



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 79.325/1
van 18 juni 2026

avis 79.325/1
du 18 juin 2026

over

sur

een voorontwerp van wet 'tot
wijziging van diverse
bepalingen inzake
overheidsopdrachten en
concessieovereenkomsten'

un avant-projet de loi
'modifiant diverses
dispositions relatives aux
marchés publics et aux
contrats de concession'

Op 4 mei 2026 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Eerste Minister verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet ‘tot wijziging van diverse bepalingen inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten’.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 9 juni 2026. De kamer was samengesteld uit Pierre LEFRANC, kamervoorzitter, Brecht STEEN en Tim CORTHAUT, staatsraden, Michel TISON, assessor, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Arne CARTON en Ronald VAN CROMBRUGGE, auditeurs.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Pierre LEFRANC, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 18 juni 2026.

*

Le 4 mai 2026, 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 avant-projet de loi ‘modifiant diverses dispositions relatives aux marchés publics et aux contrats de concession’.

L'avant-projet a été examiné par la première chambre le 9 juin 2026. La chambre était composée de Pierre LEFRANC, président de chambre, Brecht STEEN et Tim CORTHAUT, conseillers d'État, Michel TISON, assesseur, et Wim GEURTS, greffier.

Le rapport a été présenté par Arne CARTON et Ronald VAN CROMBRUGGE, auditeurs.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Pierre LEFRANC, président de chambre.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 18 juin 2026.

*

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 rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan. alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN WET

2. Het voorontwerp van wet brengt diverse wijzigingen aan in de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hoofdstuk 2, artikelen 2 tot 36 van het voorontwerp), de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’ (hoofdstuk 3, artikelen 37 tot 43), de wet van 13 augustus 2011 ‘inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’ (hoofdstuk 4, artikelen 44 tot 47) en de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hoofdstuk 5, artikelen 48 en 49).

Ook worden een aantal specifieke bepalingen opgeheven in het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’, het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten in de speciale sectoren’ en het koninklijk besluit van 25 juni 2017 ‘betreffende de plaatsing en de algemene uitvoeringsregels van de concessieovereenkomsten’ (hoofdstukken 6 tot 8, artikelen 50 tot 54).

Met een groot deel van de ontworpen bepalingen wordt volgens de memorie van toelichting “ingezet op het vermijden van overbodige administratieve lasten” en op het aanbrengen van “diverse vereenvoudigingen (...) erop gericht een eenvoudiger en efficiënter kader te bekomen dat de toegang tot overheidsopdrachten vergemakkelijkt, met name voor de KMO’s, zonder al te zeer afbreuk te doen aan de fundamentele beginselen inzake overheidsopdrachten”.

Het voorontwerp is evenwel niet daartoe beperkt. Zo strekt het voorontwerp bijvoorbeeld ertoe om een specifieke regeling in te voegen in de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ in verband met de “korte keten” voor opdrachten die verband houden met menselijke voeding. Er wordt bepaald dat aanbestedende overheden de korte keten kunnen opnemen als gunningscriterium, of als uitvoeringsmodaliteit. Het voorontwerp voorziet tevens in een rapportageverplichting wanneer aanbestedende overheden gebruikmaken van deze mogelijkheid (artikelen 21 tot 24). Het voorontwerp voegt een gelijkaardige regeling in de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’ in (artikel 41).

Zoals blijkt uit de artikelen 2, 37 en 44 van het voorontwerp, strekt het voorontwerp voorts gedeeltelijk tot de (laattijdige)² omzetting van Europees recht, en meer bepaald van artikel 7

¹ Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

² Overeenkomstig artikel 36, lid 1, van richtlijn (EU) 2023/1791 moest artikel 7 van deze richtlijn op 11 oktober 2025 zijn omgezet.

van richtlijn (EU) 2023/1791 van het Europees Parlement en de Raad van 13 september 2023 ‘betreffende energie-efficiëntie en tot wijziging van Verordening (EU) 2023/955’. De artikelen 35, 36, 42, 43, 46 en 47 van het voorontwerp brengen daartoe wijzigingen aan, in de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’ en de wet van 13 augustus 2011. Artikel 55 van het voorontwerp strekt nog tot opheffing van het koninklijk besluit van 13 juli 2014 ‘betreffende de energie-efficiëntie-eisen in het kader van bepaalde overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten betreffende de verwerving van producten, diensten en gebouwen’, aangezien het voorontwerp zelf nieuwe wettelijke regels inzake energie-efficiëntie-eisen vaststelt.

Het voorontwerp treedt in werking op de tiende dag die volgt op de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad voor overheidsopdrachten die vanaf die datum worden bekendgemaakt of hadden moeten worden bekendgemaakt, alsook voor de overheidsopdrachten waarvoor, bij ontstentenis van een verplichting tot voorafgaande bekendmaking, vanaf die datum wordt uitgenodigd tot het indienen van een aanvraag tot deelneming of een offerte, met uitzondering van een aantal bepalingen die later in werking treden (artikel 56, 1° en 2°) en een aantal bepalingen waarvan de Koning de inwerkingtreding bepaalt (artikel 56, 3°).

BEVOEGDHEID

3. Artikel 168, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ stelt nadere regels vast inzake energie-efficiëntie en stelt dat voor de toepassing van dit artikel onder het verwerven van een gebouw ook de huur en het verwerven van zakelijke rechten op een gebouw wordt verstaan.³

Artikel 35 van het voorontwerp van wet strekt tot wijziging van artikel 168 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’. Meer bepaald worden regels opgelegd in verband met de energie-efficiëntie bij de huur en het verwerven van zakelijke rechten op gebouwen, ter omzetting van artikel 6 van richtlijn (EU) 2023/1791. Artikel 42 van het voorontwerp stelt een gelijkaardige regeling vast in de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’.

Aangezien de verwerving en huur van bestaande gebouwen in beginsel uitgesloten zijn van het toepassingsgebied van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, wordt in het voorontwerp van wet uitdrukkelijk bepaald dat voor de huur en het verwerven van zakelijke rechten op een gebouw uitsluitend artikel 168 van de overheidsopdrachtenwet toepasselijk is. Voor het overige blijven zij van het toepassingsgebied van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ uitgesloten. Hierover bevraagd, antwoordde de gemachtigde:

“Het is inderdaad zo dat [de verwerving en huur van bestaande gebouwen] uitgesloten zijn van wetgeving inzake overheidsopdrachten. Echter, zij zijn wel onderhevig aan artikel 7 van richtlijn 2023/1791 aangaande de energie-efficiëntie. Dit staat duidelijk vermeld in aanbeveling 2024/1719 van de Commissie van 19 juni 2024 bevattende

³ De afdeling Wetgeving heeft opgemerkt dat de bepalingen van het voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 17 juni 2013 ‘inzake overheidsopdrachten’ kunnen worden geacht algemene regels inzake overheidsopdrachten te bevatten als bedoeld in artikel 6, § 1, VI, vierde lid, 1°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervormingen der instellingen’ (hierna: BWHI; adv.RvS 58.235/1 van 17 november 2015, opmerking 4).

richtsnoeren voor de uitleg van de artikelen 5, 6 en 7 van Richtlijn (EU) 2023/1791 van het Europees Parlement en de Raad betreffende het energieverbruik in de openbare sector, de renovatie van openbare gebouwen en openbare aanbestedingen. Deze aanbevelingen zijn de consulteren via deze link: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=OJ:L_202401716#enc_1. Hierbij het letterlijk citaat van hetgeen in de voormelde aanbeveling staat.

‘Ondanks het feit dat gebouwen niet onder de klassieke richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, zijn de in de richtlijnen inzake overheidsopdrachten voor dienstverleningscontracten vermelde drempels van toepassing op deze gebouwen, aangezien zij uitdrukkelijk zijn uitgesloten van de opgesomde uitgesloten dienstverleningscontracten. De aankoop of huur van gebouwen is derhalve onderworpen aan artikel 7 van Richtlijn (EU) 2023/1791, maar blijft uitgesloten van de regels inzake overheidsopdrachten.’

Om te voldoen aan deze door de Europese Commissie opgelegde verplichting, dient er in artikel 28, § 1, eerste lid, 1° te worden opgenomen ‘en dat onverminderd artikel 168’. Dit is om de aanbesteders duidelijk te maken dat de aankoop en huur van gebouwen uitgesloten blijven van de wet inzake overheidsopdrachten, behalve voor wat energie-efficiëntie (art. 168 van de wet) betreft.”

Wat betreft de bevoegdheid van de federale overheid stelde de gemachtigde het volgende:

“Met betrekking tot deze vraag, verwijzen we graag naar het advies 78.684/1 van de Raad van State de dato 2 februari 2026. In dit advies stelt de Raad van State dat ‘verplichting voor bepaalde aanbestedende overheden om aan bepaalde normen inzake energie-efficiëntie te voldoen niet wordt opgelegd door dit voorontwerp (van decreet nvdr.), maar is reeds ter omzetting van de voorganger van artikel 7 van richtlijn 2023/1791, artikel 6 van richtlijn 2021/27/EU...’.

Het voor advies voorliggend voorontwerp tot wet heeft onder meer tot doel artikel 7 van vermelde richtlijn 2023/1791 om te zetten en bijgevolg dient artikel 168 van de wet inzake overheidsopdrachten vervangen te worden. Dit is een federale materie op basis van artikel 6, § 1, VI, vierde lid, 1° van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Dit artikel bepaalt immers dat de nationale overheid bevoegd is om algemene regels vast te stellen inzake overheidsopdrachten.”

Met deze zienswijze van de gemachtigde kan enkel worden ingestemd voor wat betreft een deel van de ontworpen regeling. Uit het aangehaalde advies 78.684/1⁴ blijkt immers dat het huidige wettelijke en reglementaire federale kader geen minimale energieprestaties vastlegt waaraan gebouwen dienen te voldoen wanneer zij worden verworven door een aanbestedende instantie. De bevoegdheid om deze normen vast te stellen wordt opgedragen aan de Koning, die van deze delegatie op een grondwetsconforme wijze gebruik heeft gemaakt door wat dit betreft te verwijzen naar de geldende normen voor energie-efficiëntie in de gewesten.

⁴ Adv.RvS 78.684/1 van 2 februari 2026 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 3 april 2026 ‘tot wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009 en het decreet van 19 april 2024 over de operationalisering van een Vlaamse Nutsregulator, wat betreft energie-efficiëntie’.

Dat is anders met het voorontwerp van wet dat wél zelf minimale energieprestaties vastlegt.⁵ Het ontworpen artikel 168 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ en het ontworpen artikel 42 van de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’ leggen immers principieel op dat de verworven gebouwen dienen te voldoen aan de vereisten die in respectievelijk bijlage VIII (lees: bijlage IX) en bijlage VI bij die wetten worden opgenomen. Overeenkomstig punt 6° van die bijlagen kopen aanbesteders gebouwen aan of sluiten nieuwe huurovereenkomsten voor gebouwen die minstens bijna-energieneutraal zijn, tenzij de aankoop een van de in de bijlage vastgestelde doelen heeft.

Wat betreft het voormelde punt 6°, moet aldus worden aangenomen dat de ontworpen bijlage IX bij de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ en de ontworpen bijlage VI bij de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’ de federale bevoegdheid overschrijden om op grond van artikel 6, § 1, VI, vierde lid, 1°, van de BWHI algemene regels vast te stellen inzake overheidsopdrachten, en de exclusieve gewestbevoegdheid betreden inzake rationeel energiegebruik op grond van artikel 6, § 1, VII, eerste lid, h), van de BWHI.⁶

Het komt uitsluitend aan de gewesten toe om overeenkomstig artikel 6, § 1, VII, eerste lid, h), van de BWHI de energieprestatie-eisen voor gebouwen – inclusief door de overheid te verwerven gebouwen – te bepalen. Bijgevolg kan de ontworpen regeling in zijn huidige vorm geen doorgang vinden. Meer bepaald dient in punt 6° van de bijlagen IX en VI – naar analogie met de huidige regeling in het koninklijk besluit van 13 juli 2014 ‘betreffende de energie-efficiëntie-eisen in het kader van bepaalde overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten betreffende de verwerving van producten, diensten en gebouwen’ – te worden verwezen naar “de in het betreffende gewest van toepassing zijnde minimumeisen voor energieprestaties voor het bouwen of verbouwen van gebouwen”.

ALGEMENE OPMERKINGEN

Overeenstemming met het Europees recht

4. Het voorontwerp strekt niet enkel tot de gedeeltelijke omzetting van richtlijn (EU) 2023/1791, maar geeft ook aanleiding tot wijzigingen van wettelijke bepalingen tot omzetting van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG’ en richtlijn 2014/25/EU ‘betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG’. De relevante bepalingen van de laatste twee richtlijnen zijn ongewijzigd gebleven, maar de stellers

⁵ De artikelen 36 en 43 van het voorontwerp die bijlage VIII (lees bijlage IX, zie opmerking 18) in de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ respectievelijk bijlage VI in de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’ invoegen.

⁶ Zie GwH 21 november 2024, nr. 140/2024, B.7.1.

van het voorontwerp wensen gebruik te maken van de vrijheid die deze richtlijnen volgens hen bieden om bijkomende of afwijkende specifieke regels vast te stellen.⁷

Voorts strekt het voorontwerp deels tot een vernummering van reeds omgezet Europees recht. Zo vormt artikel 17 van het voorontwerp een bijna identieke overname van het bestaande artikel 73, § 4, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, dat door artikel 14, 5°, van het voorontwerp wordt opgeheven.

Daarnaar gevraagd bezorgde de gemachtigde een overzichtstabel van de wijzigingen aan wettelijke bepalingen die in het verleden voornoemde richtlijn 2014/24/EU en/of richtlijn 2014/25/EU hebben omgezet:⁸

Artikel voorontwerp van wet	Artikel dat gewijzigd wordt of ingevoegd WO = wet inzake overheidsopdrachten	Bepaling uit de richtlijn/verordening/verdrag die mogelijkere relevant is
Art. 1.	/	/
Art. 2.	Art. 1	/
Art. 3.	Art. 2 WO – invoegen definities omtrent energie-efficiëntie	Art. 2 RL 2023/1791 energie-efficiëntie
	Art. 2. WO – Indieningsrapport	/
	Art. 2. WO – gekwalificeerde elektronische handtekening	Verordening 910/2014/EU
	Art. 2 WO – herstelbaarheid, duurzaamheid, renovatiepotentieel	Art. 67.2.a) RL 2014/24/EU; Art. 18.2 RL 2014/24/EU Overweging 2 RL 2014/24/EU; Art. 11 VWEU
Art. 4.	Art. 13 WO	Art. 21.1 RL 2014/24/EU
Art. 5.	Art. 14/1 WO	/
Art. 6.	14/3 WO (ingevoegd)	/
Art. 7.	14/4 WO (ingevoegd)	Art. 22.6 RL 2014/24/EU
Art. 8.	Art. 28, § 1, WO	Art. 7 RL 2023/1791 energie-efficiëntie
Art. 9.	Art. 42 WO – gelegenheidsaankopen	/ (de regeling geldt alleen onder de drempel voor EU bekendmaking)
Art. 10.	Art. 43, § 6, 4° WO	Art. 33 RL 2014/24/EU
Art. 11.	Art. 50, tweede lid WO	/ (wat de prijsvragen betreft wordt dit niet geregeld in de richtlijn)
Art. 12.	Art. 66 WO	Art. 56 RL 2014/24/EU
Art. 13.	Art. 71 WO	Art. 58 RL 2014/24/EU
Art. 14.	Art. 73 WO	Art. 59 RL 2014/24/EU
Art. 15.	Art. 73 WO (ingevoegd)	Art. 59 RL 2014/24/EU
Art. 16.	Art. 74 WO	/

⁷ De Raad van State maakt de stellers van het voorontwerp erop attent dat de Europese Commissie van plan is nog in 2026 nieuwe regels inzake overheidsopdrachten voor te stellen: <https://public-buyers-community.ec.europa.eu/revision-public-procurement-directives>.

⁸ Deze tabel is niet beperkt tot de twee voormelde richtlijnen en bevat onvolkomenheden, zoals een verwijzing bij artikel 15 van het voorontwerp naar artikel 73 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, terwijl artikel 73/1 bedoeld wordt.

Art. 17.	Art. 74/1 WO (ingevoegd)	Art. 59.5 RL 2014/24/EU
Art. 18.	Art. 75 WO	Art. 32.2.c) RL 2014/24/EU
Art. 19.	Art. 81 WO	Art. 67 RL 2014/24/EU
Art. 20.	Art. 82 WO	Art. 68 RL 2014/24/EU
Art. 21.	/	/
Art. 22.	Art. 87/2 WO (ingevoegd)	Art. 67 RL 2014/24/EU Art. 70 RL 2014/24/EU
Art. 23.	Art. 87/3 WO (ingevoegd)	Art. 50 RL 2014/24/EU
Art. 24.	Art. 89/1 WO (ingevoegd)	Art. 67 RL 2014/24/EU Art. 70 RL 2014/24/EU
Art. 25.	Art. 92 WO	/
Art. 26.	/	/
Art. 27.	Art. 92/1 WO (ingevoegd)	/
Art. 28.	/	/
Art. 29.	Art. 147 WO	Art. 76.7 RL 2014/25/EU
Art. 30.	Art. 162 WO	/
Art. 31.	/	/
Art. 32.	Art. 162/1 WO (ingevoegd)	/
Art. 33.	Art. 164, § 1, eerste lid, WO	Art. 7 RL 2023/1791 energie-efficiëntie
Art. 34.	Art. 165 WO	Art. 85.2 RL 2014/24/EU
Art. 35.	Art. 168 WO	Art. 7 RL 2023/1791 energie-efficiëntie
Art. 36.	Bijlage VIII WO (ingevoegd)	Art. 7 RL 2023/1791 energie-efficiëntie
Art. 37.	/	/
Art. 38.	Art. 2 Concessiewet – definities ivm energie-efficiëntie	Art. 2 RL 2023/1791 energie-efficiëntie
	Art. 2 Concessiewet – definitie/indieningsrapport	
	Art. 3 Concessiewet – definitie gekwalificeerde elektronische handtekening	Art. 3, 12°, Verordening 910/2014/EU
Art. 39.	Art. 32/3 Concessiewet (ingevoegd)	/
Art. 40.	Art. 32/4 Concessiewet (ingevoegd)	/
Art. 41.	Art. 58/2 Concessiewet (ingevoegd)	Art. 41 RL 2014/23/EU
Art. 42.	Art. 42 Concessiewet	Art. 7 RL 2023/1791 energie-efficiëntie
Art. 43.	Bijlage VI Concessiewet (ingevoegd)	Art. 7 RL 2023/1791 energie-efficiëntie
Art. 44.	/	/
Art. 45.	Art. 2 Wet defensie en veiligheid	Art. 2 RL 2023/1791 energie-efficiëntie
Art. 46.	Art. 40/1 Wet defensie en veiligheid	Art. 7 RL 2023/1791 energie-efficiëntie
Art. 47.	Bijlage 3 Wet defensie en veiligheid (ingevoegd)	Art. 7 RL 2023/1791 energie-efficiëntie
Art. 48.	Art. 29/1 Wet rechtsmiddelen	/
Art. 49.	Art. 61 Wet rechtsmiddelen	/
Art. 50.	/	/

Art. 51.	/	/
Art. 52.	/	/
Art. 53.	/	/
Art. 54.	/	/
Art. 55.	/	/
Art. 56.	/	/

Inzake de overeenstemming van de ontworpen bepalingen met het Europees recht wordt hierna gewezen op de volgende punten.

a) Artikel 19, a) en b), van het voorontwerp

5. Artikel 19, a), van het voorontwerp vervangt het bestaande artikel 81, § 2, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, dat een omzetting is van het (ongewijzigd gebleven) artikel 67, lid 2, van richtlijn 2014/24/EU. De derde alinea van deze richtlijn bepaling biedt beleidsruimte aan de lidstaten om een specifieke beperking op te leggen wat betreft de keuze van de gunningscriteria. Lidstaten kunnen met name bepalen dat de aanbestedende diensten de prijs of de kosten niet als enige gunningscriterium mogen hanteren of de toepassing ervan beperken tot bepaalde categorieën aanbestedende diensten of bepaalde soorten opdrachten.⁹

Artikel 19, a) van het voorontwerp wijzigt de volgorde van de drie categorieën van gunningscriteria in het huidige artikel 81, § 2, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’. Volgens de memorie van toelichting beoogt de “nieuwe paragraaf 2 (...) het invoeren van de beste prijs kwaliteitsverhouding als default gunningscriterium”. Gevraagd hoe die doelstelling wordt bereikt door de ontworpen tekst, die nog steeds bepaalt dat de gunningscriteria “naar keuze” van de aanbestedende overheid worden vastgesteld, stelde de gemachtigde:

“L’article 67 de la directive 2014/24/UE n’a certes pas été modifié. Toutefois, les États membres conservent une marge d’appréciation quant à la manière de transposer cette disposition, pour autant que les objectifs de la directive soient respectés. Ils ne doivent dès lors pas attendre une modification formelle de celle-ci pour adapter leur droit interne s’ils l’estiment opportun.

L’ordre du paragraphe 2 a été modifié afin de mettre davantage l’accent sur le meilleur rapport qualité-prix et non plus sur le prix. L’accent se déplace de la concurrence sur la seule base du prix vers une approche plus large qui accorde une attention accrue à la qualité, à la durabilité et à l’innovation.

