

BELGISCHE KAMER VAN
VOLKSVERTEGENWOORDIGERS

20 mei 2016

WETSONTWERP
betreffende de concessieovereenkomsten

VERSLAG

NAMENS DE COMMISSIE
VOOR DE FINANCIËN EN DE BEGROTING
UITGEBRACHT DOOR
DE HEREN **Luk Van BIESEN** EN **Frédéric DAERDEN**

INHOUD

Blz.

I. Inleidende uiteenzetting	3
II. Bespreking.....	18
A. Vragen en opmerkingen van de leden	18
B. Antwoorden van de minister.....	21
C. Repliek.....	23
III. Stemmingen	24

Zie:

Doc 54 **1708/ (2015/2016):**

001: Wetsvoorstel

Zie ook:

003: Tekst aangenomen door de commissie.

CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS
DE BELGIQUE

20 mai 2016

PROJET DE LOI
relatif aux contrats de concession

RAPPORT

FAIT AU NOM DE LA COMMISSION
DES FINANCES ET DU BUDGET
PAR
MM. **Luk Van BIESEN** ET **Frédéric DAERDEN**

SOMMAIRE

Pages

I. Exposé introductif	3
II. Discussion	18
A. Questions et observations des membres	18
B. Réponses du ministre.....	21
C. Réplique.....	23
III. Votes.....	24

Voir:

Doc 54 **1708/ (2015/2016):**

001: Projet de loi

Voir aussi:

003: Texte adopté par la commission.

**Samenstelling van de commissie op de datum van indiening van het verslag/
Composition de la commission à la date de dépôt du rapport**

Voorzitter/Président: Eric Van Rompuy

A. — Vaste leden / Titulaires:

N-VA Peter Dedecker, Robert Van de Velde, Hendrik Vuye,
Veerle Wouters
PS Stéphane Crusnière, Ahmed Laaouej, Alain Mathot
MR Gautier Calomne, Benoît Piedboeuf, Vincent
Scourneau
CD&V Roel Deseyn, Eric Van Rompuy
Open Vld Luk Van Biesen, Dirk Van Mechelen
sp.a Peter Vanvelthoven
Ecolo-Groen Georges Gilkinet
cdH Benoît Dispa

B. — Plaatsvervangers / Suppléants:

Peter Buysrogge, Inez De Coninck, Peter De Roover, Bart De Wever,
Johan Klaps
Frédéric Daerden, Emir Kir, Eric Massin, Sébastien Pirlot
Olivier Chastel, Philippe Goffin, Katrin Jadin, Damien Thiéry
Hendrik Bogaert, Griet Smaers, Jef Van den Bergh
Patricia Ceysens, Carina Van Cauter, Frank Wilrycx
Karin Temmerman, Dirk Van der Maelen
Meyrem Almaci, Jean-Marc Nollet
Michel de Lamotte, Catherine Fonck

C. — Niet-stemgerechtigde leden / Membres sans voix délibérative:

VB Barbara Pas
PTB-GO! Marco Van Hees
DéFI Olivier Maingain

N-VA	:	Nieuw-Vlaamse Alliantie
PS	:	Parti Socialiste
MR	:	Mouvement Réformateur
CD&V	:	Christen-Democratisch en Vlaams
Open Vld	:	Open Vlaamse liberalen en democraten
sp.a	:	socialistische partij anders
Ecolo-Groen	:	Ecologistes Confédérés pour l'organisation de luttes originales – Groen
cdH	:	centre démocrate Humaniste
VB	:	Vlaams Belang
PTB-GO!	:	Parti du Travail de Belgique – Gauche d'Ouverture
DéFI	:	Démocrate Fédéraliste Indépendant
PP	:	Parti Populaire

Afkortingen bij de nummering van de publicaties:

DOC 54 0000/000: Parlementair document van de 54^e zittingsperiode +
basisnummer en volgnummer
QRVA: Schriftelijke Vragen en Antwoorden
CRIV: Voorlopige versie van het Integraal Verslag
CRABV: Beknopt Verslag
CRIV: Integraal Verslag, met links het definitieve integraal verslag
en rechts het vertaald beknopt verslag van de toespraken
(met de bijlagen)
PLEN: Plenum
COM: Commissievergadering
MOT: Moties tot besluit van interpellaties (beigekleurig papier)

Abréviations dans la numérotation des publications:

DOC 54 0000/000: Document parlementaire de la 54^e législature, suivi
du n° de base et du n° consécutif
QRVA: Questions et Réponses écrites
CRIV: Version Provisoire du Compte Rendu intégral
CRABV: Compte Rendu Analytique
CRIV: Compte Rendu Intégral, avec, à gauche, le
compte rendu intégral et, à droite, le compte rendu
analytique traduit des interventions (avec les an-
nexes)
PLEN: Séance plénière
COM: Réunion de commission
MOT: Motions déposées en conclusion d'interpellations
(papier beige)

Officiële publicaties, uitgegeven door de Kamer van volksvertegenwoordigers

Bestellingen:
Natieplein 2
1008 Brussel
Tél.: 02/ 549 81 60
Fax : 02/549 82 74
www.dekamer.be
e-mail : publicaties@dekamer.be

De publicaties worden uitsluitend gedrukt op FSC gecertificeerd papier

Publications officielles éditées par la Chambre des représentants

Commandes:
Place de la Nation 2
1008 Bruxelles
Tél.: 02/ 549 81 60
Fax : 02/549 82 74
www.lachambre.be
courriel : publications@lachambre.be

Les publications sont imprimées exclusivement sur du papier certifié FSC

DAMES EN HEREN,

Uw commissie heeft dit wetsontwerp besproken tijdens haar vergadering van 11 mei 2016.

I. — INLEIDENDE UITEENZETTING VAN DE HEER WILLY BORSUS, MINISTER VAN MIDDENSTAND, ZELFSTANDIGEN, KMO'S, LANDBOUW EN MAATSCHAPPELIJKE INTEGRATIE

De heer Willy Borsus, minister van Middenstand, Zelfstandigen, KMO's, Landbouw en Maatschappelijke Integratie, geeft aan dat dit wetsontwerp strekt tot omzetting van de eerste Europese richtlijn inzake de concessieovereenkomsten: Richtlijn 2014/23/EU.

De minister herinnert eraan dat de concessies voor diensten niet onderworpen waren aan de richtlijnen inzake overheidsopdrachten. De concessies voor openbare werken waren dus slechts onderworpen aan een aantal basisregels uit de wetgeving overheidsopdrachten (voornamelijk bepalingen omtrent bekendmaking en termijnen).

Met andere woorden ontbraken duidelijke en geharmoniseerde regels voor de gunning van concessieovereenkomsten op Europees niveau. Het gevolg hiervan was rechtsonzekerheid, een belemmering voor de vrije dienstverlening en dus een zekere verstoring van de werking van de interne markt.

De richtlijn 2014/23/EU, die omgezet wordt door middel van dit wetsontwerp, wil deze situatie verhelpen. Aldus zorgt dit wetsontwerp voor eenvormige, eenvoudige en duidelijke regels die rekening houden met de bijzondere kenmerken van concessies ten opzichte van overheidsopdrachten.

Het wetsontwerp voert één enkele flexibele regeling in, die van toepassing is op zowel concessies voor werken als voor diensten, zowel de klassieke als de "speciale" sectoren alsook op defensie- en veiligheidsgebied.

De speciale sectoren zijn de activiteiten bedoeld in bijlage 2 bij de wet. Deze stemmen grotendeels overeen met de "speciale sectoren" waarvan sprake in het wetsontwerp inzake overheidsopdrachten.

De omzetting van richtlijn 2014/23/EU in Belgisch recht werd geleid door de volgende drie hoofddoelstellingen:

1° zorgen voor een getrouwe omzetting;

MESDAMES, MESSIEURS,

Votre commission a examiné le présent projet de loi au cours de sa réunion du 11 mai 2016.

I. — EXPOSÉ INTRODUCTIF DE M. WILLY BORSUS, MINISTRE DES CLASSES MOYENNES, DES INDÉPENDANTS, DES PME, DE L'AGRICULTURE, ET DE L'INTÉGRATION SOCIALE

M. Willy Borsus, ministre des Classes moyennes, des Indépendants, des PME, de l'Agriculture, et de l'Intégration sociale, explique que le présent projet de loi vise la transposition de la première directive européenne relative aux contrats de concessions : la directive 2014/23/UE.

Le ministre rappelle que les concessions de services n'étaient pas soumises aux directives relatives aux marchés publics. Les concessions de travaux publics n'étaient donc soumises qu'à certaines règles de base issues de la législation relative aux marchés publics (principalement les dispositions relatives à la publicité et aux délais).

En d'autres termes, l'échelon européen était dépourvu de règles claires et harmonisées régissant l'attribution de contrats de concession. Ce manquement se traduisait par une insécurité juridique, des entraves à la libre prestation des services et, ce faisant, une véritable distorsion dans le fonctionnement du marché intérieur.

La directive 2014/23/UE, transposée par la voie du présent projet de loi, entend remédier à cette situation. Ce projet de loi vise dès lors à mettre en place des règles uniformes, simples et claires qui tiennent compte des spécificités des concessions par rapport aux marchés publics.

Le projet de loi met en place un régime unique et flexible de règles applicables aux concessions de travaux ou de services, tant dans les secteurs classiques que les secteurs "spéciaux" ou dans les domaines de la défense et de la sécurité.

Les "secteurs spéciaux" sont les activités visées à l'annexe 2 de la loi. Ces activités sont assez similaires aux "secteurs spéciaux" tels que mentionnés dans le projet de loi relatif aux marchés publics.

La transposition en droit belge de la directive 2014/23/UE a été guidée par les trois objectifs principaux suivants:

1° assurer une transposition fidèle;

2° niet verder gaan dan de eisen van de richtlijn en
3° waar mogelijk een vereenvoudiging tot stand brengen.

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

De minister overloopt vervolgens de opeenvolgende titels van het wetsontwerp

A. TITEL 1

Inleidende bepaling, voorwerp en definities

Artikel 2 definieert het begrip “concessie”. Het spreekt voor zich dat dit begrip van groot belang is omdat daardoor ook het toepassingsgebied van de regels omschreven wordt.

De minister verduidelijkt dat concessies overeenkomsten zijn, onder bezwarende titel, waarbij een aanbesteder werken of diensten en het beheer ervan laat uitvoeren, waarvoor de tegenprestatie bestaat in het recht het werk of de diensten te exploiteren al dan niet gepaard gaand met een betaling. Het hoofdkenmerk van de concessie vormt de overdracht van het exploitatierisico.

Concessies voor werken hebben betrekking op het verwerven, onder bezwarende titel, van werken, waarbij de ondernemer, als tegenprestatie, het recht verkrijgt om het werk te exploiteren. Deze exploitatie kan gepaard gaan met een betaling. Het “verwerven van werken” impliceert niet noodzakelijk dat de aanbesteder de eigendom verwerft van de werken of van het werk tijdens of na afloop van de concessie. In de rechtspraak van het Hof van Justitie (arrest C-451/08) werd er wel op gewezen dat er slechts sprake is van een concessie voor werken, wanneer “de uitvoering van de werken”, bovendien impliceert dat de ondernemer contractueel verplicht is om ze uit te voeren en niet alleen maar het recht heeft om dit te doen.

De definitie van concessie voor diensten in richtlijn 2014/23/EU stemt niet overeen met die van het begrip “concessie voor openbare diensten” in het Belgisch administratief recht.

Alhoewel concessies voor openbare diensten in

2° ne pas aller au-delà de ce que la directive requiert;
3° assurer autant que faire se peut la simplification.

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

Le ministre parcourt ensuite les différents titres du projet de loi

A. TITRE 1^{ER}

Disposition introductive, objet et définitions

L'article 2 définit le concept de “concession”. À n'en pas douter, ce concept présente un intérêt majeur puisqu'il contient également la définition du champ d'application des règles.

Le ministre indique que les concessions sont des contrats, à titre onéreux, par lesquels un adjudicateur confie l'exécution de travaux ou la prestation et la gestion d'un service, la contrepartie consistant dans le droit d'exploiter l'ouvrage ou les services. Cette exploitation peut s'accompagner du paiement d'un prix. La caractéristique essentielle de la concession consiste dans le transfert du risque d'exploitation.

La concession de travaux vise l'acquisition, à titre onéreux, de travaux, l'opérateur économique recevant, en contrepartie, le droit d'exploiter l'ouvrage, cette exploitation pouvant s'accompagner du paiement d'un prix. L'“acquisition de travaux” n'implique pas nécessairement que l'adjudicateur acquiert la propriété des travaux ou de l'ouvrage pendant ou au terme de la concession. La jurisprudence de la Cour de Justice (arrêt C-451/08), précise qu'il n'est question de concession de travaux que lorsque “l'exécution des travaux” implique l'obligation contractuelle pour l'opérateur de les exécuter et non le simple droit de le faire.

La définition de la concession de services de la directive 2014/23/UE ne concorde pas avec la notion de “concession de service public” telle qu'elle existe en droit administratif belge

Si la concession de service public du droit administratif

het Belgisch administratief recht en concessies voor diensten in het recht van de Europese Unie gemeenschappelijke hoofdkenmerken vertonen, met name de overdracht van het exploitatierisico, verschillen ze hoofdzakelijk door hun voorwerp: concessies in het recht van de Europese Unie kunnen betrekking hebben op om het even welk soort dienst, behoudens bepaalde uitsluitingen, terwijl concessies voor openbare diensten in het Belgisch administratief recht enkel betrekking hebben op overeenkomsten betreffende een openbare dienst. Dit ontwerp is van toepassing op concessies voor diensten die, volgens het geval, in het Belgisch administratief recht, ook concessies voor openbare diensten kunnen zijn.

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

De minister verduidelijkt dat aldus bijvoorbeeld geen concessieovereenkomsten zijn :

— de loutere financiering van een activiteit of van een project via subsidies;

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

— ook handelingen waarbij een aanbesteder een ondernemer toestemming geeft voor huisvesting in, gebruik van of exploitatie van goederen of rijkdommen in staatsbezit, met name in de zee-, binnenhaven- of luchthavensector, vallen niet onder het begrip concessie, voor zover de aanbesteders zich beperken tot het bepalen van de voorwaarden voor het gebruik of de exploitatie van de ter beschikking gestelde goederen of rijkdommen.

Zo is, in principe, de domeinconcessie geen concessie in de zin van dit ontwerp. Indien de domeinconcessie echter een onlosmakelijk en bijkomstig onderdeel van een overeenkomst vormt dat, voor een aanbesteder, hoofdzakelijk betrekking heeft op het laten uitvoeren van werken of diensten die aan de door hem bepaalde eisen voldoen en waarvan hij de uitvoering kan eisen/afdwingen, waarbij de tegenprestatie bestaat in het recht om het werk of de diensten te exploiteren, zal de overeenkomst echter toch als een concessie moeten worden beschouwd;

belge et la concession de service du droit de l'Union européenne présentent des caractéristiques essentielles communes, à savoir le transfert du risque d'exploitation, elles se distinguent principalement par leur objet: les concessions du droit de l'Union peuvent concerner n'importe quel type de service sauf quelques exclusions tandis que les concessions de service public du droit administratif belge ne concernent que les contrats qui ont pour objet un service public. Le présent projet s'applique aux concessions de services qui, selon le cas, peuvent aussi s'avérer, d'après le droit administratif belge, des concessions de services publics.

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

Ainsi, le ministre précise que ne relèvent par exemple pas de la définition de contrat de concession:

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

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

— les actes, de droit public ou privé, par lesquels un adjudicateur autorise un opérateur à occuper, faire usage ou exploiter des biens ou ressources publics, notamment dans le secteur des ports maritimes, intérieurs ou des aéroports. Ces actes ne relèvent pas de la notion de concession pour autant que les autorités adjudicatrices se limitent à définir les conditions d'usage ou d'exploitation du bien ou de la ressource mise à disposition.

Ainsi, en principe, les concessions domaniales ne sont pas des concessions au sens du présent projet. Par contre, si la concession domaniale n'est qu'un élément indissociable et accessoire d'un contrat qui vise principalement, pour un adjudicateur, à confier l'exécution de travaux ou de services répondant aux exigences qu'il définit et dont il peut exiger/forcer l'exécution, contre le droit d'exploiter l'ouvrage ou les services, le contrat sera qualifié de concession au sens du présent projet;

— ook handelingen waarbij doorgangsrechten worden verleend die gepaard gaan met het gebruik van publieke onroerende goederen voor de beschikbaarstelling of exploitatie van vaste lijnen of netten bestemd voor openbare dienstverlening, voldoen in principe niet aan de definitie van “concessieovereenkomst”. Het betreft in de praktijk systemen inzake erfdienstbaarheden van openbaar nut voor kabels, leidingen, enz. op het gebied van water, energie, vervoer of elektronische communicatie.

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

Het exploitatierecht is een noodzakelijke voorwaarde maar geen voldoende voorwaarde. De overdracht aan de ondernemer van het exploitatierisico is immers doorslaggevend voor de classificatie van de overeenkomst als concessie.

Overweging 20 van richtlijn 2014/23/EU verduidelijkt dat het exploitatierisico wordt opgevat als een “risico van blootstelling aan de grillen van de markt, dat kan bestaan in een vraagrisico of een aanbodrisico, of in zowel een vraag- als een aanbodrisico”.

Volgens de considerans 18 van de richtlijn 2014/23/EU wordt de overdracht van het exploitatierisico vermoed wanneer de concessiehouder niet zeker is in normale exploitatieomstandigheden, dat de door hem gedane investeringen of kosten die hij gedragen heeft, kunnen worden afgeschreven.

De aldus gedefinieerde overdracht van het exploitatierisico moet bovendien relevant zijn. Dit impliceert dat er geen sprake is van een concessie wanneer de ondernemer een gewaarborgde vergoeding krijgt die gelijk is aan of hoger is dan zijn kosten en investeringen.

Hieruit volgt dat de vergoedingswijze van de ondernemer niet doorslaggevend is voor de classificatie van de overeenkomst. Het is niet nodig dat de ondernemer wordt beloond, al was het maar gedeeltelijk, door de gebruikers van het werk of van de dienst. Met andere woorden, het feit dat de concessiehouder uitsluitend door de aanbesteder wordt beloond, sluit op zich niet uit dat er sprake is van een concessie.

— les actes qui octroient un droit de passage pour l'utilisation de biens immobiliers publics en vue de la mise à disposition ou de l'exploitation de lignes fixes ou de réseaux destinés à fournir un service au public, ne satisfont en principe pas à la définition de “contrat de concession”. Sont en pratique concernés les systèmes de servitudes légales d'utilité publique qui existent pour les câbles, canalisations etc. dans les domaines de l'eau, de l'énergie, des transports ou encore des communications électroniques.

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

Le droit d'exploiter est une condition *sine qua non* mais insuffisante. En effet, l'élément déterminant pour la qualification du contrat en concession consiste dans le transfert à l'opérateur économique du risque d'exploitation.

Dans son considérant 20, la directive 2014/23/UE précise que le risque d'exploitation est conçu comme “un risque d'exposition aux aléas du marché qui peut être soit un risque lié à la demande, soit un risque lié à l'offre, soit un risque lié à la demande et à l'offre”.

Selon le considérant 18 de la directive 2014/23/UE, le transfert du risque d'exploitation est présumé lorsque le concessionnaire, dans des conditions d'exploitation normales, n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés.

Le transfert du risque d'exploitation ainsi défini doit par ailleurs être “significatif”. Cela implique qu'il ne s'agit pas d'une concession lorsque l'opérateur économique reçoit une rémunération garantie qui égale ou dépasse les investissements et coûts qu'il a exposés.

Il en résulte que le mode de rémunération de l'opérateur n'est pas décisif pour la qualification du contrat. Il n'est pas nécessaire que l'opérateur soit rémunéré, fût-ce en partie, par les usagers de l'ouvrage ou du service. Autrement dit, le fait que le concessionnaire soit exclusivement rémunéré par l'adjudicateur n'exclut pas, en soi, qu'il y ait concession.

Bijgevolg zal een bijzondere analyse van elke overeenkomst vereist zijn en met name van alle contractuele bepalingen ervan en van de risico's die ze al dan niet overdraagt aan de ondernemer. De analyse is eerder economisch en financieel dan juridisch.

De aanbesteder die twijfel heeft over de classificatie van de overeenkomst die hij wil plaatsen of die niet wil dat de overdracht van het exploitatierisico een niet-bespreekbare “minimumeis” is, zal er dus alle belang bij hebben om de plaatsingsregels voor overheidsopdrachten toe te passen. Deze procedures voldoen immers aan de in dit ontwerp bedoelde bekendmakings-eisen en procedurele waarborgen voor de plaatsing van concessies. Bijgevolg waarborgen ze, in principe, de geldigheid van de plaatsingsprocedure, ongeacht of de overeenkomst uiteindelijk als concessie of als opdracht wordt aangemerkt.

B. TITEL 2

Toepassingsgebied

De minister verduidelijkt dat artikel 3 het toepassingsgebied van de regels in dit ontwerp omschrijft.

Wat de aanbestedende overheden betreft, is het wetsontwerp van toepassing:

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

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

Concessies van personen die bijzondere of exclusieve rechten genieten als gedefinieerd in artikel 2, 3°, (meestal privaatrechtelijke personen), zijn slechts onderworpen aan dit ontwerp voor zover:

1° de werken of diensten betrekking hebben op een activiteit in de speciale sectoren en;

2° de geraamde waarde gelijk is aan of hoger is dan de door de Koning bepaalde financiële drempel.

Overheidsbedrijven zullen geassimileerd worden met aanbestedende overheden, wanneer zij een concessie-overeenkomst plaatsen voor één van de activiteiten in de speciale sectoren, in het kader van hun taken van openbare dienst. Zij worden geassimileerd met “personen die

Dès lors une analyse particulière de chaque contrat et en particulier de toutes ses clauses contractuelles et des risques qu'il transfère (ou non) à l'opérateur économique sera requise. L'analyse est davantage économique et financière que juridique.

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

B. TITRE 2

Champ d'application

Le ministre précise que l'article 3 décrit le champ d'application des règles contenues dans le présent projet.

S'agissant des pouvoirs adjudicateurs, le projet de loi s'applique:

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

— et aux concessions de services qui atteignent le seuil financier fixé par le Roi.

S'agissant des “personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs”, telles que définies à l'article 2, 3°, (principalement des personnes de droit privé), leurs concessions ne seront soumises au présent projet que pour autant que:

1° les travaux ou services sont destinés à l'une des activités des secteurs spéciaux et;

2° la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil financier fixé par le Roi.

S'agissant des entreprises publiques, et vu leur définition dans la directive 2014/23/UE (et les directives marchés publics), elles sont assimilées aux pouvoirs adjudicateurs lorsqu'elles passent leur concession pour une des activités des secteurs spéciaux, dans le cadre

genieten van bijzondere of exclusieve rechten”, wanneer ze een concessieovereenkomst toekennen buiten hun taken van openbare dienst.

De bedoeling is om de financiële drempel bedoeld in artikel 3 vast te stellen op 5 225 000 euro.

De derde paragraaf wijst erop dat niet-economische diensten van algemeen belang buiten het toepassingsgebied van de wet vallen. Het recht van de Europese Unie onderscheidt economische en niet-economische diensten van algemeen belang. Deze laatste zijn diensten die niet geleverd worden in ruil voor een economische tegenprestatie. Deze activiteiten vormen geen diensten in de zin van artikel 57 VWEU. Ze maken geen deel uit van een markt en zijn gebaseerd op een logica van solidariteit en herverdeling en ontsnappen aan de regels van mededinging. Vallen hieronder, de gezagsdepartementen (politie, justitie...), of andere zoals gezondheidszorg, opvoeding, cultuur of milieu.

C. TITEL 3

Algemene bepalingen

De minister geeft aan dat artikel 24 er onder meer op wijst dat de aanbesteders de beginselen van gelijke behandeling, niet-discriminatie, transparantie en evenredigheid moeten naleven, zowel in het kader van de plaatsing als van de uitvoering van concessies.

Artikel 25 beoogt elke mededingingsvertekenende handeling te verbieden en te sanctioneren, ongeacht of die uitgaat van aanbesteders of van ondernemers.

De bepalingen omtrent belangenconflicten (art. 26) en het sociaal, milieu- en arbeidsrecht (art. 27), stemmen overeen met hun overeenkomstige bepalingen in het wetsontwerp inzake overheidsopdrachten.

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

Wanneer de concessie samengaat met de betaling van een prijs door de aanbesteder, dan moet deze forfaitair zijn. Het forfaitair principe is eveneens van toepassing op de concessies (van openbare werken) onder de wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten. Het werd bijgevolg overgenomen in dit ontwerp. De vereiste flexibiliteit in het geval van

de leurs tâches de service public. Elles sont assimilées aux “personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs”, lorsqu’elles octroient une concession en dehors de leurs tâches de service public.

L’objectif est de fixer le seuil financier visé à l’article 3 à 5 225 000 d’euros.

Le paragraphe 3 précise que les services d’intérêt général non économiques ne relèvent pas du champ d’application de la loi. Le droit de l’Union européenne distingue entre les services d’intérêt général économiques et non économiques. Ces derniers sont des services qui ne sont pas fournis en échange d’une contrepartie économique. Ces activités ne constituent pas un service au sens de l’article 57 du TFUE. Ils n’appartiennent pas à un marché et sont fondés sur une logique de solidarité et de redistribution, ils échappent donc aux règles de la concurrence. Parmi eux, les services régaliens (la police, la justice...), ou d’autres tels que la santé, l’éducation, la culture ou l’environnement.

C. TITRE 3

Dispositions générales

Le ministre indique que l’article 24 indique notamment que les adjudicateurs doivent respecter les principes d’égalité de traitement et de non-discrimination, de transparence et de proportionnalité dans le cadre de la passation mais également de l’exécution des concessions.

L’article 25 vise à interdire et sanctionner tout acte visant à fausser la concurrence, qu’il soit posé par les adjudicateurs ou par les opérateurs économiques.

Les dispositions relatives aux conflits d’intérêt (art. 26) et au droit social, environnemental et du travail (art. 27) sont similaires aux dispositions qui leur correspondent dans le projet de loi relatif aux marchés publics.

L’article 28 reprend le principe du forfait applicable aux marchés publics ainsi que les limites et exceptions contenues dans le projet de loi relatif aux marchés publics, et les adapte aux concessions.

Lorsque la concession est assortie d’un prix payé par l’adjudicateur, il doit être forfaitaire. Le principe de forfait s’applique également aux concessions (de travaux publics) sous la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics. Il est donc repris dans le présent projet. En raison de la flexibilité nécessaire aux contrats complexes de concession, il devra aussi être possible

complexe concessieopdrachten leidt ertoe dat ook uitzonderingen moeten mogelijk zijn, voor zover deze behoorlijk gemotiveerd zijn in de concessiedocumenten.

De minister beklemtoont dat dit ontwerp het principe van de forfaitaire prijs bevestigt enkel in hoofde van de prijs betaald door de aanbesteder. Het staat de partijen vrij in het concessiedocument of -contract het al dan niet forfaitair karakter op te leggen van de eventuele vergoedingen, die contractueel ten laste vallen van de concessiehouder ten voordele van de aanbesteder. Indien deze een forfaitair karakter voorzien, kan eveneens in een prijsherzieningsclausule (indexatie) van het bedrag van de vergoeding voorzien worden.

Artikel 28, § 2, geeft aan dat deze forfaitaire grondslag geen belemmering vormt voor een herziening van deze prijs, opdat deze zou worden aangepast aan de prijsevolutie van de componenten van de kosten en investeringen van de concessiehouder.

In paragraaf 3 verschaft artikel 28 een wettelijke grondslag aan een tweede versoepeling van het beginsel van de forfaitaire grondslag: de imprevisie. De paragraaf voorziet dat de concessies gewijzigd kunnen worden in geval van een ontwrichting van het contractueel evenwicht, in de gevallen en volgens de modaliteiten bepaald door de Koning.

Artikel 29 neemt het voor overheidsopdrachten geldende beginsel over volgens hetwelk betalingen alleen mogen worden gedaan voor verstrekte en aanvaarde prestaties.

Artikel 31 bepaalt de regels betreffende de toegang tot de documenten en de beperkingen ervan in verband met de vertrouwelijkheid. Artikel 32 van dit ontwerp voorziet in de principes omtrent de te gebruiken communicatiemiddelen. Behoudens in de door de Koning voorziene gevallen, zal de aanbesteder voor elke mededeling en uitwisseling van informatie met de ondernemers, kandidaten, inschrijvers gebruik moeten maken van elektronische middelen. Artikel 33, omtrent de “voorbehouden concessies”, voorziet in de omzetting van artikel 24 van richtlijn 2014/23/EU en stemt overeen met artikel 15 van de wet inzake overheidsopdrachten.

Raming van de waarde van concessies

In de artikelen 35 en 36 bevatten de ramingsregels. Daarin wordt onder meer verduidelijkt dat de waarde van een concessie wordt bepaald door de totale omzet van de concessiehouder tijdens de hele looptijd van de concessie. Belangrijker is de bepaling omtrent de looptijd van de concessies (artikel 37).

d'accepter des exceptions pour autant qu'elles soient dûment motivées dans les documents de concession.

Le ministre souligne que le présent projet ne consacre le principe forfaitaire que pour le prix payé par l'adjudicateur. Les parties sont libres de déterminer dans le document/contrat de concession le caractère, forfaitaire ou non, des éventuelles redevances mises contractuellement à charge du concessionnaire au bénéfice de l'adjudicateur. Si elles prévoient un caractère forfaitaire, elles peuvent également prévoir une clause de révision (indexation) du montant de la redevance.

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

En son paragraphe 3, l'article 28 donne un fondement légal à un deuxième assouplissement au principe du forfait: la théorie de l'imprévision. Ce paragraphe prévoit que la concession peut être modifiée en cas de bouleversement de l'équilibre contractuel, dans les cas et suivant les modalités qui seront déterminés par le Roi.

L'article 29 reprend le principe du paiement pour service fait et accepté applicable aux marchés publics.

L'article 31 fixe les règles concernant l'accès aux documents et ses restrictions liées à la confidentialité. L'article 32 du présent projet prévoit les principes relatifs aux moyens de communication à utiliser. Sauf dans les cas prévus par le Roi, l'adjudicateur utilisera les moyens électroniques pour toutes les communications et tous les échanges d'informations avec les opérateurs économiques, candidats, soumissionnaires. L'article 33 relatif aux “concessions réservées” prévoit la transposition de l'article 24 de la directive 2014/23/UE et est identique à l'article 15 de la loi relative aux marchés publics.

Estimation de la valeur des concessions

Les articles 35 et 36 contiennent les règles d'estimation. Ils précisent notamment que la valeur d'une concession est définie par le chiffre d'affaires total du concessionnaire pour toute la durée de la concession. Il importe de nous attarder sur la disposition qui traite de la durée des concessions (article 37).

Een concessie moet in ieder geval een beperkte looptijd hebben, om de eenvoudige reden dat een concessie van onbeperkte duur in strijd zou zijn met de beginselen van mededinging, vrij verkeer van diensten en vrijheid van vestiging.

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

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

Nog steeds volgens overweging 52 moeten aanbesteders:

- de maximale looptijd van de concessie vermelden in de concessiedocumenten, tenzij de looptijd als gunningscriterium wordt gebruikt,

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

Bijgevolg kan de aanbesteder zich ertoe beperken de looptijd van de concessie bij het uitschrijven ervan te ramen. Ze zal dan een indicatieve looptijd vermelden in de concessiedocumenten, terwijl de (werkelijke/vaste) looptijd van de concessie hetzij door de aanbesteder en de inschrijvers (in het kader van de onderhandelingen), hetzij door de inschrijver aan wie de concessie wordt gegund (indien de looptijd een gunningscriterium is) kan worden bepaald.

La concession doit, en tout état de cause, avoir une durée limitée, pour la simple raison qu’une concession d’une durée illimitée serait contraire aux principes de concurrence, de libre circulation des services et de liberté d’établissement.

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

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

Toujours aux termes du considérant 52, les adjudicateurs devraient:

- fixer la durée maximale de la concession dans les documents de concession, à moins que la durée ne constitue un critère d’attribution,

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

L’adjudicateur peut donc se limiter à estimer la durée de la concession lors de son lancement. Il indiquera alors une durée indicative dans les documents de la concession, tandis que la durée (réelle/fixe) de la concession pourra être déterminée soit par l’adjudicateur et les soumissionnaires (dans le cadre des négociations) soit par le soumissionnaire adjudicataire (si la durée est un critère d’attribution).

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

Om het risico te beperken dat de procedure zou moeten worden stopgezet en herbegonnen krachtens de twintig procent-regel, zal de aanbesteder nuttigheids-halve in de concessiedocumenten een maximale looptijd bepalen waarover niet kan worden onderhandeld (minimumeis) en zal hij op basis daarvan de waarde van de concessie berekenen. De “werkelijke” (vaste) looptijd zal tijdens de onderhandelingen worden bepaald, in voorkomend geval op basis van de offertes van de inschrijvers (indien de looptijd een gunningscriterium is).

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

D. TITEL 4

Bepalingen die van toepassing zijn op de plaatsing van concessies

HOOFDSTUK 1

Beginnelsen

Organisatie van de plaatsingsprocedure

De minister herinnert eraan dat concessieovereenkomsten gewoonlijk complexe langetermijnregelingen zijn waarbij de concessiehouder verantwoordelijkheden en risico's op zich neemt die traditioneel door de aanbesteders worden gedragen en gewoonlijk binnen hun overeenkomst vallen. Om deze reden, en behoudens de naleving van deze wet en de beginselen van transparantie en gelijke behandeling, moet aanbesteders een grote vrijheid worden gelaten bij het bepalen en organiseren van de procedure die tot de keuze van de concessiehouder leidt.

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

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

Pour limiter le risque de devoir abandonner et recommencer sa procédure en vertu de la règle des vingt pourcent, l'adjudicateur fixera utilement une durée maximale non négociable (exigence minimale) dans les documents de concession et calculera sur cette base la valeur de la concession. La durée “réelle” (fixe) sera déterminée lors des négociations, le cas échéant, sur la base des offres des soumissionnaires (si la durée est un critère d'attribution).

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

D. TITRE 4

Dispositions applicables à la passation des concessions

CHAPITRE 1^{ER}

Principes

Organisation de la procédure de passation

Le ministre rappelle que les concessions sont généralement des contrats complexes, conclus sur le long terme, dans lesquels le concessionnaire assume des responsabilités et des risques traditionnellement assumés par les adjudicateurs et relevant normalement de leurs compétences. Dès lors, sous réserve du respect des dispositions de la présente loi et des principes de transparence et d'égalité de traitement, les adjudicateurs disposent d'une grande latitude pour définir et organiser la procédure qui conduit au choix du concessionnaire.

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

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

Voor de minister, belet niets een aanbesteder om één van de plaatsingsprocedures uit het wetsontwerp inzake overheidsopdrachten over te nemen.

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

In geval van twijfel over de classificatie van een overeenkomst als concessie of indien het risico bestaat dat deze classificatie niet wordt behouden in het kader van de onderhandelingen, moet de aanbesteder de bekendmakingsvoorschriften en de procedures van de wet inzake overheidsopdrachten toepassen om ervoor te zorgen dat de gunning en de sluiting van de overeenkomst rechtsgeldig zouden zijn.

HOOFDSTUKKEN 2 EN 3

Voorbereiding

De minister geeft aan dat artikel 41, omtrent functionele en technische specificaties, in de omzetting van artikel 36 van richtlijn 2014/23/EU voorziet. De bepaling voegt evenwel enkele elementen en verplichtingen toe in vergelijking met artikel 36, hoofdzakelijk wat betreft de toegankelijkheid voor personen met een handicap voor werken en diensten die bedoeld zijn om door natuurlijke personen te worden gebruikt. In dit verband neemt artikel 41 van dit ontwerp de verplichtingen van de wet inzake overheidsopdrachten over.

Hoofdstuk 3 bevat de verplichtingen aangaande bekendmaking en transparantie. Met name artikel 43 is van belang, aangezien aldaar de afwijkingen worden behandeld op de verplichting tot bekendmaking.

De tweede en derde hypothese van artikel 43 zijn voorzien in richtlijn 2014/23/EU. Een derde hypothese werd toegevoegd: deze van de concessies van werken van aanbestedende overheden (en van overheidsbedrijven die optreden in het kader van hun taken van openbare dienst) van "beperkte waarde".

De derde hypothese bedoelt deze van een eerste in mededingingstelling, met bekendmaking van een concessieaankondiging, die geen vruchten afwierp bij

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

Pour le ministre, rien n'empêche un adjudicateur de copier l'une des procédures de passation décrites dans le projet de loi relatif aux marchés publics.

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

Toutefois, en cas de doute sur la qualification du contrat en concession voire de risque de ne pas la maintenir dans le cadre des négociations, l'adjudicateur devrait appliquer les mesures de publicité et procédures prévues par la loi relative marchés publics pour assurer la validité de l'attribution et de la conclusion du contrat.

CHAPITRES 2 ET 3

Préparation

Le ministre indique que l'article 41 relatif aux spécifications fonctionnelles et techniques transpose l'article 36 de la directive 2014/23/UE. La disposition ajoute toutefois quelques éléments et contraintes par rapport à l'article 36 principalement pour l'accès aux personnes handicapées pour les travaux et services destinés à être utilisés par des personnes physiques. A cet égard, l'article 41 du présent projet reprend les contraintes prévues par le projet de loi relative aux marchés publics.

Le chapitre 3 consigne les obligations relatives à la publicité et à la transparence. L'article 43 revêt également une certaine importance en ce sens qu'il traite des dérogations à l'obligation de publicité.

Les deuxième et troisième hypothèses de l'article 43 sont celles prévues par la directive 2014/23/UE. Une troisième hypothèse a été ajoutée: celle des concessions de travaux des pouvoirs adjudicateurs (et des entreprises publiques agissant dans le cadre de leurs tâches de service public) de "faible valeur".

La troisième hypothèse vise celle d'une première procédure de mise en concurrence, avec publication d'un avis de concession, qui se révèle infructueuse

gebrek aan (geschikte) aanvragen tot deelneming of (geschikte) offertes. In deze hypothese voorziet de richtlijn 2014/23/EU dat de procedure kan herstart worden zonder bekendmaking van een nieuwe concessieaankondiging, voor zover de concessieovereenkomst niet substantieel gewijzigd wordt.

Artikel 45 handelt over de elektronische beschikbaarheid van concessiedocumenten. Paragraaf 1 van dit artikel heeft betrekking op de principiële verplichting voor aanbesteders om langs elektronische weg kosteloze, rechtstreekse en volledige toegang te bieden tot de concessiedocumenten vanaf de datum van bekendmaking van de concessieaankondiging. De aankondiging moet het internetadres vermelden waar deze documenten toegankelijk zijn (en waarop deze documenten vrij gedownload kunnen worden). De aanpak stemt overeen met deze die van toepassing is voor de overheidsopdrachten en vervat in het wetsontwerp inzake overheidsopdrachten.

HOOFDSTUK 4

Gunning van concessies

1) Procedurele waarborgen

Paragraaf 1 van artikel 46 bevat de principes voor de gunning van een concessie.

De aanbesteder die vaststelt dat in de offerte van de inschrijver aan wie hij voornemens is de concessie te gunnen, concrete inbreuken zouden gepleegd worden op strafrechtelijk beteugelde bepalingen uit het milieu-, sociaal of arbeidsrecht, heeft de verplichting om niet te gunnen aan de betrokken inschrijver. De aanbesteder is met andere woorden in een dergelijk geval verplicht deze offerte te weren. In de overige gevallen waarbij hij dezelfde vaststellingen doet, kan hij beslissen een dergelijke offerte te weren en de concessie bijgevolg niet aan deze inschrijver te gunnen.

Deze reden voor de afwijzing van de offerte mag niet worden verward met de facultatieve uitsluitingsgrond bedoeld in artikel 52 maar vervolledigt die om sociale dumping te bestrijden.

Wat de conformiteit met de minimeisen betreft, voegt de tekst de woorden “in voorkomend geval” toe, waardoor de aanbesteder niet verplicht is deze eisen vast te stellen. Als hij eisen vaststelt, zal hij enkel de offertes kunnen aanvaarden die eraan voldoen. Wanneer hij verduidelijkt dat een door hem vastgestelde eis een (essentiële) minimeis is, moet de aanbesteder de gevolgen ervan inschatten: hij mag immers niet

à défaut de demandes de participation (appropriées) ou d’offres (appropriées). Dans cette hypothèse, la directive 2014/23/UE prévoit que la procédure peut être recommencée sans publication d’un nouvel avis de concession, pour autant que le contrat de concession ne soit pas substantiellement modifié.

L’article 45 traite de la mise à disposition des documents de concession par voie électronique. En son paragraphe 1^{er}, il vise l’obligation de principe pour les adjudicateurs d’offrir, par des moyens électroniques, un accès gratuit, direct et complet aux documents de concession à partir de la date de publication de l’avis de concession. L’avis doit préciser l’adresse internet à laquelle ces documents sont accessibles (et peuvent être téléchargés librement). L’approche est similaire à celle applicable aux marchés publics et qui figure dans le projet de loi relatif aux marchés publics.

CHAPITRE 4

Attribution des concessions

1) Garanties procédurales

En son paragraphe 1^{er}, l’article 46 fixe les principes de l’attribution d’une concession.

Sans préjudice du paragraphe 2, lorsque l’adjudicateur constate que l’offre du soumissionnaire auquel il se propose d’attribuer, contiendrait des infractions concrètes aux dispositions pénalement sanctionnées du droit social, du travail et environnemental, il a l’obligation de ne pas attribuer à ce soumissionnaire. En d’autres mots, l’adjudicateur est, dans un tel cas, tenu de rejeter cette offre. Dans les autres cas où des constatations identiques sont faites, il peut décider de rejeter une telle offre et par conséquent de ne pas attribuer la concession à ce soumissionnaire.

Cette cause de rejet de l’offre ne se confond pas avec la cause d’exclusion facultative prévue à l’article 52 mais la complète pour lutter contre le dumping social.

S’agissant de la conformité aux exigences minimales, en ajoutant le terme “le cas échéant”, le texte indique que l’adjudicateur n’est pas contraint de prévoir de telles exigences. S’il en prévoit, il ne pourra accepter que les offres qui y sont conformes. Lorsqu’il précise si une exigence qu’il fixe est une exigence minimale (essentielle), l’adjudicateur veillera à en mesurer dès lors les conséquences: en effet, l’adjudicateur ne peut accepter

onderhandelen over offertes die niet aan die eisen voldoen, en deze eisen mogen niet worden gewijzigd na het indienen van de offertes, met name in het kader van onderhandelingen. Dat betekent nog niet dat de aanbesteder de (oorspronkelijke) offerte van een inschrijver die niet aan een minimumeis voldoet, amts-halve zou moeten uitsluiten: hij kan deze inschrijver de mogelijkheid bieden, overeenkomstig het beginsel van gelijke behandeling, om zijn offerte conform te maken door ze te verbeteren. Indien de inschrijver deze niet-conformiteit niet verhelpt, zal de aanbesteder hem moeten uitsluiten van de procedure en met name van de onderhandelingen.

Deze minimumeisen kunnen betrekking hebben op alle voorwaarden en kenmerken opgenomen in de concessiedocumenten. Ze kunnen van technische, functionele, juridische of materiële aard zijn. Aangezien dit ontwerp enkel basisregels en -garanties bevat voor de (plaatsings)procedure en voor de concessie-overeenkomst (uitvoering), zal de aanbesteder ze in het concessiedocument moeten vermelden, en meer bepaald:

1° een uiteenzetting van het voorwerp en de algemene kenmerken van de concessie, de identificatie van de aanbesteder, de toepasselijke regelgevingen, enz.;

2° een procedurereglement, met alle voorschriften die van toepassing zijn op de plaatsingsprocedure;

3° de uitvoeringsvoorwaarden van de concessie die zowel betrekking hebben op de uitvoering van werken of diensten als op de exploitatie ervan (cf. hierna) en die met name sociale, ethische of milieuclausules kunnen bevatten. En verder: de looptijd van de concessie, de uitvoeringstermijnen van de werken, de uitvoeringsmodaliteiten ervan, de sancties, de wijzigingen, de rechten op grond en bouwwerken, enz.;

4° de technische en functionele specificaties die ook betrekking kunnen hebben op milieueisen;

5° de te gebruiken formulieren voor de indiening van offerte(s).

Voor alle eisen en voorwaarden van elk van deze onderdelen vermeldt de aanbesteder welke minimumeisen elke offerte moet bevatten, overeenkomstig de door de Koning bepaalde maatregelen inzake plaatsing en uitvoering van concessies.

In geval van een procedure in twee fasen bepaalt artikel 46, § 3, ook dat de aanbesteder het aantal

de négocier les offres qui ne sont pas conformes à ces exigences, et ces exigences ne peuvent être modifiées après le dépôt des offres, notamment dans le cadre des négociations. Cela n'implique pas pour autant que l'adjudicateur doive éliminer d'office l'offre (initiale) d'un soumissionnaire qui n'est pas conforme à une exigence minimale: il peut donner la possibilité à ce soumissionnaire, dans le respect du principe d'égalité de traitement, de corriger son offre pour la rendre conforme. A défaut pour le soumissionnaire de remédier à cette non-conformité, l'adjudicateur devra alors l'écarter de la procédure et notamment exclure le soumissionnaire concerné des négociations.

Ces exigences minimales peuvent viser toutes les caractéristiques et conditions reprises dans les documents de concession. Elles peuvent être de nature 'technique, fonctionnelle, juridique ou physique'. Dans la mesure où le présent projet ne comporte que des règles et garanties de base pour la procédure (passation) mais également pour le contrat de concession (exécution), c'est en effet l'adjudicateur qui devra les prévoir dans le document de concession qui contiendra:

1° un exposé de l'objet et des caractéristiques générales de la concession, l'identification de l'adjudicateur, des réglementations applicables, etc.;

2° un règlement de procédure, contenant toutes les règles applicables à la procédure de passation;

3° les conditions d'exécution de la concession qui visent tant la réalisation des travaux ou des services que l'exploitation de ceux-ci (cf. ci-après) et qui peuvent notamment contenir des clauses de nature sociale, environnementale ou éthique. Il s'agira d'indiquer la durée de la concession, les délais d'exécution des travaux, les modalités de leur exécution, les sanctions, les modifications, les droits sur les terrains et constructions, etc.;

4° les spécifications techniques et fonctionnelles qui elles aussi peuvent viser des exigences de type environnemental;

5° les formulaires à utiliser pour la remise d'offre(s).

Dans chacune de ces parties, pour toutes ses exigences et conditions, l'adjudicateur indiquera quelles sont les exigences minimales que toute offre doit contenir, dans le respect des mesures définies par le Roi en matière de passation et d'exécution de concessions.

Dans l'hypothèse d'une procédure en deux temps, l'article 46, § 3, indique également que l'adjudicateur

kandidaten kan beperken dat hij wil selecteren en uitnodigen om een offerte in te dienen.

Deze paragraaf 3 heeft ook betrekking op mogelijke latere uitsluitingen, d.w.z. na de uitnodiging om een offerte in te dienen, bijvoorbeeld in het kader van de uitnodiging om te onderhandelen of de onderhandelingen voor te zetten. Ook hier zal de aanbesteder objectieve en niet-discriminerende voorschriften en criteria moeten hanteren. Ten einde de gelijkheid van behandeling te verzekeren, zouden deze uitsluitingen moeten gebeuren op basis van een (eerste) analyse van de offertes, wat met name toelaat dat niet-conforme offertes worden uitgesloten met het oog op de onderhandelingen of, in het kader ervan, minder interessante offertes door toepassing van de gunningscriteria.

Paragraaf 4 van artikel 46 bevat de regels betreffende de organisatie van de plaatsingsprocedure. Doorgaans spreekt men van het “procedurereglement”. Dit reglement moet aan alle betrokken deelnemers worden overgemaakt.

Paragraaf 5 van artikel 46 verplicht de aanbesteder de verschillende fasen van de procedure te documenteren op de manier die hij geschikt acht. Het betreft met name het opstellen van de notulen van de onderhandelingen of van analyses van de aanvragen tot deelneming en offertes.

Paragraaf 6 van artikel 46 handelt over het voorwerp van de onderhandelingen en het verloop. In werkelijkheid hebben de onderhandelingen niet alleen tot doel de offertes aan te passen aan de bepalingen van het concessiedocument: die kunnen ook worden gewijzigd overeenkomstig het beginsel van gelijke behandeling en met uitsluiting van de minimumeisen ervan en de gunningscriteria.

2) Termijnen voor de ontvangst van aanvragen tot deelneming en offertes

De minister geeft aan dat artikel 47 de regels en principes bevat voor het vaststellen, door de aanbesteder, van de termijnen voor de ontvangst van aanvragen tot deelneming of offertes.

In het derde en vierde lid worden minimumtermijnen bepaald, die de aanbesteder kan verlengen in functie van de complexiteit van de concessie en van de tijd die nodig is om de offertes of aanvragen tot deelneming op te stellen.

De minimumtermijn voor de aanvragen tot deelneming bedraagt 30 dagen. Voor offertes bedraagt de minimumtermijn 22 dagen. De termijn kan met 5 dagen

peut limiter le nombre de candidats qu'il entend sélectionner et inviter à remettre offre.

Ce paragraphe 3 vise également des éliminations possibles ultérieurement, c'est-à-dire après invitation à remettre offre, dans le cadre par exemple de l'invitation à négocier ou à poursuivre les négociations. Ici aussi, l'adjudicateur devra opérer sur la base de critères et règles objectifs et non discriminatoires. Pour assurer l'égalité de traitement, ces exclusions devraient se faire sur la base d'une (première) analyse des offres, ce qui permet notamment l'élimination d'offres non conformes en vue des négociations ou, dans le cadre de celles-ci, d'offres les moins intéressantes par application des critères d'attribution.

Le paragraphe 4 de l'article 46 vise les règles d'organisation de la procédure de passation. On parle généralement du “règlement de procédure”. Ce règlement doit être communiqué à tous les participants concernés.

En son paragraphe 5, l'article 46 oblige l'adjudicateur à consigner les étapes de la procédure selon les moyens qu'il juge appropriés. Il s'agit notamment de dresser des procès-verbaux des réunions de négociation ou d'analyse des demandes de participation et des offres.

Le paragraphe 6 de l'article 46 traite de l'objet des négociations et leur déroulement. En réalité, les négociations ne visent pas uniquement à adapter les offres aux dispositions du document de concession:celles-ci peuvent également être modifiées dans le respect du principe d'égalité de traitement et à l'exclusion de ses exigences minimales et des critères d'attribution.

2) Délais de réception des demandes de participation et des offres

Le ministre indique que l'article 47 contient les règles et principes pour la fixation, par l'adjudicateur, des délais de réception des demandes de participation et des offres.

Des délais minima sont fixés aux alinéas 3 et 4, que l'adjudicateur peut prolonger en fonction de la complexité de la concession et du temps nécessaire pour élaborer les offres ou les demandes de participation.

Le délai minimal pour les demandes de participation est de 30 jours. Pour les offres, ce délai minimal est de 22 jours. Il peut être réduit de 5 jours si les offres peuvent

worden verkort indien de offertes elektronisch kunnen worden ingediend. Hij heeft enkel betrekking op de oorspronkelijke offertes. Voor de volgende offertes is geen minimumtermijn vastgelegd.

3) Selectievoorwaarden

De minister herinnert eraan dat artikel 48 handelt over de selectievoorwaarden.

Deze worden door de aanbesteder in de concessieaankondiging bepaald overeenkomstig de in artikel 48 geformuleerde eisen: ze moeten (i) betrekking hebben op de technische en beroepsbekwaamheid en op de economische en financiële draagkracht van de kandidaten en inschrijvers om de concessie uit te voeren, (ii) niet-discriminerend zijn en in verhouding staan tot het voorwerp van de concessie en (iii) verband houden met en in verhouding staan tot de noodzaak ervoor te zorgen dat de concessiehouder de concessie kan uitvoeren en de werken of diensten die er het voorwerp van zijn kan exploiteren, waarbij een daadwerkelijke mededinging wordt gewaarborgd.

De evenredigheidsvereiste, samen met het beginsel om een beroep te doen op de draagkracht van derden teneinde aan de selectievoorwaarden te voldoen, zorgen er met name voor dat kmo's niet worden uitgesloten van de toegang tot concessies.

In de artikelen 49 tot 54 worden achtereenvolgens de regels behandeld in verband met draagkracht van derden, verplichte uitsluitingsgronden die verband houden met een strafrechtelijke veroordeling, verplichte uitsluitingsgronden die verband houden met fiscale en socialezekerheidsverplichtingen, facultatieve uitsluitingsgronden, corrigerende maatregelen en bepalingen van toepassing op combinaties van ondernemingen. Deze lopen zeer gelijk met de regels vervat in het wetsontwerp inzake overheidsopdrachten.

Artikel 55 heeft betrekking op de gunningscriteria.

Omwille van de flexibiliteit laten zowel de richtlijn als dit ontwerp de aanbesteder vrij om deze gunningscriteria te bepalen, maar deze vrijheid wordt geregeld om de naleving te garanderen van de basisbeginselen die van toepassing zijn op het gunnen van concessies.

De minister beklemtoont dat deze criteria objectief en niet-discriminerend zijn en verband moeten houden met het voorwerp van de concessie. Ze moeten duidelijk zijn en de aanbesteder moet de eisen vermelden die het mogelijk maken de door de inschrijvers verstrekte informatie te controleren.

être introduites par voie électronique. Il vise uniquement les offres initiales. Aucun délai minimal n'est fixé pour les offres suivantes.

3) Conditions de sélection

Ce ministre rappelle que l'article 48 traite des conditions de sélection.

Celles-ci sont déterminées par l'adjudicateur dans l'avis de concession, dans le respect des exigences formulées à l'article 48: elles doivent (i) viser la capacité technique, professionnelle, économique et financière des candidats et soumissionnaires à exécuter la concession, (ii) être non discriminatoires et proportionnées à l'objet de la concession et (iii) liées et proportionnées à la nécessité de garantir la capacité du concessionnaire à exécuter la concession et exploiter les ouvrages ou services qui en font l'objet, tout en assurant une concurrence effective.

L'exigence de proportionnalité combinée avec le principe du recours à la capacité de tiers pour répondre aux conditions de sélection permet notamment de ne pas exclure les PME de l'accès aux concessions.

Les articles 49 à 54 traitent successivement des règles relatives à la capacité de tiers, aux motifs d'exclusion obligatoire liés à une condamnation pénale, des motifs d'exclusion obligatoire liés aux obligations fiscales et de sécurité sociale, des motifs d'exclusion facultative, des mesures correctrices et des dispositions applicables aux groupements d'entreprises. Ces règles sont identiques à celles contenues dans le projet de loi relatif aux marchés publics.

L'article 55 porte sur les critères d'attribution.

Suivant l'objectif de flexibilité, la directive comme le présent projet, laisse l'adjudicateur libre de déterminer ces critères d'attribution mais encadre cette liberté pour assurer le respect des principes fondamentaux applicables à la passation des concessions.

Le ministre souligne que ces critères doivent être objectifs, non discriminatoires et liés à l'objet de la concession. Ils doivent être précis et l'adjudicateur doit indiquer les exigences qui permettent de vérifier les informations fournies par les soumissionnaires.

Ze kunnen sociale, innovatiegerelateerde of milieu-criteria omvatten.

De criteria en de volgorde van belangrijkheid ervan kunnen niet worden gewijzigd in de loop van de procedure, met name tijdens de onderhandelingen.

De aanbesteder gaat na of de offertes beantwoorden aan de eisen gesteld bij de gunningscriteria, onderzoekt de regelmatigheid ervan en beoordeelt ze op basis van de gunningscriteria. Dit onderzoek gebeurt volgens de regels bepaald door de Koning.

Paragraaf 3 voorziet echter in een uitzondering die het mogelijk maakt weliswaar niet de criteria, maar wel hun volgorde van belangrijkheid te wijzigen wanneer de aanbesteder een offerte ontvangt waarin een innovatieve oplossing met een uitzonderlijk hoog functioneel prestatieniveau wordt voorgesteld, die hij als zorgvuldig handelende aanbesteder niet kon voorzien, om rekening te houden met de nieuwe mogelijkheden die deze innovatieve oplossing biedt.

Deze wijziging moet plaatsvinden overeenkomstig het beginsel van gelijke behandeling, dat impliceert:

— hetzij dat de aanbesteder een nieuwe uitnodiging tot het indienen van een offerte verzendt (met inachtneming van de minimumtermijn van 22 dagen), waarin de nieuwe afnemende volgorde van belangrijkheid van de gunningscriteria is vermeld. Deze nieuwe uitnodiging kan andere wijzigingen bevatten, voor zover ze geen betrekking hebben op het voorwerp van de concessie, noch op de gunningscriteria, noch op de minimumeisen;

— hetzij, indien de gunningscriteria vermeld waren in concessieaankondiging, dat hij een nieuwe concessieaankondiging bekendmaakt. In dat geval moet de minimumtermijn van 30 dagen worden gerespecteerd.

Artikel 56 handelt over het sluiten van concessies. De aanbesteders moeten de modaliteiten voor de sluiting ervan in de concessiedocumenten regelen. Het tweede lid bepaalt dat het volgen van een plaatsingsprocedure van een concessie de aanbesteder niet verplicht om de concessie te gunnen of te sluiten.

E. TITEL 5

Regels betreffende de uitvoering van concessieovereenkomsten

Artikel 57 bevat een machtigingsbepaling aan de Koning om de algemene uitvoeringsregels van concessies te bepalen.

Les critères peuvent inclure des critères environnementaux, sociaux ou relatifs à l'innovation.

Ces critères, comme leur ordre d'importance ne peuvent être modifiés en cours de procédure, notamment pendant les négociations.

L'adjudicateur vérifie si les offres répondent aux exigences indiquées dans les critères d'attribution, en contrôle la régularité et les évalue sur la base des critères d'attribution. Ce contrôle se fait selon les règles fixées par le Roi.

Toutefois, le paragraphe 3 introduit une exception qui permet non pas de modifier les critères mais bien leur ordre d'importance, lorsque l'adjudicateur reçoit une offre proposant une solution innovante présentant des performances fonctionnelles d'un niveau exceptionnel qu'il ne pouvait pas prévoir malgré sa diligence, afin de tenir compte des nouvelles possibilités offertes par cette solution innovante.

Cette modification doit être opérée dans le respect du principe d'égalité de traitement qui implique:

— soit que l'adjudicateur émet une nouvelle invitation à déposer une offre (dans le respect du délai minimal de 22 jours), indiquant le nouvel ordre décroissant d'importance des critères d'attribution. Cette nouvelle invitation peut contenir d'autres modifications pour autant qu'elles ne visent ni l'objet de la concession, ni les critères d'attributions ni les exigences minimales.;

— soit, si les critères d'attribution étaient mentionnés dans l'avis de concession, qu'il publie un nouvel avis de concession. Dans ce cas, le délai minimal de 30 jours doit être respecté.

L'article 56 traite de la conclusion des concessions. Il impose aux adjudicateurs de régler, dans les documents de concession, les modalités de conclusion de celle-ci. L'alinéa 2 indique que l'accomplissement d'une procédure de passation d'une concession n'oblige pas l'adjudicateur à attribuer ou à conclure la concession.

E. TITRE 5

Règles relatives à l'exécution des contrats de concession

L'article 57 contient une habilitation au Roi de définir les règles générales d'exécution pour les concessions.

F. TITEL 6

Toezicht en rapportage

Voor wat artikel 59 betreft geeft de minister aan dat voor zover de voormelde richtlijn verplichtingen oplegt inzake toezicht en rapportage, dit ontwerp grotendeels overeenstemt met artikel 161 van het wetsontwerp 'overheidsopdrachten'.

Het is de bedoeling om voor een gecentraliseerde opvolging te zorgen, zowel voor overheidsopdrachten als voor concessies waarvan de waarde de toepassingsdrempel van richtlijn 2014/23/EU bereikt.

II. — **BESPREKING****A. Vragen en opmerkingen van de leden**

De heer Frédéric Daerden (PS) merkt op dat dit wetsontwerp op dezelfde opvatting berust als het wetsontwerp betreffende de overheidsopdrachten. Het lid geeft dan ook aan dat hij veel van zijn opmerkingen al heeft geformuleerd bij de bespreking van het laatstgenoemde wetsontwerp.

De spreker vindt het onder meer een goede zaak dat de wetgever beoogt het wettelijk kader inzake de concessieovereenkomsten te verduidelijken en aldus zoveel mogelijk gevallen te omvatten. Tevens beschouwt hij de uitbreiding van de toegang van de kmo's tot de concessies als een belangrijk uitgangspunt.

De heer Daerden somt echter ook enkele minpunten van het wetsontwerp op:

— dit wetsontwerp werd niet alleen laat besproken in de Kamer van volksvertegenwoordigers, maar bevat daarenboven nog te veel machtigingen aan de Koning. Veel nadere regels zullen later worden uitgewerkt en zullen dus niet door het Parlement worden besproken;

— met betrekking tot de bestrijding van sociale dumping betreurt het lid dat de regering ervoor opteert niet alle door de Europese richtlijnen geboden kansen te benutten. Hij meent dat elke overtreding op passende wijze en naar verhouding moet worden bestraft. Wanneer de aanbestedende overheid weet dat een kandidaat zijn verplichtingen niet nakomt en dat kan bewijzen, bijvoorbeeld omdat die kandidaat mensen in het zwart aan het werk zet, vereisen de regels inzake voorbeeldfunctie en behoorlijk bestuur dat die overheid die kandidaat van de markt uitsluit. De spreker is dus geen voorstander van het onderscheid dat wordt gemaakt tussen verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden;

F. TITRE 6

F. Contrôle et rapports

Concernant l'article 59, le ministre indique que pour autant que la directive précitée impose des obligations en matière de contrôle et de rapports, le présent projet est quasi identique à l'article 161 du projet de loi relatif aux marchés publics.

L'objectif est d'avoir un suivi centralisé tant pour les marchés publics que pour les concessions dont la valeur atteint le seuil d'application de la directive 2014/23/UE.

II. — **DISCUSSION****A. Questions et observations des membres**

M. Frédéric Daerden (PS) relève que le présent projet de loi procède de la même philosophie que celle qui sous-tend le projet de loi relatif aux marchés publics. Aussi, le membre indique que nombre de ses remarques ont déjà été formulées dans le cadre du débat sur les marchés publics.

Parmi les points positifs, l'intervenant salue la volonté du législateur de clarifier le cadre légal relatif aux concessions afin de couvrir un maximum de situations. Il note également l'élargissement de l'accès des PME aux concessions comme un principe important.

Par contre, M. Daerden considère que le projet de loi reste critiquable pour les raisons suivantes:

— outre le fait de l'examen tardif de ce projet par la Chambre des représentants, celui-ci contient encore beaucoup trop d'habilitations au Roi. De nombreuses modalités seront élaborées ultérieurement et ne feront pas l'objet d'un débat parlementaire;

— en ce qui concerne la lutte contre le dumping social, le membre regrette que le gouvernement fasse le choix de ne pas saisir toutes les opportunités offertes par les directives européennes. Il est d'avis que tout manquement doit être sanctionné de manière adéquate et proportionnée. Si le pouvoir adjudicateur a connaissance et peut prouver qu'un candidat manque à ses obligations, par exemple en employant du personnel en noir, les règles d'exemplarité et de bonne gouvernance imposent qu'elle l'exclut du marché. Il n'est donc pas favorable à la distinction entre causes d'exclusion obligatoires et causes d'exclusion facultatifs;

— aangaande het vraagstuk van de inperking van de onderaannemingsketen bij de uitvoering van de concessie betreurt de heer Daerden dat het wetsontwerp niet voorziet in uitdrukkelijke regels inzake de inperking van de onderaanneming; zulks dient dan eventueel bij koninklijk besluit te gebeuren;

— daarbij aansluitend stelt het lid vast dat het wetsontwerp in geen enkel instrument voorziet om misbruik inzake economische werkloosheid aan te pakken. Hij herinnert eraan dat sommige inschrijvers een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid oprichten om vervolgens gedetacheerde werknemers in te schakelen nadat zij alle personeelsleden van de hoofdonderneming, of een deel ervan, hebben ontslagen of in tijdelijke werkloosheid hebben geplaatst;

— wat ten slotte de gunningscriteria betreft, merkt de spreker op dat voor een enigszins andere formulering is gekozen dan in het wetsontwerp betreffende de overheidsopdrachten (DOC 54 1541/001). Toch heeft hij het gevoel dat de aanbestedende overheid louter voor het criterium van de economisch meest interessante offerte zou kunnen kiezen. Volgens hem had de aanbestedende overheid ertoe moeten worden verplicht eveneens rekening te houden met andere criteria, zoals milieucriteria en sociale criteria. Het is immers zaak maximaal ruimte te creëren voor de gunning van concessies op basis van gunningscriteria die niet louter op de prijs zijn gebaseerd.

Om de hierboven uiteengezette redenen zal het lid dit wetsontwerp niet steunen.

De heer Benoît Dispa (cdH) wenst aanvullende inlichtingen over de volgende aspecten:

— in het wetsontwerp worden voor de toepassing van het nieuwe wettelijke kader voor de gunning van concessies verschillende financiële drempels vermeld: soms 5,186 miljoen euro, soms 5,225 miljoen euro. Wat is het juiste bedrag?

— kan de minister, wat de reikwijdte van het wetsontwerp betreft, bevestigen of ontkrachten dat de concessies van openbare dienst die onder meer bij het Burgerlijk Wetboek worden geregeld, integraal deel uitmaken van dit wetsontwerp? Dreigen die concessies van openbare dienst in het Belgisch recht niet onder de toepassing van twee verschillende wettelijke normen te vallen?

— de spreker merkt op dat richtlijn 2014/23/EU betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten uiterlijk 18 april 2016 moet zijn omgezet. Het wetsontwerp zal pas over enkele maanden in werking treden.

