



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 61.559/1
van 13 juni 2017

avis 61.559/1
du 13 juin 2017

over

sur

een ontwerp van koninklijk
besluit 'betreffende de
plaatsing en de algemene
uitvoeringsregels van de
concessieovereenkomsten'

un projet d'arrêté royal 'relatif
à la passation et aux règles
générales d'exécution des
contrats de concession'

Op 19 mei 2017 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Eerste Minister verzocht binnen een termijn van dertig dagen 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 RIEMSLAGH, 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.

*

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, greffier.

Le rapport a été présenté par Jonas RIEMSLAGH, 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. 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 verrat, 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 verrat 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 uitbracht¹, 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 1² 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

¹ Adv.RvS 61.030/1 van 23 maart 2017 over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken en tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van de wet tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’.

² De indeling van titel 1 van het ontwerp (“Algemene bepalingen”) in één hoofdstuk 1 en 4 afdelingen moet worden aangepast, ermee rekening houdend dat er slechts één hoofdstuk is.

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 4³ 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. De verwijzing naar artikel 51, § 1, eerste lid, 2°, 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° 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 lid⁴, 28, § 3⁵, 59, §§ 2 en 4⁶, 62, § 2, eerste en vierde lid, en § 3⁷, 63, eerste en derde lid⁸, 65, eerste en derde lid⁹, en 66¹⁰ van de wet van 17 juni 2016. Bij gebreke van een zodanige

³ Het betrokken hoofdstuk 4 wordt in het ontwerp verkeerdelijk aangeduid als “hoofdstuk 3”.

⁴ Het ontwerp bevat geen bepalingen die andere dan in de wet vermelde situaties “benoemt” als belangenconflict. De situaties vermeld in bijlage 6A (deel III, C, 5) komen reeds voor in artikel 26, § 3, van de wet van 17 juni 2016.

⁵ Het ontwerp bevat geen herzieningsmechanisme in het geval van een ontwrichting van het contractueel evenwicht zoals bedoeld in artikel 28, § 3, van de wet van 17 juni 2016. Dit wordt uitdrukkelijk bevestigd in het verslag aan de Koning bij het ontwerp.

⁶ Het ontwerp bevat geen enkele bepaling die het in artikel 59, § 2, van de wet van 17 juni 2016 bedoelde aanspreekpunt regelt, noch worden de gegevens bepaald waarvan melding wordt gemaakt in artikel 59, § 4, van deze wet. Uit de nota aan de Ministerraad van 16 mei 2017 blijkt dat een apart uitvoeringsbesluit met “de bepalingen inzake Bestuur”, zoals bedoeld in titel 4 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ en titel 6 van de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’, “iets later zal volgen”.

⁷ Het ontwerp bevat geen bepalingen waarbij “producten, diensten en gebouwen” worden vastgesteld waarop de betrokken regeling inzake energie-efficiëntie van toepassing is.

⁸ Artikel 63, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 bevat geen machtiging aan de Koning. Het ontwerp bevat geen overdracht van bevoegdheden zoals bedoeld in artikel 63, derde lid, van deze wet.

⁹ Het ontwerp bevat geen maatregelen zoals bedoeld in artikel 65, eerste of derde lid, van de wet van 17 juni 2016.

¹⁰ Het ontwerp bevat geen artikelen die organieke of statutaire bepalingen wijzigen zoals bedoeld in artikel 66 van de wet van 17 juni 2016.

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 opgemerkt¹¹, 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 concessiedocumenten, 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.

¹¹ Zie o.m. adv.RvS 60.903/1 van 13 maart 2017 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ van 18 april 2017, opm. 4.4, BS 9 mei 2017, 55398.

¹² Zie ook *Beginselen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, aanbeveling nr. 23.1, d), te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be).

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 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 overtoollig 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. 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

¹³ Deze bepalingen bevatten een deels gelijkaardige regeling als de artikelen 9, § 3, 69, 95 en 160 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken’, waarvan artikel 1 overigens aangeeft dat het koninklijk besluit voorziet in de gedeeltelijke omzetting van richtlijn 2011/7/EU.

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 parallellisme – 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 concessie¹⁴ 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°, 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 kandidaturen 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

¹⁴ Anders dan wat in het verslag aan de Koning bij het ontwerp het geval is, wordt deze regeling in artikel 35, derde lid, van de wet van 17 juni 2016 niet beperkt tot de “concessie van werken”.

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°, 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 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/EG¹⁶) 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

¹⁵ Zie o.m. overweging 4 van richtlijn 2014/23/EU.

¹⁶ Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 ‘betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten’.

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 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 concessiedocumenten bepaalde minimale eisen of de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de concessiedocumenten”, 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 concessiedocumenten, moet nietig verklaren (zie art. 30, vierde lid, tweede zin). In de concessiedocumenten kan hiervan wel worden afgeweken. Zodoende kan in de concessiedocumenten 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 concessiedocumenten, 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 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 minimeisen 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 ondertekeningsvereiste. 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 genooddaakt 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.