Les mots ‘au choix’ doivent être supprimés du paragraphe 2. Le reste de l’article limite en effet le choix du pouvoir adjudicateur quant à la détermination de l’offre économiquement la plus avantageuse. Il ne s’agit dès lors pas d’un libre choix laissé au pouvoir adjudicateur.”

Het louter wijzigen van de volgorde van de drie categorieën van gunningscriteria die “naar keuze” kunnen worden gekozen, zoals in de voor advies voorgelegde tekst, is zinledig. Een dergelijke wijziging van reeds omgezet Europees recht die geen normatieve draagwijdte heeft, dient vermeden te worden. Het geeft bovendien aanleiding tot nieuwe problemen. Zo staat de zin

⁹ Zie HvJ 18 december 2025, C-769/23, *Mara Soc. Coop. Arl*, ECLI:EU:C:2025:984, punten 65 tot 68.

die begint met “Het kostenelement kan ook...” in de ontworpen paragraaf 2 op een onlogische plaats. Daarnaast heeft dit tot gevolg dat bestaande verwijzingen naar de oorspronkelijke volgorde van de drie categorieën van gunningscriteria niet mee worden aangepast, en daardoor onbegrijpelijk worden.¹⁰ Ook de rechtsleer en de rechtspraak waarin wordt verwezen naar de nummering zoals die bestond, wordt minder begrijpelijk.¹¹ Dit is hier des te meer het geval, aangezien het gaat om een wettelijke bepaling die al bijna negen jaar geleden in werking is getreden.

Voorts kan het voorstel van de gemachtigde om de woorden “naar keuze” in de ontworpen tekst weg te laten geen doorgang vinden. Artikel 67, lid 2, derde alinea, van richtlijn 2014/24/EU laat lidstaten immers niet toe om de prijs of de kosten uit te sluiten van de gunningscriteria of de keuze voor het gebruik ervan op algemene wijze te beperken. Zoals ook wordt gesteld door advocaat-generaal NORKUS in de hoger aangehaalde zaak bij het Hof van Justitie, biedt die bepaling de lidstaten enkel de mogelijkheid om het gebruik ervan als enige gunningscriterium te verbieden. Voor de gunning van een opdracht kunnen aanbestedende diensten dus steeds kiezen uit een niet-uitputtende reeks van relevante criteria.¹²

Het behoud van de woorden “naar keuze” in artikel 81, § 2, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (zoals in de bestaande bepaling) belet voorts niet dat een specifieke regeling wordt ingevoegd in paragraaf 2/1 van artikel 81.¹³

De door artikel 19, a), van het voorontwerp voorziene vervanging van artikel 81, § 2, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (met of zonder de door de gemachtigde voorgestelde wijziging ervan) kan bijgevolg geen doorgang vinden en dient te worden weggelaten uit het voorontwerp.

6. Het tweede lid van de ontworpen paragraaf 2/1 van artikel 81 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, zoals ingevoegd door artikel 19, b), van het voorontwerp, bepaalt dat de aanbestedende overheid “de economisch meest voordelige offerte alleen [kan] bepalen op basis van de prijs in overeenstemming met paragraaf 2, [eerste lid], 3^{o14}” in twee specifieke situaties.

Die bepaling is niet in overeenstemming met de in opmerking 5 aangehaalde rechtspraak van het Hof van Justitie. Het is aanbestedende overheden immers steeds toegelaten om het prijscriterium te hanteren als één van de gunningscriteria. Lidstaten kunnen enkel het exclusief gebruik ervan beperken.

¹⁰ Wat dit betreft kan overigens erop worden gewezen dat in het ontworpen artikel 86/2, zoals ingevoegd bij artikel 22 van het voorontwerp, wordt verwezen naar de oude volgorde, in plaats van rekening te houden met de volgorde zoals gewijzigd bij artikel 19, a), van het voorontwerp.

¹¹ Zie Beginselen van de Wetgevingstechniek – Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten, 2008, randnummer 125, te raadplegen op <https://www.raadvst-consetat.be>.

¹² Opinie van advocaat-generaal NORKUS in de zaak C-769/23, Mara Soc. coop. Arl), overweging 53.

¹³ Zie opmerking 6.

¹⁴ In de Franse tekst van het voorontwerp ontbreekt het equivalent van “in overeenstemming met paragraaf 2, [eerste lid], 3^o”.

De ontworpen paragraaf 2/1 kan als volgt worden vervangen (waarbij het overbodige bestaande eerste lid kan worden weggelaten):

“In afwijking van paragraaf 2, mag de aanbestedende overheid, voor de opdrachten waarvan de geraamde waarde gelijk is aan of hoger is dan de drempel bepaald voor de Europese bekendmaking, de economisch meest voordelige offerte niet uitsluitend vaststellen op basis van het gunningscriterium prijs, bedoeld in paragraaf 2.

In afwijking van het eerste lid, mag de economisch meest voordelige offerte wel uitsluitend vastgesteld worden op basis van het gunningscriterium prijs indien aan één van de volgende voorwaarden is voldaan:

1° de werken, leveringen of diensten zijn gestandaardiseerd en beschikbaar op de markt;

2° de vereiste kwaliteit wordt integraal beschreven in de opdrachtdocumenten.”

De vraag rijst wel of de twee vermelde uitzonderingen op het exclusief gebruik van het gunningscriterium prijs in overeenstemming zijn met de hoger aangehaalde rechtspraak van het Hof van Justitie inzake het proportionaliteitscriterium. Het Hof vereist immers dat het niet onmogelijk of uiterst moeilijk mag zijn om criteria vast te stellen om een kwalitatief onderscheid te maken tussen de offertes voor werken, leveringen of diensten.

Gevraagd of het niet onevenredig moeilijk is om de kwaliteit van een product, werk of dienst “integraal” te beschrijven, antwoordde de gemachtigde:

“(…) L'exigence selon laquelle la qualité doit être 'intégralement décrite' ne doit pas être entendue comme impliquant une description exhaustive au sens absolu, mais comme imposant que les caractéristiques qualitatives pertinentes soient déterminées avec un degré de précision suffisant pour garantir la comparabilité des offres et éliminer toute variabilité qualitative significative. Il ne s'agit donc pas d'une exhaustivité, ce qui pourrait se révéler impossible.

En outre, la disposition en cause n'impose pas une obligation générale de description exhaustive, mais conditionne simplement la possibilité de recourir au critère du prix seul à une description. Dès lors, lorsque la qualité ne peut pas être décrite avec une précision suffisante, le pouvoir adjudicateur conserve la faculté de recourir à une pluralité de critères, ce qui exclut tout caractère disproportionné de la disposition.”

Verder gevraagd hoe concreet kan worden bepaald of een werk “gestandaardiseerd” is (volgens de memorie van toelichting “met weinig tot geen variatie”) en om hiervan een aantal concrete voorbeelden te geven, stelde de gemachtigde:

“Il convient d'entendre le terme 'standardisés' dans son acception courante. Il s'agit de produits ou de services banals et interchangeables, ou encore de prestations homogènes et uniformes, dont les caractéristiques sont identiques ou quasi identiques, quel que soit l'opérateur économique. De telles prestations ne présentent pas de différences qualitatives substantielles entre les offres. Le besoin doit, dès lors, être décrit, au moyen de spécifications techniques ne laissant aucune marge d'appréciation qualitative. En d'autres termes, la qualité de la prestation ne varie pas sensiblement d'un opérateur économique à l'autre et ne dépend pas réellement du fournisseur. Les différences entre les offres se limitent essentiellement au prix.

Peuvent être cités à titre d'exemple, les produits normalisés par des normes techniques ou les fournitures courantes comme le papier. Pour ce qui concerne les travaux,

on peut citer l'exemple de la pose de canalisations avec des normes précises ou le rebouchage de nids-de-poule.”

Het komt de afdeling Wetgeving voor dat deze uitzonderingen inpasbaar zijn in de aangehaalde rechtspraak van het Hof van Justitie. Omwille van de rechtszekerheid verdient het aanbeveling om de door de gemachtigde verstrekte toelichting op te nemen in de memorie van toelichting. In het bijzonder dient te worden verduidelijkt dat het woord “integraal” niet mag worden geïnterpreteerd in de zin dat een “exhaustieve” beschrijving nodig is.

b) Artikelen 3 en 19, c), van het voorontwerp

7. Artikel 19, c), van het voorontwerp vervangt het bestaande artikel 81, § 3, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, dat een omzetting is van het (ongewijzigd gebleven) artikel 67, lid 3, van richtlijn 2014/24/EU.

De ontworpen paragraaf 3 van artikel 81 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ strekt er in essentie toe aan de bestaande wettelijke regeling inzake het voorwerp van de overheidsopdracht, waarin sprake is van “een specifiek proces voor een andere fase van de levenscyclus ervan”, de woorden “of hun duurzaamheid, hun repareerbaarheid of hun renovatiepotentieel” toe te voegen.

Er worden op die wijze drie nieuwe begrippen (“duurzaamheid”, “repareerbaarheid” – lees “herstelbaarheid” – en “renovatiepotentieel”) ingevoerd die niet in artikel 67 van richtlijn 2014/24/EU voorkomen en als alternatieven voor het levenscycluscriterium worden gepresenteerd. Deze begrippen komen ook niet voor in de definitie van “levenscyclus”, die, ter omzetting van artikel 2, 20, van richtlijn 2014/24/EU, in artikel 2, 49°, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ is opgenomen. In artikel 3 van het voorontwerp worden de voormelde drie begrippen gedefinieerd.

Gevraagd om in het licht van de voorgaande elementen toe te lichten waarom de stellers van het voorontwerp menen dat richtlijn 2014/24/EU de lidstaten daartoe de beleidsruimte biedt, stelde de gemachtigde:

“Une définition du ‘cycle de vie’ existe en effet. Cette définition n’exclut toutefois pas que le projet puisse fournir des exemples complémentaires afin de préciser ce qu’il convient d’entendre par ladite notion. À cet égard, des éléments tels que la durabilité, la réparabilité et le potentiel de réhabilitation apparaissent particulièrement pertinents au regard du cycle de vie et ont, dès lors, été expressément mentionnés. L’objectif poursuivi est de préciser davantage la portée de cette notion.”

Er kan, gelet op de gebruikte formulering, niet worden ingestemd met de visie dat het om een loutere “precisering” gaat. Weliswaar gaat het om begrippen die een zekere band vertonen met de bestaande begrippen opgesomd in de definitie van “levenscyclus”, maar door de nevenschikking “of hun duurzaamheid, hun repareerbaarheid of hun renovatiepotentieel” betreffen het wel degelijk toegevoegde nieuwe begrippen die een andere, ruimere invulling lijken te geven aan de gevallen waarin gunningscriteria worden geacht verband te houden met het voorwerp van de overheidsopdracht. Die invulling is bovendien niet beperkt tot de spraakgebruikelijke betekenis: zo wordt het begrip “herstelbaarheid” – zoals voormeld, zonder enige basis in het Europees recht –

gedefinieerd als “de mogelijkheid om een product of bouwwerk te repareren, op basis van geharmoniseerde eisen die op het niveau van de Europese Unie zijn vastgesteld” (zie punt 70° ingevoegd door artikel 3 van het voorontwerp).

De afdeling Wetgeving wijst er voorts op dat het Hof van Justitie de band met het voorwerp van de opdracht aan de hand van de bewoordingen van richtlijn 2014/24/EU interpreteert en afbakt¹⁵ en dat ook de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State vaststelt “dat de Belgische en Europese regelgever – artikel 81 van de wet overheidsopdrachten 2016 is de quasi woordelijke omzetting van artikel 67 van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement [en] de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG’ – de kriteriën waarbinnen een gunningscriterium wordt geacht verband te houden met het voorwerp van de opdracht, zeer ruim hebben getrokken”.¹⁶

Terwijl artikel 67 van richtlijn 2014/24/EU geen bijzondere mogelijkheid tot afwijking bij nationaal recht vermeldt,¹⁷ is door de wijze van formulering de strekking van de ontworpen bepaling, die ook geldt voor opdrachten boven de Europese drempels, dat meer gevallen zouden kunnen worden geacht verband te houden met het voorwerp van de overheidsopdracht. Of de bestaande kriteriën voor de invulling van het “verband houden met het voorwerp van de opdracht” door de Europese wetgever al dan niet ruim zijn getrokken is eigenlijk niet relevant: indien aanvaard wordt dat lidstaten zelf nieuwe begrippen (met eigen definities) kunnen aannemen, kunnen uiteenlopende uitleggingen bestaan over welke gunningscriteria aanvaardbaar zijn en welke niet.

Bijgevolg is artikel 19, c), van het voorontwerp onverenigbaar met het harmonisatiedoel van artikel 67, lid 3, van richtlijn 2014/24/EU en kan het geen doorgang vinden en moet het worden weggelaten tenzij de bewoording “, of hun duurzaamheid, ...” wordt vervangen door “, waaronder in voorkomend geval hun duurzaamheid, ...”. In het licht hiervan verdient het hoe dan ook aanbeveling om de definities “herstelbaarheid”, “duurzaamheid” en “renovatiepotentieel” in 3 van het voorontwerp te laten wegvallen.

c) Artikel 20 van het voorontwerp

8. Artikel 20 van het voorontwerp wijzigt artikel 82 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, dat artikel 68 van richtlijn 2014/24/EU heeft omgezet.

Artikel 82, § 1, 1°, d), wordt vervangen, waarbij, wat betreft de categorie “kosten gedragen door de aanbestedende overheid of andere gebruikers”, de uit de richtlijn overgenomen woorden “kosten volgend uit het einde van de levenscyclus, zoals inzamelings- en recyclingkosten” worden vervangen door een ruimere categorie van “kosten volgend uit het einde van de levenscyclus, zoals ontmanteling, inzameling, recycling of renovatie” – waaronder dus ook kosten

¹⁵ HvJ 5 maart 2026, C-210/24, Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia (AESTE), ECLI:EU:C:2026:145, punten 44 tot 45.

¹⁶ RvS 9 januari 2020, nr. 246.569, nv Recutex, overweging 19.

¹⁷ Vgl. met artikel 56, lid 3, van richtlijn 2014/24/EU.

voor “renovatie”¹⁸, dat een niet in de richtlijn 2014/24/EU voorkomend begrip uitmaakt. Ook wordt artikel 82, § 1, 2°, gewijzigd, door de toevoeging van de woorden “en kosten die verband houden met de productie, het transport, het gebruik, het onderhoud en het einde van de levensduur” aan de categorie van “kosten toegeschreven aan externe milieueffecten”.

Gevraagd om toe te lichten waarom de stellers van het voorontwerp van oordeel zijn dat richtlijn 2014/24/EU de lidstaten daartoe de beleidsruimte biedt, antwoordde de gemachtigde:

“La réponse est similaire à celle apportée pour l'article 19, point c). L'objectif poursuivi est de préciser davantage la portée du cycle de vie.

La directive 2014/24/UE fait référence aux ‘coûts liés à la fin de vie, tels que les coûts de collecte et de recyclage’. Il convient toutefois d'interpréter les éléments énumérés après l'expression ‘tels que’ comme étant de nature exemplative.

Il apparaît dès lors admissible d'inclure, au sein de la loi, des exemples complémentaires afin de préciser davantage la notion de coûts liés à la fin du cycle de vie.

Le raisonnement est analogue pour les éléments ajoutés au 2° de l'article 20.”

In dit verband wordt het volgende opgemerkt.

8.1. Wat de ontworpen wijziging betreft van artikel 82, § 1, 1°, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’,¹⁹ merkt de gemachtigde terecht op dat de opsomming in artikel 68, lid 1, a), van richtlijn 2014/24/EU louter exemplatief is, zoals ook blijkt uit de aangehaalde overweging 96 bij die richtlijn, die een aantal andere voorbeelden aanhaalt (zoals de verwijzing naar research en ontwikkeling). Anderzijds voorziet artikel 68, lid 3, van richtlijn 2014/24/EU uitdrukkelijk in de mogelijke verplichting van een gemeenschappelijke methode voor de berekening van de levenscycluskosten op grond van een wetgevingshandeling van de Unie, met het oog op een gemeenschappelijke methode voor de raming van de levenscycluskosten. Een lijst van deze wetgevingshandelingen, en waar nodig gedelegeerde handelingen en aanvullende handelingen, is opgenomen in bijlage XIII bij de voornoemde richtlijn, die vooralsnog evenwel louter verwijst naar één richtlijn inzake wegvoertuigen.²⁰ Rekening houdend met het beginsel van de vrijheid voor aanbestedende diensten om de methoden te gebruiken om de levenscycluskosten te bepalen,²¹ lijkt er in de huidige stand van de wetgeving geen bezwaar te rijzen tegen de in het voorontwerp voorziene wijziging van de exemplatieve opsomming.²²

¹⁸ In de Franse tekst: “réhabilitation” dat niet geheel lijkt overeen te stemmen met het Nederlandse begrip “renovatie” zodat deze bepaling zal moeten worden aangepast met het oog op de overeenstemming tussen de taalversies.

¹⁹ Zoals gewijzigd door artikel 20, 1°, van het voorontwerp.

²⁰ Met name richtlijn 2009/33/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 ‘inzake de bevordering van schone en energiezuinige wegvoertuigen’.

²¹ Artikel 68, lid 2, eerste alinea van richtlijn 2014/24/EU.

²² Bovendien bepaalt het bestaande artikel 82, § 2, laatste lid, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, dat onveranderd blijft, dat de bijzondere berekeningsmethodes in elk geval moeten worden toegepast, zodat ook wanneer de lijst in bijlage XIII bij richtlijn 2014/24/EU later zou worden aangevuld, er geen conflict kan ontstaan met afwijkende EU normen.

8.2. Artikel 68, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU maakt een onderscheid tussen twee categorieën van levenscycluskosten,²³ met name (1) “kosten gedragen door de aanbestedende dienst of andere gebruikers”²⁴ en (2) “kosten toegerekend aan externe milieueffecten”.

Bijgevolg is de ontworpen wijziging van artikel 82, § 1, 2°, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’²⁵ onverenigbaar met het Europeesrechtelijke kader. Bij de tweede categorie “kosten toegerekend aan externe milieueffecten” worden immers begrippen toegevoegd die horen bij de eerstvermelde categorie, zoals kosten die verband houden met onderhoud en gebruik. Het komt niet aan de nationale wetgever toe om bij een om te zetten Europese richtlijn categorieën van kosten door elkaar te halen of kosten uit een bepaalde categorie naar een andere categorie te verplaatsen of in een andere categorie te herhalen. Artikel 20, 2°, van het voorontwerp kan derhalve geen doorgang vinden en dient te worden weggelaten.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 4

9.1. Wat de door artikel 4 van het voorontwerp voorziene mededeling van de voorlopige individuele rangschikking betreft, vestigt de Inspectie van Financiën in haar advies bij het voorontwerp de aandacht op het document “Mededinging stimuleren en concurrentievervalsing bij overheidsopdrachten voorkomen – Gids met goede praktijken voor publieke inkopers – Ontwerpgids inzake mededingingsregels bij overheidsopdrachten” van 5 januari 2026 van de Belgische Mededingingsautoriteit (p. 46), dat luidt:

“De mededeling van de voorlopige individuele rangschikking moet met de nodige voorzichtigheid gebeuren:

- in geen geval mogen de naam en de rangschikking van de andere inschrijvers worden bekendgemaakt, overeenkomstig de wettelijke verplichtingen;

- de Autoriteit merkt op dat in bepaalde marktconfiguraties, gekenmerkt door een beperkt aantal ondernemingen met aanzienlijke marktaandelen, de mededeling van de voorlopige individuele rangschikking de betrokken inschrijver in staat zou kunnen stellen de positie van zijn concurrenten af te leiden. Een dergelijke mededeling zou het sluiten of in stand houden van afspraken tussen inschrijvers die tot doel hebben de mededinging te vervalsen, kunnen aanmoedigen en het toezicht op of de bestraffing van de niet-naleving van dergelijke afspraken kunnen vergemakkelijken.

Voorbeeld: een overheidsopdracht voor zeer gespecialiseerde IT-diensten waarvoor slechts zeer weinig ondernemingen technisch in staat zijn om in te schrijven en die samen de volledige markt in handen hebben. Door de mededeling van de voorlopige individuele rangschikking zouden de ondernemingen gemakkelijk de positie van hun concurrenten kunnen afleiden en zouden zij in de verleiding kunnen komen om de markt onderling te verdelen. Wanneer er daarentegen veel spelers op de markt zijn, heeft de kennis van de voorlopige individuele rangschikking een beperktere invloed op de mededinging.”

²³ Een opdeling die ook blijkt uit overweging 96 bij richtlijn 2014/24/EU.

²⁴ Gevolgd door een exemplatieve opsomming, waaronder “onderhoudskosten” en “gebruikskosten”.

²⁵ Zoals gewijzigd door artikel 20, 2°, van het voorontwerp.

In hetzelfde document wordt gesteld (p. 43):

“Overmatige transparantie kan namelijk, door de onzekerheid over het verwachte gedrag van inschrijvers te verminderen, collusie tussen concurrerende ondernemingen in de hand werken, met name in geconcentreerde markten met een beperkt aantal ondernemingen.”

Gevraagd of de ontworpen regeling door de verdergaande transparantie – met name de mededeling van de voorlopige individuele rangschikking – collusie tussen ondernemingen dreigt te bewerkstelligen, antwoordde de gemachtigde:

“Dit is niet het geval.

Er is voorzien dat de aanbesteder in meer gevallen verplicht zou zijn om gelijktijdig aan elke inschrijver zijn individuele plaats in het voorlopige klassement mee te delen. Deze verplichting zou gelden voor alle opdrachten die worden geplaatst bij openbare of niet-openbare procedure en waarbij de economisch meest voordelige offerte uitsluitend op basis van de prijs wordt bepaald, tenzij de betrokken overheidsopdracht betrekking heeft op een door de Koning bepaalde sector met een verhoogd risico op mededingingsvertekenende afspraken. Als er in bepaalde sectoren, in het licht van specifieke marktconfiguraties, zou worden vastgesteld dat er hogere risico's zijn, dan beschikt de Koning over de mogelijkheid om tussen te komen.

De betreffende mogelijkheid om een uitzondering in te voeren werd ingevoegd door middel van de wet van 22 december 2023 waarbij de regeling om in sommige gevallen de individuele plaats in het voorlopig klassement door te geven werd ingevoerd voor de overheidsopdrachten onder de drempel voor EU-bekendmaking.

De voormelde mededeling zorgt ervoor dat ondernemers een inschatting kunnen maken van hun individuele kansen om de opdracht toegewezen te krijgen, wat de opmaak van hun planning vergemakkelijkt.

Er moet in deze kwestie een afweging worden gemaakt van verschillende belangen, namelijk het beperken van mededingingsrisico's, het zorgen voor transparantie en het toelaten dat inschrijvers een inschatting kunnen maken van hun individuele kansen om de opdracht toegewezen te krijgen.

Dit laatste wordt door veel ondernemers als erg belangrijk ervaren.

Het is van belang om, met het oog op het bekomen van een zo ruim mogelijke mededinging, een reglementair kader te bekomen waarbij geen nodeloze barrières worden opgeworpen om deel te nemen aan overheidsopdrachten. Er werd geoordeeld dat ook voor de overheidsopdrachten boven de drempel voor EU-bekendmaking in de betreffende hypothesen rekening moet worden gehouden met de reële informatiebehoefte van de ondernemingen.

Het meedelen van de eigen plaats in het voorlopig klassement is het enige beschikbare instrument om ondernemers toe te laten zich op een minimale maar betekenisvolle manier te oriënteren in de loop van de betreffende plaatsingsprocedures waarvan de doorlooptijd, de interne stappen binnen de administratieve en de gevolgde timing soms wat ondoorzichtig zijn (zolang geen formele beslissing genomen wordt). Ook al biedt de betreffende informatie geen zekerheid, toch geeft zij een indicatie van de competitieve positie, die ondernemingen kunnen gebruiken voor hun interne planning, capaciteitsbeheer en de inschatting van strategische vervolgstappen.

In vergelijking met de situatie zoals deze van toepassing was vóór juli 2017 zou in de betreffende gevallen minder informatie worden gedeeld dan vroeger het geval was. In

de regeling die van toepassing was vóór juli 2017 werden er namelijk openingszittingen georganiseerd waarbij de inschrijvers in de betreffende gevallen niet alleen hun individuele plaats in het voorlopig klassement konden achterhalen (dit werd afgeroepen), maar ook alle namen en de ingediende prijzen van alle andere inschrijvers.

De gids waarnaar de IF verwijst is overigens een ontwerp van gids, een document dat dus nog niet gefinaliseerd is en mogelijkwerwijs niet de finale visie weergeeft van de Belgische Mededingingsautoriteit. Wat er in het document wordt voorgesteld, lijkt overigens niet volledig in lijn te liggen met de bestaande wet inzake overheidsopdrachten (art. 13, § 3/1).”

Gelet op deze toelichting en op de in het voorontwerp voorziene uitzondering die geldt in de gevallen waarbij er een overheidsopdracht wordt uitgeschreven in een “door de Koning bepaalde sector met een verhoogd risico op mededingingsvertekenende afspraken”, volgt dat de stellers van het voorontwerp erkennen dat er mededingingsrechtelijke problemen kunnen rijzen. Het verdient dan ook aanbeveling om, bij de uitvoering van de in het voorontwerp opgenomen machtiging, in nauwe afstemming met de Belgische Mededingingsautoriteit over te gaan tot het nader afbakenen van deze gevoelige sectoren en zulks te verduidelijken in de memorie van toelichting.²⁶

9.2. Het is op basis van de tekst van en de toelichting bij artikel 4 van het voorontwerp niet duidelijk in welke gevallen een aanbesteder het “relevant” kan achten de prijs van de hoogste inschrijver mee te delen.

Gevraagd om verdere verduidelijking, bijvoorbeeld of dit het geval is als er een mogelijk abnormaal hoge prijs is (of juist niet), stelde de gemachtigde:

“Dit wordt overgelaten aan de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid. Het zou bijvoorbeeld relevant kunnen zijn om dit door te geven indien er veel marktdeelnemers zijn (het risico op mededingingsvertekenende afspraken wat lager ligt) en de laagste en hoogste prijs niet zover uit elkaar liggen. Hieruit kunnen inschrijvers dan afleiden dat de informatie die verschaft wordt door middel van het doorgeven van de individuele plaats in het voorlopig klassement.”

Om willekeur bij de toepassing van de ontworpen bepaling te vermijden en in het licht van de voormelde risico's op mededingingsvertekenende afspraken, verdient het aanbeveling om deze verduidelijking op te nemen in de memorie van toelichting.

9.3. In de laatste zin van het door artikel 4 van het voorontwerp vervangen lid, moet op correcte wijze worden verwezen naar “het in artikel 14, § 7, bedoelde elektronische platform” (niet: “het in artikel 14, § 1, bedoelde elektronische platform”).

²⁶ Vgl. advies 73.690/1 van 6 juli 2023 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 22 december 2023 ‘tot wijziging van de regelgeving inzake overheidsopdrachten teneinde de toegang van KMO's tot die opdrachten te bevorderen’, opmerking 11.

Artikelen 6 en 39

10.1. Volgens het door artikel 50 van het voorontwerp opgeheven artikel 42, § 2, eerste lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’²⁷ kan een indieningsrapport ook gebruikt worden voor een aanvraag tot deelneming.

Het voorontwerp doet rechtsonzekerheid ontstaan over de vraag of dit nog steeds het geval is. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 14/3 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ en het ontworpen artikel 32/3 van de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’ wordt immers telkens vermeld dat “[h]et indieningsrapport slaat op alle documenten die deel uitmaken van de verzonden offerte” terwijl in de Franse versie van de voornoemde bepalingen staat vermeld: “Le rapport de dépôt fait mention de tous les documents envoyés”. Aangezien de gemachtigde bevestigde dat het niet de bedoeling is om indieningsrapporten te beperken tot de indiening van offertes – hetgeen ook blijkt uit de in het voorontwerp opgenomen definities van “indieningsrapport”²⁸ – dient de Nederlandse tekst in overeenstemming te worden gebracht met hetgeen bepaald is in de Franse tekst.

10.2. De gemachtigde deelde in verband met de regeling inzake het indieningsrapport spontaan mee dat de in het voorontwerp opgenomen regeling niet voldoende is afgestemd op de werking van het elektronisch platform bedoeld in artikel 14, § 7, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’. Meer bepaald verklaarde de gemachtigde:

“(…) Cela étant dit, le projet de loi doit être aligné avec le mode de fonctionnement de la plateforme, ce qui, après vérification, ne semble pas être entièrement le cas.

En effet, il convient de souligner qu’il peut arriver que, au cours d’une même phase du marché (phase des demandes de participation ou phase d’offre), plusieurs rapports de dépôt doivent être pris en compte.

C’est notamment le cas lorsque l’adjudicateur demande des informations ou des documents complémentaires. Si cela se fait via la plateforme, l’adjudicateur créera à cet effet un deuxième espace de travail de type ‘invitation’. Le candidat ou le soumissionnaire téléchargera les documents complémentaires et établira un rapport de dépôt à cet effet. Ce rapport devra être pris en compte conjointement avec le rapport de dépôt de la soumission initiale.

L’on peut citer l’exemple suivant (en procédure ouverte):

-L’adjudicateur publie un avis de marché – il s’agit de l’espace de travail 1.

-L’entreprise A soumet une offre via le coffre-fort de l’espace de travail 1. Un rapport de dépôt RDD1a est créé à cet effet.

-Avant l’expiration du délai de soumission, A décide de modifier encore quelques documents. Il modifie sa soumission et établit un nouveau rapport de dépôt, RDD1b. Ce rapport remplace le rapport précédent RDD1a.

-L’adjudicateur ouvre le coffre-fort de l’espace de travail 1 et constate qu’il manque encore un document pour l’entreprise A.

²⁷ Artikel 50 strekt onder meer tot de opheffing van het volledige artikel 42. Zie eveneens artikel 52 van het voorontwerp, met betrekking tot een gelijkaardige regeling in de speciale sectoren.

²⁸ Zie de artikelen 3 en 38 van het voorontwerp.

-L'adjudicateur crée une invitation dans laquelle il demande à A de télécharger le document manquant – il s'agit de l'espace de travail 2.

-A télécharge le document manquant dans le coffre-fort de l'espace de travail 2. Un rapport de dépôt RDD2 est alors créé.

-L'adjudicateur ouvre le coffre-fort de l'espace de travail 2. Il dispose désormais de deux rapports de dépôt pertinents pour l'offre de A: RDD1b et RDD2.

Pour la régularisation de la signature (article 7 du projet), un flux permettra à l'entreprise de signer le rapport de dépôt existant au sein du même espace de travail. Dans ce cas, il n'y aura donc qu'un seul rapport de dépôt: la version initiale non signée et, après la régularisation, la même version mais munie de la ou des signatures numériques requises.

En conclusion, le projet de loi devra être reformulé afin de mieux correspondre au fonctionnement de la plateforme.”

Of er zich aanpassingen opdringen, en zo ja welke aanpassingen noodzakelijk zijn in het licht van de concrete werking van het elektronisch platform, kan de Raad van State bij gebrek aan feitelijke kennis daarover niet beoordelen. De stellers van het voorontwerp zullen op zorgvuldige wijze moeten nagaan op welke punten de ontworpen regeling in het licht daarvan aangepast dient te worden.

Artikel 7

11.1 In de ontworpen paragraaf 2 van artikel 14/4 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ moet, omwille van de rechtszekerheid, de verwijzing naar “de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking of oproep tot mededinging” worden vervangen door “de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking of de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande oproep tot mededinging”. Het zijn immers twee onderscheiden procedures die ofwel gehanteerd kunnen worden in de klassieke sectoren, ofwel in de speciale sectoren.

11.2. In de ontworpen paragraaf 8 van artikel 14/4 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ dient de verwijzing naar paragraaf 4, tweede lid, te worden vervangen door een verwijzing naar paragraaf 5, tweede lid.

Artikelen 8 en 35

12.1. Artikel 35 strekt tot wijziging van artikel 168 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’. Overeenkomstig het ontworpen artikel 168, § 1, tweede lid, dient onder “het verwerven van een gebouw” ook de huur en het verwerven van zakelijke rechten op een gebouw te worden verstaan. Artikel 8 strekt tot wijziging van artikel 28 van de voormelde wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, en verduidelijkt dat de verwerving of huur van grond, bestaande gebouwen of andere onroerende goederen of betreffende rechten hierop niet vallen onder toepassing van de wet “onverminderd artikel 168”.

In het ontworpen artikel 168 wordt verwezen naar de drempel voor Europese bekendmaking. Aangezien de aankoop en huur van een gebouw in beginsel niet onder de wet van

17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ vallen, rijst de vraag welke drempel dient te worden gehanteerd. Hierover bevraagd, antwoordde de gemachtigde als volgt:

“Artikel 7, eerste lid van richtlijn 2023/1791 stipuleert enkel dat aanbestedende diensten en aanbestedende instanties, bij het gunnen van overheidsopdrachten en concessie met een waarde gelijk aan of groter dan de vastgelegde drempelwaarden, uitsluitend producten, diensten, gebouwen en werken kopen met hoge energie-efficiëntieprestaties. De vermelde drempelwaarden zijn deze van de klassieke richtlijnen inzake overheidsopdrachten. In de [aanbevelingen van de Europese Commissie] wordt over het aankopen van gebouwen het volgende geschreven: ‘Ondanks het feit dat gebouwen niet onder de klassieke richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, zijn de in de richtlijnen inzake overheidsopdrachten voor dienstverleningscontracten vermelde drempels van toepassing op deze gebouwen, aangezien zij uitdrukkelijk zijn uitgesloten van de opgesomde uitgesloten dienstverleningscontracten.’ L_202401716NL.000101.fmx.xml.

Hieruit dienen we af te leiden dat het de wens van de Europese Commissie is dat voor het aankopen en huren van gebouwen, de drempel van diensten van toepassing is.”

Het verdient aanbeveling om dit te verduidelijken in de memorie van toelichting, en om daarbij te verwijzen naar de aanbevelingen van de Europese Commissie.²⁹

12.2. De beoogde inwerkingtreding van de regeling inzake energie-efficiëntie van het voorontwerp van wet is in het voorontwerp vastgesteld op tien dagen na de bekendmaking ervan, zonder overgangsmaatregelen. Dit zou tot gevolg kunnen hebben dat de aankoop door een aanbesteder van een gebouw met lage energieprestaties of de huur ervan tien dagen na bekendmaking van de wet onwettig zou zijn, ook al zijn er in het verleden al eventuele engagementen aangegaan (aankoopbelofte, compromis...). Aan de gemachtigde werd gevraagd of er zich in het licht hiervan geen overgangsmaatregelen opdringen. De gemachtigde antwoordde hierop als volgt:

“Dit is een terechte opmerking. Het is geenszins het doel van de wetgever om de verkopers en kopers enerzijds en de verhuurders en huurders anderzijds in een moeilijke juridische positie te brengen, zoals de nietigheid of illegaliteit van de overeenkomst. In het licht van deze vraag, lijkt het ons nuttig hierover na te denken en eventueel een wijziging aan te brengen. Indien er reeds een overeenkomst gesloten is of een engagement aangegaan is op het moment van de inwerkingtreding van de nieuwe bepaling artikel 168 van de wet inzake overheidsopdrachten, dan hoeft er niet meer voldaan te worden aan de verplichtingen opgenomen in artikel 168 van de wet inzake overheidsopdrachten. Onder een belofte aangaan kunnen we een aankoop-verkoopbelofte, een compromis, een prijsafsprake begrijpen. De akte dient dus nog niet verleden zijn voor de notaris, noch dient de huurovereenkomst ondertekend te zijn. (...)”.

De Raad van State, afdeling Wetgeving, neemt akte van de bedoeling van de stellers van het voorontwerp dat indien er “reeds een overeenkomst gesloten is of een engagement aangegaan is” op het moment van de inwerkingtreding van het ontworpen artikel 168, niet meer voldaan hoeft te worden aan de verplichtingen opgenomen in dat artikel. Ter wille van de rechtszekerheid dient te worden voorzien in een overgangsregeling met duidelijk gedefinieerde

²⁹ Te raadplegen op: [L_202401716NL.000101.fmx.xml](https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1716/oj/1).

begripen, opdat de bedoeling van de stellers van het voorontwerp ook op rechtszekere wijze zou blijken uit de ontworpen tekst.

Artikel 14

13.1. De impliciete verklaring op erewoord wordt weliswaar niet langer geregeld in artikel 73 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, maar er wordt nog steeds in een bewijsregeling voorzien. Bijgevolg dient de wijziging van het opschrift in artikel 14, 1°, van het voorontwerp beperkt te blijven tot de weglating van de zinsnede “, impliciete verklaring op erewoord”.

13.2. Artikel 14 van het voorontwerp wijzigt de bestaande regeling inzake het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (hierna: UEA) in artikel 73 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ en is, zoals blijkt uit de memorie van toelichting, gesteund op recente rechtspraak van het Hof van Justitie.³⁰

Na de wijziging door het voorontwerp luidt de geconsolideerde tekst van artikel 73, § 1, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ als volgt:

“§ 1. Op het ogenblik van de indiening van de aanvragen tot deelneming of de offertes, naargelang het geval, leggen de kandidaten of inschrijvers, voor de opdrachten waarvan de geraamde waarde gelijk is aan of hoger is dan de betreffende drempel voor de Europese bekendmaking, het door hen ingevulde Uniform Europees Aanbestedingsdocument voor, dat bestaat uit een bijgewerkte eigen verklaring en dat door de aanbestedende overheid als voorlopig bewijs wordt aanvaard ter vervanging van door overheidsinstanties of derden afgegeven documenten of certificaten die bevestigen dat de betrokken kandidaat of inschrijver aan alle hierna vermelde voorwaarden voldoet: (...)

(...)

Een ondernemer kan in plaats van informatie verschaft in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument certificaten of documenten overleggen die zijn afgegeven door overheidsinstanties of derden en waarin wordt bevestigd dat hij voldoet aan de betreffende voorwaarden vermeld in artikel 73, § 1, eerste lid. De aanbestedende overheid kan bovendien ertoe beslissen geen Uniform Europees Aanbestedingsdocument te vereisen in de gevallen waarbij gebruik wordt gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking in de in artikel 42, § 1, 1°, b) en d), 2°, 3°, 4°, b) en c), van de wet, bedoelde gevallen.”

Het ontworpen zesde lid van artikel 73, § 1, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ beoogt onder meer overweging 58 van het recente arrest *LIPOR en PreZero Portugal* van het Hof van Justitie³¹ om te zetten.

³⁰ HvJ 22 januari 2026, C-812/24, *LIPOR en PreZero Portugal*, ECLI:EU:C:2026:38, punten 52 tot 59.

³¹ *Id.*: “58. Een ondernemer kan echter besluiten om in plaats van het UEA de door overheidsinstanties of door derden afgegeven certificaten over te leggen waaruit met name blijkt dat niet alleen hijzelf, maar ook de entiteiten op wier draagkracht hij een beroep wil doen, niet onder een van de in artikel 57 van richtlijn 2014/24 genoemde uitsluitingsgronden vallen en/of voldoen aan het overeenkomstig artikel 58 van deze richtlijn vastgestelde selectiecriteria”.

De draagwijdte van het ontworpen zesde lid is niet geheel duidelijk: ofwel gaat het om een afwijking van de in het eerste lid opgenomen verplichting om een UEA in te dienen ofwel dient deze bepaling dan zo begrepen te worden dat *gedeeltelijk* in het UEA te verschaffen informatie mag worden overgelegd door middel van bijvoorbeeld certificaten. De vraag naar verduidelijking hangt nauw samen met de interpretatie van het aangehaalde arrest van het Hof van Justitie: ofwel zijn de overwegingen van het arrest beperkt tot de specifieke situatie van dat arrest (met name een UEA voor derden waarvan men zich op de draagkracht beroept) ofwel moeten deze overwegingen ruimer worden gelezen in de zin dat steeds – ook in het geval een ondernemer geen beroep doet op de draagkracht van derden – het beginsel van vrije bewijsvoering geldt en (in beginsel) geen UEA moet worden ingediend.

De gemachtigde hangt een ruime interpretatie van het arrest aan:³²

“(…) In het Lipor-arrest wordt gestipuleerd (overweging 57) dat de kandidaat of inschrijver kan kiezen om gebruik te maken van het UEA als bewijsmiddel. De inschrijver kan besluiten om geen gebruik te maken van het UEA, maar kan daarentegen er voor opteren om bepaalde certificaten over te maken waaruit blijkt dat hij voldoet aan de selectiecriteria of dat hij niet valt onder een uitsluitingsgrond.

Hieruit volgt dat de inschrijver volledig de te verschaffen informatie kan bezorgen, indien de nodige certificaten beschikbaar zijn.”

De memorie van toelichting laat echter uitschijnen dat het “nodig blijft” een UEA in te dienen:

“Aangezien niet alle informatie verschaft in het UEA in de praktijk vervangen kan worden door certificaten of attesten, blijft het nodig om een UEA in te dienen.”

Gevraagd welke informatie in de praktijk enkel in het UEA kan worden verschaft en waarom, antwoordde de gemachtigde:

“Er kan verwezen worden naar de verklaring van de inschrijver dat hij zich niet in een geval van uitsluiting, bijvoorbeeld wegens niet-naleving van het arbeidsrecht, bevindt. Daar kan geen certificaat voor worden opgemaakt. De inschrijver kan geen concreet bewijs voorleggen waaruit blijkt dat hij geen overtredingen heeft begaan op het vlak van de niet-naleving van het arbeids- of sociaal recht. Zodoende lijkt het onwaarschijnlijk dat men voor alle aspecten een certificaat zou kunnen voorleggen.

Een duidelijk onderscheid van welk bewijs alleen in een UEA kan overgelegd worden en welk niet, is echter moeilijk vast te leggen. De regelgever kan soms moeilijk alle feitelijke omstandigheden voorzien. Niettemin lijkt het van belang erop te wijzen dat ondernemers de facto nog steeds het UEA zullen nodig hebben, om te vermijden dat er in het voorgelegde bewijs lacunes ontstaan. Door het gebruik van het geïntegreerd UEA zouden veel problemen verholpen moeten kunnen worden aangezien het platform zelf dan

³² Zie eveneens de volgende toelichting van de gemachtigde: “Wij zijn de mening toegedaan dat deze bepaling verder reikt dan enkel in die situatie waarbij een inschrijver beroep doet op de draagkracht van een derde. Deze bepaling in overweging 55 van het arrest, lijkt ons verband te houden met overweging 57, die in het antwoord bij uw eerste vraag werd aangehaald, namelijk dat de inschrijver kan kiezen om gebruik te maken van het UEA als bewijsmiddel. Dit is ongeacht of de inschrijver al dan niet beroep doet op de draagkracht van een derde en kadert binnen het doel van de Europese regelgever om de administratieve lasten te verlichten voor zowel de aanbesteder als de inschrijver, zoals wordt aangegeven in overweging 56.”

maximaal aanstuurt op het invullen van het UEA (waardoor het uiteindelijk lastig wordt als inschrijver om geen UEA in te dienen).”

