compatibilité du champ d'application personnel différencié des dispositions concernées avec la directive 2014/23/UE.

Le délégué a donné suite à cette demande en donnant une réponse circonstanciée et détaillée pour chaque disposition pertinente du projet.

Il ressort de la réponse du délégué qu'il propose lui-même d'adapter l'article 49 du projet en ce sens que cette disposition s'applique à tous les adjudicateurs. L'article 1^{er}, alinéa 2, deuxième phrase, du projet devra alors également être adapté en conséquence. Pour le surplus, on peut se rallier à la proposition du délégué.

6. Les textes français et néerlandais du projet présentent de nombreuses discordances. En outre, le projet comporte un certain nombre d'imperfections sur le plan linguistique et rédactionnel qu'il serait préférable d'éliminer.

Un certain nombre de ces discordances et imperfections linguistiques et rédactionnelles sont énumérées, à titre d'exemple, à la fin du présent avis. Dans cette optique, il est recommandé de soumettre le texte du projet à un examen complémentaire. Les exemples reproduits sous la rubrique " Observation finale " du présent avis peuvent dès lors s'avérer utiles à cet égard.

Examen du texte

Préambule

7. Au deuxième alinéa du préambule, l'énumération de dispositions de la loi du 17 juin 2016 doit être adaptée conformément aux observations formulées aux points 4.2 et 4.3.

Article 1^{er}

8. L'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet dispose que l'arrêté royal en projet transpose partiellement la directive 2014/23/UE. En outre, le projet comporte également des dispositions transposant partiellement la directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 'concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales'. C'est le cas notamment des articles 58 à 60 du projet ^[13].

L'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet doit par conséquent être complété par une référence indiquant que l'arrêté transpose également partiellement la directive 2011/7/UE.

personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs et pour les entreprises publiques passant des concessions n'ayant pas trait à leurs tâches de service public au sens d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance.

Il est en outre important de rappeler que le Roi doit transposer la Directive 2014/23/UE et que celle-ci ne rend applicable à tous les adjudicateurs (en ce compris les personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs et les entreprises publiques pour les concessions n'ayant pas trait à leurs tâches de service public) que les règles en matière de sous-traitance, de modifications des contrats en cours et de résiliation des concessions. Le Roi peut dès lors, sans être en porte-à-faux avec la directive, décider de ne pas appliquer les autres dispositions relatives à l'exécution des contrats de concession aux personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs et aux entreprises publiques pour les concessions n'ayant pas trait à leurs tâches de service public. »

Daargelaten de verhouding met Richtlijn 2014/23/EU argumenteert de gemachtigde in essentie dat de zinsnede "de door Hem te bepalen concessies" enkel betrekking heeft op "het nazicht op het ontbreken van uitsluitingsgronden in hoofde van de onderaannemers" en dat zelfs in dat geval de mogelijkheid om de regeling tot bepaalde concessies te beperken in artikel 57 van de wet van 17 juni 2016 overtollig is. De mogelijkheid om afwijkende regels vast te stellen volgt, althans volgens de gemachtigde, rechtstreeks uit de machtiging om de algemene uitvoeringsregels vast te stellen.

Al is de uitlegging die de gemachtigde aan artikel 57 van de wet van 17 juni 2016 geeft, geenszins onredelijk of kennelijk onjuist, dan blijft niettemin de vaststelling dat de redactie van de betrokken wetsbepaling tot rechtsonzekerheid kan leiden. De betrokken wetsbepaling zou daarom bij de eerste gelegenheid het best worden aangepast om aan die rechtsonzekerheid een einde te maken.

5.3. Benevens de verenigbaarheid met artikel 57 van de wet van 17 juni 2016 rijst de vraag in welke mate Richtlijn 2014/23/EU dergelijke 'diversificatie' toelaat. Aan de gemachtigde werd gevraagd om de verenigbaarheid van het uiteenlopende personeel toepassingsgebied van de betrokken bepalingen met Richtlijn 2014/23/EU toe te lichten voor elke betrokken bepaling.

De gemachtigde is aan dit verzoek tegemoet gekomen door middel van een omvangrijk en gedetailleerd antwoord per relevante bepaling van het ontwerp.

Uit het antwoord van de gemachtigde blijkt dat deze zelf voorstelt artikel 49 van het ontwerp derwijze aan te passen dat die bepaling van toepassing is op alle aanbesteders. Ook artikel 1, tweede lid, tweede zin, van het ontwerp moet dan daarmee in overeenstemming worden gebracht. Met het voorstel van de gemachtigde kan voor het overige worden ingestemd.

6. Het ontwerp bevat een groot aantal discordanties tussen de Nederlandse en de Franse tekst. Tevens zijn er een aantal taalkundige en redactionele tekortkomingen die het best worden weggewerkt.

Aan het einde van dit advies worden, bij wege van voorbeeld, een aantal van die discordanties en taalkundige en redactionele onvolkomenheden opgesomd. Het verdient aanbeveling om de tekst van het ontwerp vanuit die optiek aan een bijkomend onderzoek te onderwerpen. De voorbeelden die worden weergegeven onder de "Slotopmerking" van dit advies kunnen daarbij dan nuttig worden gebruikt.

Onderzoek van de tekst

Aanhef

7. De opsomming van bepalingen van de wet van 17 juni 2016, in het tweede lid van de aanhef, dient in overeenstemming te worden gebracht met hetgeen is opgemerkt *sub* 4.2 en 4.3.

Artikel 1

8. In artikel 1, eerste lid, van het ontwerp wordt bepaald dat het ontworpen koninklijk besluit de gedeeltelijke omzetting vormt van Richtlijn 2014/23/EU. Daarnaast bevat het ontwerp echter ook bepalingen die de gedeeltelijke omzetting vormen van Richtlijn 2011/7/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 2011 "betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties". Dit is in het bijzonder het geval voor de artikelen 58 tot 60 van het ontwerp. ^[13]

Artikel 1, eerste lid, van het ontwerp dient bijgevolg te worden aangevuld met een verwijzing waaruit blijkt dat het besluit tevens de gedeeltelijke omzetting van Richtlijn 2011/7/EU vormt.

9. À l'article 1^{er}, alinéa 2, deuxième phrase, du projet, le membre de phrase « n'ayant pas trait à leurs tâches de service public au sens d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance » ne correspond pas aux termes utilisés à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2016, qui fait état de « [entreprises publiques] agissant hors cadre de leurs tâches de services publics telles que définies par une loi, un décret ou une ordonnance ».

À cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Il est vrai que la rédaction de l'article 1^{er}, al. 2 du projet d'arrêté royal diffère de l'article 3, § 1^{er}, al. 3, de la loi. Il n'en reste pas moins que les termes ont la même signification. Afin d'assurer une parfaite concordance entre les textes, les termes de la loi pourraient être repris dans l'arrêté, à savoir : les entreprises publiques agissant hors cadre de leurs tâches de services publics telles que définies par une loi, un décret ou une ordonnance. »

Il est en effet indiqué - compte tenu du parallélisme sur le fond - d'aligner autant que possible les termes utilisés dans l'arrêté royal en projet sur ceux de la loi du 17 juin 2016.

Article 7

10. L'article 7, § 2, du projet prévoit que cette disposition s'applique « [s]ans préjudice de l'article 35 de la loi ». Il ressort du rapport au Roi accompagnant le projet qu'est ainsi visée l'hypothèse selon laquelle la valeur de la concession ^[14] au moment de l'attribution est supérieure de plus de vingt pour cent au montant estimé, et, à cet égard, la valeur au moment de l'attribution doit être prise en considération. Cette portée ressortirait plus clairement si le texte du projet visait " l'article 35, alinéa 3 " de la loi du 17 juin 2016.

Article 17

11. L'article 17, 3^o, du projet dispose que les documents de concession contiennent « en complément de l'avis de concession », les mentions relatives " a) aux motifs d'exclusion applicables et aux conditions de sélection, voire aux critères de limitation du nombre de candidats sélectionnés, à leurs modalités de preuve et de vérification par l'adjudicateur " ainsi que " b) à la date ultime d'introduction des demandes de participation, aux modalités de leur introduction, dépôt, ouverture et signature, et à leur contenu ".

Bien que cette disposition s'applique " [s]ans préjudice des articles 10 et 12 » du projet, la question se pose de savoir si celle-ci ne risque pas de porter atteinte à l'avis de concession ou d'affecter l'égalité de concurrence.

Ainsi, les " [c]onditions de participation " et la " [d]ate limite de présentation des candidatures ou de réception des offres " font partie des informations qui doivent figurer dans l'avis de concession au sens de l'article 10 du projet (points 7 et 8 de l'annexe 2 du projet, qui transpose la directive V de la directive 2014/23/UE). L'article 48, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 énonce également que les " adjudicateurs fixent dans l'avis de concession les conditions de sélection des candidats ou soumissionnaires ". L'article 37, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet prévoit également que l'adjudicateur indique les conditions de sélection " dans l'avis de concession ou, en absence d'un tel avis, dans les documents de concession ".

Invité à préciser, notamment dans cette optique, la portée de l'article 17, 3^o, du projet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Il est exact que certaines mentions de l'article 17 sont déjà reprises dans l'avis de concession, comme par exemple la date limite de présentation des candidatures ou de réception des offres.

Néanmoins, ces mentions ne doivent être apportées dans les documents de concession que 'le cas échéant'. Dès lors, elles ne seront apportées dans les documents de concession que lorsque l'adjudicateur pense qu'il est utile d'ajouter quelque chose en sus de l'avis de concession (et donc de donner davantage d'informations). »

Dans la mesure où l'article 17 du projet vise des éléments qui doivent faire partie de l'avis applicable, la possibilité de reproduire en la matière des " mentions " complémentaires dans les documents de concession semble toutefois être considérablement limitée par les dispositions applicables de la directive 2014/23/UE et de la loi du 17 juin 2016 et, d'une manière plus générale, par les principes d'égalité et de transparence.

Article 19

12. L'article 19 du projet concerne les demandes de participation et les offres qui ne sont pas introduites via une plateforme électronique. Bien que l'alinéa 2 de cette disposition prévoie que les documents de

9. In artikel 1, tweede lid, tweede zin, van het ontwerp, stemt de zinsnede "die geen betrekking hebben op hun taken van openbare dienst in de zin van een wet, een decreet of een ordonnantie," niet overeen met de bewoordingen die worden gebruikt in artikel 3, § 1, derde lid, van de wet van 17 juni 2016, waarin wordt geschreven "wanneer deze laatste [lees: de overheidsbedrijven] niet optreden in het kader van hun taken van openbare dienst in de zin van een wet, een decreet of een ordonnantie".

De gemachtigde verklaarde in dat verband het volgende :

« Il est vrai que la rédaction de l'article 1^{er}, al. 2 du projet d'arrêté royal diffère de l'article 3, § 1^{er}, al. 3, de la loi. Il n'en reste pas moins que les termes ont la même signification. Afin d'assurer une parfaite concordance entre les textes, les termes de la loi pourraient être repris dans l'arrêté, à savoir : les entreprises publiques agissant hors cadre de leurs tâches de services public telles que définies par une loi, un décret ou une ordonnance. »

Het is inderdaad raadzaam om – gelet op het inhoudelijk parallelisme – de bewoordingen in het ontworpen koninklijk besluit zo veel als mogelijk af te stemmen op de bewoordingen in de wet van 17 juni 2016.

Artikel 7

10. Artikel 7, § 2, van het ontwerp bepaalt dat deze regeling geldt "[o]nverminderd artikel 35 van de wet". Uit het verslag aan de Koning bij het ontwerp blijkt dat hiermee de hypothese wordt bedoeld waarin de waarde van de concessie ^[14] op het ogenblik van de gunning meer dan twintig procent hoger is dan het geraamde bedrag, en daarbij de waarde op het ogenblik van de gunning in aanmerking moet worden genomen. Deze betekenis zou duidelijker blijken indien in de tekst van het ontwerp wordt verwezen naar "artikel 35, derde lid" van de wet van 17 juni 2016.

Artikel 17

11. Artikel 17, 3^o, van het ontwerp bepaalt dat de concessiedocumenten "aanvullend op de concessieaankondiging" vermeldingen bevatten betreffende "a) de toepasselijke uitsluitingsgronden en de selectievoorwaarden of de criteria voor de beperking van het aantal geselecteerde kandidaten, de modaliteiten ervan voor het bewijs en de controle door de aanbesteder" alsook "b) de uiterste datum voor de indiening van aanvragen tot deelneming, de modaliteiten voor de indiening, opening en ondertekening ervan, en de inhoud ervan".

Hoewel deze bepaling geldt "[o]nverminderd de artikelen 10 en 12" van het ontwerp, rijst de vraag of deze de concessieaankondiging niet dreigt te ondergraven of de gelijkheid in de mededinging niet in het gedrang dreigt te brengen.

Zo behoren de "[v]oorwaarden tot deelneming" en de "[u]iterste datum voor de indiening van de candidatures of van de offertes" tot de inlichtingen die deel moeten uitmaken van de concessieaankondiging zoals bedoeld in artikel 10 van het ontwerp (punt 7 en 8 van bijlage 2 bij het ontwerp, die de omzetting vormt van bijlage V van Richtlijn 2014/23/EU). Ook artikel 48, § 1, van de wet van 17 juni 2016 bepaalt dat de "aanbesteders (...) de selectievoorwaarden van de kandidaten of inschrijvers [bepalen] in de concessieaankondiging". Artikel 37, § 1, eerste lid, van het ontwerp bepaalt eveneens dat de aanbesteder "in de concessieaankondiging of, in [afwezigheid] daarvan, in de concessiedocumenten" de selectievoorwaarden aangeeft.

Gevraagd om de draagwijdte van artikel 17, 3^o, van het ontwerp mede vanuit die optiek toe te lichten, verklaarde de gemachtigde :

« Il est exact que certaines mentions de l'article 17 sont déjà reprises dans l'avis de concession, comme par exemple la date limite de présentation des candidatures ou de réception des offres.

Néanmoins, ces mentions ne doivent être apportées dans les documents de concession que "le cas échéant". Dès lors, elles ne seront apportées dans les documents de concession que lorsque l'adjudicateur pense qu'il est utile d'ajouter quelque chose en sus de l'avis de concession (et donc de donner davantage d'informations). »

In zoverre in artikel 17 van het ontwerp wordt gerefereerd aan elementen die deel moeten uitmaken van de toepasselijke aankondiging, lijkt de mogelijkheid om desbetreffend aanvullende "vermeldingen" op te nemen in de concessiedocumenten evenwel in aanzienlijke mate beperkt te worden door de toepasselijke bepalingen van Richtlijn 2014/23/EU en van de wet van 17 juni 2016 en meer in het algemeen door de beginselen van gelijkheid en transparantie.

Artikel 19

12. Artikel 19 van het ontwerp heeft betrekking op aanvragen tot deelneming en offertes die niet via een elektronisch platform worden ingediend. Hoewel het tweede lid van deze bepaling voorschrijft dat de

concession indiquent notamment " les exigences en matière de signature " et que les alinéas 3 et 4 contiennent des modalités relatives aux signatures, l'article 19 ne comporte aucune disposition imposant expressément la signature, contrairement à l'article 18 du projet, qui concerne l'introduction via une plateforme électronique. Le rapport au Roi mentionne, à propos de l'article 19, " les exigences éventuelles en matière de signature ".

Dans un souci de sécurité juridique, il est conseillé de préciser ou d'explicitier l'obligation de signature figurant à l'article 19 du projet.

Article 23

13. L'article 23 du projet énonce la règle selon laquelle un soumissionnaire ne peut en principe introduire qu'une offre par concession. En vertu de l'alinéa 2 de cette disposition, chaque participant à un groupement d'opérateurs économiques sans personnalité juridique est considéré comme un soumissionnaire " [s]auf dérogation dûment motivée dans les documents de concession ".

Eu égard notamment à l'incidence potentiellement importante de cette possibilité de dérogation sur la concurrence, il est conseillé de préciser dans le rapport au Roi les circonstances dans lesquelles il pourra être fait usage de cette possibilité.

Article 30

14.1. L'article 30 du projet concerne la vérification de la régularité des offres. L'article 30, alinéa 4, énonce que l'adjudicateur déclare nulle l'offre substantiellement irrégulière ou " donne la possibilité de faire régulariser [cette offre], conformément à ce que prévoient les documents de concession et du [lire : le] principe d'égalité de traitement. À défaut de précisions dans les documents de concession, l'offre substantiellement irrégulière est déclarée nulle et non avenue ". L'article 30, alinéas 5 et 6, du projet dispose qu'une offre substantiellement irrégulière qui n'est pas régularisée, n'est pas admise à la phase de négociation éventuelle et que la concession ne peut pas être attribuée à un soumissionnaire dont l'offre est (encore et toujours) substantiellement irrégulière.

14.2. Ni l'article 46, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016, ni l'article 37, paragraphe 1, de la directive 2014/23/UE ne semblent à première vue exclure expressément la régularisation d'offres substantiellement irrégulières. En effet, les deux dispositions définissent les conditions dans lesquelles " [l]es concessions sont attribuées ", mais ne concernent pas - à proprement parler - les conditions que l'offre doit remplir tant que l'attribution n'a pas effectivement lieu.

Il n'en demeure pas moins que la possibilité de régularisation prévue à l'article 30, alinéa 4, du projet soulève un certain nombre de questions au regard des principes d'égalité et de transparence inscrits, notamment, dans le droit primaire de l'Union ^[15].

Dans l'arrêt C-561/12 du 5 décembre 2013, en cause *Nordecon AS et Ramboll Eesti AS*, la Cour de justice a jugé que la possibilité (prévue à l'article 30, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE ^[16]) de négocier avec des soumissionnaires " afin [d'] adapter [les offres] aux exigences qu'ils ont indiquées dans l'avis de marché, dans le cahier des charges et dans les documents complémentaires éventuels et afin de rechercher la meilleure offre (...) " n'autorise pas le pouvoir adjudicateur " à négocier avec les soumissionnaires s'agissant d'offres qui ne répondent pas aux exigences impératives prévues par les spécifications techniques relatives au marché ".

À cet égard, la Cour a jugé ce qui suit :

" 33 Par sa première question, la juridiction de renvoi demande si l'article 30, paragraphe 2, de la directive 2004/18 autorise le pouvoir adjudicateur à négocier avec les soumissionnaires des offres qui ne répondent pas aux exigences impératives prévues par les spécifications techniques du marché.

34 À cet égard, il y a lieu de rappeler que l'article 30, paragraphe 2, de la directive 2004/18 permet, dans des cas déterminés, le recours à la procédure négociée afin d'adapter les offres soumises par les soumissionnaires aux exigences indiquées dans l'avis de marché, dans le cahier des charges et dans les documents complémentaires éventuels et afin de rechercher la meilleure offre.

35 Selon l'article 2 de cette directive, les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence.

36 La Cour a précisé que l'obligation de transparence a essentiellement pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur (arrêt du 29 mars 2012, *SAG ELV Slovensko e.a.*, C-599/10, point 25).

concessiedocumenten onder meer "de vereisten inzake de handtekening" aangeven en het derde en vierde lid nadere regelen bevatten omtrent de handtekeningen, komt, anders dan wat het geval is in artikel 18 van het ontwerp dat de indiening via een elektronisch platform betreft, in artikel 19 geen bepaling voor die de ondertekening uitdrukkelijk oplegt. In het verslag aan de Koning bij artikel 19 wordt melding gemaakt van "de eventuele vereisten inzake ondertekening".

Met het oog op de rechtszekerheid is het raadzaam de verplichting inzake de ondertekening in artikel 19 van het ontwerp te verduidelijken of te expliciteren.

Artikel 23

13. Artikel 23 van het ontwerp bevat de regel dat een inschrijver in beginsel slechts één offerte per concessie kan indienen. Op grond van het tweede lid van deze bepaling wordt elke deelnemer aan een combinatie van ondernemers zonder rechtspersoonlijkheid beschouwd als een inschrijver "[b]ehoudens behoorlijk gemotiveerde andersluidende beslissing in de concessiedocumenten".

Mede gelet op de potentieel belangrijke impact van deze uitzonderingsmogelijkheid op de mededinging, is het raadzaam om in het verslag aan de Koning te verduidelijken in welke omstandigheden van deze mogelijkheid gebruik zal kunnen worden gemaakt.

Artikel 30

14.1. Artikel 30 van het ontwerp betreft het onderzoek naar de regelmatigheid van de offertes. Artikel 30, vierde lid, bepaalt dat de aanbesteder de substantieel onregelmatige offerte nietig verklaart of "de mogelijkheid [biedt] om deze offerte te regulariseren, overeenkomstig de concessiedocumenten en het beginsel van gelijke behandeling. In geval van afwezigheid van deze verduidelijkingen in de concessiedocumenten, wordt de substantieel onregelmatige offerte nietig verklaard". Artikel 30, vijfde en zesde lid, van het ontwerp, bepaalt dat een substantieel onregelmatige offerte die niet wordt geregulariseerd, niet wordt toegelaten tot de eventuele onderhandelingsfase en dat de concessie niet kan worden gegund aan een inschrijver wiens offerte (nog steeds) substantieel onregelmatig is.

14.2. Noch artikel 46, § 1, van de wet van 17 juni 2016, noch artikel 37, lid 1, van Richtlijn 2014/23/EU lijken de regularisatie van substantieel onregelmatige offertes op het eerste gezicht uitdrukkelijk uit te sluiten. Beide bepalingen omschrijven immers de voorwaarden waaronder "[c]oncessies worden gegund", maar betreffen - strikt genomen - niet de voorwaarden waaraan de offerte moet voldoen zolang de gunning niet daadwerkelijk plaatsvindt.

Desalniettemin doet de in artikel 30, vierde lid, van het ontwerp vervatte mogelijkheid tot regularisatie een aantal vragen rijzen in het licht van de beginselen van gelijkheid en transparantie die, onder meer, vervat zijn in het primaire unierecht. ^[15]

In arrest C-561/12 van 5 december 2013, inzake *Nordecon AS en Ramboll Eesti AS*, oordeelde het Hof van Justitie dat de mogelijkheid (vervat in artikel 30, lid 2, van Richtlijn 2004/18/EG ^[16]) om te onderhandelen met inschrijvers "teneinde [de inschrijvingen] aan te passen aan de eisen die zij in de aankondiging van de opdracht, het bestek en de eventuele aanvullende documenten hebben gesteld, en teneinde het beste bod (...) te zoeken" de aanbestedende dienst niet toestaat "te onderhandelen met indieners van inschrijvingen die niet beantwoorden aan de dwingende eisen van de technische specificaties van de opdracht".

Het Hof overwoog daarbij het volgende :

« 33 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 30, lid 2, van Richtlijn 2004/18 de aanbestedende dienst toestaat te onderhandelen met indieners van inschrijvingen die niet beantwoorden aan de dwingende eisen van de technische specificaties van de opdracht.

34 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat artikel 30, lid 2, van Richtlijn 2004/18 in bepaalde gevallen toestaat dat gebruik wordt gemaakt van de procedure van gunning door onderhandelingen, teneinde de door de inschrijvers ingediende inschrijvingen aan te passen aan de eisen die zijn vermeld in de aankondiging van de opdracht, in het bestek en in de eventuele aanvullende stukken, en op die manier de beste inschrijving te selecteren.

35 Volgens artikel 2 van deze Richtlijn behandelen aanbestedende diensten ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten zij transparantie in hun handelen.

36 Het Hof heeft gepreciseerd dat de verplichting tot transparantie in essentie tot doel heeft te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen (arrest van 29 maart 2012, *SAG ELV Slovensko e.a.*, C 599/10, punt 25).

37 Ainsi, bien que le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir de négociation dans le cadre d'une procédure négociée, il est toujours tenu de veiller à ce que les exigences du marché, auxquelles il a attribué un caractère impératif, soient respectées. Si tel n'était pas le cas, le principe selon lequel les pouvoirs adjudicateurs agissent avec transparence serait méconnu et le but rappelé au point précédent du présent arrêt ne saurait être atteint.

38 Par ailleurs, le fait d'admettre la recevabilité d'une offre non conforme à des conditions impératives en vue de la négociation priverait de toute utilité la fixation de conditions impératives dans l'appel d'offres et ne permettrait pas au pouvoir adjudicateur de négocier avec les soumissionnaires sur une base commune à ces derniers, constituée desdites conditions, et, partant, de traiter ceux-ci sur un pied d'égalité.

39 Au vu des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la première question que l'article 30, paragraphe 2, de la directive 2004/18 n'autorise pas le pouvoir adjudicateur à négocier avec les soumissionnaires des offres qui ne répondent pas aux exigences impératives prévues par les spécifications techniques du marché. »

14.3. Les « exigences minimales », que l'article 37, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la directive 2014/23/UE définit plus précisément comme étant « les conditions et caractéristiques (notamment techniques, physiques, fonctionnelles et juridiques) que toute offre est tenue de remplir ou de posséder », et les « exigences minimales ou (...) exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents de concession », à l'article 30, alinéa 3, 3°, du projet paraissent (du moins dans une large mesure) correspondre aux « exigences impératives prévues par les spécifications techniques relatives au marché », visées dans l'arrêt C-561/12 du 5 décembre 2013. Dès lors qu'il concerne des « exigences impératives », cet arrêt ne peut pas porter directement sur les cas visés à l'article 30, alinéa 3, 1° et 2°, du projet.

14.4. Invité à justifier plus avant la possibilité de régulariser une offre substantiellement irrégulière au regard des principes et de la jurisprudence précités, le délégué a déclaré ce qui suit :

« De bedoeling van artikel 30, vierde lid, bestaat erin aan te geven dat een aanbesteder de substantieel onregelmatige offerte, behoudens andersluidende bepaling in de concessie documenten, moet nietig verklaren (zie art. 30, vierde lid, tweede zin). In de concessie documenten kan hiervan wel worden afgeweken. Zodoende kan in de concessie documenten worden verduidelijkt dat bepaalde substantiële onregelmatigheden nog het voorwerp kunnen uitmaken van regularisatie. In dat laatste geval wordt de substantiële onregelmatigheid niet door de aanbesteder geregulariseerd. De offerte wordt in dat geval echter niet zomaar toelaatbaar geacht door de aanbesteder. Deze laatste biedt de inschrijver de mogelijkheid om, in overeenstemming met de verduidelijkingen aangebracht in de concessie documenten, een aangepaste offerte in te dienen. Pas als effectief een aangepaste offerte wordt ingediend die niet langer behept zou zijn met een substantiële onregelmatigheid, kunnen de onderhandelingen worden opgestart. Het vijfde lid bepaalt immers dat substantieel onregelmatige offertes nooit kunnen toegelaten worden tot de onderhandelingen. Op die wijze wordt gegarandeerd dat de dwingende voorwaarden worden nageleefd door de inschrijvers, dat niet wordt onderhandeld over de dwingende eisen en dat de onderhandelingen op voet van gelijkheid worden gevoerd.

In dit kader past het in herinnering te brengen dat onderhandelingen in het kader van de plaatsing van concessieovereenkomsten steeds zijn toegelaten (en zelfs nodig zijn).

Zodoende ligt de aanpak in lijn met de rechtspraak van het Hof van Justitie omtrent het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers en het transparantiebeginsel, met name het arrest van 5 december 2013, C-561/12, Nordecon AS.

Moest de Raad van State toch een andere lezing hebben van het voornoemde arrest, dan moet erop worden gewezen dat het voormelde arrest nog betrekking heeft op de oude richtlijn. In de nieuwe richtlijnen overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten zijn aanzienlijke bijkomende versoepelingen voorzien. Zo voorziet artikel 41.3, tweede lid, van richtlijn 2014/23/EU dat de aanbesteder, wanneer zij een offerte ontvangt waarin een innovatieve oplossing met een uitzonderlijk hoog functioneel prestatieniveau wordt voorgesteld dat door een zorgvuldig handelende aanbesteder niet kon worden voorzien, bij wijze van uitzondering de volgorde van de gunningscriteria nog kan wijzigen onder bepaalde voorwaarden. In dat geval stelt de aanbesteder alle inschrijvers op de hoogte van de wijziging en doet zij een nieuwe oproep tot het indienen van aangepaste offertes. Bovendien kan verwezen worden naar de corrigerende maatregelen in het kader van de afwezigheid van uitsluitingsgronden: ook hier

37 De aanbestedende dienst dient er dus, ofschoon hij in het kader van een procedure van gunning door onderhandelingen beschikt over onderhandelingsbevoegdheid, altijd zorg voor te dragen dat aan de eisen van de opdracht waaraan hij een dwingend karakter heeft gegeven, wordt voldaan. Als dat niet het geval was, zou aan het beginsel volgens hetwelk aanbestedende diensten transparantie betrachten in hun handelen afbreuk worden gedaan en kan het in het voorgaande punt genoemde doel niet worden bereikt.

38 Het toelaatbaar achten van een inschrijving die niet voldoet aan de dwingende eisen zou, met het oog op de onderhandelingen, aan de vaststelling van dwingende voorwaarden in de aanbestedingsprocedure elk nut ontnemen en de aanbestedende dienst niet in staat stellen de onderhandelingen met de inschrijvers op een voor deze inschrijvers gemeenschappelijke basis, en, bijgevolg, op voet van gelijkheid, te voeren.

39 Gelet op het voorgaande, moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 30, lid 2, van Richtlijn 2004/18 de aanbestedende dienst niet toestaat te onderhandelen met indieners van inschrijvingen die niet beantwoorden aan de dwingende eisen van de technische specificaties van de opdracht. »

14.3. De "minimumeisen", die in artikel 37, lid 1, tweede alinea, van Richtlijn 2014/23/EU nader worden omschreven als "de (met name technische, materiële, functionele en juridische) voorwaarden en kenmerken waaraan elke inschrijving moet voldoen of moet omvatten", en "de in de concessie documenten bepaalde minimale eisen of de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de concessie documenten", in artikel 30, derde lid, 3°, van het ontwerp, lijken (minstens in belangrijke mate) overeen te stemmen met "de dwingende eisen van de technische specificaties van de opdracht" zoals bedoeld in arrest C-561/12 van 5 december 2013. Aangezien dit arrest betrekking heeft op "dwingende eisen" kan het niet rechtstreeks worden betrokken op de gevallen zoals bedoeld in artikel 30, derde lid, 1° en 2°, van het ontwerp.

14.4. Gevraagd om de mogelijkheid tot regularisatie van een substantieel onregelmatige offerte nader te verantwoorden in het licht van de voormelde beginselen en rechtspraak, verklaarde de gemachtigde :

« De bedoeling van artikel 30, vierde lid, bestaat erin aan te geven dat een aanbesteder de substantieel onregelmatige offerte, behoudens andersluidende bepaling in de concessie documenten, moet nietig verklaren (zie art. 30, vierde lid, tweede zin). In de concessie documenten kan hiervan wel worden afgeweken. Zodoende kan in de concessie documenten worden verduidelijkt dat bepaalde substantiële onregelmatigheden nog het voorwerp kunnen uitmaken van regularisatie. In dat laatste geval wordt de substantiële onregelmatigheid niet door de aanbesteder geregulariseerd. De offerte wordt in dat geval echter niet zomaar toelaatbaar geacht door de aanbesteder. Deze laatste biedt de inschrijver de mogelijkheid om, in overeenstemming met de verduidelijkingen aangebracht in de concessie documenten, een aangepaste offerte in te dienen. Pas als effectief een aangepaste offerte wordt ingediend die niet langer behept zou zijn met een substantiële onregelmatigheid, kunnen de onderhandelingen worden opgestart. Het vijfde lid bepaalt immers dat substantieel onregelmatige offertes nooit kunnen toegelaten worden tot de onderhandelingen. Op die wijze wordt gegarandeerd dat de dwingende voorwaarden worden nageleefd door de inschrijvers, dat niet wordt onderhandeld over de dwingende eisen en dat de onderhandelingen op voet van gelijkheid worden gevoerd.

In dit kader past het in herinnering te brengen dat onderhandelingen in het kader van de plaatsing van concessieovereenkomsten steeds zijn toegelaten (en zelfs nodig zijn).

Zodoende ligt de aanpak in lijn met de rechtspraak van het Hof van Justitie omtrent het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers en het transparantiebeginsel, met name het arrest van 5 december 2013, C-561/12, Nordecon AS.

Moest de Raad van State toch een andere lezing hebben van het voornoemde arrest, dan moet erop worden gewezen dat het voormelde arrest nog betrekking heeft op de oude Richtlijn. In de nieuwe Richtlijnen overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten zijn aanzienlijke bijkomende versoepelingen voorzien. Zo voorziet artikel 41.3, tweede lid, van Richtlijn 2014/23/EU dat de aanbesteder, wanneer zij een offerte ontvangt waarin een innovatieve oplossing met een uitzonderlijk hoog functioneel prestatieniveau wordt voorgesteld dat door een zorgvuldig handelende aanbesteder niet kon worden voorzien, bij wijze van uitzondering de volgorde van de gunningscriteria nog kan wijzigen onder bepaalde voorwaarden. In dat geval stelt de aanbesteder alle inschrijvers op de hoogte van de wijziging en doet zij een nieuwe oproep tot het indienen van aangepaste offertes. Bovendien

werd het wenselijk geacht om nog in een soort van "regularisatiemogelijkheid" te voorzien.»

Le délégué a encore ajouté ce qui suit :

« De trend om meer regularisatie toe te laten is enigszins logisch in het licht van het feit dat het gebruik van de mededingingsprocedure met onderhandeling aan minder voorwaarden is onderworpen en dus vaker aangewend zal worden. Zoals in overweging 45 van de richtlijn 2014/24/EU toegelicht zijn de onderhandelingen net gericht op het aanbrengen van verbeteringen aan de offertes. Aangezien in het kader van de onderhandelingsprocedures meerdere opeenvolgende offertes worden ingediend, is het logisch om een regularisatiemogelijkheid in te bouwen. Het werd wenselijk geacht deze mogelijkheid strikt te omkaderen, om te garanderen dat dwingende voorwaarden worden nageleefd, dat niet wordt onderhandeld over de minimumeisen en dat het gelijkheidsbeginsel wordt gerespecteerd. Vandaar dan ook dat offertes die substantiële onregelmatigheden bevatten niet tot de onderhandelingen mogen worden toegelaten.

Bovendien moet erop gewezen worden dat de substantiële onregelmatigheid ook betrekking kan hebben op formele eisen zoals de ondertekeningseisen. In dit licht past het in herinnering te brengen dat ook het indieningsrapport waarmee de initiële offerte wordt ingediend, ondertekend moet zijn door middel van een gekwalificeerde elektronische handtekening (behoudens andersluidende bepaling in de concessiedocumenten; zie artikel 18, § 3, derde lid en § 4). Indien een dergelijk indieningsrapport niet met de voormelde handtekening is voorzien, dan zorgt dit ervoor dat de initiële offerte met een substantiële onregelmatigheid is behept. Aanbesteders kunnen het aangewezen achten de strenge formele aard van deze bepaling te verzachten door in de concessiedocumenten nog in een regularisatiemogelijkheid hiervoor te voorzien bijvoorbeeld.»

14.5. En substance, le délégué interprète l'arrêt C-561/12 du 5 décembre 2013 de manière tellement restrictive que le jugement de la Cour de justice concernerait uniquement la négociation effective d'une offre 'substantiellement irrégulière'. La question se pose toutefois de savoir s'il ne faut pas déduire, notamment du considérant 38 dudit arrêt, que « le fait d'admettre la recevabilité d'une offre non conforme à des conditions impératives » est de nature à porter atteinte aux principes de transparence et d'égalité pendant la suite de la procédure d'attribution, dès lors que le fait d'accepter encore une telle offre (le cas échéant, après régularisation) « priverait de toute utilité la fixation de conditions impératives dans l'appel d'offres ». De même, on peut se demander si l'égalité entre les soumissionnaires ne risquerait pas de s'en trouver compromise^[17].

Les autres exemples de 'souplesse' dont fait mention le délégué ne conduisent pas en soi à une autre conclusion. La possibilité, prévue à l'article 41, paragraphe 3, de la directive 2014/23/UE, s'applique uniquement si l'on peut démontrer qu'il s'agit d'une « solution innovante présentant des performances fonctionnelles d'un niveau exceptionnel, qui n'aurait pas pu être prévue malgré la diligence du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice », étant entendu qu'il est mentionné expressément que cette possibilité s'applique « à titre exceptionnel » et qu'il est exigé qu'un nouvel appel soit lancé. Les mesures dites 'correctrices' à l'égard des motifs d'exclusion, prévues à l'article 53 de la loi du 17 juin 2016, doivent être apportées « d'initiative » par le candidat ou le soumissionnaire. En outre, il s'agit dans les deux cas de régimes spécifiques qui trouvent un fondement juridique explicite dans la directive.

14.6. Compte tenu de ce qui précède, le Conseil d'État, section de législation, se doit de formuler une réserve à propos de la faculté de régulariser des offres substantiellement irrégulières.

Si l'auteur du projet maintient cette possibilité, il est de toute façon recommandé que le rapport au Roi justifie ce régime de manière circonstanciée, au regard des principes d'égalité et de transparence et compte tenu de la jurisprudence de la Cour de justice.

Articles 32 et 33

15. À l'article 32, § 1^{er}, du projet, la référence à l'article « 68 de la loi » doit être remplacée par une référence à l'article 51 de la loi du 17 juin 2016.

Dans le texte français de l'article 33, § 1^{er}, du projet, la référence à « l'article 68 de la loi » doit être alignée sur le texte néerlandais du projet, qui vise correctement l'article 51 de la loi.

kan verwezen worden naar de corrigerende maatregelen in het kader van de afwezigheid van uitsluitingsgronden: ook hier werd het wenselijk geacht om nog in een soort van "regularisatiemogelijkheid" te voorzien.»

De gemachtigde voegde daar verder aan toe :

« De trend om meer regularisatie toe te laten is enigszins logisch in het licht van het feit dat het gebruik van de mededingingsprocedure met onderhandeling aan minder voorwaarden is onderworpen en dus vaker aangewend zal worden. Zoals in overweging 45 van de Richtlijn 2014/24/EU toegelicht zijn de onderhandelingen net gericht op het aanbrengen van verbeteringen aan de offertes. Aangezien in het kader van de onderhandelingsprocedures meerdere opeenvolgende offertes worden ingediend, is het logisch om een regularisatiemogelijkheid in te bouwen. Het werd wenselijk geacht deze mogelijkheid strikt te omkaderen, om te garanderen dat dwingende voorwaarden worden nageleefd, dat niet wordt onderhandeld over de minimumeisen en dat het gelijkheidsbeginsel wordt gerespecteerd. Vandaar dan ook dat offertes die substantiële onregelmatigheden bevatten niet tot de onderhandelingen mogen worden toegelaten.

Bovendien moet erop gewezen worden dat de substantiële onregelmatigheid ook betrekking kan hebben op formele eisen zoals de ondertekeningseisen. In dit licht past het in herinnering te brengen dat ook het indieningsrapport waarmee de initiële offerte wordt ingediend, ondertekend moet zijn door middel van een gekwalificeerde elektronische handtekening (behoudens andersluidende bepaling in de concessiedocumenten; zie artikel 18, § 3, derde lid en § 4). Indien een dergelijk indieningsrapport niet met de voormelde handtekening is voorzien, dan zorgt dit ervoor dat de initiële offerte met een substantiële onregelmatigheid is behept. Aanbesteders kunnen het aangewezen achten de strenge formele aard van deze bepaling te verzachten door in de concessiedocumenten nog in een regularisatiemogelijkheid hiervoor te voorzien bijvoorbeeld.»

14.5. In essentie interpreteert de gemachtigde het arrest C-561/12 van 5 december 2013 dermate eng dat het oordeel van het Hof van Justitie enkel het daadwerkelijke onderhandelen over een "substantieel onregelmatige" offerte zou betreffen. De vraag is evenwel of, onder meer uit overweging 38 van het betrokken arrest, niet moet worden afgeleid dat het "toelaatbaar achten van een inschrijving die niet voldoet aan de dwingende eisen" van aard is om de beginselen van transparantie en gelijkheid in het gedrang te brengen tijdens het verdere verloop van de gunningsprocedure, aangezien het alsnog aanvaarden van dergelijke offerte (in voorkomend geval na regularisatie) "aan de vaststelling van dwingende voorwaarden in de aanbestedingsprocedure elk nut [zou] ontnemen". Ook rijst de vraag of erdoor niet de gelijkheid tussen de inschrijvers op de helling dreigt komen te staan.^[17]

De andere voorbeelden van 'soepelheid' waarnaar de gemachtigde verwijst, leiden op zich niet tot een andere conclusie. De mogelijkheid vervat in artikel 41, lid 3, van Richtlijn 2014/23/EU vindt slechts toepassing indien er aantoonbaar sprake is van "een innovatieve oplossing met een uitzonderlijk hoog functioneel prestatieniveau (...) dat door een zorgvuldig handelende aanbestedende dienst of aanbestedende instantie niet kon worden voorzien", waarbij uitdrukkelijk wordt vermeld dat deze mogelijkheid geldt "bij wijze van uitzondering" en er wordt vereist dat een nieuwe oproep wordt georganiseerd. De zogenaamde 'corrigerende maatregelen' ten aanzien van de uitsluitingsgronden zoals voorzien in artikel 53 van de wet van 17 juni 2016 moeten door de kandidaat of inschrijver "op eigen initiatief" worden aangebracht. Bovendien betreft het in beide gevallen specifieke regimes die een uitdrukkelijke grondslag vinden in de Richtlijn.

14.6. Gelet op hetgeen voorafgaat ziet de Raad van State, afdeling Wetgeving, zich genoodzaakt om een voorbehoud te formuleren bij de mogelijkheid om substantieel onregelmatige offertes te regulariseren.

Indien de auteur van het ontwerp vasthoudt aan deze mogelijkheid, is het hoe dan ook aan te bevelen dat deze regeling, in het licht van de beginselen van gelijkheid en transparantie en rekening houdend met het rechtspraak van het Hof van Justitie, omstandig wordt verantwoord in het verslag aan de Koning.

Artikelen 32 en 33

15. De verwijzing in artikel 32, § 1, van het ontwerp, naar artikel "68 van de wet" moet worden vervangen door een verwijzing naar artikel 51 van de wet van 17 juni 2016.

In de Franse tekst van artikel 33, § 1, van het ontwerp, moet de verwijzing naar "l'article 68 de la loi" worden afgestemd op de Nederlandse tekst van het ontwerp, waarin correct wordt verwezen naar artikel 51 van de wet.

Article 35

16. Il y a lieu de réexaminer la rédaction du texte néerlandais de l'article 35, § 2, alinéa 2, du projet. Il découle du texte néerlandais du projet que le segment de phrase « in het land van oorsprong of het land waar de ondernemer werkt » porte uniquement sur les mots « gekwalificeerde beroepsorganisatie », tandis que le segment de phrase correspondant dans le texte français porte également on peut aussi porter sur « l'autorité judiciaire ou administrative compétente » et sur « un notaire ».

En outre, dans le texte néerlandais, on remplacera le segment de phrase « juridische of administratieve overheid » par les mots « rechterlijke of administratieve overheid » et le mot « werkt » par les mots « is gevestigd » (texte français : « est établi ») ^[18].

Article 37

17. L'alinéa 1^{er} de l'article 37, § 3, du projet dispose que « le groupement [d'opérateurs économiques] dans son ensemble (...) doit satisfaire aux conditions et critères de sélection », tandis que l'alinéa 2 prévoit que « lorsque des raisons objectives le justifient et dans le respect du principe de proportionnalité, l'adjudicateur peut déroger à l'alinéa 1^{er} et notamment exiger que la condition ou le critère de sélection soit satisfait par un participant déterminé du groupement ».

La portée exacte de l'article 37, § 3, du projet n'apparaît pas clairement et pourrait être source d'insécurité juridique.

Un groupement d'opérateurs économiques paraît satisfaire « dans son ensemble » aux conditions et critères de sélection dès qu'il est satisfait à chaque condition de sélection individuelle et à chaque critère de sélection individuel par au moins un membre du groupement (par exemple : l'opérateur économique A satisfait au critère 1, l'opérateur économique B satisfait au critère 2 et l'opérateur économique C satisfait au critère 3). Si telle est la portée de l'article 37, § 3, alinéa 1^{er}, on n'aperçoit pas clairement la portée de la dérogation prévue par l'alinéa 2 de ce paragraphe, puisque celui-ci mentionne « la condition ou le critère de sélection » (« un participant déterminé du groupement » ne devant donc plus satisfaire à toutes les conditions et tous les critères). Inversement, s'il résulte de l'alinéa 1^{er} de l'article 37, § 3, du projet qu'une seule entreprise d'un groupement doit remplir toutes les conditions et tous les critères de sélection, l'utilité du groupement est vidée de sa substance. Pareil régime risque par ailleurs de se heurter à l'article 26, paragraphe 2, de la directive 2014/23/UE.

Il convient par conséquent de soumettre l'article 37, § 3, du projet à un examen complémentaire. Il est à tout le moins recommandé de préciser le texte du projet sur ce point dans le rapport au Roi. À cet égard, il est conseillé d'expliquer ce que l'on entend par les « raisons objectives [qui] le justifient », à l'article 37, § 3, alinéa 2, et d'indiquer comment le principe de proportionnalité sera respecté.

Article 44

18. L'article 44, 1^o, du projet prévoit qu'« à tout moment de la procédure », l'adjudicateur peut, « si cela s'avère nécessaire », s'informer de la situation de tout candidat ou soumissionnaire aux fins de la vérification des motifs d'exclusion visés aux articles 50 à 52 de la loi. L'article 51 de la loi du 17 juin 2016 concerne les motifs d'exclusion obligatoire liés aux obligations fiscales et de sécurité sociale, dont les articles 32, § 2, et 33, § 2, du projet disposent que le pouvoir adjudicateur doit procéder à la vérification « dans les vingt jours suivant la date ultime pour l'introduction des demandes de participation ou des offres ». Il est recommandé de préciser comment ce délai s'articule avec la possibilité, prévue à l'article 44, qui peut être appliquée « à tout moment de la procédure (...) si cela s'avère nécessaire ».

19. L'article 44, 2^o, a), du projet prévoit que, dans certains cas, l'adjudicateur « [peut] demander la production des statuts ou actes de société ainsi que de toute modification des informations relatives aux administrateurs ou gérants, pour autant qu'il s'agisse de documents et d'informations qui ne peuvent être obtenus en application de la loi du 16 janvier 2003 portant création d'une Banque-Carrefour des Entreprises, modernisation du registre de commerce, création de guichets d'entreprises agréés et portant diverses dispositions ».

La loi précitée du 16 janvier 2003 a toutefois été abrogée par la loi du 17 juillet 2013 'portant insertion du livre III 'Liberté d'établissement, de prestation de service et obligations générales des entreprises', dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres

Artikel 35

16. De redactie van de Nederlandse tekst van artikel 35, § 2, tweede lid, van het ontwerp, moet aan een bijkomend onderzoek worden onderworpen. Uit de Nederlandse tekst van het ontwerp volgt dat de zinsnede "in het land van oorsprong of het land waar de ondernemer werkt" enkel betrekking heeft op de "gekwalificeerde beroepsorganisatie", terwijl de overeenstemmende zinsnede in de Franse tekst ook slaat of kan slaan op "een juridische of administratieve overheid" en "een notaris".

Bovendien moet in de Nederlandse tekst de zinsnede "juridische of administratieve overheid" worden vervangen door "rechterlijke of administratieve overheid" en moet het woord "werkt" worden vervangen door "is gevestigd" (Franse tekst: "est établi"). ^[18]

Artikel 37

17. Het eerste lid van artikel 37, § 3, van het ontwerp bepaalt dat "de combinatie van ondernemers in haar geheel [moet] voldoen aan de selectievoorwaarden en -criteria", terwijl het tweede lid bepaalt dat "[i]ndien objectieve redenen dit rechtvaardigen en mits eerbiediging van het proportionaliteitsbeginsel, (...) de aanbesteder [kan afwijken] van het eerste lid en eisen dat aan de selectievoorwaarde of -criterium wordt voldaan door een bepaalde deelnemer aan deze combinatie".

De exacte draagwijdte van artikel 37, § 3, van het ontwerp is onduidelijk en dreigt tot rechtsonzekerheid te leiden.

Een combinatie van ondernemers lijkt "in haar geheel" te voldoen aan de selectievoorwaarden en -criteria zodra aan elke individuele selectievoorwaarde en elk individueel selectiecriterium wordt voldaan door minstens één lid van de combinatie (bijvoorbeeld: ondernemer A voldoet aan criterium 1, ondernemer B voldoet aan criterium 2 en ondernemer C voldoet aan criterium 3). Indien dat de draagwijdte is van artikel 37, § 3, eerste lid, is het niet duidelijk wat de draagwijdte is van de afwijking waarin wordt voorzien in het tweede lid van deze paragraaf, aangezien daarin melding wordt gemaakt van "de selectievoorwaarde of -criterium" (en "een bepaalde deelnemer aan deze combinatie" dus niet moet voldoen aan alle voorwaarden of criteria). Omgekeerd, indien het eerste lid van artikel 37, § 3, van het ontwerp, betekent dat één onderneming van een combinatie moet voldoen aan alle selectievoorwaarden en -criteria, wordt het nut van de combinatie uitgehold. Dergelijke regeling dreigt dan trouwens op gespannen voet te staan met artikel 26, lid 2, van Richtlijn 2014/23/EU.

Artikel 37, § 3, van het ontwerp, dient bijgevolg aan een bijkomend onderzoek te worden onderworpen. Minstens verdient het aanbeveling om de tekst van het ontwerp op dit punt nader toe te lichten in het verslag aan de Koning. Daarbij is het raadzaam om te verduidelijken wat verstaan wordt onder de "objectieve redenen [die] dit rechtvaardigen", in artikel 37, § 3, tweede lid, en om aan te geven op welke wijze het proportionaliteitsbeginsel zal worden geëerbiedigd.

Artikel 44

18. Artikel 44, 1^o, van het ontwerp, bepaalt dat de aanbesteder zich "zo nodig op elk moment van de procedure" kan vergewissen van de toestand van een kandidaat of inschrijver met het oog op het nazicht van de uitsluitingsgronden bedoeld in de artikelen 50 tot 52 van de wet. Artikel 51 van de wet van 17 juni 2016 betreft de verplichte uitsluitingsgronden die verband houden met fiscale en socialezekerheidsverplichtingen, waarvan artikel 32, § 2, en 33, § 2, van het ontwerp bepalen dat de aanbestedende overheid de verificatie moet verrichten "binnen de twintig dagen na de uiterste datum voor het indienen van de aanvragen tot deelneming of de offertes". Het verdient aanbeveling om te verduidelijken hoe deze termijnregeling zich verhoudt tot de mogelijkheid vervat in artikel 44 die "zo nodig op elk moment van de procedure" kan worden toegepast.

19. Artikel 44, 2^o, a), van het ontwerp, bepaalt dat de aanbesteder in bepaalde gevallen "de voorlegging [kan] eisen van de statuten of notariële akten van de maatschappij alsook van elke inlichting betreffende de bestuurders en beheerders, voor zover het documenten en inlichtingen betreft die niet met toepassing van de wet van 16 januari 2003 tot oprichting van de Kruispuntbank van Ondernemingen, tot modernisering van het handelsregister, tot oprichting van erkende ondernemingsloketten en houdende diverse bepalingen, kunnen worden verkregen".

De voornoemde wet van 16 januari 2003 werd echter opgeheven bij de wet van 17 juli 2013 « houdende invoeging van Boek III 'Vrijheid van vestiging, dienstverlening en algemene verplichtingen van de ondernemingen', in het Wetboek van economisch recht en houdende

au livre III et des dispositions d'application de la loi propres au livre III, dans les livres I et XV du Code de droit économique', qui est entré en vigueur le 9 mai 2014.

La référence à la loi du 16 janvier 2003 doit par conséquent être remplacée par une référence aux dispositions pertinentes du Code de droit économique.

Article 53 et 54

20.1. Les articles 53 et 54 du projet correspondent dans une large mesure aux articles 12/3 et 12/4, en projet, du projet d'arrêté royal sur lequel le Conseil d'État, section de législation, a donné le 23 mars 2017 l'avis 61.030/1, qui est déjà mentionné dans la note de bas de page 1.

À propos de ces dispositions, le Conseil d'État, section de législation, a formulé dans son avis les observations suivantes :

« 5.1. L'article 12/3, § 1^{er}, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 (article 12 du projet) s'énonce comme suit :

'Il est interdit à un sous-traitant de sous-traiter à un autre sous-traitant la totalité du marché qui lui a été attribué. Il est également interdit pour un sous-traitant de conserver uniquement la coordination du marché.'

Cette disposition instaure une interdiction qui ne figure pas dans la réglementation actuelle. Elle ne peut pas non plus être directement mise en relation avec une obligation ou une possibilité prévue dans les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE.

L'article 12/3, § 1^{er}, en projet, cité soulève un certain nombre de questions (voir le point 5.2) qui ont été soumises au délégué et auxquelles celui-ci a répondu (voir le point 5.3).

5.2. S'il est admis que la lutte contre le dumping social constitue un objectif défendable, la question se pose néanmoins de savoir si la mesure en projet répond effectivement à l'exigence de proportionnalité et si elle est efficace (question a).

On peut également se demander si la disposition en projet et l'interdiction qu'elle contient dans le chef des sous-traitants est pleinement compatible avec la jurisprudence de la Cour de justice concernant la directive 2004/18/CE^[19] -^[20] (question b).

L'interdiction contenue à l'article 12/3, § 1^{er}, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 ne se heurte-t-elle pas à l'article 71, paragraphe 8, de la directive 2014/24/UE qui énonce que les États membres peuvent adopter les mesures concernées 'dans le respect du droit de l'Union' et à l'article 71, paragraphe 6, de la même directive, qui va plutôt dans le sens de la transparence et d'un certain nombre d'obligations spécifiques concernant notamment la responsabilité solidaire et le contrôle des critères d'exclusion, mais pas dans le sens d'une interdiction absolue? En d'autres termes, l'interdiction peut-elle encore être considérée comme une 'mesure appropriée' à laquelle fait allusion le rapport au Roi (question c)?

Une interdiction absolue de la sous-traitance est-elle compatible avec le fait qu'il résulte tant de l'article 62, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE que de l'article 79, paragraphe 3, de la directive 2014/25/UE que des limitations de la possibilité de sous-traitance ne sont autorisées que dans des cas bien précis (question d)?

5.3. Le délégué a répondu aux questions mentionnées au point 5.2 en ces termes :

'Antwoord op de vragen a), b) en c):

Er wordt vooreerst aan herinnerd dat de betreffende bepaling werd ontwikkeld door de politieke werkgroep 'strijd tegen de sociale dumping', waarna vervolgens om het advies werd verzocht van de Commissie voor de overheidsopdrachten (hierna 'COO'). Sommige leden van de COO hebben zich gekant tegen het in artikel 12/3, § 2, bedoelde verbod. De maatregel bleef echter behouden in het ontwerp. De betreffende leden geven in het advies van de COO aan het verbod strijdig zou zijn met de rechtspraak van het Hof van Justitie. Met name stellen zij dat het doel van de maatregel weliswaar verdedigbaar is, maar niet proportioneel. Niettemin voegen zij onmiddellijk toe dat het Hof zich nog nooit uitdrukkelijk over een dergelijke beperking van de onderaannemingsketen heeft uitgesproken.

Inderdaad moet worden vastgesteld dat het Hof van Justitie zich nog niet heeft kunnen uitspreken over beperkingen van de onderaannemingsketen in uitvoering van artikel 71.6 van richtlijn 2014/24/EU (of artikel 88.6 van richtlijn 2014/25/EU). Het betreft immers een volledig nieuwe bepaling die stelt dat de lidstaten, ter voorkoming van inbreuken door onderaannemers op de toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en

invoeging van de definities eigen aan boek III en van de rechts-handhavingsbepalingen eigen aan boek III, in boeken I en XV van het Wetboek van economisch recht», die op 9 mei 2014 in werking is getreden.

De verwijzing naar de wet van 16 januari 2003 dient bijgevolg te worden vervangen door een verwijzing naar de relevante bepalingen van het Wetboek van economisch recht.

Artikelen 53 en 54

20.1. De artikelen 53 en 54 van het ontwerp stemmen in belangrijke mate overeen met de ontworpen artikelen 12/3 en 12/4 van het ontwerp van koninklijk besluit waarover de Raad van State, afdeling Wetgeving, op 23 maart 2017 het reeds in voetnoot 1 vermelde advies 61.030/1 uitbracht.

Over deze bepalingen merkte de Raad van State, afdeling Wetgeving, in zijn advies het volgende op :

« 5.1. Het ontworpen artikel 12/3, § 1, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 (artikel 12 van het ontwerp) luidt :

"Het is verboden voor een onderaannemer om het geheel van de opdracht dat hem werd toegewezen in onderaanneming te geven aan een andere onderaannemer. Het is eveneens verboden voor een onderaannemer om alleen de coördinatie van de opdracht te behouden.»

Deze bepaling voert een verbod in dat in de huidige regelgeving niet voorkomt. Evenmin valt deze bepaling rechtstreeks te betrekken op een verplichting of een mogelijkheid in de Richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU.

Het aangehaalde ontworpen artikel 12/3, § 1, doet een aantal vragen (zie randnummer 5.2) rijzen die aan de gemachtigde werden voorgelegd en die door hem werden beantwoord (zie randnummer 5.3).

5.2. Indien wordt aangenomen dat de strijd tegen sociale dumping een verdedigbaar doel uitmaakt, rijst niettemin de vraag of de ontworpen maatregel wel beantwoordt aan het evenredigheidsvereiste en of hij efficiënt is (vraag a).

Ook kan men zich afvragen of de ontworpen bepaling en het erin vervatte verbod in hoofde van onderaannemers zonder meer spoort met de rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot Richtlijn 2004/18/EG^[19] -^[20] (vraag b).

Staat de verbodsbepaling van het ontworpen artikel 12/3, § 1, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 niet op gespannen voet met het bepaalde in artikel 71, lid 8, van Richtlijn 2014/24/EU, waarin wordt bepaald dat de lidstaten de betrokken maatregelen kunnen aannemen 'met inachtning van het Unierecht', en met artikel 71, lid 6, van dezelfde Richtlijn, dat veeleer wijst in de richting van transparantie en een aantal specifieke verplichtingen op het vlak van onder meer de hoofdelijke aansprakelijkheid en de controle van de uitsluitingscriteria, maar niet in de richting van een absoluut verbod? Kan m.a.w. de verbodsbepaling nog worden beschouwd als een 'passende maatregel' waarop in het verslag aan de Koning wordt gealludeerd (vraag c)?

Is een absoluut verbod op onderaanneming verenigbaar met het gegeven dat uit zowel artikel 62, lid 2, van Richtlijn 2014/24/EU, als artikel 79, lid 3, van Richtlijn 2014/25/EU volgt dat beperkingen van de mogelijkheid tot onderaanneming enkel in welbepaalde gevallen kunnen (vraag d)?

5.3. De gemachtigde beantwoordde de sub 5.2 vermelde vragen als volgt :

« Antwoord op de vragen a), b) en c) :

Er wordt vooreerst aan herinnerd dat de betreffende bepaling werd ontwikkeld door de politieke werkgroep "strijd tegen de sociale dumping", waarna vervolgens om het advies werd verzocht van de Commissie voor de overheidsopdrachten (hierna "COO"). Sommige leden van de COO hebben zich gekant tegen het in artikel 12/3, § 2, bedoelde verbod. De maatregel bleef echter behouden in het ontwerp. De betreffende leden geven in het advies van de COO aan het verbod strijdig zou zijn met de rechtspraak van het Hof van Justitie. Met name stellen zij dat het doel van de maatregel weliswaar verdedigbaar is, maar niet proportioneel. Niettemin voegen zij onmiddellijk toe dat het Hof zich nog nooit uitdrukkelijk over een dergelijke beperking van de onderaannemingsketen heeft uitgesproken.

Inderdaad moet worden vastgesteld dat het Hof van Justitie zich nog niet heeft kunnen uitspreken over beperkingen van de onderaannemingsketen in uitvoering van artikel 71.6 van Richtlijn 2014/24/EU (of artikel 88.6 van Richtlijn 2014/25/EU). Het betreft immers een volledig nieuwe bepaling die stelt dat de lidstaten, ter voorkoming van inbreuken door onderaannemers op de toepasselijke verplichtingen op

arbeidsrecht, passende maatregelen kunnen treffen waaronder het invoeren van hoofdelijke aansprakelijkheidsmechanismen en het nazicht of de afwezigheid van uitsluitingsgronden. Deze bevinding van de Europese regelgever sluit aan op bevindingen in de praktijk, waarbij inderdaad werd vastgesteld dat praktijken inzake sociale dumping zich met name in de onderaannemingsketen voordoen.

De precieze draagwijdte van de in artikel 71.6 bedoelde preventieve maatregelen is in de richtlijn niet precies omlind. In dit verband is het niet onbelangrijk artikel 18.2 van richtlijn 2014/24/EU opnieuw onder de aandacht te brengen, waarin de naleving van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht tot algemeen beginsel bij het plaatsen van overheidsopdrachten wordt verheven. Inderdaad moet worden vastgesteld dat van de niet-naleving van deze verplichtingen vaak een mededingingsvertekenend effect zal uitgaan. Het nieuwe beginsel is een logisch voortvloeisel van verplichting om de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen (zie Memorie van Toelichting bij de wet van 17 juni 2016, DOC 54 1541/001, p. 25). Mede om die reden moeten de lidstaten over enige ruimte beschikken om maatregelen uit te werken in uitvoering van artikel 71.6 van richtlijn 2014/24/EU.

Met de beoogde maatregel wordt een legitiem doel nagestreefd. Zoals hieronder aangegeven komt het ons eveneens voor dat aan de evenredigheidseis is voldaan.

Het verbod voor een onderaannemer om het geheel van de opdracht dat hem werd toegewezen verder in onderaanneming te geven, is immers allesbehalve streng en dus ook niet zo belemmerend. Het volstaat immers dat de onderaannemer zelf zorgt voor de uitvoering van een klein deel van de hem toegewezen opdracht (bvb 1 %), waarna hij de rest van deze opdracht verder in onderaanneming kan geven. De enige beperking in dit verband is het feit dat het eveneens verboden is voor een onderaannemer om alleen de coördinatie van de opdracht te behouden. Er werd geoordeeld dat van een dergelijk verbod toch een belangrijk gevolg zal hebben: de onderaannemer moet er zich van bewust zijn dat hij een deel van de opdracht zelf zal moeten uitvoeren. Het opzetten van ellenlange cascades wordt aldus tegengegaan, ook in de sectoren die niet als fraudegevoelig zijn aangemerkt (voor de opdrachten voor werken en diensten in de fraudegevoelige sectoren werd de onderaannemingsketen op meer strikte wijze beperkt).

In de mate dat de maatregel minder belemmerend is, moet vlugger worden geoordeeld dat aan de proportionaliteitsvereiste is voldaan. De beperking gaat niet verder dan nodig.

De invoering van het nazicht op afwezigheid van uitsluitingsgronden van onderaannemers (al dan niet verplicht) en de maatregelen inzake hoofdelijke aansprakelijkheid volstaan op zich namelijk niet als preventieve maatregelen, willen zij hun beoogde effect ressorteren. Een dergelijk nazicht doet immers de administratieve lasten voor de aanbestedende overheid in belangrijke mate toenemen. Als geen enkele bijkomende beperking op de onderaannemingsketen wordt ingevoerd blijven zeer lange onderaannemingsketens perfect mogelijk, hetgeen de administratieve lasten onbeheersbaar dreigt te maken, hetgeen finaal dan ook de effectiviteit van de maatregel zou ondergraven. Als de onderaannemingsketen te lang wordt, dan zal de aanbestedende overheid de facto pas kunnen tussenkomen wanneer reeds onregelmatigheden worden vastgesteld. Echter blijkt duidelijk uit artikel 71.6 dat het mogelijk moet zijn preventieve maatregelen te nemen (zie supra). Vandaar de nood aan bijkomende maatregelen.

Oordelen dat de regelgever naast de in artikel 71.6. a) en b), van richtlijn 2014/24/EU vooropgestelde mogelijke maatregelen, hoe dan ook geen andere maatregelen zou kunnen ontwikkelen, aangezien deze dan buitenproportioneel zouden zijn, strookt niet met de in artikel 86, tweede lid (en 156, § 2, eerste lid) van de wet bedoelde machtigingsbepalingen aan de Koning, waarbij deze laatste in beperkingen van de onderaannemingsketen kan voorzien. Dit zou evenmin stroken met artikel 71.6 van richtlijn 2014/24/EU zelf, waarbij is aangegeven dat de onder a) en b) opgegeven maatregelen slechts voorbeelden zijn (gelet op het woord 'zoals').

Artikel 63, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU bevat inderdaad een analoge bepaling als artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18/EG en artikel 25, eerste alinea, van richtlijn 2004/18/EG komt terug in artikel 71, lid 2, van richtlijn 2014/24/EU. Echter moet ook rekening worden gehouden met de nieuwe artikelen 18.2, 71.1, 71.6 en 71.8 van richtlijn 2014/24/EU (zie supra).

Artikel 71.2 kan in het kader van de strijd tegen de sociale dumping bij onderaannemers geen decisieve rol spelen. Het betreft de mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om de inschrijver te verzoeken in zijn offerte aan te

het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht, passende maatregelen kunnen treffen waaronder het invoeren van hoofdelijke aansprakelijkheidsmechanismen en het nazicht of de afwezigheid van uitsluitingsgronden. Deze bevinding van de Europese regelgever sluit aan op bevindingen in de praktijk, waarbij inderdaad werd vastgesteld dat praktijken inzake sociale dumping zich met name in de onderaannemingsketen voordoen.

De precieze draagwijdte van de in artikel 71.6 bedoelde preventieve maatregelen is in de Richtlijn niet precies omlind. In dit verband is het niet onbelangrijk artikel 18.2 van Richtlijn 2014/24/EU opnieuw onder de aandacht te brengen, waarin de naleving van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht tot algemeen beginsel bij het plaatsen van overheidsopdrachten wordt verheven. Inderdaad moet worden vastgesteld dat van de niet-naleving van deze verplichtingen vaak een mededingingsvertekenend effect zal uitgaan. Het nieuwe beginsel is een logisch voortvloeisel van verplichting om de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen (zie Memorie van Toelichting bij de wet van 17 juni 2016, DOC 54 1541/001, p. 25). Mede om die reden moeten de lidstaten over enige ruimte beschikken om maatregelen uit te werken in uitvoering van artikel 71.6 van Richtlijn 2014/24/EU.

Met de beoogde maatregel wordt een legitiem doel nagestreefd. Zoals hieronder aangegeven komt het ons eveneens voor dat aan de evenredigheidseis is voldaan.

Het verbod voor een onderaannemer om het geheel van de opdracht dat hem werd toegewezen verder in onderaanneming te geven, is immers allesbehalve streng en dus ook niet zo belemmerend. Het volstaat immers dat de onderaannemer zelf zorgt voor de uitvoering van een klein deel van de hem toegewezen opdracht (b.v.b. 1 %), waarna hij de rest van deze opdracht verder in onderaanneming kan geven. De enige beperking in dit verband is het feit dat het eveneens verboden is voor een onderaannemer om alleen de coördinatie van de opdracht te behouden. Er werd geoordeeld dat van een dergelijk verbod toch een belangrijk gevolg zal hebben: de onderaannemer moet er zich van bewust zijn dat hij een deel van de opdracht zelf zal moeten uitvoeren. Het opzetten van ellenlange cascades wordt aldus tegengegaan, ook in de sectoren die niet als fraudegevoelig zijn aangemerkt (voor de opdrachten voor werken en diensten in de fraudegevoelige sectoren werd de onderaannemingsketen op meer strikte wijze beperkt).

In de mate dat de maatregel minder belemmerend is, moet vlugger worden geoordeeld dat aan de proportionaliteitsvereiste is voldaan. De beperking gaat niet verder dan nodig.

De invoering van het nazicht op afwezigheid van uitsluitingsgronden van onderaannemers (al dan niet verplicht) en de maatregelen inzake hoofdelijke aansprakelijkheid volstaan op zich namelijk niet als preventieve maatregelen, willen zij hun beoogde effect ressorteren. Een dergelijk nazicht doet immers de administratieve lasten voor de aanbestedende overheid in belangrijke mate toenemen. Als geen enkele bijkomende beperking op de onderaannemingsketen wordt ingevoerd blijven zeer lange onderaannemingsketens perfect mogelijk, hetgeen de administratieve lasten onbeheersbaar dreigt te maken, hetgeen finaal dan ook de effectiviteit van de maatregel zou ondergraven. Als de onderaannemingsketen te lang wordt, dan zal de aanbestedende overheid de facto pas kunnen tussenkomen wanneer reeds onregelmatigheden worden vastgesteld. Echter blijkt duidelijk uit artikel 71.6 dat het mogelijk moet zijn preventieve maatregelen te nemen (zie supra). Vandaar de nood aan bijkomende maatregelen.

Oordelen dat de regelgever naast de in artikel 71.6. a) en b), van Richtlijn 2014/24/EU vooropgestelde mogelijke maatregelen, hoe dan ook geen andere maatregelen zou kunnen ontwikkelen, aangezien deze dan buitenproportioneel zouden zijn, strookt niet met de in artikel 86, tweede lid (en 156, § 2, eerste lid) van de wet bedoelde machtigingsbepalingen aan de Koning, waarbij deze laatste in beperkingen van de onderaannemingsketen kan voorzien. Dit zou evenmin stroken met artikel 71.6 van Richtlijn 2014/24/EU zelf, waarbij is aangegeven dat de onder a) en b) opgegeven maatregelen slechts voorbeelden zijn (gelet op het woord "zoals").

Artikel 63, lid 1, van Richtlijn 2014/24/EU bevat inderdaad een analoge bepaling als artikel 48, lid 3, van Richtlijn 2004/18/EG en artikel 25, eerste alinea, van Richtlijn 2004/18/EG komt terug in artikel 71, lid 2, van Richtlijn 2014/24/EU. Echter moet ook rekening worden gehouden met de nieuwe artikelen 18.2, 71.1, 71.6 en 71.8 van Richtlijn 2014/24/EU (zie supra).

Artikel 71.2 kan in het kader van de strijd tegen de sociale dumping bij onderaannemers geen decisieve rol spelen. Het betreft de mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om de inschrijver te verzoeken in

geven welk gedeelte van de opdracht hij eventueel voornemens is aan derden in onderaanneming te geven en welke onderaannemers hij voorstelt. Het betreft een eventueel voornemen van de inschrijver. Als de regelgever zou bepalen dat de het verbod om de totaliteit in onderaanneming te geven niet van toepassing is op mogelijke onderaannemers die reeds in het kader van de plaatsing werden doorgegeven door de inschrijver, dan zou de inschrijver het verbod helemaal kunnen uithollen. Het volstaat in dat geval om een ellenlange lijst op te geven van potentiële onderaannemers die vaak tussen komen in de keten, hetgeen de administratieve lasten onbeheersbaar dreigt te maken voor de aanbestedende overheid in het kader van zijn preventieve controle.

Uit het Wroclaw-arrest C-406/14 van het Hof van Justitie volgt dat de richtlijn 2004/18/EG eraan in de weg staat dat een aanbestedende overheid in de opdrachtdocumenten de opdrachtnemer ertoe verplicht een in abstracto bepaald deel van de opdracht met eigen middelen uit te voeren. Hoewel er aantal belangrijke verschilpunten vallen te signaleren tussen het in artikel 12/3, § 1, bedoelde verbod en het arrest C-406/14 (in arrest C-406/14 wordt uit de aard der zaak nog niet verwezen naar het nieuwe artikel 71.6 richtlijn 2014/24/EU; in artikel 12/3, § 1, van het ontwerp betreft het geen verplichting om een in abstracto bepaald deel, bijvoorbeeld 20 %, zelf uit te voeren, maar een verbod om de totaliteit in onderaanneming te geven), werd het toch raadzaam geacht het verbod niet te veralgemenen naar de opdrachtnemer toe.

De opdrachtnemer (op het moment van de plaatsing nog inschrijver) bevindt zich immers in een heel andere positie dan een onderaannemer. Een inschrijver weet uit de aard der zaak niet of hij een opdracht zal toegewezen krijgen. Vaak zal dit niet het geval zijn. Indien het verbod zou worden uitgebreid naar de opdrachtnemer, dan zou dit ertoe kunnen leiden dat een inschrijver geneigd zou kunnen zijn om deel te nemen aan minder overheidsopdrachten tegelijkertijd. In de hypothese dat hij toch alle opdrachten waaraan hij deelnam krijgt toegewezen, kan hij immers moeilijkheden ondervinden om deze gelijktijdig uit te voeren, wetende dat hij als opdrachtnemer niet de totaliteit in onderaanneming zal mogen geven. Indien het verbod zou worden uitgebreid naar de opdrachtnemer, kan hiervan een aanzienlijke mededingingsbelemmerende werking uitgaan. De situatie is anders voor de onderaannemer. Doorgaans zal de onderaannemingsketen, in het geval geen beroep wordt gedaan op de draagkracht van een onderaannemer, pas concreet vorm krijgen zodra de kennisgeving van de gunningsbeslissing is verstuurd. De aanbestedende overheid kan de inschrijvers verzoeken de onderaannemers aan te duiden, maar deze aanduiding is indicatief (gelet op de woorden "eventueel voornemens").

In overweging 32 van de richtlijn 2004/18/EG werd verklaard dat de mogelijkheid van onderaanneming kleine en middelgrote ondernemingen kan aanmoedigen om mee te dingen naar overheidsopdrachten. Dankzij onderaanneming kunnen dergelijke ondernemingen deelnemen aan plaatsingsprocedures en maken zij kans op de gunning ongeacht de omvang van opdracht. Onderaanneming draagt er aldus inderdaad toe bij dat de doelstellingen van de richtlijnen overheidsopdrachten worden verwezenlijkt door het aantal potentiële kandidaten voor overheidsopdrachten te vergroten (conclusies van de advocaat-generaal Sharpston in de Zaak C-406/14, punt 30). Anders gesteld: het feit dat inschrijvers-KMO's weten dat zij, in geval zij de opdracht krijgen toegewezen, één of meerdere onderaannemers kunnen aanstellen, moedigt hen aan om ondanks de omvang van de opdracht die voor hen eerder groot kan zijn, toch een aanvraag tot deelneming of een offerte in te dienen. Het komt ons voor dat het beginsel dat in de rechtspraak van het Hof van Justitie wordt gehuldigd (waarbij weliswaar nog geen rekening kon worden gehouden met artikel 71.6 van richtlijn 2014/24/EU) waarbij het beroep op onderaanneming algemeen mogelijk wordt geacht zonder dat daarop, in beginsel, beperkingen mogen worden ingevoerd, in dit licht moet begrepen worden (arrest C 406/14, overweging 32 en verder). Aangezien het verbod van artikel 12/3, § 1, niet van toepassing is op de opdrachtnemer, en dus ook de deelname van inschrijvers of kandidaten aan de plaatsingsprocedure niet kan ontmoedigen, kwam het ons voor dat dit verbod niet problematisch was, noch het licht van het arrest C-406/14, noch in het licht van artikel 71.6 en 71.8 van richtlijn 2014/24/EU.

(Antwoord op vraag d)

De mogelijkheid tot beperking van de onderaannemingsketen zoals die blijkt artikel 62.2 richtlijn 2014/24/EU heeft een andere finaliteit dan het in artikel 12/3, § 1, van het ontwerp vervatte verbod. In het ene geval betreft het uitzonderlijke kritieke taken die precies door hun kritieke aard beter rechtstreeks door de inschrijver worden verricht. In het andere geval betreft het een verbod ter voorkoming van inbreuken door onderaannemers op de toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht. Gelet op

zijn offerte aan te geven welk gedeelte van de opdracht hij eventueel voornemens is aan derden in onderaanneming te geven en welke onderaannemers hij voorstelt. Het betreft een eventueel voornemen van de inschrijver. Als de regelgever zou bepalen dat de het verbod om de totaliteit in onderaanneming te geven niet van toepassing is op mogelijke onderaannemers die reeds in het kader van de plaatsing werden doorgegeven door de inschrijver, dan zou de inschrijver het verbod helemaal kunnen uithollen. Het volstaat in dat geval om een ellenlange lijst op te geven van potentiële onderaannemers die vaak tussen komen in de keten, hetgeen de administratieve lasten onbeheersbaar dreigt te maken voor de aanbestedende overheid in het kader van zijn preventieve controle.

Uit het Wroclaw-arrest C-406/14 van het Hof van Justitie volgt dat de Richtlijn 2004/18/EG eraan in de weg staat dat een aanbestedende overheid in de opdrachtdocumenten de opdrachtnemer ertoe verplicht een in abstracto bepaald deel van de opdracht met eigen middelen uit te voeren. Hoewel er aantal belangrijke verschilpunten vallen te signaleren tussen het in artikel 12/3, § 1, bedoelde verbod en het arrest C-406/14 (in arrest C-406/14 wordt uit de aard der zaak nog niet verwezen naar het nieuwe artikel 71.6 Richtlijn 2014/24/EU; in artikel 12/3, § 1, van het ontwerp betreft het geen verplichting om een in abstracto bepaald deel, bijvoorbeeld 20 %, zelf uit te voeren, maar een verbod om de totaliteit in onderaanneming te geven), werd het toch raadzaam geacht het verbod niet te veralgemenen naar de opdrachtnemer toe.

De opdrachtnemer (op het moment van de plaatsing nog inschrijver) bevindt zich immers in een heel andere positie dan een onderaannemer. Een inschrijver weet uit de aard der zaak niet of hij een opdracht zal toegewezen krijgen. Vaak zal dit niet het geval zijn. Indien het verbod zou worden uitgebreid naar de opdrachtnemer, dan zou dit ertoe kunnen leiden dat een inschrijver geneigd zou kunnen zijn om deel te nemen aan minder overheidsopdrachten tegelijkertijd. In de hypothese dat hij toch alle opdrachten waaraan hij deelnam krijgt toegewezen, kan hij immers moeilijkheden ondervinden om deze gelijktijdig uit te voeren, wetende dat hij als opdrachtnemer niet de totaliteit in onderaanneming zal mogen geven. Indien het verbod zou worden uitgebreid naar de opdrachtnemer, kan hiervan een aanzienlijke mededingingsbelemmerende werking uitgaan. De situatie is anders voor de onderaannemer. Doorgaans zal de onderaannemingsketen, in het geval geen beroep wordt gedaan op de draagkracht van een onderaannemer, pas concreet vorm krijgen zodra de kennisgeving van de gunningsbeslissing is verstuurd. De aanbestedende overheid kan de inschrijvers verzoeken de onderaannemers aan te duiden, maar deze aanduiding is indicatief (gelet op de woorden "eventueel voornemens").

In overweging 32 van de Richtlijn 2004/18/EG werd verklaard dat de mogelijkheid van onderaanneming kleine en middelgrote ondernemingen kan aanmoedigen om mee te dingen naar overheidsopdrachten. Dankzij onderaanneming kunnen dergelijke ondernemingen deelnemen aan plaatsingsprocedures en maken zij kans op de gunning ongeacht de omvang van opdracht. Onderaanneming draagt er aldus inderdaad toe bij dat de doelstellingen van de Richtlijnen overheidsopdrachten worden verwezenlijkt door het aantal potentiële kandidaten voor overheidsopdrachten te vergroten (conclusies van de advocaat-generaal Sharpston in de Zaak C-406/14, punt 30). Anders gesteld: het feit dat inschrijvers-KMO's weten dat zij, in geval zij de opdracht krijgen toegewezen, één of meerdere onderaannemers kunnen aanstellen, moedigt hen aan om ondanks de omvang van de opdracht die voor hen eerder groot kan zijn, toch een aanvraag tot deelneming of een offerte in te dienen. Het komt ons voor dat het beginsel dat in de rechtspraak van het Hof van Justitie wordt gehuldigd (waarbij weliswaar nog geen rekening kon worden gehouden met artikel 71.6 van Richtlijn 2014/24/EU) waarbij het beroep op onderaanneming algemeen mogelijk wordt geacht zonder dat daarop, in beginsel, beperkingen mogen worden ingevoerd, in dit licht moet begrepen worden (arrest C 406/14, overweging 32 en verder). Aangezien het verbod van artikel 12/3, § 1, niet van toepassing is op de opdrachtnemer, en dus ook de deelname van inschrijvers of kandidaten aan de plaatsingsprocedure niet kan ontmoedigen, kwam het ons voor dat dit verbod niet problematisch was, noch het licht van het arrest C-406/14, noch in het licht van artikel 71.6 en 71.8 van Richtlijn 2014/24/EU.

(Antwoord op vraag d)

De mogelijkheid tot beperking van de onderaannemingsketen zoals die blijkt artikel 62.2 Richtlijn 2014/24/EU heeft een andere finaliteit dan het in artikel 12/3, § 1, van het ontwerp vervatte verbod. In het ene geval betreft het uitzonderlijke kritieke taken die precies door hun kritieke aard beter rechtstreeks door de inschrijver worden verricht. In het andere geval betreft het een verbod ter voorkoming van inbreuken door onderaannemers op de toepasselijke verplichtingen op

dit gegeven komt het ons voor dat uit de in artikel 62.2 bedoelde mogelijkheid niet a contrario mag worden afgeleid dat elk verbod op onderaanneming in een ander geval niet mogelijk zou zijn.

Het komt ons eerder voor dat uit de voormelde bepaling volgt dat de Europese regelgever in sommige gevallen blijkbaar verregaande beperkingen op onderaanneming met het Europees verdrag gerechtvaardigd acht'.

5.4. Compte tenu de ce qui précède, il est recommandé de situer plus clairement dans le rapport au Roi l'interdiction contenue à l'article 12/3, § 1^{er}, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 par rapport aux dispositions de la directive correspondantes et d'indiquer par ailleurs pourquoi la disposition en projet peut être réputée faire suffisamment droit à l'exigence de proportionnalité.

6. L'article 12/3, § 2, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 (article 12 du projet) limite également la possibilité de sous-traitance.

Pour cette limitation de la sous-traitance, un fondement juridique exprès ne peut non plus être trouvé dans les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE. L'article 71, paragraphe 5, cinquième alinéa, b), de la directive 2014/24/UE dispose que les obligations en matière de transmission de données de sous-traitants peuvent être étendues aux 'sous-traitants des sous-traitants du contractant principal ou se trouvant à des échelons inférieurs de la chaîne de sous-traitance' [21].

La question se pose dès lors de savoir si les mêmes questions que celles posées dans le présent avis à propos de l'article 12/3, § 1^{er}, en projet, ne peuvent pas être soulevées mutatis mutandis à l'égard de l'article 12/3, § 2, en projet.

À cet égard, le délégué a déclaré ce qui suit :

'De antwoorden voor [de voorgaande vraag], a), c) en d) zijn naar analogie ook van toepassing voor het beantwoorden van [deze vraag]. Vandaar dat dan ook wordt verwezen naar het antwoord op vraag 3 en hieronder slechts de specifieke aspecten eigen aan artikel 12/3, § 2, behandeld worden.

Op vraag van sommige leden van de Commissie voor de overheidsopdrachten werd de maatregel, die initieel alleen voorzien was wat de opdrachten voor werken betreft, uitgebreid naar de opdrachten voor diensten in de fraudegevoelige sectoren.

De aldus uitgewerkte beperking van de onderaannemingsketen geldt alleen voor de opdrachten voor werken en voor de opdrachten voor diensten in de fraudegevoelige sectoren (...). Zelfs in zijn meest strenge vorm gaat de beperking (nog onafgezien van onderstaande doorbrekingsmogelijkheid) niet verder dan het tweede niveau. De opdrachtnemer kan de totaliteit van de opdracht in onderaanneming geven en de onderaannemer van het eerste niveau kan nogmaals in onderaanneming geven maar moet ook een deel van de hem toegewezen opdracht zelf uitvoeren (zie artikel 12/3, § 1).

Als het een opdracht voor werken betreft die volgens zijn aard in een categorie wordt ingedeeld overeenkomstig artikel 4 van het koninklijk besluit van 26 september 1991, dan komt daar nog de mogelijkheid tot een derde niveau bij.

Wat de proportionaliteit van de maatregel betreft moet er ook op worden gewezen dat de beperking tot twee dan wel drie niveaus kan worden doorbroken. Meer bepaald dat een bijkomend niveau van onderaanneming mogelijk werd gemaakt mits voorafgaand schriftelijk akkoord van de aanbestedende overheid, of zelfs zonder akkoord van deze laatste, wegens onvoorzienbare omstandigheden. In het laatste lid worden ook in een aantal uitzonderingen voorzien.

Sommige leden van de COO hebben zich in de loop van de bespreking de vraag gesteld of het niet meer aangewezen zou zijn, in het kader van de verenigbaarheid met de Europese Verdragen, de toepassing van de beperking van de onderaannemingsketen afhankelijk te maken van een bepaling in die zin in de opdrachtdocumenten (dus een mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om een dergelijke beperking in te voeren in plaats van een verplichting). Zij waren van mening dat de aanbestedende overheid de hier bedoelde beperking van de onderaannemingsketen aldus meer zou kunnen afstemmen op de eigenheden van elke opdracht (daaraan zou kunnen worden toegevoegd: en zijn eigen verificatiemogelijkheden). Ook op politiek niveau waren de meningen op dit punt initieel verdeeld.'

Le délégué a encore ajouté ce qui suit :

'Gezien de vele vragen vanwege de Raad van State zullen wellicht op dit punt nog inhoudelijke besprekingen moeten gevoerd worden, op basis van het advies van de Raad van State.'

het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht. Gelet op dit gegeven komt het ons voor dat uit de in artikel 62.2 bedoelde mogelijkheid niet a contrario mag worden afgeleid dat elk verbod op onderaanneming in een ander geval niet mogelijk zou zijn.

Het komt ons eerder voor dat uit de voormelde bepaling volgt dat de Europese regelgever in sommige gevallen blijkbaar verregaande beperkingen op onderaanneming met het Europees verdrag gerechtvaardigd acht."

5.4. Gelet op hetgeen voorafgaat, verdient het aanbeveling om in het verslag aan de Koning de verbodsbepaling van het ontworpen artikel 12/3, § 1, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 duidelijker te situeren ten opzichte van de overeenkomstige richtlijnbeperkingen en om erin tevens aan te geven waarom de ontworpen bepaling kan worden geacht voldoende recht te doen aan het evenredigheidsvereiste.

6. Het ontworpen artikel 12/3, § 2, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 (artikel 12 van het ontwerp) houdt eveneens een beperking in van de mogelijkheid tot onderaanneming.

Ook voor deze beperking inzake onderaanneming kan geen uitdrukkelijke grondslag in de Richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU worden gevonden. Artikel 71, lid 5, vijfde alinea, b), van Richtlijn 2014/24/EU bepaalt dat de verplichtingen inzake het overmaken van gegevens van onderaannemers kan worden uitgebreid tot 'onderaannemers van de onderaannemers van de hoofdaannemer of verderop in de keten van onderaannemers'. [21]

De vraag rijst derhalve of ten aanzien van het ontworpen artikel 12/3, § 2, niet mutatis mutandis de vragen kunnen worden opgeworpen als die welke in dit advies met betrekking tot het ontworpen artikel 12/3, § 1, zijn gesteld.

De gemachtigde deelde in dat verband het volgende mee :

« De antwoorden voor [de voorgaande vraag], a), c) en d) zijn naar analogie ook van toepassing voor het beantwoorden van [deze vraag]. Vandaar dat dan ook wordt verwezen naar het antwoord op vraag 3 en hieronder slechts de specifieke aspecten eigen aan artikel 12/3, § 2, behandeld worden.

Op vraag van sommige leden van de Commissie voor de overheidsopdrachten werd de maatregel, die initieel alleen voorzien was wat de opdrachten voor werken betreft, uitgebreid naar de opdrachten voor diensten in de fraudegevoelige sectoren.

De aldus uitgewerkte beperking van de onderaannemingsketen geldt alleen voor de opdrachten voor werken en voor de opdrachten voor diensten in de fraudegevoelige sectoren (...). Zelfs in zijn meest strenge vorm gaat de beperking (nog onafgezien van onderstaande doorbrekingsmogelijkheid) niet verder dan het tweede niveau. De opdrachtnemer kan de totaliteit van de opdracht in onderaanneming geven en de onderaannemer van het eerste niveau kan nogmaals in onderaanneming geven maar moet ook een deel van de hem toegewezen opdracht zelf uitvoeren (zie artikel 12/3, § 1).

Als het een opdracht voor werken betreft die volgens zijn aard in een categorie wordt ingedeeld overeenkomstig artikel 4 van het koninklijk besluit van 26 september 1991, dan komt daar nog de mogelijkheid tot een derde niveau bij.

Wat de proportionaliteit van de maatregel betreft moet er ook op worden gewezen dat de beperking tot twee dan wel drie niveaus kan worden doorbroken. Meer bepaald dat een bijkomend niveau van onderaanneming mogelijk werd gemaakt mits voorafgaand schriftelijk akkoord van de aanbestedende overheid, of zelfs zonder akkoord van deze laatste, wegens onvoorzienbare omstandigheden. In het laatste lid worden ook in een aantal uitzonderingen voorzien.

Sommige leden van de COO hebben zich in de loop van de bespreking de vraag gesteld of het niet meer aangewezen zou zijn, in het kader van de verenigbaarheid met de Europese Verdragen, de toepassing van de beperking van de onderaannemingsketen afhankelijk te maken van een bepaling in die zin in de opdrachtdocumenten (dus een mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om een dergelijke beperking in te voeren in plaats van een verplichting). Zij waren van mening dat de aanbestedende overheid de hier bedoelde beperking van de onderaannemingsketen aldus meer zou kunnen afstemmen op de eigenheden van elke opdracht (daaraan zou kunnen worden toegevoegd: en zijn eigen verificatiemogelijkheden). Ook op politiek niveau waren de meningen op dit punt initieel verdeeld. »

De gemachtigde voegde daar aan toe :

« Gezien de vele vragen vanwege de Raad van State zullen wellicht op dit punt nog inhoudelijke besprekingen moeten gevoerd worden, op basis van het advies van de Raad van State. »

7. Het ontworpen artikel 12/4 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 (artikel 12 van het ontwerp) voorziet voor de aanbesteder in de mogelijkheid om te eisen dat de "onderaannemers,

7. L'article 12/4, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 (article 12 du projet) prévoit la possibilité pour l'adjudicateur d'exiger que les 'sous-traitants, où qu'ils interviennent dans la chaîne de sous-traitance et proportionnellement à la partie du marché qu'ils exécutent, satisfassent aux exigences minimales en matière de capacité financière et économique et de capacité technique et professionnelle imposées par les documents du marché, sans préjudice de la responsabilité de l'adjudicataire à l'égard de l'adjudicateur, visée à l'article 12, § 1^{er}.

L'article 71, paragraphe 6, b), de la directive 2014/24/UE prévoit la possibilité pour les adjudicateurs de ' [vérifier], conformément aux articles 59, 60 et 61, (...) s'il existe des motifs d'exclusion des sous-traitants en vertu de l'article 57'. Par conséquent, cette possibilité concerne les motifs d'exclusion, mais pas les critères de sélection visés à l'article 58 ^[22]. L'article 88, paragraphe 6, b), de la directive 2014/25/UE contient un régime analogue à celui prévu à l'article 71, paragraphe 6, b), de la directive 2014/24/UE.

Par conséquent, le législateur européen semble vouloir répercuter les critères d'exclusion et non pas les critères de sélection à travers la chaîne. Les deux critères ont donc chacun une finalité propre. En outre, l'article 63, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE prévoit la possibilité 'en ce qui concerne les critères relatifs à la capacité économique et financière énoncés à l'article 58, paragraphe 3, et les critères relatifs aux capacités techniques et professionnelles, visés à l'article 58, paragraphe 4', d'avoir recours aux capacités d'autres entités. Dans ce cas, l'opérateur économique doit démontrer qu'il pourra disposer des moyens nécessaires, par exemple en produisant un engagement en ce sens de la part de ces autres entités. L'article 79, paragraphe 1, de la directive 2014/25/UE contient une disposition analogue. Pareil régime n'est de toute évidence pas envisageable pour des critères d'exclusion : un soumissionnaire ne peut par exemple pas alléguer qu'il a certes fait l'objet d'une condamnation pour participation à une organisation criminelle (article 57, paragraphe 1, a), de la directive 2014/24/UE), mais qu'un sous-traitant, qui s'est engagé à exécuter également le marché, a encore bel et bien un casier judiciaire vierge.

Bien que le caractère facultatif dans le chef de l'adjudicateur et la limitation à la partie que le sous-traitant concerné exécutera ('proportionnellement à la partie du marché qu'ils exécutent') peuvent quelque peu tempérer l'article 12/4, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, la question subsiste de savoir si cela suffit pour que cette disposition soit compatible avec les directives concernées. En effet, le fait que l'article 12, alinéa 2, 1^o, actuellement en vigueur, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 comporte un régime similaire ne rend pas non plus cette question moins pertinente : les dispositions en matière de sous-traitance contenues dans les directives 2004/17/CE en 2004/18/CE étaient en effet extrêmement limitées et laissaient aux États membres une marge de manœuvre plus étendue ».

20.2. Après que le Conseil d'État, section de législation, a donné le 23 mars 2017 l'avis 61.030/1, la Cour de justice a en outre jugé dans un arrêt du 5 avril 2017 ce qui suit ^[23] :

« 1) S'agissant d'un marché public qui ne relève pas du champ d'application de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, 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, telle que modifiée par le règlement (UE) n° 1336/2013 de la Commission, du 13 décembre 2013, mais qui présente un intérêt transfrontalier certain, les articles 49 et 56 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une disposition d'une réglementation nationale, telle que l'article 24, paragraphe 5, du Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (loi lituanienne relative aux marchés publics), qui prévoit que, en cas de recours à des sous-traitants pour l'exécution d'un marché de travaux, l'adjudicataire est tenu de réaliser lui-même les travaux principaux, définis comme tels par l'entité adjudicatrice.

[...]

3) L'article 54, paragraphe 6, de la directive 2004/17, telle que modifiée par le règlement n° 1336/2013, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une clause d'un cahier des charges, telle que la clause 4.3 en cause au principal, qui, en cas de présentation d'une offre conjointe par plusieurs soumissionnaires, requiert que l'apport de chacun d'entre eux pour satisfaire aux exigences applicables en matière de capacités professionnelles corresponde, proportionnellement, à la part des travaux qu'il exécutera réellement s'il se voit attribuer le marché concerné ».

op welke plaats in de onderaannemingsketen zij ook optreden en in verhouding tot het deel van de opdracht dat zij uitvoeren, voldoen aan de minimumeisen inzake financiële en economische draagkracht en technische en beroepsbekwaamheid die door de opdrachtdocumenten zijn opgelegd. Dit doet geen afbreuk aan de in artikel 12, § 1, bedoelde aansprakelijkheid van de opdrachtnemer ten aanzien van de aanbestede

Artikel 71, lid 6, b), van Richtlijn 2014/24/EU voorziet in de mogelijkheid voor aanbesteders om 'conform de artikelen 59, 60 en 61, [te] controleren (...) of er gronden voor uitsluiting van onderaannemers in de zin van artikel 57 voorhanden zijn'. Deze mogelijkheid betreft bijgevolg de uitsluitingsgronden, maar niet de in artikel 58 bedoelde selectiecriteria. ^[22] Artikel 88, lid 6, b), van Richtlijn 2014/25/EU bevat een gelijkaardige regeling als die in artikel 71, lid 6, b), van Richtlijn 2014/24/EU.

Het lijkt bijgevolg de wil van de Europese regelgever te zijn om de uitsluitingscriteria wél en de selectiecriteria niet te laten doorwerken doorheen de keten. Beide criteria hebben dan ook elk een eigen finaliteit. Artikel 63, lid 1, van Richtlijn 2014/24/EU voorziet bovendien in de mogelijkheid om "[m]et betrekking tot de in artikel 58, lid 3, bedoelde criteria inzake economische en financiële draagkracht en de in artikel 58, lid 4, bedoelde criteria inzake technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid' beroep te doen op de draagkracht van andere entiteiten. In dat geval dient de ondernemer aan te tonen dat hij zal kunnen beschikken over de nodige middelen, bijvoorbeeld door middel van het overleggen van een verbintenis daartoe van deze andere entiteiten. Artikel 79, lid 1, van Richtlijn 2014/25/EU bevat een gelijkaardige bepaling. Dergelijke regeling is uiteraard niet mogelijk voor uitsluitingscriteria : een inschrijver kan bijvoorbeeld niet opwerpen dat hij weliswaar is veroordeeld voor deelneming aan een criminele organisatie (artikel 57, lid 1, a), van Richtlijn 2014/24/EU), maar dat een onderaannemer, die zich ertoe heeft verbonden de opdracht mee uit te voeren, nog wel een blanco strafblad heeft.

Hoewel het facultatieve karakter in hoofde van de aanbestede en de beperking tot het gedeelte dat de betrokken onderaannemer zal uitvoeren ('in verhouding tot het deel van de opdracht dat zij uitvoeren') de strengheid van het ontworpen artikel 12/4 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 enigszins kan milderen, blijft het de vraag of dit volstaat opdat deze bepaling verenigbaar zou zijn met de betrokken Richtlijnen. Ook het gegeven dat het actueel geldende artikel 12, tweede lid, 1^o, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 een gelijkaardige regeling bevat, maakt die vraag immers niet minder relevant : de bepalingen inzake onderaanneming in de Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG waren immers uiterst beperkt en lieten aan de lidstaten een ruimere invullingsruimte."

20.2 Nadat de Raad van State, afdeling Wetgeving, op 23 maart 2017 advies 61.030/1 uitbracht, heeft het Hof van Justitie in een arrest van 5 april 2017 bovendien als volgt geoordeeld ^[23] :

« 1) Voor een overheidsopdracht die niet valt binnen de werkingssfeer van Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, zoals gewijzigd bij Verordening (EU) nr. 1336/2013 van de Commissie van 13 december 2013, maar een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont, moeten de artikelen 49 en 56 VWEU aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een bepaling van een nationale regeling als artikel 24, lid 5, van de Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (Litouwse wet betreffende overheidsopdrachten), waarin wordt bepaald dat indien een beroep wordt gedaan op onderaannemers om een overheidsopdracht voor werken uit te voeren, het hoofdgedeelte van de werken dat als zodanig is omschreven door de aanbestedende dienst, door de gekozen inschrijver zelf moet worden uitgevoerd.

[...]

3) Artikel 54, lid 6, van Richtlijn 2004/17, zoals gewijzigd bij verordening nr. 1336/2013, moet aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een beding van een bestek, zoals het in het hoofdinge aan de orde zijnde punt 4.3, dat vereist dat wanneer een gezamenlijke offerte wordt ingediend door meerdere inschrijvers, de bijdrage van elke inschrijver om te voldoen aan de toepasselijke vereisten inzake beroepsbekwaamheid evenredig is aan het deel van de werken dat hij daadwerkelijk zal uitvoeren indien de betrokken opdracht hem wordt gegund."

Uit het arrest van 5 april 2017 kan in de eerste plaats worden afgeleid dat een verbod in hoofde van de hoofdaannemer (inschrijver) om "het hoofdgedeelte" van de werken in onderaanneming te geven, niet verenigbaar is met de artikelen 49 en 56 van het Verdrag betreffende de

Il peut se déduire toute d'abord de l'arrêt du 5 avril 2017, qu'une interdiction dans le chef du contractant principal (soumissionnaire) de sous-traiter les travaux « principaux » n'est pas compatible avec les articles 49 et 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (et pas seulement avec des dispositions spécifiques de la directive, ainsi qu'il ressortait de l'arrêt C-406/14 précité). À l'instar de l'article 71, paragraphe 8, de la directive 2014/24/UE, l'article 42, paragraphe 6, de la directive 2014/23/UE dispose que les États membres prennent les mesures relatives aux sous-traitants « dans le respect du droit de l'Union ». Dans les deux arrêts, il s'agit manifestement d'une interdiction dans le chef du contractant principal, tandis que le projet soumis pour avis porte sur une interdiction dans le chef d'un sous-traitant.

En outre, l'article 54 du projet, en vertu duquel le pouvoir adjudicateur ou l'entreprise publique agissant dans le cadre de ses tâches de service public « peut exiger que les sous-traitants, où qu'ils interviennent dans la chaîne de sous-traitance, répondent aux conditions de sélection en matière de capacité technique et professionnelle imposées par les documents de concession proportionnellement à la partie de la concession qu'ils exécutent », semble poser problème au regard de l'arrêt de la Cour de justice qui a jugé que l'article 54, paragraphe 6, de la directive 2004/17/CE s'oppose à l'obligation prévue dans le cahier des charges « qui, en cas de présentation d'une offre conjointe par plusieurs soumissionnaires, requiert que l'apport de chacun d'entre eux pour satisfaire aux exigences applicables en matière de capacités professionnelles corresponde, proportionnellement, à la part des travaux qu'il exécutera réellement s'il se voit attribuer le marché concerné ». L'article 38, paragraphes 2 et 3, de la directive 2014/23/UE correspond pour l'essentiel à l'article 54, paragraphe 6, de la directive 2004/17/CE ^[24].

20.3. Si le projet d'arrêté royal actuellement soumis pour avis a pour objet de transposer dans l'ordre juridique interne d'autres directives que les directives 2014/24/UE et 2004/17/CE, le projet vise néanmoins à transposer des dispositions similaires de la directive 2014/23/UE.

Force est de constater que le rapport au Roi accompagnant le projet justifie la compatibilité (exclusivement) de l'article 53 du projet avec le droit de l'Union. Par ailleurs, ce rapport mentionne toutefois que la Cour de justice n'a pas encore pu se prononcer à ce jour « sur les limitations de la chaîne de sous-traitance en exécution de l'article 42.4 de la directive 2014/23/UE ». Il est recommandé que la justification inscrite dans le rapport au Roi précité porte également sur les dispositifs des articles 53 et 54 du projet, compte tenu notamment des observations, rappelées ci-dessus, que le Conseil d'État, section de législation, a formulées précédemment dans son avis 61.030/1, ainsi que de la jurisprudence précitée de la Cour de justice de l'Union européenne.

Article 67

21. L'article 67, alinéa 1^{er}, 2^o, du projet mentionne « dix pour cent du montant initial de la concession ». En lieu et place, il est recommandé de faire mention de « dix pour cent du montant de la concession initiale », ce qui se rapproche davantage de l'article 43, paragraphe 2, premier alinéa, ii), de la directive 2014/23/UE.

Article 68

22. L'article 68, § 2, du projet énumère des cas dans lesquels la modification d'une concession est considérée comme substantielle. La phrase introductive de cette disposition laisse penser qu'il n'est question d'une modification substantielle que dans les cas énumérés, tandis que l'article 43, paragraphe 4, de la directive 2014/23/UE, que cette disposition transpose, énonce que, « dans tous les cas, (...) une modification est considérée comme substantielle lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie ». Il y a lieu de mieux exprimer le caractère non limitatif de l'énumération dans le texte de l'article 68, § 2, du projet.

Articles 77 et 78

23. Les articles 77 et 78 du projet fixent l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2016 et de l'arrêté royal en projet ^[25] au 30 juin 2017. La nouvelle réglementation s'applique aux concessions pour lesquelles un avis de concession a été publié ou aurait dû être publié à cette date ainsi qu'aux concessions pour lesquelles, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à soumissionner a été envoyée à partir de cette date.

En principe, la date d'entrée en vigueur d'une réglementation doit être fixée de manière à ce que les justiciables disposent d'un délai suffisant pour en prendre connaissance et s'y conformer. Bien que le

Werking van de Europese Unie (en niet enkel met specifieke Richtlijnbevestigingen, zoals bleek uit het eerder vermelde arrest C-406/14). Net zoals artikel 71, lid 8, van Richtlijn 2014/24/EU bepaalt artikel 42, lid 6, van Richtlijn 2014/23/EU dat de lidstaten de maatregelen met betrekking tot onderaannemers aannemen "met inachtneming van het Unierecht". In beide arresten gaat het uiteraard om een verbod in hoofde van de hoofdaannemer, terwijl het om advies voorgelegde ontwerp een verbod betreft in hoofde van een onderaannemer.

Daarnaast lijkt artikel 54 van het ontwerp, op grond waarvan de aanbestedende overheid of het overheidsbedrijf dat optreedt in het kader van zijn taken van openbare dienst "kan eisen dat de onderaannemers, ongeacht het niveau waarop ze tussenkomen in de onderaannemingsketen, beantwoorden aan de door de concessiedocumenten opgelegde selectievoorwaarden inzake technische en beroepsbekwaamheid, proportioneel met het gedeelte van de concessie dat ze uitvoeren", problematisch in het licht van het oordeel van het Hof van Justitie dat artikel 54, lid 6, van Richtlijn 2004/17/EG zich verzet tegen de verplichting in het bestek "dat wanneer een gezamenlijke offerte wordt ingediend door meerdere inschrijvers, de bijdrage van elke inschrijver om te voldoen aan de toepasselijke vereisten inzake beroepsbekwaamheid evenredig is aan het deel van de werken dat hij daadwerkelijk zal uitvoeren indien de betrokken opdracht hem wordt gegund". Artikel 38, lid 2 en 3, van Richtlijn 2014/23/EU stemt in essentie overeen met artikel 54, lid 6, van Richtlijn 2004/17/EG. ^[24]

20.3 Het heden om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt weliswaar tot het omzetten in de interne rechtsorde van andere Richtlijnen dan de Richtlijnen 2014/24/EU en 2004/17/EG. Niettemin strekt het ontwerp tot het omzetten van gelijkaardige bepalingen van Richtlijn 2014/23/EU.

Er kan worden vastgesteld dat het verslag aan de Koning bij het ontwerp een verantwoording bevat van de verenigbaarheid met het unierecht van (uitsluitend) artikel 53 van het ontwerp. Tegelijk wordt in het verslag aan de Koning evenwel vermeld dat het Hof van Justitie zich tot op heden niet heeft kunnen uitspreken "over beperkingen van de onderaannemingsketen in uitvoering van artikel 42.4 van Richtlijn 2014/23/EU". Het verdient aanbeveling om bij de in het voornoemde verslag aan de Koning weergegeven verantwoording tevens de regeling van de artikelen 53 en 54 van het ontwerp te betrekken, mede rekening houdend met de in herinnering gebrachte opmerkingen die de Raad van State, afdeling Wetgeving, eerder in advies 61.030/1 heeft geformuleerd en met de aangehaalde rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

Artikel 67

21. In artikel 67, eerste lid, 2^o, van het ontwerp, wordt melding gemaakt van "tien procent van het aanvankelijke bedrag van de concessie". Het verdient aanbeveling om, in plaats daarvan, melding te maken van "tien procent van de waarde van de oorspronkelijke concessie", hetgeen nauwer aansluit bij artikel 43, lid 2, eerste alinea, ii), van Richtlijn 2014/23/EU.

Artikel 68

22. Artikel 68, § 2, van het ontwerp, bevat een opsomming van gevallen waarin een wijziging aan de concessie als wezenlijk wordt beschouwd. De inleidende zin van deze bepaling suggereert dat enkel in de opgesomde gevallen sprake is van een wezenlijke wijziging, terwijl artikel 43, lid 4, van Richtlijn 2014/23/EU, waarvan deze bepaling de omzetting vormt, stelt dat een wijziging "in elk geval geacht [wordt] wezenlijk te zijn wanneer aan één of meer van de volgende voorwaarden is voldaan". Het niet-beperkende karakter van de opsomming dient beter tot uiting te komen in de tekst van artikel 68, § 2, van het ontwerp.

Artikelen 77 en 78

23. De artikelen 77 en 78 van het ontwerp stellen de inwerkingtreding van de wet van 17 juni 2016 en van het ontworpen koninklijk besluit ^[25] vast op 30 juni 2017. De nieuwe regeling is van toepassing op de concessies waarvoor vanaf die datum een aankondiging van concessie wordt bekendgemaakt of had moeten worden bekendgemaakt, alsook op de concessies waarvoor, bij ontstentenis van een verplichting tot voorafgaande bekendmaking, vanaf die datum een uitnodiging voor het indienen van een offerte wordt verstuurd.

In beginsel dient de datum van inwerkingtreding van een regeling zo te worden bepaald dat de rechtsonderhorigen over voldoende tijd beschikken om van de nieuwe regeling kennis te nemen en er zich naar te richten. Ook al is de omzettingstermijn van Richtlijn 2014/23/EU reeds op 18 april 2016 verstreken, ^[25] moet worden vastgesteld dat *in casu* niet aan deze voorwaarde is voldaan.

délai de transposition de la directive 2014/23/UE ait déjà expiré le 18 avril 2016 ^[26], force est de constater en l'espèce que cette condition n'a pas été remplie.

En effet, eu égard à la date d'entrée en vigueur prévue, les justiciables ne disposeront probablement que de quelques jours pour prendre connaissance de l'arrêté royal après sa publication au *Moniteur belge*. Des concessions dont la passation est préparée depuis longtemps déjà devront, à partir du 30 juin 2017, tout à coup satisfaire à toutes les exigences du projet d'arrêté royal soumis pour avis, dont les adjudicateurs n'ont pas ou ne peuvent pas avoir connaissance à ce jour.

À la lumière de l'observation qui précède, la question se pose de savoir s'il est bien recommandé de maintenir telle quelle la date d'entrée en vigueur du 30 juin 2017 dans le projet.

Exécutoire

24. On complétera le projet par un exécutoire.

Observation finale

25.1. Diverses dispositions du projet présentent une discordance entre les textes français et néerlandais.

À titre purement illustratif, on relèvera les discordances suivantes :

- à l'article 2, 13^o, b), le mot « déclare » dans le texte français est sans équivalent dans le texte néerlandais, et à l'article 2, 13^o, c), les mots « vérifier l'absence de motifs d'exclusion » ne correspondent pas aux mots « na te gaan of er uitsluitingsgronden zijn »;

- à l'article 8, les mots « développé et mis à disposition » dans le texte français ne correspondent pas au mot « opgemaakt » dans le texte néerlandais;

- à l'article 18, § 3, alinéa 2, le segment de phrase « Ces documents sont signés » dans le texte français ne correspond pas tout à fait au segment de phrase « Deze documenten kunnen (...) ondertekend worden » dans le texte néerlandais;

- à l'article 37, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, le segment de phrase « en absence d'un tel avis » ne correspond pas au segment de phrase « in aanwezigheid daarvan »;

- à l'article 38, alinéa 1^{er}, les mots « pouvoir adjudicateur » (aanbestedende overheid) dans le texte français ne correspondent pas à la notion plus large de « aanbestede » (adjudicateur) dans le texte néerlandais;

- dans le texte néerlandais de l'article 39, alinéa 1^{er}, il est plus judicieux de faire état de « aanvullen » plutôt que de « invullen » (de la partie B du DPP);

- les références dans la version néerlandaise de l'article 42, § 1^{er}, alinéa 4, doivent être mises en concordance avec celles de la version française;

- le texte français de l'article 60, alinéa 1^{er}, énonce qu'une clause ou une pratique « est nulle et non avenue » tandis que le texte néerlandais utilise la formulation « van rechtswege nietig wordt »;

- dans le texte néerlandais de l'article 60, alinéa 2, il manque les mots « een praktijk » après les mots « een contractueel beding of »;

- les mots « voor werken of een concessie voor de in bijlage 1 bij dit besluit bedoelde diensten » dans le texte néerlandais de l'article 63, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet sont sans équivalent dans le texte français (et, compte tenu du contenu de l'annexe 1 du projet, ne semblent guère pertinents);

- il convient de mieux aligner la rédaction du texte néerlandais de l'article 66 sur le texte français afin d'éliminer par la même occasion la faute grammaticale (« (...) ten gevolge van: 1^o in toepassing van (...) »);

- à l'article 70, § 2, alinéa 1^{er}, le segment de phrase « qui relèvent de son domaine public » ne correspond pas tout à fait au segment de phrase « zo zover het terreinen of bouwwerken van zijn openbaar domein betreft »;

- le segment de phrase « des pénalités ou des amendes pour retard » dans la version française de l'article 71, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, ne correspond pas aux mots « boetes en straffen », dans la version néerlandaise de cette disposition;

- le texte français de l'article 72, alinéa 1^{er}, mentionne les mots « exclure le concessionnaire de ses concessions », tandis que le texte néerlandais indique uniquement « de concessiehouder uit te sluiten » sans équivalent pour les mots « de ses concessions ».

25.2. Par ailleurs, également à titre d'exemple, on relèvera un certain nombre d'imperfections sur le plan linguistique et rédactionnel:

Gelet op de vooropgestelde datum van inwerkingtreding zullen de rechtsonderhorigen wellicht immers slechts over enkele dagen beschikken om van het koninklijk besluit kennis te nemen nadat het in het *Belgisch Staatsblad* is bekendgemaakt. Concessies waarvan de plaatsing reeds geruime tijd is voorbereid zullen vanaf 30 juni 2017 plotsklaps moeten voldoen aan alle vereisten van het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit, waarvan aanbesteders op heden nog geen kennis hebben of kunnen hebben.

In het licht van de voorgaande opmerking rijst de vraag of het wel aanbeveling verdient om de datum van inwerkingtreding van 30 juni 2017 ongewijzigd in het ontwerp te handhaven.

Uitvoeringsbepaling

24. Het ontwerp moet worden vervolledigd met een uitvoeringsbepaling.

Slotopmerking

25.1. In diverse bepalingen van het ontwerp is er een gebrek aan overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst.

Louter bij wijze van voorbeeld kan worden gewezen op volgende discordanties :

- in artikel 2, 13^o, b), bevat de Nederlandse tekst geen tegenhanger van het woord "déclare" in de Franse tekst en in artikel 2, 13^o, c), stemt "na te gaan of er uitsluitingsgronden zijn" niet overeen met "vérifier l'absence de motifs d'exclusion";

- in artikel 8 stemt "opgemaakt" in de Nederlandse tekst niet overeen met "développé et mis à disposition" in de Franse tekst;

- in artikel 18, § 3, tweede lid, stemt de zinsnede "Ces documents sont signés" in de Franse tekst niet volledig overeen met de zinsnede "Deze documenten kunnen (...) ondertekend worden" in de Nederlandse tekst;

- in artikel 37, § 1, eerste lid, stemt de zinsnede "en absence d'un tel avis" niet overeen met de zinsnede "in aanwezigheid daarvan";

- in artikel 38, eerste lid, stemt "pouvoir adjudicateur" (aanbestedende overheid) in de Franse tekst niet overeen met het ruimere begrip "aanbestede" in de Nederlandse tekst;

- in de Nederlandse tekst van artikel 39, eerste lid, is het gepaster te spreken van het "aanvullen" dan van het "invullen" van het deel B van het DVB;

- de verwijzingen in de Nederlandse tekst van artikel 42, § 1, vierde lid, moeten in overeenstemming worden gebracht met de verwijzingen in de Franse tekst;

- in de Nederlandse tekst van artikel 60, eerste lid, wordt gesteld dat een beding of praktijk van rechtswege nietig "wordt", terwijl in de Franse tekst de bewoording "est nulle et non avenue" wordt gehanteerd;

- in de Nederlandse tekst van artikel 60, tweede lid, ontbreken na de woorden "een contractueel beding of" de woorden "een praktijk";

- de woorden "voor werken of een concessie voor de in bijlage 1 bij dit besluit bedoelde diensten", in de Nederlandse tekst van artikel 63, § 1, eerste lid, van het ontwerp, komen niet voor in de Franse tekst (en lijken, gelet op de inhoud van bijlage 1 bij het ontwerp, weinig zin te hebben);

- de redactie van de Nederlandse tekst van artikel 66 dient beter te worden afgestemd op de Franse tekst, opdat tegelijk de grammaticale tekortkoming ("(...) ten gevolge van: 1^o in toepassing van (...)") zou worden weggewerkt;

- in artikel 70, § 2, eerste lid, stemt de zinsnede "qui relèvent de son domaine public" niet volledig overeen met de zinsnede "zo zover het terreinen of bouwwerken van zijn openbaar domein betreft";

- de woorden "boetes en straffen", in de Nederlandse tekst van artikel 71, § 1, eerste lid, stemmen niet overeen met de zinsnede "des pénalités ou des amendes pour retard", in de Franse tekst van die bepaling;

- in de Franse tekst van artikel 72, eerste lid, wordt melding gemaakt van de woorden "exclure le concessionnaire de ses concessions", terwijl in de Nederlandse tekst enkel sprake is van "de concessiehouder uit te sluiten" zonder dat er een tegenhanger is van woorden "de ses concessions".

25.2. Daarnaast kan, eveneens bij wijze van voorbeeld, worden gewezen op een aantal taalkundige en redactionele tekortkomingen :

- in de Franse tekst van artikel 2, 8^o, moet tussen de woorden "ou à" en "prescription" het woord "une" worden toegevoegd;

- dans le texte français de l'article 2, 8^o, il y a lieu d'ajouter le mot « une » entre les mots « ou à » et le mot « prescription »;

- dans le texte néerlandais de l'article 8, on omettra les mots « ter zake »;

- dans le texte néerlandais de l'article 14, alinéa 1^{er}, 1^o, il y a lieu de remplacer les mots « gespecialiseerd instrumenten » par les mots « gespecialiseerde instrumenten »;

- dans le texte néerlandais de l'article 18, § 3, alinéa 1^{er}, on remplacera le mot « fazen » par les mots « fases » ou « fasen »;

- dans le texte néerlandais de l'article 37, § 3, alinéa 2, il convient de remplacer le mot « afwijking » par le mot « afwijken »;

- la lecture du texte néerlandais de l'article 38, alinéa 1^{er}, est très malaisée et mieux vaudrait dès lors l'adapter;

- le texte néerlandais de l'article 42, § 1^{er}, du projet fait mention d'une « bijzondere concessie », tandis que la notion de « bepaalde concessie », utilisée à l'article 49 de la loi du 17 juin 2016, est plus claire. Il en va de même pour le mot « entiteiten » (dans la loi : « instanties »);

- dans le texte néerlandais de l'article 42, § 1^{er}, alinéa 2, on remplacera les mots « de selectievoorwaarden et beantwoorden » par les mots « aan de selectievoorwaarden te beantwoorden »;

- outre la notion de « waarborg », le texte néerlandais de l'article 48 utilise également la notion de « borgstelling » (alinéa 2, 4^o), alors que le texte français fait systématiquement état de « garantie ». Le texte néerlandais de la disposition en projet devrait aussi tendre vers une plus grande uniformité sur ce point;

- dans le texte néerlandais de l'article 48, alinéa 2, 6^o, le mot « dor » doit être remplacé par le mot « door »;

- dans la version néerlandaise de l'article 52, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, il faut ajouter le mot « van » entre les mots « bestaan » et « uitsluitingsgronden »;

- dans le texte néerlandais de l'article 52, § 2, alinéa 6, on remplacera le mot « et » par le mot « en »;

- dans le texte néerlandais de l'article 52, § 3, 1^o, et de l'article 53, § 3, il convient de remplacer chaque fois les mots « en die niet » par les mots « dat niet »;

- dans le texte néerlandais de l'article 53, § 3, il manque le mot « geeft » avant le mot « aanleiding »;

- dans le texte néerlandais de l'article 57, § 2, 2^o, c), du projet, mieux vaudrait remplacer « brevetten » par « octrooien »^[27];

- dans le texte néerlandais de l'article 59, § 5, on remplacera « om » par « op »;

- dans le texte néerlandais de l'article 63, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, il manque le mot « in » entre les mots « voorzien is » et les mots « een prijs »;

- le texte néerlandais de l'article 65, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^o, contient deux fois la même phrase quant au fond;

- dans le texte néerlandais de l'article 68, il est conseillé de mentionner tant dans le premier que dans le deuxième paragraphe, « wezenlijke wijziging » (et non « substantieel », comme c'est le cas dans la phrase introductive de l'article 68, § 2, du projet);

- dans le texte néerlandais de la phrase introductive de l'article 71, § 2, on omettra le mot « een » avant les mots « ambtshalve maatregelen »;

- l'article 71, § 2, alinéa 1^{er}, 2^o, a), vise un « paragraphe 2/2 » qui n'existe pas.

Le Greffier, Le Président,
Wim Geurts Marnix Van Damme

- in de Nederlandse tekst van artikel 8 moeten de woorden "ter zake" worden weggelaten;

- in de Nederlandse tekst van artikel 14, eerste lid, 1^o, moet "gespecialiseerd instrumenten" worden vervangen door "gespecialiseerde instrumenten";

- in de Nederlandse tekst van artikel 18, § 3, eerste lid, moet het woord "fazen" worden vervangen door "fases" of "fasen";

- in de Nederlandse tekst van artikel 37, § 3, tweede lid, moet "afwijking" worden vervangen door "afwijken";

- de Nederlandse tekst van artikel 38, eerste lid, is zeer moeilijk leesbaar en wordt om die reden het best aangepast;

- in de Nederlandse tekst van artikel 42, § 1, van het ontwerp, wordt melding gemaakt van een "bijzondere concessie", terwijl het begrip "bepaalde concessie" in artikel 49 van de wet van 17 juni 2016 duidelijker is. Hetzelfde geldt voor het woord "entiteiten" (in de wet : "instanties");

- in de Nederlandse tekst van artikel 42, § 1, tweede lid, moeten de woorden "de selectievoorwaarden et beantwoorden" worden vervangen door "aan de selectievoorwaarden te beantwoorden";

- in de Nederlandse tekst van artikel 48 wordt naast het begrip "waarborg" ook het begrip "borgstelling" (tweede lid, 4^o) gehanteerd, terwijl in de Franse tekst steeds sprake is van "garantie". Er zou ook in de Nederlandse tekst van de ontwerp bepaling op dit punt een grotere eenvormigheid moeten zijn;

- in de Nederlandse tekst van artikel 48, tweede lid, 6^o moet het woord "dor" worden vervangen door het woord "door";

- in de Nederlandse tekst van artikel 52, § 1, eerste lid, moet tussen "bestaan" en "uitsluitingsgronden" het woord "van" worden toegevoegd;

- in de Nederlandse tekst van artikel 52, § 2, zesde lid, moet het woord "et" worden vervangen door "en";

- in de Nederlandse tekst van artikel 52, § 3, 1^o, en van artikel 53, § 3, moet "en die niet" telkens worden vervangen door "dat niet";

- in de Nederlandse tekst van artikel 53, § 3, ontbreekt voor het woord "aanleiding" het woord "geeft";

- in de Nederlandse tekst van artikel 57, § 2, 2^o, c), van het ontwerp is het beter "brevetten" te vervangen door "octrooien"^[27];

- in de Nederlandse tekst van artikel 59, § 5, moet "om" worden vervangen door "op";

- in de Nederlandse tekst van artikel 63, § 1, eerste lid, ontbreekt tussen de woorden "voorzien is" en "een prijs" het woord "in";

- de Nederlandse tekst van artikel 65, § 1, eerste lid, 3^o, bevat inhoudelijk twee maal dezelfde zin;

- in de Nederlandse tekst van artikel 68 is het raadzaam om zowel in de eerste als de tweede paragraaf melding te maken van een "wezenlijke" wijziging (en niet "substantieel", zoals in de inleidende zin van artikel 68, § 2, van het ontwerp, het geval is);

- in de Nederlandse tekst van de inleidende zin van artikel 71, § 2, moet voor "ambtshalve maatregelen" het woord "een" worden weggelaten;

- in artikel 71, § 2, eerste lid, 2^o, a), wordt verwezen naar een niet bestaande "paragraaf 2/2".

De griffier,
Wim Geurts

De voorzitter,
Marnix Van Damme

25 JUNI 2017. — Arrêté royal relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession

PHILIPPE, Roi des Belges,

A tous, présents et à venir, Salut.

Vu la Constitution, l'article 108;

Vu la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, les articles 3, § 1^{er}, alinéas 2, 3 et 5, 28, § 2, alinéas 2 et 3, 29, alinéa 2, 30, § 2, alinéa 3, 32, alinéa 1^{er}, 42, alinéa 3, 43, § 1^{er}, 1^o, 44, § 2, 46, § 1^{er}, alinéa 3, et § 7, 48, § 4, 50, § 1^{er}, alinéa 2, 51, § 1^{er}, alinéa 1, 1^o, et § 2, 54, § 2, 57 et 69;

Vu l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques;

Vu l'avis de la Commission des marchés publics, donné le 2 mai 2017;

25 JUNI 2017. — Koninklijk besluit betreffende de plaatsing en de algemene uitvoeringsregels van de concessieovereenkomsten

FILIP, Koning der Belgen,

Aan allen die nu zijn en hierna wezen zullen, Onze Groet.

Gelet op de Grondwet, artikel 108;

Gelet op de wet van 17 juni 2016 betreffende de concessieovereenkomsten, de artikelen 3, § 1, tweede, derde en vijfde lid, 28, § 2, tweede en derde lid, 29, tweede lid, 30, § 2, derde lid, 32, eerste lid, 42, derde lid, 43, § 1, 1^o, 44, § 2, 46, § 1, derde lid, en § 7, 48, § 4, 50, § 1, tweede lid, 51, § 1, eerste lid, 1^o, en § 2, 54, § 2, 57 en 69;

Gelet op het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten klas-sieke sectoren van 15 juli 2011;

Gelet op het advies van de Commissie voor de overheidsopdrachten, gegeven op 2 mei 2017;

Gelet op de regelgevingsimpactanalyse van 28 april 2017;