¹⁷ Als voorbeeld van een gelijke behandeling zou bijvoorbeeld kunnen worden beschouwd het vereiste volgens hetwelk alle inschrijvers op het door de aanbesteder vastgestelde tijdstip een offerte moeten indienen die minstens voldoet aan de minimale eisen.

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.

Artikel 35

16. De redactie van de Nederlandse tekst van artikel 35, § 2, tweede lid, van het ontwerp, moet aan een bijkomend onderzoek worden ontworpen. 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 “gekwalficeerde 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,

¹⁸ Vgl. met artikel 72, § 2, tweede lid, van het koninklijk besluit ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ van 18 april 2017.

betekent dat één onderneming van een combinatie moet voldoen aan alle selectievoorwaarden en -criteria, wordt het nut van de combinatie uitgehouden. 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°, 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°, 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 invoeging van de definities eigen aan boek III en van de rechtshandhabingsbepalingen 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/EG¹⁹⁻²⁰ (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 inachtneming 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)?

¹⁹ Voetnoot 8 in het aangehaalde advies: Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 ‘betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten’.

²⁰ Voetnoot 9 in het aangehaalde advies: Zie in het bijzonder het arrest C-406/14 van 14 juli 2016, Wroclaw.

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 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 omlijnd. 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 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 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.²¹

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).

²¹ Voetnoot 10 in het aangehaalde advies: Zie in die zin ook artikel 88, lid 5, vijfde alinea, b), van richtlijn 2014/25/EU.

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.²

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, 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 aanbesteder’.

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

²² Voetnoot 11 in het aangehaalde advies: De betrokken criteria kunnen betrekking hebben op “de geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen”, “de economische en financiële draagkracht” en “de technische en beroepsbekwaamheid”.

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 aanbesteder 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 geoordeeld²³:

"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 hoofdgeding 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 Werking van de Europese Unie (en niet enkel met specifieke richtlijnbe-
palingen,

²³ HvJ 5 april 2017, C-298/15, *Borta UAB*.

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°, 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.

²⁴ Artikel 38, lid 2, van richtlijn 2014/23/EU bevat weliswaar een specifieke regeling inzake de financiële draagkracht die niet voorkomt in artikel 54, lid 6, van richtlijn 2004/17/EG, maar artikel 54 van het ontwerp is hoe dan ook beperkt tot “de door de concessiedocumenten opgelegde selectievoorwaarden inzake technische en beroepsbekwaamheid”.

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 besluit²⁵ 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,²⁶ moet worden vastgesteld dat *in casu* niet aan deze voorwaarde is voldaan.

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.

²⁵ Met uitzondering van artikel 75 van het ontwerp waarvan de inwerkingtreding wordt vastgesteld op 1 mei 2018 (artikel 78, tweede lid, van het ontwerp).

²⁶ Zie artikel 51, lid 1, van de betrokken richtlijn.

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°, b), bevat de Nederlandse tekst geen tegenhanger van het woord “déclare” in de Franse tekst en in artikel 2, 13°, 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 “aanbesteder” 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° 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°, moet tussen de woorden “ou à” en “prescription” het woord “une” worden toegevoegd;
- in de Nederlandse tekst van artikel 8 moeten de woorden “ter zake” worden weggelaten;
- in de Nederlandse tekst van artikel 14, eerste lid, 1°, 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°) gehanteerd, terwijl in de Franse tekst steeds sprake is van “garantie”. Er zou ook in de Nederlandse tekst van de ontworpen bepaling op dit punt een grotere eenvormigheid moeten zijn;
- in de Nederlandse tekst van artikel 48, tweede lid, 6° 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°, 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°, 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°, 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°, a), wordt verwezen naar een niet bestaande “paragraaf 2/2”.

*

²⁷ Vgl. met artikel 67, § 1, 1°, c), van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken’.

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 61.030/1¹, 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.

¹ Avis C.E. 61.030/1 du 23 mars 2017 sur un projet d'arrêté royal 'modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services'.

² La division du titre 1^{er} du projet (« Dispositions générales ») en un chapitre 1^{er} et 4 sections doit être adaptée, compte tenu du fait qu'il ne comporte qu'un seul chapitre.

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 4³ 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.

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 3⁴, 28, § 3⁵, 59, §§ 2 et 4⁶, 62, § 2, alinéas 1^{er} et 4, et § 3⁷, 63, alinéas 1^{er} et 3⁸, 65, alinéas 1^{er} et 3⁹, et 66¹⁰ 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,

³ Le chapitre 4 concerné est erronément désigné comme « chapitre 3 » dans le projet.

⁴ Le projet ne contient pas de dispositions « désignant » comme des conflits d'intérêts d'autres situations que celles mentionnées dans la loi. Les situations mentionnées dans l'annexe 6A (partie III, C, 5) figurent déjà à l'article 26, § 3, de la loi du 17 juin 2016.

⁵ Le projet ne comporte pas de mécanisme de révision en cas de bouleversement de l'équilibre contractuel au sens de l'article 28, § 3, de la loi du 17 juin 2016. Le rapport au Roi accompagnant le projet le confirme explicitement.