De toelichting van de gemachtigde hinkt op twee gedachten. Indien de (onzekere) ruime interpretatie van het LIPOR-arrest wordt gevolgd, moet met het oog op de rechtszekerheid uitdrukkelijk in het zesde lid vermeld worden dat het gaat om een afwijking van het eerste lid (“In afwijking van het eerste lid, kan een ondernemer ...”). In de memorie van toelichting kan dan – in plaats van te bepalen dat het indienen van een UEA “nodig blijft” – de voormelde toelichting worden opgenomen waarbij erop wordt gewezen dat het “onwaarschijnlijk” is dat alle informatie via een andere weg kan worden bezorgd en dat een onderneming het zich “lastig” maakt door geen UEA in te dienen. Indien toch zou worden uitgegaan van een verplichting om steeds een UEA in te dienen, dient in de tekst van het voorontwerp, minstens in de memorie van toelichting, te worden verduidelijkt dat het louter gaat om “bepaalde” informatie die op een andere manier dan met het UEA kan worden bezorgd.

13.3. De verwarring wordt bovendien in het licht van de toelichting van de gemachtigde nog groter doordat de tweede zin van het ontworpen zesde lid van artikel 73, § 1, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ het mogelijk maakt om te “beslissen” om geen UEA te vereisen. In dat geval, zoals de gemachtigde bijkomend nog verduidelijkte, is het gebruik ervan, in overeenstemming met het beginsel van de vrije bewijslevering, nog steeds toegestaan.³³ Het is nochtans niet coherent om enerzijds te stellen dat ondernemers sowieso niet verplicht zijn om een UEA in te dienen en anderzijds te stellen dat aanbestedende overheden in specifieke situaties kunnen beslissen om er geen te verplichten.

13.4. Eveneens incoherent is dat het voorontwerp, zoals de gemachtigde verduidelijkte, uitgaat van “het beginsel van de vrije bewijslevering”, maar de alternatieven specifiek beperkt worden tot “certificaten of documenten (...) die zijn afgegeven door overheidsinstanties of derden”. Dit stemt weliswaar overeen met de bewoordingen van overweging 58 van het aangehaalde LIPOR-arrest, maar de vraag rijst of dit niet te restrictief is in het licht van het algemene beginsel van vrije bewijslevering zoals geformuleerd in overweging 55 van hetzelfde arrest.³⁴ Over bepaalde informatie in de selectiefase, zoals het door de gemachtigde aangehaalde voorbeeld van de eigen verklaring van de inschrijver over het niet-bestaan van niet-naleving van het arbeidsrecht, kan geen certificaat worden opgemaakt. De stellers van het voorontwerp zullen met het oog op de rechtszekerheid een duidelijke keuze moeten maken die blijkt uit de tekst van het voorontwerp: is het indienen van een UEA – gelet op het voorbeeld van de gemachtigde van bepaalde eigen verklaringen – vereist of niet?

³³ Gevraagd of de tweede zin betekent dat het gebruik ervan in dat geval nog steeds is toegestaan, in overeenstemming met het beginsel van de vrije bewijslevering (cf. overweging 55 van het hoger aangehaalde arrest van 22 januari 2026), dan wel of een dergelijke beslissing een verbod daartoe impliceert, stelde de gemachtigde: “In het licht van de betreffende richtlijnbevestiging en de voormelde overweging uit het voormelde arrest (vrije bewijslevering), zou ook in deze hypothese het gebruik van het UEA toch nog moeten toegestaan zijn, voor inschrijvers die dat zouden wensen (want het blijft een eenvoudige werkwijze van voorlopig bewijs a priori).”

³⁴ “55 Aangezien het toepasselijke beginsel dat van de vrije bewijslevering is, kan van een gegadigde of inschrijver niet worden verlangd dat hij bij de aanbestedende dienst een UEA indient voor zichzelf en voor elk van de entiteiten op wier draagkracht hij een beroep wil doen”.

13.5. Het ontworpen zesde lid dient in het licht van het voorgaande aan een nieuw onderzoek te worden onderworpen.

Artikel 16

14.1. In de zinsnede “de actuele ondersteunende documenten (...) als bedoeld in artikel 75” (ontworpen artikel 74, § 2, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’) dient de verwijzing naar artikel 75 te worden vervangen door een verwijzing naar artikel 74/1.

14.2. De gemachtigde verduidelijkt dat de bepaling waarbij wordt gesteld dat “[h]et voorgaande lid” niet van toepassing is op bepaalde raamovereenkomsten (ontworpen artikel 74, § 2, derde lid) louter betrekking heeft op hetgeen bepaald is in de eerste zin van dat voorafgaande tweede lid. Het ontworpen artikel 74, § 2, derde lid, dient in het licht daarvan te worden aangepast.

Artikelen 21 tot 24 en 41

15. De artikelen 21 tot 24 van het voorontwerp strekken ertoe om een specifieke regeling in te voegen in de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ in verband met de “korte keten” voor opdrachten die verband houden met menselijke voeding. Artikel 41 voegt een gelijkaardige regeling in de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’ in.

Het ontworpen artikel 87/2 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (ingevoegd bij artikel 22 van het voorontwerp) bepaalt dat “overeenkomstig artikel 81, § 2, eerste lid, 3°, a), (...) de aanbestedende overheid rekening [kan] houden met een criterium inzake de bevoorrading via de korte keten als gunningscriterium.”

Uit het feit dat deze ontworpen bepaling geldt “overeenkomstig artikel 81, § 2, eerste lid, 3°, a)”³⁵ blijkt dat het onder de geldende regelgeving reeds mogelijk is om het criterium “korte keten” als gunningscriterium te hanteren, indien dit criterium verband houdt met de opdracht. Uit de rechtspraak blijkt overigens dat dit criterium in de praktijk ook effectief wordt gebruikt.³⁶ Gevraagd naar de noodzaak van de ontworpen maatregel, antwoordde de gemachtigde wat volgt:

“En pratique, les pouvoirs adjudicateurs appliquent actuellement de manière incorrecte la notion de circuit court, en l’assimilant indûment à des exigences de caractère local ou à des limitations géographiques. Certains vont même jusqu’à étendre cette notion à des produits non alimentaires, tels que la pierre bleue. Une telle pratique est de nature à restreindre indûment la concurrence. L’objectif de la présente disposition est dès lors d’encadrer et d’harmoniser la manière dont le circuit court est actuellement mis en œuvre. Il semble nécessaire de clarifier la situation afin d’apporter une sécurité juridique tant aux pouvoirs adjudicateurs qu’aux opérateurs économiques.

³⁵ De afdeling Wetgeving wijst erop dat de verwijzing naar deze bepaling, als gevolg van de vooropgestelde wijziging van de volgorde in artikel 81, § 2, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ overeenkomstig artikel 19 van het voorontwerp, niet langer correct zal zijn. Zie evenwel opmerking 5.

³⁶ Zie bijvoorbeeld RvS 12 april 2024, nr. 259.452; RvS16 mei 2024, nr. 259.754; RvS 13 april 2026, nr. 266.360.

Aussi, les adjudicateurs utilisent le circuit-court comme spécification technique. Or, si l'on se réfère à la définition des spécifications techniques, celles-ci correspondent plutôt au processus de production qu'au processus d'acquisition d'un produit. L'article 2, 44°, b, de la loi sur les marchés publics (2016_06_17_loi_secteurs_classiques_et_speciaux_v_2024.pdf) transpose l'article 42.3 de la directive 2014/24 (DUMMY).

La Cour de justice s'est déjà prononcée sur ce sujet, notamment dans l'arrêt Max Havelaar (CURIA - Documents) aux points 74-76. Voir également l'arrêt Fluvius C-425/23 (CURIA - Documents) aux points 67-68 et l'avocat général a précisé ce qui suit: '(...) l'énumération des façons dont les spécifications techniques doivent être formulées, figurant à l'article 42, paragraphe 3, de la directive 2014/24, revêt un caractère prescriptif et exhaustif' (CURIA - Documents point 64).

Andere criteria en meer bepaald deze omtrent korte ketens zoals vervat in het wetsontwerp, zijn wel legitiem en vallen perfect te verantwoorden in het licht van de richtlijn en de verdragsbeginselen (zie supra). Bij de aankopers kan er aanzienlijke onduidelijkheid ontstaan omtrent wat precies toegelaten is, in dit domein waar er heel veel potentieel ligt om diverse duurzaamheidsdoelstellingen te realiseren. Voor heel wat aankopers kan dit een reden zijn om af te zien van het gebruik van dergelijke criteria. Vandaar dan ook dat het aangewezen is een verduidelijking aan te brengen in de wet inzake overheidsopdrachten.

In het in te voeren artikel 87/2, eerste en tweede lid, wordt aangegeven dat de criteria of voorwaarden omtrent korte keten, in lijn moeten liggen met de betreffende artikelen omtrent het gebruik van gunningscriteria of bijzondere uitvoeringsvoorwaarden.

Er wordt gebruik gemaakt van objectieve criteria."

De voornaamste reden voor de ontworpen regeling lijkt er aldus in te bestaan om het begrip "korte keten" te omschrijven opdat aanbestedende overheden dit criterium op een correcte wijze zouden gebruiken. De vraag rijst echter of de ontworpen regeling een autonome normatieve draagwijdte heeft en niet louter een verduidelijking zou zijn van een bestaande rechtsregel.

Voor zover bedoeld wordt dat aan de ontworpen regeling een normatieve draagwijdte toekomt – bijvoorbeeld doordat deze ertoe strekt het begrip "korte keten" op een limitatieve wijze te omschrijven zodat aanbestedende overheden hieraan geen andere invulling kunnen geven, of aanbestedende overheden te verhinderen het begrip "korte keten" als gunningscriterium te hanteren wat betreft opdrachten die geen verband houden met menselijke voeding – rijst de vraag hoe de ontworpen regeling zich verhoudt tot het beginsel dat het aan de aanbestedende overheid zelf toekomt om de gunningscriteria te bepalen.³⁷

Hierover bevraagd, antwoordde de gemachtigde het volgende:

"Le pouvoir adjudicateur ne peut pas introduire la notion de circuit court dans un cahier des charges qui ne concerne pas l'alimentation humaine. Pour atteindre l'objectif environnemental qu'il s'est fixé, il doit plutôt recourir à l'article 81 de la loi. Cette disposition permet en effet d'imposer des critères d'attribution poursuivant un objectif environnemental, conformément à la législation européenne en vigueur et à la jurisprudence y afférente, notamment l'arrêt C-513/99 (Concordia) du 17 septembre 2002. C'est donc un

³⁷ Zie: HvJ 4 december 2003, C-448/01, EVN AG, Wienstrom GmbH, ECLI:EU:C:2003:651, punten 37 tot 39.

acquis au quel on ne touche pas. Il en est de même en ce qui concerne les conditions d'exécution du marché prévues à l'article 87 de la loi.

L'introduction de l'article 87/2 n'abroge pas cet article 81 et ne va pas à l'encontre du droit existant. Il prévoit une modalité spécifique liée au circuit court. Cette modalité s'inscrit dans un objectif plus large que le seul objectif environnemental, à savoir celui du développement durable dans le contexte particulier de l'alimentation humaine, domaine qui se distingue des autres secteurs car il touche à plusieurs aspects de la vie humaine notamment la santé publique. Plusieurs opportunités en matière de développement durable ont d'ailleurs été identifiées dans le secteur alimentaire, comme le montre l'analyse d'impact de la législation.

Au niveau européen, le circuit court s'inscrit dans la stratégie 'de la ferme à la table', qui vise notamment à lutter contre la fraude alimentaire au sein de la chaîne d'approvisionnement. Dans le cadre de la révision des directives, la Commission européenne a également abordé la question du circuit court lors de sa consultation publique, en en limitant le champ à l'alimentation humaine.

Par ailleurs, dans la proposition de règlement modifiant les règlements (UE) n° 1308/2013, (UE) 2021/2115 et (UE) 2021/2116 visant à renforcer la position des agriculteurs dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire (COM/2024/0319 – COD), la Commission envisage l'introduction d'un 'label' relatif au circuit court. Elle précise que la mention 'circuit d'approvisionnement court' ne peut être utilisée, seule ou en combinaison avec d'autres mentions, que pour les produits relevant des secteurs énumérés à l'article 1er, paragraphe 2, à condition qu'elle informe les acheteurs de modalités d'organisation de la production, de la distribution ou de la commercialisation garantissant:

- soit un lien direct entre l'agriculteur et le consommateur final ;
- soit un lien étroit, assorti d'une proximité géographique, entre l'agriculteur et le consommateur final.

L'extension de la notion de circuit court à d'autres secteurs pourrait accroître les risques de protectionnisme, en permettant son utilisation à des fins étrangères aux objectifs poursuivis par la stratégie 'de la ferme à la table'.

Force est de constater que certains pouvoirs adjudicateurs font actuellement un usage inapproprié de cette notion. Certains assimilent à tort le circuit court à une simple délimitation géographique, tandis que d'autres l'emploient comme une spécification technique. Dans ce contexte incertain et confus, il apparaît essentiel que les États membres adoptent des mesures afin de prévenir les dérives protectionnistes, de garantir une promotion cohérente du développement durable et une application cohérente et conforme au droit de l'Union.

Plusieurs États membres, tels que l'Espagne et l'Italie, ont déjà pris des initiatives en ce sens."

Het blijkt volgens de gemachtigde niet de bedoeling te zijn om de beslissingsvrijheid van aanbestedende overheden in te perken, aangezien artikel 81 van de wet van 16 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten' onverkort blijft gelden. Dat lijkt ook te moeten volgen uit de tekst van het ontwerp 87/2 van de wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten', dat bepaalt dat van het gunningscriterium korte keten gebruik *kan* worden gemaakt overeenkomstig het ontwerp artikel 81, § 2, eerste lid, 3°, a).

Bijgevolg dient te worden aangenomen dat de ontworpen regeling inzake de korte keten geen autonome normatieve draagwijdte heeft,³⁸ maar louter de bevestiging vormt van de bestaande mogelijkheid die artikel 81 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ en artikel 67, lid 2, a), van richtlijn 2014/24/EU biedt om rekening te houden met sociale of milieu-gerelateerde aspecten bij de vaststelling van de gunningscriteria. Indien het de bedoeling is van de stellers van het voorontwerp om aanbestedende overheden te informeren over de voorwaarden die het Europees recht, de rechtspraak van het Hof van Justitie, of de Europese Commissie stellen aan het gebruik van het gunningscriterium “korte keten”, zijn er meer geschikte middelen om deze doelstelling te bereiken dan om een dergelijke toelichting in de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ in te schrijven. Het verdient dan ook aanbeveling om de artikelen 22 en 24 weg te laten en om artikel 23 in het licht hiervan aan te passen. Zo zulks noodzakelijk wordt geacht, kan het begrip “korte keten” als voorbeeld worden toegevoegd aan de opsomming in het ontworpen artikel 81, § 2, 1°, a), van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’.³⁹

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 41 van het voorontwerp, waar een gelijkaardige regeling wordt ingevoegd in de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’, behoudens wat betreft de rapportageverplichting in het ontworpen artikel 58/2, vijfde lid.

Artikelen 25 en 30

16. Met het oog op de overeenstemming tussen de taalversies, dient in de Nederlandse tekst die door de artikelen 25, 1°, en 30, 1°, van het voorontwerp wordt ingevoegd, de zinsnede “maar hoger is dan 3.000 euro of gelijk is aan het laatste bedrag” te worden vervangen door de zinsnede “maar hoger is dan of gelijk is aan 3.000 euro”.

Artikel 29

17. In het ontworpen artikel 147, § 6, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ moet de verwijzing naar de “vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking” vervangen worden door een verwijzing naar de correcte term “vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging”.⁴⁰

Artikelen 33 en 36

18. Bij artikel 5 van de wet van 10 februari 2026 ‘tot wijziging van de wet inzake overheidsopdrachten aangaande bijzondere maatregelen voor overheidsopdrachten voor grensoverschrijdende projecten die verband houden met het trans-Europees vervoersnetwerk’ werd een bijlage VIII ingevoegd in de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’. De in te

³⁸ Behalve wat betreft de rapportageverplichting in artikel 23 van het voorontwerp.

³⁹ Zie evenwel opmerking 5.

⁴⁰ Zie artikel 117, § 1, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’.

voegen bijlage dient dan ook als bijlage IX te worden genummerd en de verwijzingen ernaar in het ontworpen artikel 168, § 1, dienen te worden aangepast.

Artikel 39

19. Met het oog op de overeenstemming tussen de taalversies, moet in de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 32/3 het woord “concessieovereenkomsten” worden vervangen door het woord “concessieovereenkomst”.

Artikelen 50 tot 55

20. De wetgevende macht kan de in de artikelen 50 tot 55 van het voorontwerp vermelde bepalingen van koninklijke besluiten al dan niet gedeeltelijk opheffen omdat het niet gaat om een aan de uitvoerende macht voorbehouden bevoegdheid.

De specifieke wijzigingen van koninklijke besluiten door de artikelen 51 en 53 van het voorontwerp geven wel aanleiding tot rechtsonzekerheid, omdat de aard van de handtekening (met name een gekwalificeerde elektronische handtekening) nu niet langer duidelijk blijkt uit de gewijzigde besluiten. Hierover bevraagd, antwoordde de gemachtigde:

“Préciser la nature de signature serait, en effet, de nature à apporter davantage de clarté.

Il convient toutefois de s’interroger sur la possibilité d’y donner suite dans le présent projet, au regard des règles de légistique. En effet, selon ces principes, une loi peut modifier un arrêté ou certaines de ses dispositions existantes, mais il semble exclu qu’elle puisse y insérer des dispositions nouvelles ou compléter des dispositions.

Le Code précise en effet ce qui suit ‘il n’est pas opportun que le législateur modifie directement lui-même des règles établies par le pouvoir exécutif. Cela conduirait en effet à un mélange de normes législatives et réglementaires dans un seul texte. En outre, le pouvoir exécutif ne pourrait plus modifier ultérieurement les modifications apportées par le législateur, étant donné que ces dernières ont force de loi. Le législateur peut, par contre, abroger des arrêtés ou des parties d’arrêtés du pouvoir exécutif.’

Un arrêté royal modificatif étant en cours de rédaction, il pourrait être plus approprié d’intégrer la référence à la nature de la signature dans l’arrêté modificatif et non directement dans la loi.

A noter que les suppressions envisagées aux articles 51 et 53 visaient à permettre une entrée en vigueur plus rapide, sans devoir attendre la publication de l’arrêté. Ce dernier interviendra dans un second temps afin de corriger les incohérences ou imperfections subsistantes.”

Met de voorgestelde aanpak van de gemachtigde kan niet worden ingestemd. Indien het nu al duidelijk is dat het aangepaste wettelijke kader zal leiden tot incoherenties met de uitvoeringsbesluiten, staat het vast dat dit zal leiden tot uitvoeringsmoeilijkheden en betwistingen. Het verdient dan ook aanbeveling om, veeleer dan in artikel 56 van het voorontwerp voor de overgrote meerderheid van de ontworpen bepalingen in een bijzondere inwerkingtredingsregeling te voorzien, de in artikel 56, 3°, van het voorontwerp opgenomen machtiging aan de Koning om

voor een beperkt aantal artikelen de datum van inwerkingtreding te bepalen te verruimen tot de meeste artikelen.⁴¹ Enkel voor wat de inwerkingtreding betreft van de artikelen die strekken tot de (laattijdige)⁴² omzetting van richtlijn (EU) 2023/1791, dient de inwerkingtreding uiteraard wel al bij wet te worden geregeld.

De hierna volgende opmerkingen over artikel 56 van het voorontwerp moeten in het licht van het voormelde voorbehoud te worden gelezen.

Artikel 56

21.1. Artikel 56 van het voorontwerp vermengt de inwerkingtreding van de aan te nemen wet met het toepassingsgebied *ratione temporis* van de nieuwe regeling.⁴³

De eerste twee zinnen van deze bepaling worden daarom beter als volgt verwoord:

“Deze wet treedt in werking op de tiende dag die volgt op de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad. Ze is van toepassing op de opdrachten die vanaf die datum worden bekendgemaakt of hadden moeten worden bekendgemaakt, alsook op de opdrachten waarvoor, bij ontstentenis van een verplichting tot voorafgaande bekendmaking, vanaf die datum wordt uitgenodigd tot het indienen van een aanvraag tot deelneming of een offerte (...)”.

21.2. In artikel 56, 2°, van het voorontwerp wordt onder meer verwezen naar de onbestaande artikelen “3, 68° en 69°” en “38, 32° en 33°”. Aangezien het de bedoeling van de stellers van het voorontwerp is om de inwerkingtreding van een deel van de definities op een ander ogenblik te realiseren, zullen daartoe de artikelen 3 en 38 van het voorontwerp moeten worden opgesplitst in twee afzonderlijke paragrafen of bepalingen die op een ander tijdstip in werking treden. Er zal daarbij het best worden verwezen naar de ontworpen bepaling “zoals ingevoegd bij artikel 3 (38) van het voorontwerp”.

21.3. Gelet op opmerking 20 verdient het aanbeveling om de inwerkingtreddingsbepaling te herformuleren in die zin dat de Koning de datum van inwerkingtreding van de aan te nemen wet bepaalt, met uitzondering van (al naargelang de lengte van de termijn van inwerkingtreding):

- de bepalingen die in werking treden op de tiende dag na de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad, waarbij voor de formulering rekening moet worden gehouden met opmerking 21.1;

⁴¹ Vgl. artikel 193 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’.

⁴² Overeenkomstig artikel 36, lid 1, van richtlijn (EU) 2023/1791 moest artikel 7 van deze richtlijn al op 11 oktober 2025 zijn omgezet.

⁴³ Vgl. adv.RvS 78.225/1 van 16 oktober 2025 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 10 februari 2026 ‘tot wijziging van de wet inzake overheidsopdrachten aangaande bijzondere maatregelen voor overheidsopdrachten voor grensoverschrijdende projecten die verband houden met het trans-Europees vervoersnetwerk’, opmerking 13; adv.RvS 78.658/1 van 18 december 2025 over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 12 januari 2026 ‘tot aanpassing van twee drempels in de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’, opmerking 5.

- de bepaling van het voorontwerp die in werking treedt drie maanden na de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad (artikel 23 van het voorontwerp) waarbij voor de formulering rekening moet worden gehouden met opmerking 21.1.

Slotopmerking

22. Het voorontwerp verdient nog een grondig nazicht inzake het correct gebruik van leestekens en andere slordigheden⁴⁴ en inzake de overeenstemming tussen de taalversies van het voorontwerp.⁴⁵

*

⁴⁴ Bijvoorbeeld de voorlaatste paragraaf ingevoegd door artikel 16 van het voorontwerp.

⁴⁵ Bijvoorbeeld het tweede lid van de paragraaf 2 die wordt ingevoegd door artikel 12, b) en het gebruik van het woord “verlangt” in de Nederlandse tekst als overeenstemmend woord voor het woord “exige” in de Franse tekst in het ontworpen artikel 74, § 2, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’.

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 juridique¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET DE LOI

2. L'avant-projet de loi apporte diverses modifications à la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' (chapitre 2, articles 2 à 36 de l'avant-projet), à la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession' (chapitre 3, articles 37 à 43), à la loi du 13 août 2011 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité' (chapitre 4, articles 44 à 47) et à la loi du 17 juin 2013 'relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions' (chapitre 5, articles 48 et 49).

Un certain nombre de dispositions spécifiques sont également abrogées dans l'arrêté royal du 18 avril 2017 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques', dans l'arrêté royal du 18 juin 2017 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux' et dans l'arrêté royal du 25 juin 2017 'relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession' (chapitres 6 à 8, articles 50 à 54).

Selon l'exposé des motifs, une grande partie des dispositions en projet vise à « éviter toute charge administrative inutile » et à apporter « différentes simplifications vis[a]nt à mettre en place un cadre plus simple et plus efficace qui facilite l'accès aux marchés publics, notamment pour les PME, sans trop gravement porter atteinte aux principes fondamentaux des marchés publics ».

L'avant-projet ne se limite toutefois pas à ces aspects. Ainsi, l'avant-projet tend par exemple à insérer dans la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' un dispositif spécifique en ce qui concerne le « circuit court » pour des marchés liés à l'alimentation humaine. Il prévoit que les pouvoirs adjudicateurs peuvent introduire le circuit court en tant que critère d'attribution ou modalité d'exécution. L'avant-projet prévoit aussi une obligation de rapportage lorsque les pouvoirs adjudicateurs recourent à cette possibilité (articles 21 à 24). L'avant-projet insère un dispositif analogue dans la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession' (article 41).

Ainsi qu'il ressort des articles 2, 37 et 44 de l'avant-projet, l'avant-projet a par ailleurs en partie pour objet de transposer (tardivement)² le droit européen, et plus particulièrement l'article 7 de la directive (UE) 2023/1791 du Parlement européen et du Conseil du 13 septembre 2023 'relative à l'efficacité énergétique et modifiant le règlement (UE) 2023/955'. Les articles 35, 36, 42, 43, 46 et 47 de l'avant-projet apportent à cet effet des modifications dans la loi du

¹ S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

² Conformément à l'article 36, paragraphe 1, de la directive (UE) 2023/1791, l'article 7 de cette directive devait être transposé pour le 11 octobre 2025.

17 juin 2016 ‘relative aux marchés publics’, dans la loi du 17 juin 2016 ‘relative aux contrats de concession’ et dans la loi du 13 août 2011. L’article 55 de l’avant-projet vise encore à abroger l’arrêté royal du 13 juillet 2014 ‘relatif aux exigences d’efficacité énergétique dans le cadre de certains marchés publics et contrats de concession portant sur l’acquisition de produits, de services et de bâtiments’, dès lors que l’avant-projet lui-même établit de nouvelles règles légales en matière d’exigences d’efficacité énergétique.

L’avant-projet entre en vigueur le dixième jour qui suit sa publication au *Moniteur belge* pour les marchés publics publiés ou qui auraient dû être publiés à partir de cette date, ainsi que pour les marchés publics pour lesquels, à défaut d’une obligation de publication préalable, l’invitation à introduire une demande de participation ou une offre est lancée à partir de cette date, à l’exception d’un certain nombre de dispositions qui entrent en vigueur plus tard (article 56, 1° et 2°) et d’un certain nombre de dispositions dont le Roi fixe la date d’entrée en vigueur (article 56, 3°).

COMPÉTENCE

3. L’article 168 de la loi du 17 juin 2016 ‘relative aux marchés publics’ fixe des modalités en matière d’efficacité énergétique et dispose que, pour l’application de cet article, on entend également par « acquisition d’un bâtiment » la location et l’acquisition de droits réels sur un bâtiment³.

L’article 35 de l’avant-projet de loi vise à modifier l’article 168 de la loi du 17 juin 2016 ‘relative aux marchés publics’. Plus spécifiquement, il impose des règles en ce qui concerne l’efficacité énergétique pour la location et l’acquisition de droits réels sur des bâtiments, en vue de transposer l’article 6 de la directive (UE) 2023/1791. L’article 42 de l’avant-projet prévoit un dispositif analogue dans la loi du 17 juin 2016 ‘relative aux contrats de concession’.

Dès lors que l’acquisition et la location de bâtiments existants sont en principe exclues du champ d’application de la loi du 17 juin 2016 ‘relative aux marchés publics’, l’avant-projet de loi prévoit expressément que seul l’article 168 de la loi relative aux marchés publics s’applique à la location et à l’acquisition de droits réels sur un bâtiment. Pour le surplus, elles demeurent exclues du champ d’application de la loi du 17 juin 2016 ‘relative aux marchés publics’. Interrogé à ce sujet, le délégué a répondu ce qui suit :

« Het is inderdaad zo dat [de verwerving en huur van bestaande gebouwen] uitgesloten zijn van wetgeving inzake overheidsopdrachten. Echter, zij zijn wel onderhevig aan artikel 7 van richtlijn 2023/1791 aangaande de energie-efficiëntie. Dit staat duidelijk vermeld in aanbeveling 2024/1719 van de Commissie van 19 juni 2024 bevattende richtsnoeren voor de uitleg van de artikelen 5, 6 en 7 van Richtlijn (EU) 2023/1791 van het Europees Parlement en de Raad betreffende het energieverbruik in de openbare sector, de renovatie van openbare gebouwen en openbare aanbestedingen. Deze aanbevelingen zijn de
de consulteren via deze link: <https://eur-lex.europa.eu/legal->

³ La section de législation a observé que les dispositions de l’avant-projet devenu la loi du 17 juin 2013 ‘relative aux marchés publics’ peuvent être réputées contenir des règles générales en matière de marchés publics telles qu’elles sont visées à l’article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 4, 1°, de la loi spéciale du 8 août 1980 ‘de réformes institutionnelles’ (ci-après : LSRI ; avis C.E. 58.235/1 du 17 novembre 2015, observation 4).

[content/NL/TXT/HTML/?uri=OJ:L_202401716#enc_1](#). Hierbij het letterlijk citaat van hetgeen in de voormelde aanbeveling staat.

‘Ondanks het feit dat gebouwen niet onder de klassieke richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, zijn de in de richtlijnen inzake overheidsopdrachten voor dienstverleningscontracten vermelde drempels van toepassing op deze gebouwen, aangezien zij uitdrukkelijk zijn uitgesloten van de opgesomde uitgesloten dienstverleningscontracten. De aankoop of huur van gebouwen is derhalve onderworpen aan artikel 7 van Richtlijn (EU) 2023/1791, maar blijft uitgesloten van de regels inzake overheidsopdrachten.’

Om te voldoen aan deze door de Europese Commissie opgelegde verplichting, dient er in artikel 28, § 1, eerste lid, 1° te worden opgenomen ‘en dat onverminderd artikel 168’. Dit is om de aanbesteders duidelijk te maken dat de aankoop en huur van gebouwen uitgesloten blijven van de wet inzake overheidsopdrachten, behalve voor wat energie-efficiëntie (art. 168 van de wet) betreft ».

En ce qui concerne la compétence de l'autorité fédérale, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Met betrekking tot deze vraag, verwijzen we graag naar het advies 78.684/1 van de Raad van State de dato 2 februari 2026. In dit advies stelt de Raad van State dat ‘verplichting voor bepaalde aanbestedende overheden om aan bepaalde normen inzake energie-efficiëntie te voldoen niet wordt opgelegd door dit voorontwerp (van decreet nvdr.), maar is reeds ter omzetting van de voorganger van artikel 7 van richtlijn 2023/1791, artikel 6 van richtlijn 2021/27/EU...’.

Het voor advies voorliggend voorontwerp tot wet heeft onder meer tot doel artikel 7 van vermelde richtlijn 2023/1791 om te zetten en bijgevolg dient artikel 168 van de wet inzake overheidsopdrachten vervangen te worden. Dit is een federale materie op basis van artikel 6, § 1, VI, vierde lid, 1° van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Dit artikel bepaalt immers dat de nationale overheid bevoegd is om algemene regels vast te stellen inzake overheidsopdrachten ».

On ne peut se rallier au point de vue du délégué que pour ce qui concerne une partie du régime en projet. Il ressort en effet de l'avis 78.684/1 ⁴ cité que le cadre légal et réglementaire fédéral actuel ne prévoit aucune performance énergétique minimale à laquelle doivent satisfaire les bâtiments lors de leur acquisition par une entité adjudicatrice. La compétence de fixer ces normes est conférée au Roi, qui a fait usage de cette habilitation de manière conforme à la Constitution en se référant, à cet égard, aux normes en vigueur dans les régions en matière d'efficacité énergétique.

Il en va autrement de l'avant-projet de loi, qui pour sa part prévoit bien des performances énergétiques minimales ⁵. En effet, l'article 168, en projet, de la loi du 17 juin 2016 ‘relative aux marchés publics’ et l'article 42, en projet, de la loi du 17 juin 2016 ‘relative aux contrats de concession’ imposent en principe que les bâtiments acquis satisfassent aux exigences prévues respectivement à l'annexe VIII (lire : annexe IX) et à l'annexe VI de ces lois.

⁴ Avis C.E. 78.684/1 du 2 février 2026 sur un avant-projet devenu le décret du 3 avril 2026 ‘modifiant le décret sur l’Energie du 8 mai 2009 et le décret du 19 avril 2024 relatif à l’opérationnalisation d’un Régulateur flamand des services d’utilité publique, en ce qui concerne l’efficacité énergétique’.

⁵ Les articles 36 et 43 de l'avant-projet qui insèrent respectivement l'annexe VIII (lire : annexe IX, voir observation 18) dans la loi du 17 juin 2016 ‘relative aux marchés publics’ et l'annexe VI dans la loi du 17 juin 2016 ‘relative aux contrats de concession’.

Conformément au point 6° de ces annexes, les adjudicateurs achètent, ou reprennent en location au titre de nouveaux contrats, des bâtiments conformes au moins au niveau de consommation d'énergie quasi nulle, sauf lorsque l'achat a pour objet l'un des cas prévus dans l'annexe.

Concernant le point 6° précité, il faut donc admettre que l'annexe IX, en projet, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' et l'annexe VI, en projet, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession' excèdent la compétence fédérale de fixer, en vertu de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 4, 1°, de la LSRI, les règles générales en matière de marchés publics, et empiètent sur la compétence exclusive des régions en matière d'utilisation rationnelle de l'énergie en vertu de l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, h), de la LSRI ⁶.

Conformément à l'article 6, § 1^{er}, VII, alinéa 1^{er}, h), de la LSRI, il appartient aux seules régions de déterminer les exigences en matière de performance énergétique des bâtiments, y compris des bâtiments devant être acquis par l'autorité. Le régime en projet ne peut par conséquent pas se concrétiser sous sa forme actuelle. Par analogie avec le régime actuel prévu dans l'arrêté royal du 13 juillet 2014 'relatif aux exigences d'efficacité énergétique dans le cadre de certains marchés publics et contrats de concession portant sur l'acquisition de produits, de services et de bâtiments', il y a plus particulièrement lieu de viser les « exigences minimales en matière de performance énergétique applicables dans la région concernée pour la construction ou la transformation de bâtiments » au point 6° des annexes IX et VI.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

Conformité avec le droit européen

4. L'avant-projet n'a pas uniquement pour objet de transposer partiellement la directive (UE) 2023/1791, mais il donne également lieu à des modifications de dispositions légales transposant la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 'sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE' et la directive 2014/25/EU 'relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE'. Les dispositions pertinentes de ces deux dernières directives sont restées inchangées, mais les auteurs de l'avant-projet souhaitent faire usage de la liberté qu'offrent, selon eux, ces directives pour déterminer des règles spécifiques supplémentaires ou dérogatoires ⁷.

Par ailleurs, l'avant-projet vise en partie la renumérotation du droit européen déjà transposé. L'article 17 de l'avant-projet consiste ainsi en une reproduction presque à l'identique de l'article 73, § 4, existant, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics', abrogé par l'article 14, 5°, de l'avant-projet.

⁶ Voir C.C., 21 novembre 2024, n° 140/2024, B.7.1.

⁷ Le Conseil d'État attire l'attention des auteurs de l'avant-projet sur le fait que la Commission européenne prévoit de présenter de nouvelles règles en matière de marchés publics encore en 2026 : <https://public-buyers-community.ec.europa.eu/revision-public-procurement-directives>.

Interrogé à ce sujet, le délégué a fourni un tableau récapitulatif des modifications de dispositions légales qui ont, par le passé, transposé les directives 2014/24/UE et/ou 2014/25/UE, précitées ⁸ :

Artikel voorontwerp van wet	Artikel dat gewijzigd wordt of ingevoegd WO = wet inzake overheidsopdrachten	Bepaling uit de richtlijn/verordening/verdrag die mogelijkere relevant is
Art. 1.	/	/
Art. 2.	Art. 1	/
Art. 3.	Art. 2 WO – invoegen definities omtrent energie-efficiëntie	Art. 2 RL 2023/1791 energie-efficiëntie
	Art. 2. WO – Indieningsrapport	/
	Art. 2. WO – gekwalificeerde elektronische handtekening	Verordening 910/2014/EU
	Art. 2 WO – herstelbaarheid, duurzaamheid, renovatiepotentieel	Art. 67.2.a) RL 2014/24/EU; Art. 18.2 RL 2014/24/EU Overweging 2 RL 2014/24/EU; Art. 11 VWEU
Art. 4.	Art. 13 WO	Art. 21.1 RL 2014/24/EU
Art. 5.	Art. 14/1 WO	/
Art. 6.	14/3 WO (ingevoegd)	/
Art. 7.	14/4 WO (ingevoegd)	Art. 22.6 RL 2014/24/EU
Art. 8.	Art. 28, § 1, WO	Art. 7 RL 2023/1791 energie-efficiëntie
Art. 9.	Art. 42 WO – gelegenheidsaankopen	/ (de regeling geldt alleen onder de drempel voor EU bekendmaking)
Art. 10.	Art. 43, § 6, 4° WO	Art. 33 RL 2014/24/EU
Art. 11.	Art. 50, tweede lid WO	/ (wat de prijsvragen betreft wordt dit niet geregeld in de richtlijn)
Art. 12.	Art. 66 WO	Art. 56 RL 2014/24/EU
Art. 13.	Art. 71 WO	Art. 58 RL 2014/24/EU
Art. 14.	Art. 73 WO	Art. 59 RL 2014/24/EU
Art. 15.	Art. 73 WO (ingevoegd)	Art. 59 RL 2014/24/EU
Art. 16.	Art. 74 WO	/
Art. 17.	Art. 74/1 WO (ingevoegd)	Art. 59.5 RL 2014/24/EU
Art. 18.	Art. 75 WO	Art. 32.2.c) RL 2014/24/EU
Art. 19.	Art. 81 WO	Art. 67 RL 2014/24/EU
Art. 20.	Art. 82 WO	Art. 68 RL 2014/24/EU
Art. 21	/	/

⁸ Ce tableau ne se limite pas aux deux directives précitées et contient des imperfections, comme une référence, pour l'article 15 de l'avant-projet, à l'article 73 de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics', alors qu'il convient de viser l'article 73/1.

Art. 22.	Art. 87/2 WO (ingevoegd)	Art. 67 RL 2014/24/EU Art. 70 RL 2014/24/EU
Art. 23.	Art. 87/3 WO (ingevoegd)	Art. 50 RL 2014/24/EU
Art. 24.	Art. 89/1 WO (ingevoegd)	Art. 67 RL 2014/24/EU Art. 70 RL 2014/24/EU
Art. 25.	Art. 92 WO	/
Art. 26.	/	/
Art. 27.	Art. 92/1 WO (ingevoegd)	/
Art. 28.	/	/
Art. 29.	Art. 147 WO	Art. 76.7 RL 2014/25/EU
Art. 30.	Art. 162 WO	/
Art. 31.	/	/
Art. 32.	Art. 162/1 WO (ingevoegd)	/
Art. 33.	Art. 164, § 1, eerste lid, WO	Art. 7 RL 2023/1791 energie-efficiëntie
Art. 34.	Art. 165 WO	Art. 85.2 RL 2014/24/EU
Art. 35.	Art. 168 WO	Art. 7 RL 2023/1791 energie-efficiëntie
Art. 36.	Bijlage VIII WO (ingevoegd)	Art. 7 RL 2023/1791 energie-efficiëntie
Art. 37.	/	/
Art. 38.	Art. 2 Concessiewet – definities ivm energie-efficiëntie	Art. 2 RL 2023/1791 energie-efficiëntie
	Art. 2 Concessiewet – definitie/indieningsrapport	/
	Art. 3 Concessiewet – definitie gekwalificeerde elektronische handtekening	Art. 3, 12°, Verordening 910/2014/EU
Art. 39.	Art. 32/3 Concessiewet (ingevoegd)	/
Art. 40.	Art. 32/4 Concessiewet (ingevoegd)	/
Art. 41.	Art. 58/2 Concessiewet (ingevoegd)	Art. 41 RL 2014/23/EU
Art. 42.	Art. 42 Concessiewet	Art. 7 RL 2023/1791 energie-efficiëntie
Art. 43.	Bijlage VI Concessiewet (ingevoegd)	Art. 7 RL 2023/1791 energie-efficiëntie
Art. 44.	/	/
Art. 45.	Art. 2 Wet defensie en veiligheid	Art. 2 RL 2023/1791 energie-efficiëntie
Art. 46.	Art. 40/1 Wet defensie en veiligheid	Art. 7 RL 2023/1791 energie-efficiëntie
Art. 47.	Bijlage 3 Wet defensie en veiligheid (ingevoegd)	Art. 7 RL 2023/1791 energie-efficiëntie
Art. 48.	Art. 29/1 Wet rechtsmiddelen	/
Art. 49.	Art. 61 Wet rechtsmiddelen	/

Art. 50.	/	/
Art. 51.	/	/
Art. 52.	/	/
Art. 53.	/	/
Art. 54.	/	/
Art. 55.	/	/
Art. 56.	/	/

On relèvera les points suivants en ce qui concerne la conformité des dispositions en projet avec le droit européen.

a) Article 19, a) et b), de l'avant-projet

5. L'article 19, a), de l'avant-projet remplace l'article 81, § 2, existant, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics', qui est une transposition de l'article 67, paragraphe 2, (resté inchangé) de la directive 2014/24/UE. Le troisième alinéa de cette disposition de la directive offre une marge de manœuvre aux États membres pour imposer une limitation spécifique en ce qui concerne le choix des critères d'attribution. Les États membres peuvent notamment prévoir que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas uniquement utiliser le prix ou le coût comme seul critère d'attribution ou limiter cette utilisation à certaines catégories de pouvoirs adjudicateurs ou certains types de marchés ⁹.

L'article 19, a), de l'avant-projet modifie l'ordre des trois catégories de critères d'attribution dans l'actuel article 81, § 2, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics'. Selon l'exposé des motifs, le « nouveau paragraphe 2 vise à introduire le meilleur rapport qualité-prix comme critère d'attribution par défaut ». À la question de savoir comment le texte en projet, qui dispose encore que les critères d'attribution sont déterminés « au choix » par le pouvoir adjudicateur, permet d'atteindre cet objectif, le délégué a répondu ce qui suit :

« L'article 67 de la directive 2014/24/UE n'a certes pas été modifié. Toutefois, les États membres conservent une marge d'appréciation quant à la manière de transposer cette disposition, pour autant que les objectifs de la directive soient respectés. Ils ne doivent dès lors pas attendre une modification formelle de celle-ci pour adapter leur droit interne s'ils l'estiment opportun.

L'ordre du paragraphe 2 a été modifié afin de mettre davantage l'accent sur le meilleur rapport qualité-prix et non plus sur le prix. L'accent se déplace de la concurrence sur la seule base du prix vers une approche plus large qui accorde une attention accrue à la qualité, à la durabilité et à l'innovation.

Les mots 'au choix' doivent être supprimés du paragraphe 2. Le reste de l'article limite en effet le choix du pouvoir adjudicateur quant à la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse. Il ne s'agit dès lors pas d'un libre choix laissé au pouvoir adjudicateur ».

⁹ Voir C.J.U.E., 18 décembre 2025, C-769/23, *Mara Soc. Coop. Arl*, ECLI:EU:C:2025:984, points 65 à 68.

Il est dénué de sens de simplement modifier l'ordre des trois catégories de critères d'attribution pouvant être déterminés « au choix », comme c'est le cas dans le texte soumis pour avis. Il convient d'éviter une telle modification du droit européen déjà transposé qui n'a pas de portée normative. Un tel procédé donne en outre lieu à de nouveaux problèmes. Ainsi, la phrase commençant par « Le facteur coût peut également », dans le paragraphe 2, en projet, n'occupe pas une place logique. Ce procédé a par ailleurs pour effet que les références existantes à l'ordre initial des trois catégories de critères d'attribution ne sont pas modifiées en conséquence, ce qui les rend incompréhensibles ¹⁰. La doctrine et la jurisprudence qui se réfèrent à la numérotation antérieure deviennent également moins compréhensibles ¹¹. Tel est encore davantage le cas en l'occurrence étant donné qu'il s'agit d'une disposition légale qui est entrée en vigueur il y a presque neuf ans déjà.

En outre, la proposition du délégué d'omettre les mots « au choix » du texte en projet ne peut se concrétiser. L'article 67, paragraphe 2, troisième alinéa, de la directive 2014/24/UE n'autorise en effet pas les États membres à exclure le prix ou le coût des critères d'attribution ni à limiter de manière générale le choix de leur utilisation. Ainsi que l'a également observé l'avocat général NORKUS dans l'affaire citée plus haut portée devant la Cour de justice, cette disposition offre uniquement aux États membres la possibilité d'en interdire l'utilisation comme seul critère d'attribution. Les pouvoir adjudicateurs peuvent donc toujours choisir parmi une liste non exhaustive de critères pertinents pour l'attribution d'un marché ¹².

Le maintien des mots « au choix » dans l'article 81, § 2, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' (comme dans la disposition existante) n'empêche en outre pas l'insertion d'un régime spécifique dans le paragraphe 2/1 de l'article 81 ¹³.

Le remplacement de l'article 81, § 2, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' (avec ou sans sa modification proposée par le délégué), prévu par l'article 19, a), de l'avant-projet, ne peut dès lors pas se concrétiser et doit être omis de l'avant-projet.

6. L'alinéa 2 du paragraphe 2/1, en projet, de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics', tel qu'il est inséré par l'article 19, b), de l'avant-projet, dispose que le pouvoir adjudicateur « peut déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base du prix ¹⁴ » dans deux situations spécifiques.

Cette disposition n'est pas conforme à la jurisprudence de la Cour de justice citée à l'observation 5. En effet, il est toujours permis aux pouvoirs adjudicateurs d'utiliser le critère du

¹⁰ À cet égard, il convient du reste de souligner que l'article 86/2, en projet, tel qu'il est inséré par l'article 22 de l'avant-projet, fait référence à l'ancien ordre au lieu de tenir compte de l'ordre tel qu'il est modifié par l'article 19, a), de l'avant-projet.

¹¹ Voir *Principes de technique législative – Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, 2008, recommandation 125, à consulter sur <https://www.raadvst-consetat.be>.

¹² Opinion de l'avocat général NORKUS dans l'affaire C-769/23, *Mara Soc. coop. Arl*), considérant 53.

¹³ Voir observation 6.

¹⁴ Dans le texte français de l'avant-projet, le segment de phrase “conformément au paragraphe 2, alinéa 1^{er}, 3^o” fait défaut.

prix comme un des critères d'attribution. Les États membres ne peuvent qu'en limiter l'utilisation exclusive.

Le paragraphe 2/1, en projet, peut être remplacé comme suit (l'alinéa 1^{er} existant, superflu, pouvant être omis) :

« Par dérogation au paragraphe 2, le pouvoir adjudicateur ne peut pas, pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil fixé pour la publicité européenne, déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse exclusivement sur la base du critère d'attribution du prix, visé au paragraphe 2.

Par dérogation à l'alinéa 1^{er}, l'offre économiquement la plus avantageuse peut être déterminée exclusivement sur la base du critère d'attribution du prix s'il est satisfait à l'une des conditions suivantes :

1° les travaux, les fournitures ou les services sont standardisés et disponibles sur le marché ;

2° la qualité exigée est intégralement décrite dans les documents du marché ».

La question se pose toutefois de savoir si les deux exceptions mentionnées à l'utilisation exclusive du critère d'attribution du prix sont conformes à la jurisprudence de la Cour de justice citée ci-dessus relative au critère de proportionnalité. La Cour exige en effet qu'il ne puisse pas être impossible ou excessivement difficile de déterminer des critères qui permettent de différencier, d'un point de vue qualitatif, les travaux, les fournitures ou les services.

À la question de savoir s'il n'est pas excessivement difficile de décrire « intégralement » un produit, des travaux ou un service, le délégué a répondu ce qui suit :

« [...] L'exigence selon laquelle la qualité doit être 'intégralement décrite' ne doit pas être entendue comme impliquant une description exhaustive au sens absolu, mais comme imposant que les caractéristiques qualitatives pertinentes soient déterminées avec un degré de précision suffisant pour garantir la comparabilité des offres et éliminer toute variabilité qualitative significative. Il ne s'agit donc pas d'une exhaustivité, ce qui pourrait se révéler impossible.

En outre, la disposition en cause n'impose pas une obligation générale de description exhaustive, mais conditionne simplement la possibilité de recourir au critère du prix seul à une description. Dès lors, lorsque la qualité ne peut pas être décrite avec une précision suffisante, le pouvoir adjudicateur conserve la faculté de recourir à une pluralité de critères, ce qui exclut tout caractère disproportionné de la disposition ».

Interrogé encore sur la manière dont on peut déterminer concrètement si des travaux sont « standardisés » (avec « peu ou pas de variation » selon l'exposé des motifs) et invité à fournir des exemples concrets à cet égard, le délégué a indiqué ce qui suit :

« Il convient d'entendre le terme 'standardisés' dans son acception courante. Il s'agit de produits ou de services banals et interchangeables, ou encore de prestations homogènes et uniformes, dont les caractéristiques sont identiques ou quasi identiques, quel que soit l'opérateur économique. De telles prestations ne présentent pas de différences qualitatives substantielles entre les offres. Le besoin doit, dès lors, être décrit, au moyen de spécifications techniques ne laissant aucune marge d'appréciation qualitative. En d'autres termes, la qualité de la prestation ne varie pas sensiblement d'un opérateur économique à

l'autre et ne dépend pas réellement du fournisseur. Les différences entre les offres se limitent essentiellement au prix.

Peuvent être cités à titre d'exemple, les produits normalisés par des normes techniques ou les fournitures courantes comme le papier. Pour ce qui concerne les travaux, on peut citer l'exemple de la pose de canalisations avec des normes précises ou le rebouchage de nids-de-poule ».

Il apparaît à la section de législation que ces exceptions peuvent s'inscrire dans le cadre de la jurisprudence de la Cour de justice citée. Dans un souci de sécurité juridique, il est recommandé d'inclure l'explication du délégué dans l'exposé des motifs. Il faut en particulier préciser que le mot « intégralement » ne peut pas être interprété en ce sens qu'une description « exhaustive » serait nécessaire.

b) Articles 3 et 19, c), de l'avant-projet

7. L'article 19, c), de l'avant-projet remplace l'article 81, § 3, existant, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics', qui transpose l'article 67, paragraphe 3 (resté inchangé), de la directive 2014/24/UE.

Le paragraphe 3, en projet, de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' a essentiellement pour objet d'ajouter les mots « ou leur durabilité, leur réparabilité ou leur potentiel de réhabilitation » au régime légal existant relatif à l'objet du marché public, qui fait état d'« un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie ».

Ainsi, trois nouvelles notions (« durabilité », « réparabilité » et « potentiel de réhabilitation ») sont instaurées, qui ne figurent pas à l'article 67 de la directive 2014/24/UE et qui sont présentées comme des alternatives au critère du cycle de vie. Ces notions n'apparaissent pas non plus dans la définition de « cycle de vie » qui, en vue de transposer l'article 2, 20., de la directive 2014/24/UE, a été insérée à l'article 2, 49°, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics'. L'article 3 de l'avant-projet définit les trois notions précitées.

Invité à préciser au regard des éléments qui précèdent pourquoi les auteurs de l'avant-projet estiment que la directive 2014/24/UE offre aux États membres la marge de manœuvre à cet effet, le délégué a déclaré :

« Une définition du 'cycle de vie' existe en effet. Cette définition n'exclut toutefois pas que le projet puisse fournir des exemples complémentaires afin de préciser ce qu'il convient d'entendre par ladite notion. À cet égard, des éléments tels que la durabilité, la réparabilité et le potentiel de réhabilitation apparaissent particulièrement pertinents au regard du cycle de vie et ont, dès lors, été expressément mentionnés. L'objectif poursuivi est de préciser davantage la portée de cette notion ».

Eu égard à la formulation utilisée, on ne peut pas se rallier au point de vue selon lequel il s'agit d'une simple « précision ». S'il est vrai qu'il s'agit de notions qui présentent un certain lien avec les notions existantes énumérées dans la définition de « cycle de vie », il n'en demeure pas moins que du fait de la juxtaposition « ou leur durabilité, leur réparabilité ou leur potentiel de réhabilitation », il s'agit bel et bien de nouvelles notions ajoutées qui semblent donner une autre portée plus large aux cas dans lesquels des critères d'attribution sont réputés en lien avec

l'objet du marché public. En outre, cette portée n'est pas limitée à l'acception usuelle : ainsi, la notion de « réparabilité » – comme il a été mentionné ci-dessus, sans aucun fondement dans le droit européen – est définie comme « la capacité d'un produit ou d'un ouvrage à être réparé, fondée sur des exigences harmonisées établies au niveau de l'Union européenne » (voir le 70° inséré par l'article 3 de l'avant-projet).

La section de législation souligne par ailleurs que la Cour de justice interprète et délimite le lien avec l'objet du marché sur la base des termes de la directive 2014/24/UE¹⁵ et que la section du contentieux administratif du Conseil d'État constate également « dat de Belgische en Europese regelgever – artikel 81 van de wet overheidsopdrachten 2016 is de quasi woordelijke omzetting van artikel 67 van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement [en] de Raad van 26 februari 2014 'betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG' – de kriteriën waarbinnen een gunningscriterium wordt geacht verband te houden met het voorwerp van de opdracht, zeer ruim hebben getrokken »¹⁶.

Alors que l'article 67 de la directive 2014/24/UE ne mentionne aucune possibilité particulière de dérogation par le droit national¹⁷, la portée de la disposition en projet, qui s'applique également aux marchés au-dessus des seuils européens, compte tenu de la manière dont cette dernière est formulée, est que davantage de cas pourraient être réputés en lien avec l'objet du marché public. Le fait que les lignes directrices existantes pour la portée du « lien avec l'objet du marché » soient définies de manière large ou non par le législateur européen n'est en réalité pas pertinent : s'il est admis que les États membres peuvent eux-mêmes adopter de nouvelles notions (avec leurs propres définitions), des interprétations divergentes peuvent exister quant à savoir quels critères d'attribution sont admissibles et quels critères ne le sont pas.

Par conséquent, l'article 19, c), de l'avant-projet est incompatible avec l'objectif d'harmonisation de l'article 67, paragraphe 3, de la directive 2014/24/UE ; il ne peut se concrétiser et doit être omis, sauf si les mots « , ou leur durabilité, ... » sont remplacés par les mots « , dont, le cas échéant, leur durabilité, ... ». Compte tenu de ce qui précède, il est en tout état de cause recommandé d'omettre les définitions de « réparabilité », « durabilité » et « potentiel de réhabilitation » à l'article 3 de l'avant-projet.

c) Article 20 de l'avant-projet

8. L'article 20 de l'avant-projet modifie l'article 82 de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics', qui a transposé l'article 68 de la directive 2014/24/UE.

L'article 82, § 1^{er}, 1^o, d), est remplacé, en ce que, en ce qui concerne la catégorie « coûts supportés par le pouvoir adjudicateur ou d'autres utilisateurs », les mots « les coûts liés à la fin de vie tels que les coûts de collecte et de recyclage » reproduits de la directive sont remplacés par une catégorie plus large de « coûts liés à la fin du cycle de vie, tels que les coûts de

¹⁵ C.J.U.E., 5 mars 2026, C-210/24, *Asociación de Empresas de Servicios para la Dependencia (AESTE)*, ECLI:EU:C:2026:145, points 44 à 45.

¹⁶ C.E., 9 janvier 2020, n° 246.569, *nv Recutex*, considérant 19.

¹⁷ Comparer avec l'article 56, paragraphe 3, de la directive 2014/24/UE.

démantèlement, de collecte, de recyclage et de réhabilitation » – parmi lesquels donc également les coûts de « réhabilitation »¹⁸ qui constitue une notion qui ne figure pas dans la directive 2014/24/UE. L'article 82, § 1^{er}, 2^o, est également modifié, en ce que les mots « et des coûts liés à la production, au transport, à l'utilisation, à la maintenance et à la fin de vie » sont ajoutés à la catégorie des « coûts imputés aux externalités environnementales ».

Invité à préciser pourquoi les auteurs de l'avant-projet estiment que la directive 2014/24/UE offre aux États membres la marge de manœuvre à cet effet, le délégué a répondu en ces termes :

« La réponse est similaire à celle apportée pour l'article 19, point c). L'objectif poursuivi est de préciser davantage la portée du cycle de vie.

La directive 2014/24/UE fait référence aux 'coûts liés à la fin de vie, tels que les coûts de collecte et de recyclage'. Il convient toutefois d'interpréter les éléments énumérés après l'expression 'tels que' comme étant de nature exemplative.

Il apparaît dès lors admissible d'inclure, au sein de la loi, des exemples complémentaires afin de préciser davantage la notion de coûts liés à la fin du cycle de vie.

Le raisonnement est analogue pour les éléments ajoutés au 2^o de l'article 20 ».

Les observations suivantes sont formulées à cet égard.

8.1. En ce qui concerne la modification en projet de l'article 82, § 1^{er}, 1^o, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics'¹⁹, le délégué relève à juste titre que l'énumération prévue à l'article 68, paragraphe 1, a), de la directive 2014/24/UE est citée purement à titre d'exemple, ainsi qu'il ressort également du considérant 96 cité de cette directive, qui cite un certain nombre d'autres exemples (comme la référence à la recherche et au développement). D'autre part, l'article 68, paragraphe 3, de la directive 2014/24/UE prévoit expressément l'obligation éventuelle d'une méthode commune de calcul des coûts du cycle de vie sur la base d'un acte législatif de l'Union, en vue d'une méthode commune d'évaluation des coûts du cycle de vie. Une liste de ces actes législatifs et, si nécessaire, des actes délégués et des actes complémentaires figure à l'annexe XIII de la directive précitée, qui, pour l'heure, fait encore toutefois simplement référence à une seule directive relative aux véhicules de transport routiers²⁰. Compte tenu du principe de la liberté des pouvoirs adjudicateurs d'utiliser les méthodes pour déterminer les coûts du cycle de vie²¹, la modification de l'énumération exemplative, prévue dans l'avant-projet, ne semble pas susciter d'objection dans l'état actuel de la législation²².

¹⁸ Dans le texte français : « réhabilitation », qui ne semble pas totalement correspondre à la notion néerlandaise de « renovatie », de sorte que cette disposition devra être adaptée dans un souci de concordance entre les versions linguistiques.

¹⁹ Tel qu'il est modifié par l'article 20, 1^o, de l'avant-projet.

²⁰ À savoir la directive 2009/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 'relative à la promotion de véhicules de transport routier propres et économes en énergie'.

²¹ Article 68, paragraphe 2, premier alinéa, de la directive 2014/24/UE.

²² En outre, l'article 82, § 2, dernier alinéa, existant, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics', qui reste inchangé, dispose que les méthodes particulières de calcul doivent en tout état de cause être appliquées, de sorte que, même si la liste figurant à l'annexe XIII de la directive 2014/24/UE venait à être complétée ultérieurement, aucun conflit ne pourrait survenir avec des normes européennes divergentes.

8.2. L'article 68, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE opère une distinction entre deux catégories de coûts du cycle de vie²³, à savoir (1) « les coûts supportés par le pouvoir adjudicateur ou d'autres utilisateurs »²⁴ et (2) « les coûts imputés aux externalités environnementales ».

Par conséquent, la modification en projet de l'article 82, § 1^{er}, 2^o, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics'²⁵ est incompatible avec le cadre juridique européen. En effet, des notions qui relèvent de la première catégorie citée, comme les coûts liés à la maintenance et à l'utilisation, sont ajoutées à la deuxième catégorie « coûts imputés aux externalités environnementales ». Il n'appartient pas au législateur national, lors de la transposition d'une directive européenne, de mélanger des catégories de coûts, ni de déplacer des coûts d'une catégorie donnée vers une autre, ni de les répéter dans une autre catégorie. L'article 20, 2^o, de l'avant-projet ne peut dès lors se concrétiser et doit être omis.

EXAMEN DU TEXTE

Article 4

9.1. En ce qui concerne la communication du classement individuel provisoire prévu à l'article 4 de l'avant-projet, l'Inspection des Finances, dans son avis sur l'avant-projet, attire l'attention sur le document « Stimuler la concurrence et prévenir les pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics – Guide de bonnes pratiques à l'usage des acheteurs publics – Projet de guide sur les règles de concurrence dans les marchés publics » du 5 janvier 2026 de l'Autorité belge de la Concurrence (p. 45), en ces termes :

« La communication du classement provisoire individuel doit se faire avec prudence :

- en aucun cas le nom et le classement des autres soumissionnaires ne doivent être communiqués, conformément aux obligations légales ;

- l'Autorité relève que, dans certaines configurations de marché caractérisées par un nombre limité d'entreprises détenant des parts de marché significatives, la communication du classement individuel provisoire pourrait permettre au soumissionnaire concerné de déduire la position de ses concurrents. Une telle communication pourrait encourager la conclusion ou le maintien d'ententes entre soumissionnaires visant à fausser la concurrence et faciliter le contrôle ou la sanction du non-respect de telles ententes.

Exemple : un marché public relatif à des services informatiques hautement spécialisés pour lesquels très peu d'entreprises sont techniquement capables de soumissionner et qui détiennent ensemble l'intégralité du marché. La communication du classement individuel provisoire permettrait facilement aux entreprises de déduire la position de leurs concurrents et celles-ci pourraient être tentées de se répartir le marché. A l'inverse lorsque le marché comporte de nombreux acteurs, le fait de connaître son classement individuel provisoire a un impact concurrentiel plus limité ».

²³ Une division qui ressort également du considérant 96 de la directive 2014/24/UE.

²⁴ Suivi d'une énumération exemplative, dont « les frais de maintenance » et « les coûts liés à l'utilisation ».

²⁵ Tel qu'il est modifié par l'article 20, 2^o, de l'avant-projet.

Le même document précise (pp. 41-42) :

« En effet, une transparence excessive peut, en réduisant l'incertitude sur les comportements attendus des soumissionnaires, faciliter la collusion entre entreprises concurrentes, notamment dans les marchés concentrés caractérisés par un nombre limité d'entreprises ».

À la question de savoir si la réglementation en projet risque, en raison de la transparence plus étendue – à savoir la communication du classement individuel provisoire –, de donner lieu à une collusion entre les entreprises, le délégué a répondu en ces termes :

« Dit is niet het geval.

Er is voorzien dat de aanbesteder in meer gevallen verplicht zou zijn om gelijktijdig aan elke inschrijver zijn individuele plaats in het voorlopige klassement mee te delen. Deze verplichting zou gelden voor alle opdrachten die worden geplaatst bij openbare of niet-openbare procedure en waarbij de economisch meest voordelige offerte uitsluitend op basis van de prijs wordt bepaald, tenzij de betrokken overheidsopdracht betrekking heeft op een door de Koning bepaalde sector met een verhoogd risico op mededingingsvertekenende afspraken. Als er in bepaalde sectoren, in het licht van specifieke marktconfiguraties, zou worden vastgesteld dat er hogere risico's zijn, dan beschikt de Koning over de mogelijkheid om tussen te komen.

De betreffende mogelijkheid om een uitzondering in te voeren werd ingevoegd door middel van de wet van 22 december 2023 waarbij de regeling om in sommige gevallen de individuele plaats in het voorlopig klassement door te geven werd ingevoerd voor de overheidsopdrachten onder de drempel voor EU-bekendmaking.

De voormelde mededeling zorgt ervoor dat ondernemers een inschatting kunnen maken van hun individuele kansen om de opdracht toegewezen te krijgen, wat de opmaak van hun planning vergemakkelijkt.

Er moet in deze kwestie een afweging worden gemaakt van verschillende belangen, namelijk het beperken van mededingingsrisico's, het zorgen voor transparantie en het toelaten dat inschrijvers een inschatting kunnen maken van hun individuele kansen om de opdracht toegewezen te krijgen.

Dit laatste wordt door veel ondernemers als erg belangrijk ervaren.

Het is van belang om, met het oog op het bekomen van een zo ruim mogelijke mededinging, een reglementair kader te bekomen waarbij geen nodeloze barrières worden opgeworpen om deel te nemen aan overheidsopdrachten. Er werd geoordeeld dat ook voor de overheidsopdrachten boven de drempel voor EU-bekendmaking in de betreffende hypothesen rekening moet worden gehouden met de reële informatiebehoefte van de ondernemingen.

Het meedelen van de eigen plaats in het voorlopig klassement is het enige beschikbare instrument om ondernemers toe te laten zich op een minimale maar betekenisvolle manier te oriënteren in de loop van de betreffende plaatsingsprocedures waarvan de doorlooptijd, de interne stappen binnen de administratieve en de gevolgde timing soms wat ondoorzichtig zijn (zolang geen formele beslissing genomen wordt). Ook al biedt de betreffende informatie geen zekerheid, toch geeft zij een indicatie van de competitieve positie, die ondernemingen kunnen gebruiken voor hun interne planning, capaciteitsbeheer en de inschatting van strategische vervolgstappen.

In vergelijking met de situatie zoals deze van toepassing was vóór juli 2017 zou in de betreffende gevallen minder informatie worden gedeeld dan vroeger het geval was. In

de regeling die van toepassing was vóór juli 2017 werden er namelijk openingszittingen georganiseerd waarbij de inschrijvers in de betreffende gevallen niet alleen hun individuele plaats in het voorlopig klassement konden achterhalen (dit werd afgeroepen), maar ook alle namen en de ingediende prijzen van alle andere inschrijvers.

De gids waarnaar de IF verwijst is overigens een ontwerp van gids, een document dat dus nog niet gefinaliseerd is en mogelijksterwijs niet de finale visie weergeeft van de Belgische Mededingingsautoriteit. Wat er in het document wordt voorgesteld, lijkt overigens niet volledig in lijn te liggen met de bestaande wet inzake overheidsopdrachten (art. 13, § 3/1) ».

Il résulte de ces précisions et de l'exception prévue dans l'avant-projet qui s'applique aux cas dans lesquels un marché public est lancé dans un « secteur identifié par le Roi comme présentant un risque accru d'ententes faussant la concurrence » que les auteurs de l'avant-projet reconnaissent que des problèmes peuvent se poser sur le plan du droit de la concurrence. Il est dès lors recommandé, lors de l'exécution de l'habilitation insérée dans l'avant-projet, de procéder, en étroite coordination avec l'Autorité belge de la Concurrence, à une meilleure délimitation de ces secteurs sensibles et de le préciser dans l'exposé des motifs ²⁶.

9.2. Sur la base du texte et du commentaire consacré à l'article 4 de l'avant-projet, on n'aperçoit pas clairement dans quels cas un adjudicateur peut juger « opportun » de communiquer le prix du soumissionnaire ayant proposé l'offre la plus élevée.

Invité à fournir de plus amples précisions, par exemple si tel est le cas lorsqu'un prix est potentiellement anormalement élevé (ou ne l'est justement pas), le délégué a déclaré :

« Dit wordt overgelaten aan de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid. Het zou bijvoorbeeld relevant kunnen zijn om dit door te geven indien er veel marktdeelnemers zijn (het risico op mededingingsvertekenende afspraken wat lager ligt) en de laagste en hoogste prijs niet zover uit elkaar liggen. Hieruit kunnen inschrijvers dan afleiden dat de informatie die verschaft wordt door middel van het doorgeven van de individuele plaats in het voorlopig klassement ».

Afin d'éviter l'arbitraire lors de l'application de la disposition en projet et à la lumière des risques d'ententes faussant la concurrence précités, il est recommandé d'insérer ces précisions dans l'exposé des motifs.

9.3. La dernière phrase de l'alinéa remplacé par l'article 4 de l'avant-projet doit viser correctement « la plateforme électronique visée à l'article 14, § 7, » (et non : « la plateforme électronique visée à l'article 14, § 1^{er}, »).

²⁶ Comparer avec l'avis 73.690/1 du 6 juillet 2023 sur un avant-projet devenu la loi du 22 décembre 2023 'modifiant la réglementation relative aux marchés publics en vue de promouvoir l'accès des PME auxdits marchés', observation 11.

Articles 6 et 39

10.1. Selon l'article 42, § 2, alinéa 1^{er}, abrogé par l'article 50 de l'avant-projet, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques' ²⁷, un rapport de dépôt peut également être utilisé pour une demande de participation.

L'avant-projet est source d'insécurité juridique quant à la question de savoir si tel est encore toujours le cas. En effet, le texte néerlandais de l'article 14/3, en projet, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' et de l'article 32/3, en projet, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession' mentionne chaque fois que « [h]et indieningsrapport slaat op alle documenten die deel uitmaken van de verzonden offerte », alors que le texte français des dispositions précitées mentionne : « Le rapport de dépôt fait mention de tous les documents envoyés ». Dès lors que le délégué a confirmé que l'intention n'est pas de limiter les rapports de dépôt au dépôt d'offres – ce qui ressort également des définitions de « rapport de dépôt » ²⁸ figurant dans l'avant-projet –, le texte néerlandais doit être mis en concordance avec ce qui est énoncé dans le texte français.

10.2. En ce qui concerne le régime relatif au rapport de dépôt, le délégué a spontanément déclaré que le régime de l'avant-projet n'est pas suffisamment en adéquation avec le fonctionnement de la plateforme électronique visée à l'article 14, § 7, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics'. Plus précisément, le délégué a déclaré :

« [...] Cela étant dit, le projet de loi doit être aligné avec le mode de fonctionnement de la plateforme, ce qui, après vérification, ne semble pas être entièrement le cas.

En effet, il convient de souligner qu'il peut arriver que, au cours d'une même phase du marché (phase des demandes de participation ou phase d'offre), plusieurs rapports de dépôt doivent être pris en compte.

C'est notamment le cas lorsque l'adjudicateur demande des informations ou des documents complémentaires. Si cela se fait via la plateforme, l'adjudicateur créera à cet effet un deuxième espace de travail de type 'invitation'. Le candidat ou le soumissionnaire téléchargera les documents complémentaires et établira un rapport de dépôt à cet effet. Ce rapport devra être pris en compte conjointement avec le rapport de dépôt de la soumission initiale.

L'on peut citer l'exemple suivant (en procédure ouverte):

-L'adjudicateur publie un avis de marché – il s'agit de l'espace de travail 1.

-L'entreprise A soumet une offre via le coffre-fort de l'espace de travail 1. Un rapport de dépôt RDD1a est créé à cet effet.

-Avant l'expiration du délai de soumission, A décide de modifier encore quelques documents. Il modifie sa soumission et établit un nouveau rapport de dépôt, RDD1b. Ce rapport remplace le rapport précédent RDD1a.

-L'adjudicateur ouvre le coffre-fort de l'espace de travail 1 et constate qu'il manque encore un document pour l'entreprise A.

-L'adjudicateur crée une invitation dans laquelle il demande à A de télécharger le

²⁷ L'article 50 vise notamment à abroger l'article 42 dans son intégralité. Voir également l'article 52 de l'avant-projet, en ce qui concerne un dispositif similaire dans les secteurs spéciaux.

²⁸ Voir les articles 3 et 38 de l'avant-projet.

document manquant – il s'agit de l'espace de travail 2.

-A télécharge le document manquant dans le coffre-fort de l'espace de travail 2. Un rapport de dépôt RDD2 est alors créé.

-L'adjudicateur ouvre le coffre-fort de l'espace de travail 2. Il dispose désormais de deux rapports de dépôt pertinents pour l'offre de A: RDD1b et RDD2.

Pour la régularisation de la signature (article 7 du projet), un flux permettra à l'entreprise de signer le rapport de dépôt existant au sein du même espace de travail. Dans ce cas, il n'y aura donc qu'un seul rapport de dépôt: la version initiale non signée et, après la régularisation, la même version mais munie de la ou des signatures numériques requises.

En conclusion, le projet de loi devra être reformulé afin de mieux correspondre au fonctionnement de la plateforme ».

Dès lors qu'il n'a pas connaissance des éléments de fait nécessaires à ce sujet, le Conseil d'État ne peut pas apprécier si des adaptations s'imposent, et, dans l'affirmative, quelles adaptations sont nécessaires au regard du fonctionnement concret de la plateforme électronique. Les auteurs de l'avant-projet devront vérifier de manière minutieuse sur quels points le régime en projet devra être adapté en conséquence.

Article 7

11.1. Dans le paragraphe 2, en projet, de l'article 14/4 de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics', on remplacera, dans un souci de sécurité juridique, la référence à « la procédure négociée sans publication préalable ou sans mise en concurrence préalable » par « la procédure négociée sans publication préalable ou la procédure négociée sans mise en concurrence préalable ». Il s'agit en effet de deux procédures distinctes qui peuvent être utilisées soit dans les secteurs classiques, soit dans les secteurs spéciaux.

11.2. Au paragraphe 8, en projet, de l'article 14/4 de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics', on remplacera la référence au paragraphe 4, alinéa 2, par une référence au paragraphe 5, alinéa 2.

Articles 8 et 35

12.1. L'article 35 vise à modifier l'article 168 de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics'. Conformément à l'article 168, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, il y a lieu d'entendre par « acquisition d'un bâtiment » également la location et l'acquisition de droits réels sur un bâtiment. L'article 8 vise à modifier l'article 28 de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' précitée, et précise que l'acquisition ou la location de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou concernant des droits sur ces biens ne relèvent pas de l'application de la loi « sans préjudice de l'article 168 ».

L'article 168, en projet, fait référence au seuil fixé pour la publicité européenne. Dès lors que l'achat et la location d'un bâtiment ne relèvent en principe pas de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics', la question se pose de savoir quel seuil doit être utilisé. Interrogé à ce sujet, le délégué a donné la réponse suivante :

« Artikel 7, eerste lid van richtlijn 2023/1791 stipuleert enkel dat aanbestedende diensten en aanbestedende instanties, bij het gunnen van overheidsopdrachten en concessie met een waarde gelijk aan of groter dan de vastgelegde drempelwaarden, uitsluitend producten, diensten, gebouwen en werken kopen met hoge energie-efficiëntieprestaties. De vermelde drempelwaarden zijn deze van de klassieke richtlijnen inzake overheidsopdrachten. In de [aanbevelingen van de Europese Commissie] wordt over het aankopen van gebouwen het volgende geschreven: ‘Ondanks het feit dat gebouwen niet onder de klassieke richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, zijn de in de richtlijnen inzake overheidsopdrachten voor dienstverleningscontracten vermelde drempels van toepassing op deze gebouwen, aangezien zij uitdrukkelijk zijn uitgesloten van de opgesomde uitgesloten dienstverleningscontracten.’ L_202401716NL.000101.fmx.xml.

Hieruit dienen we af te leiden dat het de wens van de Europese Commissie is dat voor het aankopen en huren van gebouwen, de drempel van diensten van toepassing is ».

Il est recommandé de préciser ce point dans l'exposé des motifs et de faire référence à cet égard aux recommandations de la Commission européenne ²⁹.

12.2. L'entrée en vigueur envisagée des règles d'efficacité énergétique de l'avant-projet de loi est fixée dans l'avant-projet au dixième jour suivant la publication de ce dernier, sans mesures transitoires. Cela pourrait avoir pour conséquence que l'achat par un adjudicateur d'un bâtiment à faible performance énergétique ou la location de celui-ci dix jours après la publication de la loi serait illégal(e), même si des engagements éventuels avaient déjà été contractés dans le passé (promesse d'achat, compromis...). Il a été demandé au délégué si, à la lumière de ce qui précède, des mesures transitoires ne s'imposent pas. Le délégué a répondu à cette question en ces termes :

« Dit is een terechte opmerking. Het is geenszins het doel van de wetgever om de verkopers en kopers enerzijds en de verhuurders en huurders anderzijds in een moeilijke juridische positie te brengen, zoals de nietigheid of illegaliteit van de overeenkomst. In het licht van deze vraag, lijkt het ons nuttig hierover na te denken en eventueel een wijziging aan te brengen. Indien er reeds een overeenkomst gesloten is of een engagement aangegaan is op het moment van de inwerkingtreding van de nieuwe bepaling artikel 168 van de wet inzake overheidsopdrachten, dan hoeft er niet meer voldaan te worden aan de verplichtingen opgenomen in artikel 168 van de wet inzake overheidsopdrachten. Onder een belofte aangaan kunnen we een aankoop-verkoopbelofte, een compromis, een prijsafsprake begrijpen. De akte dient dus nog niet verleden zijn voor de notaris, noch dient de huurovereenkomst ondertekend te zijn. (...) ».

Le Conseil d'État, section de législation, prend acte de l'intention des auteurs de l'avant-projet selon laquelle si un accord a déjà été conclu ou un engagement a déjà été contracté au moment de l'entrée en vigueur de l'article 168 en projet, il n'est plus nécessaire de satisfaire aux obligations inscrites dans cet article. Dans un souci de sécurité juridique, il convient de prévoir un régime transitoire comportant des notions clairement définies, afin que l'intention des auteurs de l'avant-projet ressorte également d'une manière juridiquement sûre du texte en projet.

²⁹ À consulter sur : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=OJ:L_202401716#enc_1.

Article 14

13.1. La déclaration sur l'honneur implicite n'est certes plus régie par l'article 73 de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics', mais l'avant-projet prévoit toujours un régime de preuve. Par conséquent, la modification de l'intitulé à l'article 14, 1^o, de l'avant-projet, doit rester limitée à la suppression du segment de phrase « , déclaration sur l'honneur implicite ».

13.2. L'article 14 de l'avant-projet modifie le règlement existant relatif au Document unique de marché européen (ci-après : le DUME) à l'article 73 de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' et se fonde, ainsi qu'il ressort de l'exposé des motifs, sur la jurisprudence récente de la Cour de Justice ³⁰.

Après la modification apportée par l'avant-projet, le texte consolidé de l'article 73, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' s'énonce comme suit :

« § 1^{er}. Lors du dépôt des demandes de participation ou d'offres, selon le cas, les candidats ou soumissionnaires produisent, pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil correspondant pour la publicité européenne, le Document unique de marché européen, qui consiste en une déclaration sur l'honneur propre actualisée et qui est accepté par le pouvoir adjudicateur à titre de preuve a priori en lieu et place des documents ou certificats délivrés par des autorités publiques ou des tiers pour confirmer que le candidat ou soumissionnaire concerné remplit, toutes les conditions suivantes : [...]

[...]

Un opérateur économique peut produire, à la place des informations reprises dans le Document unique de marché européen, les certificats ou documents délivrés par des autorités publiques ou des tiers qui confirment qu'il satisfait aux conditions mentionnées à l'article 73, § 1^{er}, alinéa 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur peut en outre décider de ne pas exiger de Document unique de marché européen dans les cas où il est fait usage de la procédure négociée sans publication préalable dans les cas visés à l'article 42, § 1^{er}, 1^o, b), et d), 2^o, 3^o, 4^o, b) et c), de la loi ».

L'alinéa 6, en projet, de l'article 73, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' vise notamment à transposer le considérant 58 de l'arrêt *LIPOR et PreZero Portugal* rendu récemment par la Cour de Justice ³¹.

On aperçoit mal la portée de l'alinéa 6 en projet : soit il s'agit d'une dérogation à l'obligation de soumettre un DUME figurant à l'alinéa 1^{er}, soit cette disposition doit alors être interprétée en ce sens que les informations à fournir dans le DUME peuvent être *partiellement* produites au moyen, par exemple, de certificats. La demande de précision est étroitement liée à l'interprétation de l'arrêt de la Cour de Justice cité : soit les considérants de l'arrêt se limitent à la situation spécifique de cet arrêt (à savoir un DUME pour des tiers aux capacités desquels on a recours), soit ces considérants doivent être interprétés d'une manière plus large, en ce sens que, dans tous les cas – également dans le cas où un opérateur économique ne recourt pas aux capacités

³⁰ C.J.U.E., 22 janvier 2026, C-812/24, *LIPOR et PreZero Portugal*, ECLI:EU:C:2026:38, points 52 à 59.

³¹ *Id.* : « 58. Un opérateur économique peut toutefois décider de produire, à la place du DUME, les certificats délivrés par des autorités publiques ou par des tiers établissant notamment que, non seulement lui-même, mais aussi les entités aux capacités desquelles il entend recourir ne sont pas visées par un motif d'exclusion mentionné à l'article 57 de ladite directive et/ou qu'ils satisfont aux critères de sélection établis conformément à l'article 58 de celle-ci ».

de tiers –, le principe de la liberté de la preuve s'applique et qu'aucun DUME ne doit (en principe) être soumis.

Le délégué est partisan d'une interprétation large de l'arrêt ³² :

« [...] In het Lipor-arrest wordt gestipuleerd (overweging 57) dat de kandidaat of inschrijver kan kiezen om gebruik te maken van het UEA als bewijsmiddel. De inschrijver kan besluiten om geen gebruik te maken van het UEA, maar kan daarentegen er voor opteren om bepaalde certificaten over te maken waaruit blijkt dat hij voldoet aan de selectiecriteria of dat hij niet valt onder een uitsluitingsgrond.

Hieruit volgt dat de inschrijver volledig de te verschaffen informatie kan bezorgen, indien de nodige certificaten beschikbaar zijn ».

L'exposé des motifs laisse toutefois entendre qu'il « reste nécessaire » de soumettre un DUME :

« Étant donné que toutes les informations fournies dans le DUME ne peuvent pas être remplacées dans la pratique par des certificats ou des attestations, il reste nécessaire de soumettre un DUME. »

À la question de savoir quelles informations, dans la pratique, ne peuvent être fournies que dans le DUME et pourquoi, le délégué a répondu ce qui suit :

« Er kan verwezen worden naar de verklaring van de inschrijver dat hij zich niet in een geval van uitsluiting, bijvoorbeeld wegens niet-naleving van het arbeidsrecht, bevindt. Daar kan geen certificaat voor worden opgemaakt. De inschrijver kan geen concreet bewijs voorleggen waaruit blijkt dat hij geen overtredingen heeft begaan op het vlak van de niet-naleving van het arbeids- of sociaal recht. Zodoende lijkt het onwaarschijnlijk dat men voor alle aspecten een certificaat zou kunnen voorleggen.

Een duidelijk onderscheid van welk bewijs alleen in een UEA kan overgelegd worden en welk niet, is echter moeilijk vast te leggen. De regelgever kan soms moeilijk alle feitelijke omstandigheden voorzien. Niettemin lijkt het van belang erop te wijzen dat ondernemers de facto nog steeds het UEA zullen nodig hebben, om te vermijden dat er in het voorgelegde bewijs lacunes ontstaan. Door het gebruik van het geïntegreerd UEA zouden veel problemen verholpen moeten kunnen worden aangezien het platform zelf dan maximaal aanstuurt op het invullen van het UEA (waardoor het uiteindelijk lastig wordt als inschrijver om geen UEA in te dienen). »

Les explications du délégué partent dans deux directions différentes. Si l'interprétation large (et incertaine) de l'arrêt LIPOR est suivie, il convient, dans un souci de sécurité juridique, de mentionner expressément à l'alinéa 6 qu'il s'agit d'une dérogation à l'alinéa 1^{er} (« Par dérogation à l'alinéa 1^{er}, un opérateur économique peut... »). Dans l'exposé des motifs, on peut alors – au lieu de prévoir que la soumission d'un DUME « reste nécessaire » – intégrer les explications précitées, en soulignant qu'il est improbable que toutes les informations

³² Voir également les précisions suivantes du délégué : « Wij zijn de mening toegedaan dat deze bepaling verder reikt dan enkel in die situatie waarbij een inschrijver beroep doet op de draagkracht van een derde. Deze bepaling in overweging 55 van het arrest, lijkt ons verband te houden met overweging 57, die in het antwoord bij uw eerste vraag werd aangehaald, namelijk dat de inschrijver kan kiezen om gebruik te maken van het UEA als bewijsmiddel. Dit is ongeacht of de inschrijver al dan niet beroep doet op de draagkracht van een derde en kadert binnen het doel van de Europese regelgever om de administratieve lasten te verlichten voor zowel de aanbesteder als de inschrijver, zoals wordt aangegeven in overweging 56 ».

puissent être transmises par un autre moyen et qu'une entreprise se complique la tâche en ne soumettant pas de DUME. Si l'on devait néanmoins partir du principe qu'il existe une obligation de toujours soumettre un DUME, il faudrait préciser dans le texte de l'avant-projet, à tout le moins dans l'exposé des motifs, qu'il s'agit uniquement de « certaines » informations qui peuvent être fournies par un autre moyen que le DUME.

13.3. La confusion est en outre encore plus grande, à la lumière des explications fournies par le délégué, dès lors que la deuxième phrase de l'alinéa 6, en projet, de l'article 73, § 1^{er} de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' permet de « décider » de ne pas exiger de DUME. Dans ce cas, ainsi que l'a encore précisé le délégué, son utilisation reste autorisée, conformément au principe de la liberté de la preuve ³³. Il n'est toutefois pas cohérent de considérer, d'une part, que les opérateurs économiques ne sont de toute façon pas tenus de soumettre un DUME et, d'autre part, que les pouvoirs adjudicateurs peuvent, dans certaines situations spécifiques, décider de ne pas l'imposer.

13.4. Il est tout aussi incohérent que l'avant-projet, ainsi que l'a précisé le délégué, soit fondé sur le principe de la liberté de la preuve, alors que les alternatives sont spécifiquement limitées aux « certificats ou documents délivrés par des autorités publiques ou des tiers ». Cela correspond certes à la formulation du considérant 58 de l'arrêt LIPOR cité, mais la question se pose de savoir si cette limitation n'est pas trop restrictive au regard du principe général de la liberté de la preuve tel qu'il est formulé au considérant 55 du même arrêt ³⁴. Il n'est pas possible d'établir un certificat concernant certaines informations de la phase de sélection, comme l'exemple cité par le délégué de la déclaration sur l'honneur propre du soumissionnaire quant à l'inexistence d'un non-respect du droit du travail. Les auteurs de l'avant-projet devront, dans un souci de sécurité juridique, opérer un choix clair qui ressortira du texte de l'avant-projet : la présentation d'un DUME – compte tenu de l'exemple donné par le délégué de certaines déclarations sur l'honneur propre – est-elle exigée ou non ?

13.5. L'alinéa 6, en projet, devra faire l'objet d'un nouvel examen au regard des considérations qui précèdent.

Article 16

14.1. Dans le segment de phrase « les documents justificatifs mis à jour visés à l'article 75 » (article 74, § 2, alinéa 2, en projet, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics'), il convient de remplacer la référence à l'article 75 par une référence à l'article 74/1.

³³ À la question de savoir si la deuxième phrase signifie que son utilisation reste autorisée dans ce cas, conformément au principe de la liberté de la preuve (cf. le considérant 55 de l'arrêt précité du 22 janvier 2026), ou si une telle décision implique une interdiction à cet égard, le délégué a répondu : « In het licht van de betreffende richtlijnbeeping en de voormelde overweging uit het voormelde arrest (vrije bewijslevering), zou ook in deze hypothese het gebruik van het UEA toch nog moeten toegestaan zijn, voor inschrijvers die dat zouden wensen (want het blijft een eenvoudige werkwijze van voorlopig bewijs a priori) ».

³⁴ « 55 Le principe applicable étant celui de la liberté de la preuve, il ne saurait être exigé d'un candidat ou d'un soumissionnaire qu'il présente au pouvoir adjudicateur un DUME pour lui-même ainsi qu'un DUME pour chacune des entités aux capacités desquelles il entend recourir ».

14.2. Le délégué a précisé que la disposition selon laquelle « [l]’alinéa qui précède » ne s’applique pas à certains accords-cadres (article 74, § 2, alinéa 3, en projet) concerne uniquement ce qui est prévu dans la première phrase de cet alinéa 2 qui précède. On adaptera l’article 74, § 2, alinéa 3, en projet, en conséquence.

Articles 21 à 24 et 41

15. Les articles 21 à 24 de l’avant-projet visent à introduire une disposition spécifique dans la loi du 17 juin 2016 ‘relative aux marchés publics’ concernant le « circuit court » pour des marchés liés à l’alimentation humaine. L’article 41 insère un dispositif similaire dans la loi du 17 juin 2016 ‘relative aux contrats de concession’.

L’article 87/2, en projet, de la loi du 17 juin 2016 ‘relative aux marchés publics’ (inséré par l’article 22 de l’avant-projet) dispose que « [c]onformément à l’article 81, § 2, alinéa 1^{er}, 3^o, a), le pouvoir adjudicateur peut prendre en compte un critère lié à l’approvisionnement en circuit court en tant que critère d’attribution ».

Il ressort du fait que cette disposition en projet s’applique « [c]onformément à l’article 81, § 2, alinéa 1^{er}, 3^o, a) »³⁵ qu’il est déjà possible, selon la réglementation en vigueur, d’utiliser le critère du « circuit court » en tant que critère d’attribution, si ce critère est lié au marché. Il ressort par ailleurs de la jurisprudence que ce critère est aussi effectivement utilisé dans la pratique³⁶. Interrogé quant à la nécessité de la mesure en projet, le délégué a répondu ce qui suit :

« En pratique, les pouvoirs adjudicateurs appliquent actuellement de manière incorrecte la notion de circuit court, en l’assimilant indûment à des exigences de caractère local ou à des limitations géographiques. Certains vont même jusqu’à étendre cette notion à des produits non alimentaires, tels que la pierre bleue. Une telle pratique est de nature à restreindre indûment la concurrence. L’objectif de la présente disposition est dès lors d’encadrer et d’harmoniser la manière dont le circuit court est actuellement mis en œuvre. Il semble nécessaire de clarifier la situation afin d’apporter une sécurité juridique tant aux pouvoirs adjudicateurs qu’aux opérateurs économiques.

Aussi, les adjudicateurs utilisent le circuit-court comme spécification technique. Or, si l’on se réfère à la définition des spécifications techniques, celles-ci correspondent plutôt au processus de production qu’au processus d’acquisition d’un produit. L’article 2, 44^o, b, de la loi sur les marchés publics (2016_06_17_loi_secteurs_classiques_et_speciaux_v_2024.pdf) transpose l’article 42.3 de la directive 2014/24 (DUMMY).

La Cour de justice s’est déjà prononcée sur ce sujet, notamment dans l’arrêt Max Havelaar (CURIA - Documents) aux points 74-76. Voir également l’arrêt Fluvius C-425/23 (CURIA - Documents) aux points 67-68 et l’avocat général a précisé ce qui suit: ‘(...) l’énumération des façons dont les spécifications techniques doivent être formulées, figurant

³⁵ La section de législation souligne qu’à la suite de la modification envisagée de l’ordre des dispositions de l’article 81, § 2, de la loi du 17 juin 2016 ‘relative aux marchés publics’, conformément à l’article 19 de l’avant-projet, la référence à cette disposition ne sera plus correcte. Voir toutefois l’observation 5.

³⁶ Voir par exemple, C.E., 12 avril 2024, n° 259.452 ; C.E., 16 mai 2024, n° 259.754; C.E. ; 13 avril 2026, n° 266.360.

à l'article 42, paragraphe 3, de la directive 2014/24, revêt un caractère prescriptif et exhaustif' (CURIA - Documents point 64).

Andere criteria en meer bepaald deze omtrent korte ketens zoals vervat in het wetsontwerp, zijn wel legitiem en vallen perfect te verantwoorden in het licht van de richtlijn en de verdragsbeginselen (zie supra). Bij de aankopers kan er aanzienlijke onduidelijkheid ontstaan omtrent wat precies toegelaten is, in dit domein waar er heel veel potentieel ligt om diverse duurzaamheidsdoelstellingen te realiseren. Voor heel wat aankopers kan dit een reden zijn om af te zien van het gebruik van dergelijke criteria. Vandaar dan ook dat het aangewezen is een verduidelijking aan te brengen in de wet inzake overheidsopdrachten.

In het in te voeren artikel 87/2, eerste en tweede lid, wordt aangegeven dat de criteria of voorwaarden omtrent korte keten, in lijn moeten liggen met de betreffende artikelen omtrent het gebruik van gunningscriteria of bijzondere uitvoeringsvoorwaarden.

Er wordt gebruik gemaakt van objectieve criteria ».

Ainsi, le dispositif en projet semble être principalement dédié à définir la notion de « circuit court », afin que les pouvoirs adjudicateurs puissent utiliser ce critère de manière correcte. La question se pose toutefois de savoir si le dispositif en projet a une portée normative autonome et s'il ne précise pas simplement une règle de droit existante.

Dans la mesure où l'intention est que le dispositif en projet revête une portée normative – par exemple en ce qu'il vise à définir la notion de « circuit court » d'une manière limitative de sorte que les pouvoirs adjudicateurs ne puissent en donner aucune autre interprétation, ou à empêcher ces derniers d'utiliser la notion de « circuit court » comme critère d'attribution pour les marchés qui ne sont pas liés à l'alimentation humaine –, la question se pose de savoir comment le dispositif en projet s'articule avec le principe selon lequel il revient au pouvoir adjudicateur lui-même de déterminer les critères d'attribution ³⁷.

Interrogé à ce sujet, le délégué a répondu ce qui suit :

« Le pouvoir adjudicateur ne peut pas introduire la notion de circuit court dans un cahier des charges qui ne concerne pas l'alimentation humaine. Pour atteindre l'objectif environnemental qu'il s'est fixé, il doit plutôt recourir à l'article 81 de la loi. Cette disposition permet en effet d'imposer des critères d'attribution poursuivant un objectif environnemental, conformément à la législation européenne en vigueur et à la jurisprudence y afférente, notamment l'arrêt C-513/99 (Concordia) du 17 septembre 2002. C'est donc un acquis au quel on ne touche pas. Il en est de même en ce qui concerne les conditions d'exécution du marché prévues à l'article 87 de la loi.

L'introduction de l'article 87/2 n'abroge pas cet article 81 et ne va pas à l'encontre du droit existant. Il prévoit une modalité spécifique liée au circuit court. Cette modalité s'inscrit dans un objectif plus large que le seul objectif environnemental, à savoir celui du développement durable dans le contexte particulier de l'alimentation humaine, domaine qui se distingue des autres secteurs car il touche à plusieurs aspects de la vie humaine notamment la santé publique. Plusieurs opportunités en matière de développement durable ont d'ailleurs été identifiées dans le secteur alimentaire, comme le montre l'analyse d'impact de la législation.

Au niveau européen, le circuit court s'inscrit dans la stratégie 'de la ferme à la table',

³⁷ Voir : C.J.U.E., 4 décembre 2003, C-448/01, EVN AG, Wienstrom GmbH, ECLI:EU:C:2003:651, points 37 à 39.

qui vise notamment à lutter contre la fraude alimentaire au sein de la chaîne d'approvisionnement. Dans le cadre de la révision des directives, la Commission européenne a également abordé la question du circuit court lors de sa consultation publique, en en limitant le champ à l'alimentation humaine.

Par ailleurs, dans la proposition de règlement modifiant les règlements (UE) n° 1308/2013, (UE) 2021/2115 et (UE) 2021/2116 visant à renforcer la position des agriculteurs dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire (COM/2024/0319 – COD), la Commission envisage l'introduction d'un 'label' relatif au circuit court. Elle précise que la mention 'circuit d'approvisionnement court' ne peut être utilisée, seule ou en combinaison avec d'autres mentions, que pour les produits relevant des secteurs énumérés à l'article 1er, paragraphe 2, à condition qu'elle informe les acheteurs de modalités d'organisation de la production, de la distribution ou de la commercialisation garantissant:

- soit un lien direct entre l'agriculteur et le consommateur final ;
- soit un lien étroit, assorti d'une proximité géographique, entre l'agriculteur et le consommateur final.

L'extension de la notion de circuit court à d'autres secteurs pourrait accroître les risques de protectionnisme, en permettant son utilisation à des fins étrangères aux objectifs poursuivis par la stratégie 'de la ferme à la table'.

Force est de constater que certains pouvoirs adjudicateurs font actuellement un usage inapproprié de cette notion. Certains assimilent à tort le circuit court à une simple délimitation géographique, tandis que d'autres l'emploient comme une spécification technique. Dans ce contexte incertain et confus, il apparaît essentiel que les États membres adoptent des mesures afin de prévenir les dérives protectionnistes, de garantir une promotion cohérente du développement durable et une application cohérente et conforme au droit de l'Union.

Plusieurs États membres, tels que l'Espagne et l'Italie, ont déjà pris des initiatives en ce sens ».

Selon le délégué, il ne semble pas que l'intention soit de restreindre la liberté de décision des pouvoirs adjudicateurs, étant donné que l'article 81 de la loi du 16 juin 2016 'relative aux marchés publics' demeure pleinement d'actualité. Cela semble également devoir se déduire du texte de l'article 87/2, en projet, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics', qui dispose que le circuit court *peut* être utilisé en tant que critère d'attribution conformément à l'article 81, § 2, alinéa 1^{er}, 3^o, a), en projet.

Par conséquent, il y a lieu d'admettre que le dispositif en projet relatif au circuit court n'a pas de portée normative autonome³⁸, mais constitue simplement la confirmation de la possibilité existante, prévue par l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' et par l'article 67, paragraphe 2, a), de la directive 2014/24/UE, de tenir compte d'aspects sociaux ou environnementaux lors de la détermination des critères d'attribution. Si l'intention des auteurs de l'avant-projet est d'informer les pouvoirs adjudicateurs des conditions imposées par le droit européen, la jurisprudence de la Cour de justice ou la Commission européenne quant à l'utilisation du critère d'attribution « circuit court », il existe des moyens plus appropriés pour atteindre cet objectif que d'inscrire une telle explication dans la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés

³⁸ Sauf en ce qui concerne l'obligation de rapportage prévue à l'article 23 de l'avant-projet.

publics'. Il est dès lors recommandé d'omettre les articles 22 et 24 et d'adapter l'article 23 au regard de ce qui précède. Si cela est jugé nécessaire, la notion de « circuit court » peut être ajoutée à titre d'exemple à l'énumération figurant à l'article 81, § 2, 1^o, a), en projet, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics'³⁹.

La même observation s'applique à l'article 41 de l'avant-projet, qui insère un dispositif similaire dans la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession', sauf en ce qui concerne l'obligation de rapportage prévue à l'article 58/2, alinéa 5, en projet.

Articles 25 et 30

16. Afin d'assurer la concordance entre les versions linguistiques, il convient de remplacer, dans le texte néerlandais inséré par les articles 25, 1^o, et 30, 1^o, de l'avant-projet, le segment de phrase « maar hoger is dan 3.000 euro of gelijk is aan het laatste bedrag » par le segment de phrase « maar hoger is dan of gelijk is aan 3.000 euro ».

Article 29

17. À l'article 147, § 6, en projet, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics', on remplacera la référence à une « procédure négociée directe avec publication préalable » par une référence au terme correct de « procédure négociée directe avec mise en concurrence préalable⁴⁰ ».

Articles 33 et 36

18. L'article 5 de la loi du 10 février 2026 'modifiant la loi relative aux marchés publics concernant des mesures particulières applicables aux marchés publics pour des projets transfrontaliers liés au réseau transeuropéen de transport' a inséré une annexe VIII dans la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics'. L'annexe à insérer doit dès lors être numérotée « annexe IX » et les références qui y sont faites à l'article 168, § 1^{er}, en projet, doivent être adaptées.

Article 39

19. Afin d'assurer la concordance entre les versions linguistiques, on remplacera le mot « concessieovereenkomsten » dans le texte néerlandais de l'article 32/3, en projet, par le mot « concessieovereenkomst ».

³⁹ Voir toutefois l'observation 5.

⁴⁰ Voir l'article 117, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics'.

Articles 50 à 55

20. Le pouvoir législatif peut abroger, partiellement ou non, les dispositions des arrêtés royaux mentionnées aux articles 50 à 55 de l'avant-projet, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une compétence réservée au pouvoir exécutif.

Les modifications spécifiques apportées aux arrêtés royaux par les articles 51 et 53 de l'avant-projet sont toutefois source d'insécurité juridique, dès lors que la nature de la signature (à savoir une signature électronique qualifiée) ne ressort désormais plus clairement des arrêtés modifiés. Interrogé à ce sujet, le délégué a répondu en ces termes :

« Préciser la nature de signature serait, en effet, de nature à apporter davantage de clarté.

Il convient toutefois de s'interroger sur la possibilité d'y donner suite dans le présent projet, au regard des règles de légistique. En effet, selon ces principes, une loi peut modifier un arrêté ou certaines de ses dispositions existantes, mais il semble exclu qu'elle puisse y insérer des dispositions nouvelles ou compléter des dispositions.

Le Code précise en effet ce qui suit 'il n'est pas opportun que le législateur modifie directement lui-même des règles établies par le pouvoir exécutif. Cela conduirait en effet à un mélange de normes législatives et réglementaires dans un seul texte. En outre, le pouvoir exécutif ne pourrait plus modifier ultérieurement les modifications apportées par le législateur, étant donné que ces dernières ont force de loi. Le législateur peut, par contre, abroger des arrêtés ou des parties d'arrêtés du pouvoir exécutif.'

Un arrêté royal modificatif étant en cours de rédaction, il pourrait être plus approprié d'intégrer la référence à la nature de la signature dans l'arrêté modificatif et non directement dans la loi.

A noter que les suppressions envisagées aux articles 51 et 53 visaient à permettre une entrée en vigueur plus rapide, sans devoir attendre la publication de l'arrêté. Ce dernier interviendra dans un second temps afin de corriger les incohérences ou imperfections subsistantes ».

On ne peut se rallier à l'approche proposée par le délégué. S'il est déjà clair que le cadre légal adapté donnera lieu à des incohérences avec les arrêtés d'exécution, il est acquis que cette approche engendrera des difficultés d'exécution et des contestations. Il est dès lors recommandé, plutôt que de prévoir, à l'article 56 de l'avant-projet, un régime d'entrée en vigueur particulier pour la grande majorité des dispositions en projet, d'étendre à la plupart des articles l'habilitation au Roi prévue à l'article 56, 3°, de l'avant-projet, qui lui permet de fixer la date d'entrée en vigueur d'un nombre limité d'articles ⁴¹. S'agissant uniquement de l'entrée en vigueur des articles visant la transposition (tardive) de la directive (UE) 2023/1791, l'entrée en vigueur doit bien sûr déjà être réglée par la loi ⁴².

⁴¹ Voir par comparaison l'article 193 de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics'.

⁴² Conformément à l'article 36, paragraphe 1, de la directive (UE) 2023/1791, l'article 7 de cette directive devait déjà être transposé le 11 octobre 2025.

Les observations qui suivent, formulées au sujet de l'article 56, doivent être lues à la lumière de la réserve précitée.

Article 56

21.1. L'article 56 de l'avant-projet confond l'entrée en vigueur de la loi à adopter avec le champ d'application *ratione temporis* du nouveau dispositif⁴³.

Il serait dès lors préférable de formuler les deux premières phrases de cette disposition comme suit :

« La présente loi entre en vigueur le dixième jour qui suit celui de sa publication au *Moniteur belge*. Elle s'applique aux marchés qui sont publiés ou auraient dû être publiés à partir de cette date, ainsi qu'aux marchés pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à introduire une demande de participation ou une offre est lancée à partir de cette date [...] ».

21.2. À l'article 56, 2°, de l'avant-projet, il est notamment fait référence aux articles inexistantes « 3, 68° et 69° » et « 38, 32° et 33° ». Étant donné que l'intention des auteurs de l'avant-projet est de procéder à l'entrée en vigueur d'une partie des définitions à un autre moment, il faudra, à cette fin, scinder les articles 3 et 38 de l'avant-projet en deux paragraphes ou dispositions distincts qui entreront en vigueur à des moments différents. À cet égard, il sera préférable de faire référence à la disposition en projet « telle qu'elle est insérée par l'article 3 (38) de l'avant-projet ».

21.3. Compte tenu de l'observation 20, il est recommandé de reformuler la disposition d'entrée en vigueur de sorte que le Roi fixe la date d'entrée en vigueur de la loi à adopter, à l'exception (en fonction de la durée du délai d'entrée en vigueur) :

- des dispositions qui entrent en vigueur le dixième jour qui suit celui de la publication au *Moniteur belge*, leur formulation devant tenir compte de l'observation 21.1 ;
- de la disposition de l'avant-projet qui entre en vigueur trois mois après sa publication au *Moniteur belge* (article 23 de l'avant-projet), sa formulation devant tenir compte de l'observation 21.1.

⁴³ Comparer avec l'avis C.E. 78.225/1, rendu le 16 octobre 2025 sur un avant-projet devenu la loi du 10 février 2026 'modifiant la loi relative aux marchés publics concernant des mesures particulières applicables aux marchés publics pour des projets transfrontaliers liés au réseau transeuropéen de transport', observation 13 ; l'avis C.E.78.658/1, rendu le 18 décembre 2025 sur un projet devenu l'arrêté royal du 12 janvier 2026 'modifiant deux seuils dans la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions', observation 5.

Observation finale

22. Il est recommandé de procéder encore à un examen approfondi de l'avant-projet en ce qui concerne l'utilisation correcte des signes de ponctuation et d'autres imperfections ⁴⁴, et en ce qui concerne la concordance entre les versions linguistiques de l'avant-projet ⁴⁵.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Pierre LEFRANC

⁴⁴ Par exemple, l'avant-dernier paragraphe inséré par l'article 16 de l'avant-projet.

⁴⁵ Par exemple, l'alinéa 2 du paragraphe 2 inséré par l'article 12, b), et l'utilisation du mot « verlangt » dans le texte néerlandais en tant que mot correspondant au mot « exige » dans le texte français de l'article 74, § 2, alinéa 2, en projet, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics'.