— en ce qui concerne la problématique de la limitation de la chaîne de sous-traitance dans l'exécution de la concession, M. Daerden regrette que le projet de loi n'énonce pas explicitement des règles relatives à la limitation de la sous-traitance; cette question devant être éventuellement explicitée par arrêté-royal;

— dans le même ordre d'idées, le membre constate que le projet de loi ne prévoit aucun dispositif pour lutter contre les abus en matière de chômage économique. Il rappelle que certains soumissionnaires forment un groupement sans personnalité juridique, puis recourent à de la main d'œuvre détachée, après avoir licencié ou mis en chômage temporaire, tout ou partie du personnel de leur entreprise principale;

— enfin, en ce qui concerne les critères d'attribution, l'intervenant note que la formulation retenue diffère légèrement de celle contenue dans le projet de loi relatif aux marchés publics (DOC 54 1541/001) mais a tout de même le sentiment que le pouvoir adjudicateur pourrait se limiter à ne retenir que le seul critère de l'offre économiquement la plus intéressante. Il considère qu'il aurait fallu obliger le pouvoir adjudicateur à retenir également d'autres critères comme des critères environnementaux et sociaux. Il convient en effet de privilégier au maximum l'attribution de concessions sur la base de critères d'attribution qui ne se basent pas uniquement sur le prix.

Pour les raisons exposées ci-avant, le membre indique qu'il ne soutiendra pas le présent projet de loi.

M. Benoît Dispa (cdH) souhaite obtenir des informations complémentaires quant aux aspects suivants:

— le projet de loi mentionne pour l'application du nouveau cadre juridique applicable à l'attribution de concessions des seuils financiers différents: parfois 5 186 000 euros, parfois 5 225 000 euros. Qu'en est-il?

— en ce qui concerne le champ d'application du projet de loi, le ministre peut-il confirmer ou infirmer le fait que les concessions de service public régies notamment par le Code civil feront partie intégrante du présent de loi? Ces concessions de service public ne risquent-elles pas de relever en droit belge de deux normes juridiques différentes?

— le membre relève que la directive 2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession devait être transposée pour le 18 avril 2016 au plus tard. Dans la mesure où le présent projet n'entrera en vigueur que

Wat is dan het wettelijk kader tussen 19 april 2016 en de datum van inwerkingtreding van de nieuwe wet, als men weet dat zelfs een niet omgezette richtlijn sommige directe effecten kan hebben wanneer aan bepaalde voorwaarden is voldaan?

— tot slot wijst de spreker erop dat de grote investeringen waaronder de publiek-private partnerschappen niet alleen een duidelijk en stevig wettelijk kader vergen, maar ook adequate financiering. De onzekerheid over hun erkenning door Eurostat weegt door in de budgettaire en boekhoudkundige impact van die investeringen. Hoe vat de minister dat vraagstuk op?

De heer Rob Van de Velde (N-VA) geeft aan dat het wetsontwerp rechtszekerheid creëert door een duidelijk juridisch kader te schetsen voor de concessieovereenkomsten op basis van de Europese regelgeving. Dit zal ertoe leiden dat er minder juridische procedures zullen komen. De lokale besturen die traditioneel veel concessies toekennen, verwelkomen dan ook dit wetsontwerp.

Een belangrijke meerwaarde van het wetsontwerp is de administratieve vereenvoudiging. Er worden een aantal termijnen ingekort en de procedures worden flexibeler gemaakt. Bovendien wordt de toegang van kmo's tot de concessieovereenkomsten verbreed waardoor de concurrentiekracht van deze lokale bedrijven wordt versterkt.

Daarnaast biedt het wetsontwerp ook de mogelijkheid om concessies toe te kennen aan publiek-private samenwerkingsverbanden. Zodoende kan de uitbating van publieke infrastructuur deels worden geprivatiseerd. Een reeks PPS-constructies (publiek-private samenwerking) hebben op dit vlak hun nut al bewezen. In vergelijking met andere Europese landen scoort België al jaren vrij zwak op het vlak van investeringen in openbare infrastructuur. Heel wat infrastructuur zoals wegen en openbare gebouwen bevinden zich in een slechte staat, zoals ook het VBO stelt. De heer Van de Velde is ervan overtuigd dat met dit wetsontwerp de investeringen in infrastructuur zullen toenemen waardoor de economische groei in ons land ook zal stijgen.

De heer Luk Van Biesen (Open Vld) verwelkomt het wetsontwerp omdat het een einde maakt aan het rechtsvacuüm inzake concessies. Tot op heden bestond er immers geen volwaardige wetgeving in dit domein.

De spreker staat om verschillende redenen positief ten aanzien van het wetsontwerp:

dans plusieurs mois, quel est le cadre juridique applicable entre le 19 avril 2016 et la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi sachant qu'une directive même non transposée peut produire certains effets directs lorsque certaines conditions sont remplies?;

— enfin, le membre souligne que les grands investissements dont les partenariats publics-privés nécessitent non seulement un cadre juridique clair et solide mais également des financements adéquats. L'incertitude de leur qualification par Eurostat pèse sur l'impact budgétaire et comptable de ces investissements. Comment le ministre appréhende-t-il cette problématique?

M. Rob Van de Velde (N-VA) indique que le projet de loi est créateur de sécurité juridique du fait qu'il propose un cadre juridique clair pour les contrats de concession sur la base de la réglementation européenne. Sa mise en œuvre entraînera une diminution du nombre de procédures juridiques. C'est la raison pour laquelle les pouvoirs locaux, qui octroient de nombreuses concessions, accueillent favorablement ce projet de loi.

La simplification administrative constitue une plus-value importante du projet de loi. Un certain nombre de délais seront raccourcis et les procédures seront rendues plus souples. De plus, l'accès des PME aux contrats de concession sera élargi, ce qui renforcera la compétitivité de ces entreprises locales.

Par ailleurs, le projet de loi offre également la possibilité d'octroyer des concessions à des partenariats public-privé (PPP). L'exploitation d'infrastructures publiques pourra ainsi être en partie privatisée. Bon nombre de constructions PPP ont déjà fait la preuve de leur utilité dans ce domaine. En comparaison avec d'autres pays européens, la Belgique est à la traîne depuis plusieurs années sur le plan des investissements dans les infrastructures publiques. De nombreuses infrastructures, notamment des routes et des bâtiments publics, sont en mauvais état, comme le souligne également la FEB. M. Van de Velde est convaincu qu'avec ce projet de loi, les investissements dans les infrastructures augmenteront, ce qui renforcera également la croissance économique dans notre pays.

M. Luk Van Biesen (Open Vld) accueille favorablement le projet de loi, qui mettra un terme au vide juridique actuel en matière de concessions. À ce jour, il n'existait en effet pas de législation à part entière dans ce domaine.

L'intervenant se dit positif à l'égard du projet de loi pour plusieurs raisons:

— het opnemen van een bepaling omtrent het abnormaal prijsonderzoek;

— het opnemen van een bepaling omtrent het onderzoeken van de regelmatigheid van de offerte. Zo moet de aanbesteder nagaan of de offertes beantwoorden aan de eisen gesteld bij de gunningscriteria. Ook moet de aanbesteder de regelmatigheid van de gunningscriteria onderzoeken. Ook werd opgenomen dat de regelmatigheid van de offerte een vereiste is om de opdracht te gunnen;

— de voorwaarde zoals bepaald in artikel 4, § 1, 1° van de erkenningswet van 20 maart 1991 blijft behouden en wordt tevens uitgebreid zoals in het huidige artikel 21 van de wet van 15 juni 2006 staat, zijnde dat ook aannemers uit derde landen buiten de Europese Unie mogen deelnemen, maar enkel indien zij zich kunnen beroepen op een internationaal verdrag of een akte van een internationale instelling;

— het wetsontwerp voorziet dat het nodige moet worden gedaan op het vlak van communicatie en vorming voor alle betrokken partijen.

De heer Dirk Van der Maelen (sp.a) betreurt dat het wetsontwerp de niet naleving van sociale regelgeving door bedrijven slechts als een facultatieve uitsluitingsgrond beschouwt.

B. Antwoorden van de minister

Aangaande het tijdschema geeft *de minister* toe dat de regering meerdere maanden vertraging heeft opgelopen met het opstellen en indienen van dit wetsontwerp, dat eind 2016 in werking zou moeten treden. De regering heeft de Europese Commissie al op de hoogte gebracht van die vertraging.

De minister wijst erop dat ook een aantal andere lidstaten kampen met een laattijdige omzetting. De bespreking in de Commissie voor de overheidsopdrachten, het overleg met de gewesten en het advies van de Raad van State hebben heel wat tijd gevraagd.

De minister beaamt de stelling van sommige leden dat het wetsontwerp de procedures vereenvoudigt en zal leiden tot meer economische groei. Het biedt daarnaast ook meer flexibiliteit.

In tegenstelling tot het recent besproken wetsontwerp over de overheidsopdrachten (DOC 54 1541/001) bevat dit wetsontwerp vrij weinig delegaties aan de Koning, enkel op het vlak van een aantal uitvoeringsmaatregelen.

—il prévoit une disposition permettant de contrôler le caractère anormal des prix;

— il prévoit une disposition relative au contrôle de la régularité de l'offre. Ainsi, l'adjudicateur devra vérifier si les offres répondent aux exigences indiquées dans les critères d'attribution, critères dont il sera également tenu de contrôler la régularité. Le projet dispose également que la régularité de l'offre constitue une condition pour attribuer le marché;

— la condition prévue à l'article 4, § 1^{er}, 1°, de la loi "agrégation" du 20 mars 1991 est maintenue, voire élargie au sens de l'actuel article 21 de la loi du 15 juin 2006, à savoir que les entrepreneurs originaires de pays tiers à l'Union européenne peuvent également participer, à condition qu'ils puissent se fonder sur un traité international ou un acte d'une institution internationale;

—le projet de loi prévoit que le nécessaire devra être fait en ce qui concerne la communication et la formation de toutes les parties concernées.

M. Dirk Van der Maelen (sp.a) déplore que le non-respect de la réglementation sociale par les entreprises soit seulement considéré, dans le projet de loi, comme un motif d'exclusion facultatif.

B. Réponses du ministre

En ce qui concerne le calendrier, *le ministre* reconnaît que le gouvernement a pris plusieurs mois de retard dans la rédaction et le dépôt du présent projet de loi qui devrait entrer en vigueur à la fin de l'année 2016. Le gouvernement a déjà informé la Commission européenne de ce retard.

Le ministre relève que d'autres États membres souffrent également d'une transposition tardive. L'examen au sein de la Commission des marchés publics, la concertation avec les régions et l'avis du Conseil d'État ont pris beaucoup de temps.

Le ministre partage la thèse de certains membres selon laquelle le projet de loi simplifie les procédures et stimulera la croissance économique. Il permet également une plus grande flexibilité.

Contrairement au projet de loi relatif aux marchés publics (DOC 54 1541/001) récemment examiné, le projet de loi à l'examen contient très peu de délégations au Roi, ces dernières concernant uniquement quelques mesures d'exécution.

De minister benadrukt dat alle strafrechtelijke inbreuken op het vlak van het milieurecht en sociaal recht als een verplichte uitsluitingsgrond worden beschouwd. Het zou volgens de minister te ver gaan om alle inbreuken op het vlak van het milieurecht en sociaal recht als een verplichte uitsluitingsgrond te beschouwen. Het moet dus duidelijk gaan om inbreuken waarop strafrechtelijke sancties staan. Er is dus geen strafrechtelijke veroordeling voor vereist.

Dienaangaande herinnert de minister aan wat in de memorie van toelichting vermeld staat:

“Indien de aanbesteder vaststelt dat de beste offerte op basis van de gunningscriteria voorziet in modaliteiten voor de uitvoering of exploitatie van de concessie die niet voldoen aan de in artikel 27 vermelde verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal of arbeidsrecht, beslist hij om de concessie niet te gunnen aan de inschrijver van die offerte, tenminste wanneer het een verplichting betreft waarvan de niet-naleving ook strafrechtelijk beteugeld wordt. In de overige gevallen waarbij hij vaststelt dat deze offerte niet voldoet aan de voormelde verplichtingen, kan hij hetzelfde doen.” (DOC 54 1708/001, blz.74).

In verband met het vrij verkeer van werknemers en met de terbeschikkingstellingsregelingen onderstreept de minister dat de regering genoodzaakt is rekening te houden met het Europees wettelijk kader. Op Europees niveau aanvaarde nadere regels kunnen geen nationale uitsluitingsgronden worden. Voorts is het volgens de minister belangrijk dat de Europese Unie de lidstaten zoveel mogelijk functionele instrumenten ter beschikking stelt om de vigerende regels te doen naleven en om de abnormale terbeschikkingstelling van werknemers tegen te gaan. Die strijd moet ook op nationaal niveau worden gevoerd, aangezien België kennelijk meer dan andere Europese Staten de kwalijke gevolgen van sociale dumping ondervindt.

Aangaande de gunningscriteria preciseert de minister dat men zich, naar het voorbeeld van de regelgeving betreffende de overheidsopdrachten, weliswaar tot het prijs criterium kan beperken, maar hij acht dat vrij onwaarschijnlijk inzake concessies, te meer omdat artikel 55 van het wetsontwerp ertoe aanzet onder meer criteria inzake milieu, sociale aangelegenheden of innovatie te hanteren.

De minister is ervan overtuigd dat het wetsontwerp het juiste kader schept voor meer PPS-projecten. Dit zal een stimulans geven aan de economische groei.

Le ministre souligne que toutes les infractions pénales sur le plan du droit environnemental et du droit social sont considérées comme des motifs d'exclusion obligatoires. Selon le ministre, ce serait aller trop loin que de considérer toutes les infractions sur le plan du droit environnemental et du droit social comme des motifs d'exclusion obligatoires. Il doit donc s'agir clairement d'infractions punies de sanctions pénales. Une condamnation pénale n'est donc pas requise.

Le ministre rappelle à cet égard les termes de l'exposé des motifs:

“Lorsque l'adjudicateur constate que la meilleure offre sur la base des critères d'attribution prévoit des modalités d'exécution ou d'exploitation de la concession qui ne respectent pas les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social ou du travail mentionnées à l'article 27, il décide de ne pas attribuer la concession au soumissionnaire qui a remis ladite offre, pour autant qu'il s'agit d'une obligation dont le non-respect est également sanctionné pénalement. Dans les autres cas où il constate que cette offre ne satisfait pas aux obligations susmentionnées, il peut procéder de la même manière.” (DOC 54 1708/001, p.74).

En ce qui concerne la libre circulation des travailleurs et les mécanismes de détachement, le ministre souligne que le gouvernement est contraint de tenir compte du cadre légal européen. Des modalités acceptées au niveau européen ne peuvent devenir des motifs d'exclusion au niveau national. Par ailleurs, le ministre considère qu'il importe que l'Union européenne mette un maximum d'instruments fonctionnels à la disposition des États membres afin de faire respecter les règles actuelles et combattre le détachement anormal de travailleurs. Ce combat doit également être mené au niveau national dès lors que l'on constate que la Belgique subit plus que d'autres États européens les conséquences négatives du dumping social.

En ce qui concerne les critères d'attribution, le ministre précise que l'on peut à l'instar de la réglementation sur les marchés publics se limiter au seul critère du prix mais considère que cela sera assez peu probable en matière de concessions et ce d'autant plus que l'article 55 du projet de loi incite d'utiliser notamment des critères environnementaux, sociaux ou relatifs à l'innovation.

Le ministre est convaincu que le projet de loi crée un cadre approprié pour une augmentation du nombre de projets PPP, ce qui stimulera la croissance économique.

Aangaande de kosten die gepaard gaan met alternatieve financieringsmiddelen (waaronder PPS-constructies) heeft de minister aan de minister van Begroting gevraagd om voor de inwerkingtreding van de nieuwe wetgeving inzake overheidsopdrachten en concessies en na overleg met Eurostat een rondzendbrief op te stellen die meer duidelijkheid zou verschaffen over de impact van alternatieve financieringsmiddelen op de begroting (in het bijzonder de impact op het financieringssaldo en de schuld op korte en lange termijn).

De impact van de versoepeling van de Europese minimumvereisten inzake bekendmaking voorzien in artikel 43 van het wetsontwerp zal na twee jaar worden geëvalueerd in de Commissie voor overheidsopdrachten. De minister pleit ervoor dat de Europese Commissie de investeringen in de lidstaten zoveel mogelijk zou faciliteren.

De minister bevestigt dat de financiële drempel voor de toekenning van concessies begin dit jaar inderdaad is verhoogd van 5 186 000 euro naar 5 225 000 euro.

Wat de vraag over de concessies van openbare dienst betreft, verwijst de minister naar de memorie van toelichting van het wetsontwerp en citeert als volgt (DOC 54 1708/001, p. 25):

“Naar Belgisch recht, volgens professor Orianne, bestaat slechts een openbare dienst (om hem te onderscheiden van een dienst van algemeen belang), voor zover deze als dusdanig bij wet werd opgericht. Op gemeentelijk niveau komt het begrip overeen met dit van diensten van gemeentelijk belang. Op provinciaal niveau stemt dit begrip overeen met dit van provinciaal belang. De gemeentelijke (op provinciale) openbare dienst is bijgevolg een ruim en evolutief begrip. De concessie van diensten die uitgesloten zijn van het toepassingsgebied van onderhavig ontwerp omdat zij betrekking hebben op een niet-economische dienst van algemeen belang, kan bijgevolg een concessie van openbare dienst zijn in de zin van het Belgisch administratief recht, waarvan de plaatsing onderworpen is aan de regels en beginselen van het administratief recht.”

C. Repliek

De heer Benoît Dispa (cdH) blijft bij zijn standpunt dat door de laattijdige inwerkingtreding van dit wetsontwerp een zekere rechtsonzekerheid wordt gecreëerd. Dit rechtvacuüm kan aanleiding geven tot heel wat juridische geschillen.

En ce qui concerne les coûts liés aux moyens de financement alternatifs (dont les constructions PPP), le ministre a demandé au ministre du Budget d'établir, avant l'entrée en vigueur de la nouvelle législation relative aux marchés publics et aux concessions et après concertation avec Eurostat, une circulaire précisant l'impact des moyens de financement alternatifs sur le budget (en particulier l'impact sur le solde de financement et la dette à court terme et à long terme).

L'impact de l'assouplissement des exigences minimales européennes en matière de publication prévu à l'article 43 du projet de loi sera évalué dans deux ans au sein de la Commission des marchés publics. Le ministre plaide pour que la Commission européenne facilite autant que possible les investissements au sein des États membres.

Le ministre confirme que le seuil financier pour l'octroi de concessions a effectivement été relevé en début d'année de 5 186 000 euros à 5 225 000 euros.

En ce qui concerne la question relative aux concessions de service public, le ministre renvoie à l'exposé des motifs du projet de loi et cite comme suit (DOC 54 1708/001, p. 25):

“En droit belge, suivant le professeur Orianne, il n'est de service public (pour le distinguer du service d'intérêt général) que celui qui est érigé comme tel par la loi. Au niveau communal, la notion correspond à celle de service d'intérêt communal. Au niveau provincial, elle correspond à la notion d'intérêt provincial. Le service public communal (ou provincial) est une notion large et évolutive. La concession de services exclue du champ d'application du présent projet au motif qu'elle vise un service d'intérêt général non économique peut dès lors être une concession de service public au sens du droit administratif belge, dont la passation est soumise au respect des règles et principes du droit administratif.”

C. Réplique

M. Benoît Dispa (cdH) maintient que l'entrée en vigueur tardive du projet de loi à l'examen génère une certaine insécurité juridique. Ce vide juridique peut donner lieu à de nombreux litiges.

III. — STEMMINGEN

Artikel 1 wordt eenparig aangenomen.

De artikelen 2 tot 48 worden achtereenvolgens aangenomen met 12 stemmen en 2 onthoudingen.

De artikelen 49 tot 52 worden achtereenvolgens aangenomen met 12 tegen 2 stemmen.

De artikelen 53 en 54 worden achtereenvolgens eenparig aangenomen.

Artikel 55 wordt aangenomen met 12 tegen 2 stemmen.

Artikel 56 wordt eenparig aangenomen.

Artikel 57 wordt aangenomen met 12 tegen 2 stemmen.

De artikelen 58 tot 67 worden achtereenvolgens aangenomen met 12 stemmen en 2 onthoudingen.

Artikel 68 wordt in zijn geheel aangenomen met 12 stemmen en 2 onthoudingen met dien verstande dat elk onderdeel ervan dat telkens een artikel van de wet van 20 maart 1991 wijzigt, eveneens met de dezelfde stemming wordt aangenomen.

Artikel 69 wordt aangenomen met 12 stemmen en 2 onthoudingen.

*
* *

Het gehele aldus wetgevingstechnisch verbeterde wetsontwerp wordt vervolgens aangenomen met 12 tegen 2 stemmen.

De rapporteurs,

De voorzitter,

Luk VAN BIESEN
Frédéric DAERDEN

Eric VAN ROMPUY

Bepalingen die een uitvoeringsmaatregel vereisen (art. 78, 2, van het Kamerreglement):

— overeenkomstig artikel 105 van de Grondwet: art. 3, art. 26, art. 28, art. 29, art. 30, art. 42, art. 43, art. 44, art. 46, art. 48, art. 50, art. 51, art. 54, art. 57, art. 59, art. 62, art. 65, art. 66, art. 69

— overeenkomstig artikel 108 van de Grondwet: *nihil*

III. — VOTES

L'article 1^{er} est adopté à l'unanimité.

Les articles 2 à 48 sont successivement adoptés par 12 voix et 2 abstentions.

Les articles 49 à 52 sont successivement adoptés par 12 voix contre 2.

Les articles 53 et 54 sont successivement adoptés à l'unanimité.

L'article 55 est adopté par 12 voix contre 2.

L'article 56 est adopté à l'unanimité.

L'article 57 est adopté par 12 voix contre 2.

Les articles 58 à 67 sont successivement adoptés par 12 voix et 2 abstentions.

L'article 68 est adopté, dans sa totalité, par 12 voix et 2 abstentions, étant entendu que chacune de ses dispositions modifiant la loi du 20 mars 1991, est adoptée avec le même vote.

L'article 69 est adopté par 12 voix et 2 abstentions.

*
* *

L'ensemble du projet de loi, corrigé sur le plan légistique, est ensuite adopté par 12 voix contre 2.

Les rapporteurs,

Le président,

Luk VAN BIESEN
Frédéric DAERDEN

Eric VAN ROMPUY

Dispositions nécessitant une mesure d'exécution (art.78, 2, du Règlement de la Chambre):

— en application de l'article 105 de la Constitution: art. 3, art. 26, art. 28, art. 29, art. 30, art. 42, art. 43, art. 44, art. 46, art. 48, art. 50, art. 51, art. 54, art. 57, art. 59, art. 62, art. 65, art. 66, art. 69

— en application de l'article 108 de la Constitution: *nihil*