⁶ Le projet ne contient aucune disposition réglant le point de contact visé à l'article 59, § 2, de la loi du 17 juin 2016 ni ne détermine les informations dont fait état l'article 59, § 4, de cette loi. Il ressort de la note au Conseil des ministres du 16 mai 2017 qu'un arrêté d'exécution distinct comportant « les dispositions en matière de gouvernance », au sens du titre 4 de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' et du titre 6 de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession' « suivra ultérieurement ».

⁷ Le projet ne contient pas de dispositions fixant les « produits, services et bâtiments » auxquels s'appliquent les règles d'efficacité énergétique concernées.

⁸ L'article 63, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 ne comporte pas de délégation au Roi. Le projet ne contient pas de délégation de compétences au sens de l'article 63, alinéa 3, de cette loi.

⁹ Le projet ne comporte pas de mesures au sens de l'article 65, alinéas 1^{er} ou 3, de la loi du 17 juin 2016.

¹⁰ Le projet ne contient pas d'articles modifiant des dispositions organiques ou statutaires au sens de l'article 66 de la loi du 17 juin 2016.

l'a déjà relevé par le passé¹¹, 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 invoqué¹².

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.

¹¹ Voir notamment l'avis C.E. 60.903/1 du 13 mars 2017 sur un projet devenu l'arrêté royal du 18 avril 2017 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques', observation 4.4., M.B. 9 mai 2017, p. 55398.

¹² Voir également *Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, Conseil d'État, 2008, recommandation n° 23.1, d), à consulter sur le site Internet du Conseil d'État (www.raadvst-consetat.be).

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 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.

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 public telles que définies par une loi, un décret ou une ordonnance ».

¹³ Ces dispositions contiennent un régime en partie similaire à celui des articles 9, § 3, 69, 95 et 160 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 'établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics', dont l'article 1^{er} indique au demeurant que l'arrêté royal transpose partiellement la directive 2011/7/UE.

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°, 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 parties 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°, 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.

¹⁴ Contrairement à ce qu'indique le rapport au Roi accompagnant le projet, cette disposition inscrite à l'article 35, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2016 n'est pas limitée à la « concession de travaux ».

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 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).

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

¹⁵ Voir notamment le considérant 4 de la directive 2014/23/UE.

¹⁶ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 'relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services'.

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 concessiedocumenten, moet nietig verklaren (zie art. 30, vierde lid, tweede zin). In de concessiedocumenten kan hiervan wel worden afgeweken. Zodoende kan in de concessiedocumenten 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 concessiedocumenten, 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 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 angewend 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 ondertekeningsvereiste. 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 compromise¹⁷.

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.

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 ».

¹⁷ À titre d'exemple d'égalité de traitement, on pourrait considérer l'exigence selon laquelle tous les soumissionnaires doivent introduire, dans le délai fixé par l'adjudicateur, une offre répondant au moins aux exigences minimales.

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'explicitier 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

¹⁸ Comparer avec l'article 72, § 2, alinéa 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques'.

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°, 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 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/CE¹⁹⁻²⁰ (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 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 omlijnd. 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

¹⁹ Note 8 de l'avis cité : Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 'relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services'.

²⁰ Note 9 de l'avis cité : Voir en particulier l'arrêt C-406/14 du 14 juillet 2016, *Wroclaw*.

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 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 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.

²¹ Note 10 de l'avis cité : Voir également dans ce sens l'article 88, paragraphe 5, cinquième alinéa, b), de la directive 2014/25/UE.

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.’

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 58²². 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 et 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 suit²³ :

« 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

²² Note 11 de l'avis cité : Les critères concernés peuvent avoir trait à 'l'aptitude à exercer l'activité professionnelle', à 'la capacité économique et financière' et aux 'capacités techniques et professionnelles'.

²³ C.J.U.E., 5 avril 2017, C-298/15, *Borta UAB*.

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 ».

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

²⁴ Certes, l'article 38, paragraphe 2, de la directive 2014/23/UE contient un régime spécifique relatif aux capacités financières qui ne figure pas à l'article 54, paragraphe 6, de la directive 2004/17/CE, mais l'article 54 du projet est de toute façon limité aux « conditions de sélection en matière de capacité technique et professionnelle imposées par les documents de concession ».

précité porte également sur les dispositifs des article 53 et 54 du projet, compte tenu notamment des observations, rappelées ci-dessus, que le Conseil d'État, section de législation, à 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 projet²⁵ 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 délai de transposition de la directive 2014/23/UE ait déjà expiré le 18 avril 2016²⁶, force est de constater en l'espèce que cette condition n'a pas été remplie.

²⁵ À l'exception de l'article 75 du projet, dont l'entrée en vigueur est fixée au 1^{er} mai 2018 (article 78, alinéa 2, du projet).

²⁶ Voir l'article 51, paragraphe 1, de ladite directive.

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°, b), le mot « déclare » dans le texte français est sans équivalent dans le texte néerlandais, et à l'article 2, 13°, 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 coorespondent 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 « aanbesteder » (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° 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:

- dans le texte français de l'article 2, 8°, 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°, 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°), 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°, 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°, 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°, 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°, 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);

²⁷ Comparer avec l'article 67, § 1^{er}, 1°, c), de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 'établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics'.

- 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.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME