

La Nouvelle réglementation des marchés publics et la rédaction de son C.S.C. (Jour 1)

CHRISTOPHE DUBOIS



Deux journées de formation => Jour 1

- Cadre juridique
- Notion du marché public
- Droits et devoirs des parties
- Différents types de marchés publics : Travaux, Fournitures et Services
- Concevoir son marché public
- Modes de passation
- Sélection
- Critères d'attribution
- Durée d'un marché public
- Régularité des offres
- Décision d'attribution
- Exécution du marché

Deuxième journée : on approfondit

- Attribution, motivation et Information
- Exécution du marché
- Fonctionnaire dirigeant
- Paiements
- PV de manquements
- Sous-traitance et lutte contre le dumping social
- Modifications autorisées d'un contrat en cours d'exécution

Principes

- Interactivité!
- Posez vos questions
- ■Il y aura des retours d'expérience
- ■Et quelques cas pratiques ☺

I. INTRODUCTION & CADRE JURIDIQUE

Pourquoi passer des marchés publics?

- Bon usage des deniers publics (meilleur objet au meilleur prix)
- •Garantir le respect de grandes libertés du Traité sur l'Union Européenne
 - Libre circulation des personnes
 - Libre prestation de services
 - Non discrimination et égalité de traitement
- Droit européen => éviter la constitution de champions nationaux et de marchés nationaux purement cloisonnés
 - ⇒Successions de Directives d'Harmonisation (applicables à compter d'un certain seuil = seuil européen)
 - ⇒Dernières sont les directives de 2014

Cadre juridique actuel (jusqu'au 29 juin 2017 inclus)

Loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services

AR du 15 juillet 2011 (arrêté de passation – secteurs classiques)

AR du 14 janvier 2013 (arrêté d'exécution)

AR du 16 juillet 2012 (arrêté de passation – secteurs spéciaux)

AR du 24 juin 2013 (arrêté de passation – secteurs spéciaux)

AR du 7 février 2014 (arrêté de rectification)

Loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et à certains marchés de T,F et S

Cadre juridique : délai de transposition des directives de 2014





Le point sur la Nouvelle réglementation

- Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics
 - Entrée en vigueur ? 30 juin 2017
 - Attente des derniers arrêtés royaux d'exécution
- Structure de la nouvelle réglementation : restera identique
 - Toujours une loi « générale »
 - Des arrêtés de passation (secteurs classique et spéciaux)
 - A.R. du 18 avril 2017 (publié le 9 mai 2017)
 - Plus qu'un seul A.R. secteurs spéciaux
 - Les R.G.E. (A.R. du 14 janvier 2013) principalement modifiées sur la question de la modification des contrats en cours d'exécution
 - Publiés sur le Site de la Chancellerie
 - La loi relative à l'information, à la motivation et aux voies de recours principalement modifiée pour la rendre applicable aux concessions

Nouvelle réglementation : principales modifications

- Le point sur la nouvelle réglementation
- Aperçu schématique des principales modifications de la nouvelle réglementation
- Les Services exclus du champ d'application de la nouvelle réglementation et la situation des Services Spécifiques
- Le In House et la Coopération Publique Publique
- Le droit d'accès à la procédure : les causes d'exclusion
- La phase de sélection qualitative
- Les modes de passation (procédures)
- Les critères d'attribution
- Les marchés agrégés
- Les marchés de faible montant
- Les lots
- Les modifications du contrat en cours d'exécution

II. QU'EST-CE QU'UN MARCHE PUBLIC ? IMPORTANCE DU C.S.C. DECALAGE (?) ENTRE THEORIE ET PRATIQUE

Rappel: éléments constitutifs d'un marché public

- -Un contrat
- -Conclu à titre onéreux (? Quid du remboursement de frais?)
- -Par un pouvoir adjudicateur (? Des Organismes de droit public)
- -Avec un opérateur économique (public ou privé)
- -Portant sur un objet (travaux, fournitures ou services) visés par la réglementation
- ⇒5 conditions à remplir ! Si satisfaites: une procédure de passation doit être lancée
- ⇒ Exceptions: 2: In house et Coopération publique-publique

Le In house, c'est quoi?

- Jurisprudence de l'Union européenne était la suivante
 - N'avait été rendue qu'au regard d'une relation verticale
- ■Pas lieu pour un PA de lancer une procédure de passation d'un MP lorsque les deux conditions cumulatives suivantes sont satisfaites :
 - Première condition: le PA exerce sur l'entité contrôlée un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services
 - Seconde condition: l'entité contrôlée exerce au bénéfice du ou des PA qui la contrôle l'essentiel de ses activités
 - => Important dans le cadre des relations communes / intercommunale

Principales modifications/nouveautés (L., art. 30)

Principe: une codification de la jurisprudence européenne

- •<u>Première condition</u>, celle du contrôle analogue => statut quo : « exercer sur l'entité concernée une influence décisive quant à ses objectifs stratégiques et les décisions importantes qu'elle prend »
- **Deuxième condition**, celle de l'essentiel des activités => ici il y a <u>du neuf</u>: seuil fixé à 80% des activités + moyenne annuelle sur trois années
- •Assouplissement concernant la règle de l'absence de participation privée au sein de l'entité contrôlée. Il est désormais possible, à titre exceptionnel, d'avoir du capital privé dans l'entité contrôlée pour autant qu'elle soit exigée par la loi et qu'elle n'emporte pas de minorité de blocage ou une influence décisive

Du « In house » <u>aux</u> « In House »

A côté du In House Vertical, on trouve d'autres formes :

- In House Indirect (Holding) nouveauté
- In House Ascendant (en sens inverse) nouveauté
- In House horizontal-collatéral (entités sœurs qui travaillent entre elles) nouveauté
- In House conjoint (exemple de l'intercommunale pure) : précision sur l'intensité du contrôle
- Les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les PA participants, une même personne pouvant représenter plusieurs PA participants
- Ces PA sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importants de la personne morale contrôlée
- Et la personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêt contraires à ceux des PA qui la contrôlent

Seconde exception : la Coopération publique-publique (Art. 31 Loi)

- Jurisprudence de la CJUE
 - Possibilité pour les PA de coopérer entre eux
 - Liberté de s'organiser
- Il doit s'agir d'une réelle coopération
 - Portant sur une mission commune de service public
 - Obéissant qu'à des considérations d'intérêt public
 - N'ayant pas pour objectif de favoriser un prestataire privé
- Série de questions
 - Quid si prix coûtant ?
 - Intensité de la coopération?

Coopération P-P (nouveautés)

- Conditions fixées par le texte législatif
 - Marché établit ou met en œuvre une coopération entre les PA participants dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun → assouplissement de la condition
 - La mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt public
 - Les PA participants réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20% des activités concernées par la coopération

Marché public versus concession...

- Attention à bien différencier les deux types de contrats
- Il existe désormais une loi particulière pour les concessions de services
 - Les concessions de travaux étaient déjà réglementées par un texte
 - L'attribution des concessions de services n'était, quant à elle, régie par une série de grands principes
 - Objet: presse-shop,
- Différence entre les deux catégories de contrats publics => Le fait que le prestataire de services supporte le risque économique de l'exploitation
 - ⇒Pas de concession si le pouvoir adjudicateur intervient de manière importante lors de l'exécution du contrat, de façon à limiter ou supprimer le risque économique

Elément central de toute procédure : le cahier spécial des charges

Si C.S.C. mal rédigé ou peu clair

- > Difficulté dans l'examen des candidatures et des offres
- > Risque important d'arrêter la procédure
- ➤ Augmentation du risque de contentieux

Clauses ou étapes sensibles d'une procédure de marché public:

- ➤ Choix de la procédure d'attribution (procédure négociée)
- > Droit d'accès à la procédure
- > Critères de sélection qualitative sensu stricto
- Critères d'attribution du marché
- ➤ Analyse des offres
- ➤ Variantes, lots et options

Importance du formulaire de candidature ou de soumission

Et la pratique est celle des marchés de faible montant et des négos sans pub'

- La majorité des marchés que vous passez:
 - Négociée sans publicité car la valeur du marché est inférieure à 85.000 euros HTVA
 - => demain ce seuil passe à 135.000 euros HTVA
 - Marchés dits de « faible montant » inférieur à 8.500 euros et se prouve par simple facture acceptée
 - => demain ce seuil passe à **30.000 euros HTVA** (Art. 92 Loi)

Conseil de gestion administrative

A.R.: art. 125

« Le pouvoir adjudicateur passe son marché après consultation, si possible, des conditions de plusieurs opérateurs économiques mais sans obligation de demander l'introduction d'offres.

La preuve de cette consultation incombe au pouvoir adjudicateur. »

Une simple consultation en vue de connaître les conditions d'un éventuel achat suffit.

« Il appartient cependant au pouvoir adjudicateur de prouver qu'il a satisfait à son obligation de prise de mise en concurrence, et ce d'autant plus que le montant applicable aux marchés de faible montant a été significativement relevé, porté de 8.500 à 30.000 euros. Dans cette optique, il est recommandé de conserver la preuve dans le dossier administratif. (...) Bien que non obligatoire, une offre peut également explicitement être demandée et ce de la manière la plus simple (e-mail). Cela facilite la charge de la preuve, permet de mieux encadrer les conditions de l'achat, de réduire les incertitudes quant à l'engagement de l'opérateur économique et conduit souvent à obtenir des offres davantage personnalisées ou plus avantageuses » (Rapport au Roi précédent A.R. passation)

III. DROITS ET DEVOIRS DES PARTIES

Grands principes

- Principe du forfait (Loi, art.9)
- Principe du service fait et accepté (Loi, art.12)
- Prévention du conflit d'intérêt (Loi, art. 6)
- Principe de la transparence (Loi, art.4.)
 - Critères d'attribution
 - Utilisation d'un label
- Principe de la confidentialité (Loi, art. 13)
 - Loi spécifique sur la motivation, l'information et les voies de recours VS publicité de l'administration ?
- Principe de l'égalité de traitement et de la non discrimination (Loi, art.4)
- Principe de la concurrence (Loi, art.5)
- Exécution de bonne foi des conventions
- Pas de modification substantielle des conventions

Principe de la concurrence (Loi, art. 5)

Joue dans les deux sens :

- PA: par sa conception, ne pas soustraire ou limiter artificiellement un marché à la concurrence (= favoriser)
- Opérateur économique : ni acte, ni convention, ni entente

\Rightarrow Sanctions:

- Marché non conclu : écartement des candidatures, des offres et au besoin arrêt de la procédure
- Marché conclu: mesures d'office

IV. DIFFERENTS TYPES DE MARCHES PUBLICS

Pluralité d'objets!

 Un marché public peut comporter plusieurs objets et porter simultanément sur des travaux, des fournitures et des services (Loi du 17 juin 2016, art. 20)

Travaux

Marché public ayant l'un des objet suivants:

- soit l'exécution seule, soit à la fois la conception et l'exécution de travaux;
- soit l'exécution seule, soit à la fois la conception et l'exécution d'un ouvrage;
- la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'adjudicateur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception;

Ouvrage: le résultat d'un ensemble de travaux ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique

Travaux : exclusion des « services » immobiliers (Loi, art. 28 1°)

- Les marchés ayant pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres bien immeubles ou concernant des droits sur ces biens
 - => exception concerne donc uniquement des bâtiments existants
- => exception ne concerne donc pas la location ou l'acquisition de bâtiments à construire conformément à un programme/à des prescriptions imposées par le PA « preneur »

Rappel: CJUE – Wall – 29 octobre 2009. La Cour a constaté dans celui-ci que le contrat de location n'en était pas un. En réalité, l'objectif prioritaire du contrat portait sur la construction des ouvrages faisant l'objet de la location, ouvrages qui devaient par la suite être mis à la disposition du « preneur ».

En outre, les spécificités de cet ouvrage avaient été détaillées par le PA « bien au-delà des exigences habituelles d'un locataire à l'égard d'un nouvel immeuble d'une certaine envergure » ;

→ Question à se poser: Le PA a-t-il son mot à dire sur la conception/l'aménagement du bien à construire?

Fournitures

Marché public ayant pour objet l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits

Services

=> la catégorie restante!

Pas de régime unique en matière de services

=> <u>Série de 10 services qui sont exclus</u> du champ d'application de la réglementation des marchés publics (Loi, art. 28) : services immobiliers, services juridiques, services d'emprunt/prêts

- => <u>Services de l'Annexe III de la Loi du 17 juin 2016</u> qui remplace les services de la liste B de la loi du 15 juin 2006
 - Souplesse pour ces services dans le choix de la procédure d'attribution
 - Services sociaux & Sanitaires
 - Pourquoi ? Impact transfrontalier limité

=> <u>Services « normaux »</u>: soumis à toute la réglementation

Les Services Exclus – Art. 28 LOI

- •« Exclusions spécifiques pour les marchés de services »
- •« Ne sont pas soumis à l'application de la Loi »
- « Sous réserve du paragraphe 2 »

Qui se lit comme suit « le Roi peut fixer les règles de passation auxquelles sont soumis les marchés visés au § 1^{er}, 4°, a et b dans les cas qu'il détermine »

(= certains marchés publics de services juridiques)

Liste de 10 services qui sont exclus!

4° l'un de services juridiques suivants

- a)La représentation légale d'un client par un avocat (...) et ce dans le cadre:
 - i. d'un arbitrage ou d'une conciliation se déroulant dans un Etat membre, un pays tiers ou devant une instance internationale d'arbitrage ou de conciliation;
 - ii. d'une procédure devant les juridictions ou les autorités publiques d'un Etat membre ou d'un pays tiers ou devant les juridictions ou institutions internationales
- b)Le conseil juridique fourni en vue de la préparation de toute procédure visée au point a) ou lorsqu'il existe des signes tangibles de fortes probabilités selon lesquels la question sur laquelle porte le conseil fera l'objet d'une telle procédure, pour autant que le conseil émane d'un avocat
 - => deux conditions cumulatives donc!
 - => n'est donc pas visé par l'exclusion le conseil juridique prodigué en dehors de toute procédure contentieuse

4° l'un des services juridiques suivants

- => exclusions concernant d'autres professionnels du droit (>< avocats)
- c)les services de certification et d'authentification de documents qui doivent être réalisés par des notaires
- d)les services juridiques fournis par des administrateurs légaux ou des tuteurs ou d'autres services juridiques dont les prestataires sont désignés par une juridiction de l'Etat membre concerné ou par la loi pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle de ces juridictions
- e)Les autres services juridiques qui, dans le Royaume, sont liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique

Et quid des huissiers de justice dans tout cela ?

TP:

« les services juridiques fournis par des huissiers de justice tombent sous le champ d'application du Chapitre VI [Services de l'Annexe III] relatif aux services sociaux et autres services spécifiques.

De tels services peuvent toutefois être exclus du champ d'application de la présente loi si, conformément au point d), les huissiers de justice sont désignés par une cour ou un tribunal ou par la loi pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle de ces juridictions »

5° et 6° les services financiers

5° Les services financiers liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers au sens de la Directive 2004/39 ainsi que les services fournis par la banques centrales et des opérations menées avec le Fonds européen de stabilité financière et le mécanisme européen de stabilité

6° Les prêts, qu'ils soient ou non liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers

=> exclusion des emprunts!

Annexe III : les services sociaux et autres services spécifiques (L., art. 88 et s.)

• « Le présent chapitre s'applique aux marchés publics ayant pour objet des services sociaux et d'autres services spécifiques énumérés à l'annexe III, sauf lorsque ces marchés relèvent, en raison de leur faible montant, du chapitre 7 »

=> 2 choses à retenir:

- Régime particulier pour les marchés de services sociaux et d'autres services spécifiques énumérés à l'annexe III
- Si MP < 30.000 euros HTVA → sur simple facture acceptée (respecter les principes généraux et le champ d'application *ratione personae* et *materiae*)

Réglementation future: Disparition de la liste A et B en services, mais:

Alors qu'auparavant, seuls les services prioritaires limitativement énumérés à l'annexe II.A étaient soumis à l'ensemble des dispositions de la directive, dorénavant, tous les services y sont en principe assujettis. Néanmoins, le législateur européen a prévu une exception pour certaines catégories de services, «les services sociaux et autres services spécifiques», dont les codes CPV sont exhaustivement énumérés à l'annexe III du présent projet, en raison du fait qu'ils conservent, par leur nature intrinsèque, une dimension transnationale limitée.

Il a décidé de mettre en place un régime spécifique pour les marchés publics portant sur de tels services, avec un seuil plus élevé: 750 000 euros Certains services qui figuraient à l'annexe II.B, tels que les services de placement et de fourniture de personnel, sont à présent intégralement soumis aux dispositions de la directive et de ce projet



D'autres services, tels que certains services juridiques, sont dorénavant exclus du champ d'application, lorsqu'ils répondent à l'une des conditions visées à l'article 28, 4°.

Quelles procédures pour ces Service LAW FOR BETTER LIVING L'Annexe III?

- Principe de la boîte à outils
 - Procédure négociée directe avec publication préalable
 - Procédure négociée sans publication préalable si < 750.000 euros HTVA
 - Une autre procédure, « sans que les conditions d'application de ces procédures ne soient nécessairement remplies » => donc ok pour une procédure concurrentielle avec négociation
 - Procédure Sui generis. Cette quatrième option autorise le pouvoir adjudicateur à élaborer sa procédure sur mesure et d'en fixer les modalités en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire.

Application aux MP de Services juridiques : casse tête ©

	Services juridiques de défense en justice ou de conseil lié à un contentieux		Services juridiques de conseil (hors de tout contentieux)			
Valeur du contrat	Inférieur à 30.000 euros	Supérieur à 30.000 euros	Inférieur à 30.000 euros	Inférieur à 135.000 euros	Inférieur à 750.000 euros	Supérieur à 750.000 euros
Régime juridique de passation	Exclusion de principe (Art. 28 Loi) mais A.R. du 18 avril 2017 => simple facture acceptée	Exclusion de principe (Art. 28 Loi) mais A.R. du 18 avril 2017 soumet à règles de base et interdit le recours à la simple facture acceptée	Art. 90 Loi : Simple facture acceptée	Art. 42 Loi: Négociation sans publication préalable	Art. 89 Loi: Négociation sans publication préalable	Art. 89 Loi : Procédure avec publicité

Marchés mixtes (Art. 20 Loi)

- Si Travaux et autre catégorie : examiner le marché qui constitue l'objet principal du contrat
- •Si Services et Services ou Fournitures et Services: l'objet principal est déterminé en fonction de la valeur la plus élevée des valeurs estimées respectives des fournitures ou des services.

V. CONCEVOIR SON MARCHE PUBLIC

Principaux points d'attention

Identifier son besoin et traduire celui-ci en matière de marchés publics

- Crucial dans tout marché public
- ■Déterminer l'objet du marché... avec de l'aide si nécessaire
 - Prendre en considération les particularités de la matière (Ex. : assurances; prévention; huissier; ...)
- Choisir la procédure de passation la plus appropriée
 - Adjudication
 - Appel d'offres
 - Procédure négociée avec ou sans publicité / directe
- Rédaction de critères de sélection qualitative réguliers
- Rédaction de critères d'attribution réguliers
- Durée du marché public
- Structuration de la commande: variantes, lots et options (marchés de travaux en particulier)

L'aide: la prospection du marché

La prospection du marché

« Avant de lancer une procédure de passation, le pouvoir adjudicateur peut prospecter le marché en vue d'établir les documents et les spécifications du marché, à condition que cette prospection n'ait pas pour effet d'empêcher ou de fausser la concurrence »

Considérant n° 8 de la directive 2004/18/CE:

« Avant le lancement d'une procédure de passation d'un marché, les pouvoirs adjudicateurs peuvent, en recourant à un dialogue technique, solliciter ou accepter un avis pouvant être utilisé pour l'établissement du cahier des charges, à condition que cet avis n'ait pas pour effet d'empêcher la concurrence ».

L'aide: la prospection du marché

- Raison: donner une base légale à une pratique qui a toujours existé
- Reconnaissance de la difficulté, dans un certain nombre de domaines, de rédiger les clauses techniques d'un marché public sans s'être au préalable documenté
- Cette prospection ne peut avoir pour effet d'empêcher ou de fausser la concurrence (ce qui pourrait être le cas notamment si les spécifications techniques d'un marché public mentionnaient une fabrication ou un procédé particulier à telle entreprise)

Lots

= partie du marché que le pouvoir adjudicateur a séparé à l'intérieur du marché de manière à permettre le dépôt d'une offre ne portant éventuellement que sur cette seule partie.

Possibilité de modes d'attribution différents par lots et de déterminer des critères de sélection et d'attribution différents par lots

Possibilité de présenter un ou plusieurs rabais (en adjudication) ou une ou plusieurs améliorations (en appel d'offres) pour les lots qui seraient attribués SI les documents du marché ne l'interdisent pas

Lots: loi 17 juin 2016, art. 58

Pour les marchés en secteurs classiques dont le montant estimé est **égal ou supérieur** à **135.000 euros**, le PA doit envisager la division du marché en lots et indiquer, s'il décide de ne pas diviser en lots, <u>les raisons principales pour lesquelles il n'y recourt pas</u>.

PA peut **limiter** le nombre de lots à attribuer à un même soumissionnaire à condition que:

- le nombre maximal de lots soit inscrit dans l'avis de marché;
- le PA indique dans les documents du MP les critères ou règles objectifs et non discriminatoires qu'il entend appliquer pour déterminer quels lots seront attribués lorsque l'application des critères d'attribution conduirait à attribuer à un soumissionnaire un nombre de lots supérieur au nombre maximal

Tranches (Loi 2016, art. 137)

Possibilité de fractionner le marché en une ou plusieurs tranches fermes et une ou plusieurs tranches conditionnelles.

Conditions:

- Le pouvoir adjudicateur doit démontrer la nécessité d'avoir recours à des tranches
- La conclusion du marché porte sur l'ensemble du marché mais n'engage le pouvoir adjudicateur que pour les tranches fermes.
- L'exécution de chaque tranche conditionnelle est subordonnée à une décision du pouvoir adjudicateur portée à la connaissance de l'adjudicataire selon les modalités prévues dans les documents du marché concerné.

Variantes et options

Variantes	Options
Mode alternatif de conception ou d'exécution qui est introduit soit à la demande du pouvoir adjudicateur, soit à l'initiative du soumissionnaire sur tout ou partie du marché	Elément accessoire et non strictement nécessaire à l'exécution du marché, qui est introduit soit à la demande du pouvoir adjudicateur, soit à l'initiative du soumissionnaire
Obligatoire: obligation pour le soumissionnaire de présenter une offre de base et une variante Facultative: autorisation pour le soumissionnaire de présenter une telle offre Libre: selon que le marché a une valeur inférieure ou supérieure aux seuils européens, possible sauf interdiction dans le C.S.C. ou moyennant une autorisation du pouvoir adjudicateur	Obligatoire : obligation pour le soumissionnaire de remettre offre pour l'option Libre : possibilité pour le soumissionnaire de remettre d'initiative offre pour l'option Jamais d'obligation pour le pouvoir adjudicateur de lever l'option que ce soir lors de la conclusion du marché ou durant son obligation

Variantes et options (Loi 2016, art. 56)

- Autorisées ou obligatoires : il faut que le pouvoir adjudicateur les prévoit dans les documents du marché et indiquer les conditions
- Suppression des variantes « facultatives »
- Variantes libres uniquement pour les marchés dont la valeur estimée est inférieure aux seuils européens

VI. PROCEDURES DE PASSATION



Dénomination des procédures

Loi de 2006	Réglementation 2016		
Adjudication	Procédures ouverte et restreinte (art. 36 et 37 Loi)		
Appel d'offres			
Négociée avec publicité	Secteurs classiques : Concurrentielle avec négociation (art. 38) Secteurs spéciaux: Négociée avec mise en concurrence préalable !		
Négociée directe avec publicité	Négociée directe avec publication préalable (art. 42)		
Négociée sans publicité	Négociée sans publication préalable (art. 41)		
Dialogue compétitif	Dialogue compétitif (art. 39)		
	Partenariat d'innovation (art. 40)		
	Marchés de faible montant (facture acceptée) (art. 92)		
« Services de la liste B »<=	Marchés de services de l'Annexe III (art. 88)		



Dénomination des procédures: constat

- Abandon des termes « appel d'offres » et « adjudication »
 - => But: s'aligner sur la terminologie et la structure des nouvelles directives & faciliter la pratique des entreprises européennes ou provenant d'Etats tiers.
- Disparition de l'idée de « publication » pour la procédure négociée avec publicité dans les secteurs classiques, alors que cela est, pourtant, une de ses principales caractéristiques
- Apparition d'une nouvelle procédure : le partenariat d'innovation
- ■Des particularités: marchés de services de « L'Annexe III » et marchés de faible montant



Présentation des procédures (Loi, art. 35)

- Deux « catégories/familles » de procédures:
 - Article 35 : « Sans préjudice de l'article 42, la passation des marchés publics se fait selon l'une des procédures suivantes, pour autant qu'un avis de marché ait été publié »:
 - Ouverte
 - Restreinte
 - Concurrentielle avec négociation (= ex P.N.A.P.)
 - Dialogue compétitif
 - Partenariat d'innovation
 - Procédure négociée directe avec publication préalable
 - Article 42 : procédure négociée sans publication préalable (= ex P.N.S.P.)



Présentation des procédures

Objectifs/position du Législateur :

- Assouplir les cas de recours à la procédure concurrentielle avec négociation
- Restreindre les cas de recours à la procédure négociée sans publication préalable, « compte tenu de ses effets négatifs sur la concurrence » => elle reste une procédure exceptionnelle, de stricte interprétation
- → Favoriser les procédures s'accompagnant d'une publicité!

Changements en matière de délai : EQUAL réception des demandes de participation

 Modifications des délais minimaux par rapport à la Loi de 2006 (base de comparaison = délais pour marchés européens)

	Ouverte	Restreinte	PCAN	PNDAP	PNSPP	D.COMP
2016	N.A.	30 J	30 J	N.A.	N.A.	30 J
2006		37 J	37 J			37 J
	Réduction possible si (i) publication d'un avis de pré-information; (ii) urgence dûment motivée; (iii) utilisation plate-forme électronique					

Changements en matière de délai : EQUAL réception des offres



Modifications des délais minimaux

	Ouverte	Restreinte	PCAN	PNDAP	PNSPP	Dialogue
2016	35 J	30 J	30 J	22 J	N.	A.
2006	52 J	40 J	40 J			

Changements en matière de délai: EQUAL constat



- ■Délais se retrouvent mentionnés dans la Loi elle-même et non plus dans les A.R. de passation
- Réduction du nombre minimal de jours
- ■Mêmes délais selon que la procédure est « européenne » ou « belge »

Recours à la procédure concurrentielle avec négociation (art. 38, § 1^{er}, 1°, a à d)

- •4 nouveaux cas: « travaux, fournitures ou services remplissant un ou plusieurs des critères suivants »:
 - Les besoins du pouvoir adjudicateur ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles;
 - =>PA doit prouver l'indisponibilité immédiate de solutions nécessaires pour satisfaire ses besoins.
 - Les marchés incluent « la conception ou des solutions innovantes »
 - Pas d'attribution sans négociations préalables du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent
 - Le PA n'est pas en mesure d'établir les spécifications techniques avec une précision suffisante (auparavant qu'en matière de Services)

Recours à la procédure concurrentielle avec négociations (art. 38, § 1^{er}, 1°, e) et f)

- Marché « réservé » et inférieur au seuil européen
 - F & S: 209.000 €
 - T: 5.225.000 €

- Montant inférieur au seuil fixé par le Roi
 - F & S: 209.000 €
 - T: 750.000 €

Recours à la procédure concurrentielle avec négociations (art. 38, § 1^{er},b)

- Seules des offres irrégulières ont été déposées à la suite d'une procédure ouverte ou restreinte
 - Si première procédure était > €:
 - si inclusion de tous les soumissionnaires ayant répondu aux exigences minimales de sélection *et* ayant déposé offre formellement régulière: pas d'avis de marché
 - = > régularité formelle voir art. 96 A.R. passation
 - si volonté d'élargir la concurrence ou de ne pas inclure tout le monde : avis de marché
 - ➤Si première procédure < €: possibilité d'élargir la concurrence (même à d'autres compétiteurs n'ayant pas remis d'offre dans le cadre du premier marché) sans publication d'un nouvel avis de MP

Recours à la procédure négociée directe avec publication préalable

- ■Consécration légale: AR 2011 → Loi 2016, art. 41
- •Une seule phase : sélection, régularité, négociation & attribution
- Quelles situations? Uniquement en fonction de la valeur du marché
 - F & S: < seuils €
 - T: < **750.000 €** (et non plus 600.000 euros)
- Mêmes principes de négociation que pour la procédure concurrentielle avec publication préalable

Recours à la procédure négociée sans publication préalable (art.42, § 1^{er})

- ■Seuil: **135.000 euros en place de 85.000 euros** HTVA (Art. 90, al. 1er, 1° A.R.)
- Disparition de deux cas:
 - Tou S complémentaires qui ne se trouvaient pas dans le projet initial, mais devenus nécessaires à la suite d'une circonstance imprévue;
 - Seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées en réponse à une procédure ouverte ou restreinte
- •Remaniement : « opérateur unique »: un des trois cas suivants:
 - Objet du marché est la création/l'acquisition d'une œuvre d'art
 - Absence de concurrence pour raisons techniques => objectivité
 - Protection de droits d'exclusivité, en ce compris les droits de propriété intellectuelle
 - « ces exceptions ne s'appliquent que lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte d'une restriction artificielle des conditions du marché » => rapprocher de l'article 5 de la Loi

Règles de la négociation (PCAN et PNDAPP)



■ Différence entre PCAN et PNDAPP quant à la négociation

PCAN	PNDAPP
 Négociation <u>obligatoire</u> des offres (initiales et suivantes) sauf la BAFO (offre finale) Possibilité « néanmoins (d') attribuer des marchés sur la base des offres initiales sans négociation, lorsqu'il a indiqué, dans l'avis de marché, qu'il se réserve la possibilité de le faire » 	adjudicateur peut négocier avec les soumissionnaires les offres initiales et toutes les offres ultérieures, à l'exception des offres finales, en vue d'améliorer leur

Règles de la négociation « avec pub »

- •Que puis-je négocier ?
 - Les offres
 - Pas les critères d'attribution (et leur pondération)
 - Pas les exigences minimales
 - § 4 : « [le pouvoir adjudicateur] informe par écrit tous les soumissionnaires dont les offres n'ont pas été éliminées, de tous les changements apportées aux spécifications techniques ou aux autres documents du marché, autres que ceux qui définissent les exigences minimales. A la suite de ces changements, le pouvoir adjudicateur prévoit suffisamment de temps pour permettre aux soumissionnaires de modifier leurs offres et de les présenter à nouveau s'il y a lieu ».
 - => Je peux donc négocier le C.S.C. et autres documents du marché



Règles de la négociation « avec pub »

■Possibilité de négocier en phases successives, de manière à limiter le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution précisés dans les documents du marché, pour autant que les soumissionnaires soient informés de cette possibilité et qu'il subsiste une concurrence réelle

■Volonté de conclure les négociations est marquée: le pouvoir adjudicateur doit informer les soumissionnaires en lice et fixer une date limite commune pour la présentation d'offres nouvelles ou révisées. « *Il convient que les offres finales répondent aux exigences minimales* »



Règles de la négociation en PNSPP

- •Faculté de négocier: « le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les soumissionnaires les offres initiales et toutes les offres ultérieures que ceux-ci ont présentées en vue d'améliorer leur contenu »
- •Que puis-je négocier (Art. 42, § 2) :
 - Les offres
 - Les critères d'attribution ne font pas l'objet de négociations
 - Les exigences minimales ne peuvent être négociées pour des marchés supérieurs aux seuils européens
 - Les exigences minimales peuvent être négociées pour les marchés inférieurs aux seuils européens, « pour autant que ceci ne soit pas exclu dans les documents du marché »



Règles de la négociation en PNSPP

•A.R.: art. 93: les offres spontanées sont rejetées par le pouvoir adjudicateur, sauf décision contraire expressément motivée. Le rejet ne doit donc pas être motivé

!!! >< : C.E. n° 227.909 du 26 juin 2014 : « le principe fondamental d'ouverture à la concurrence (...) suffit à justifier (...) qu'une offre spontanée ne soit pas simplement ignorée mais qu'elle soit, au contraire, prise en considération, sauf motivation spéciale explicitant les raisons pour lesquelles l'offre ne peut être examinée (...) »

•A.R.: art. 93: dans l'hypothèse d'un marché dont le montant est inférieur au seuil européen, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de fixer des critères de sélection spécifique.

VII. PHASE DE SELECTION

Phase de sélection

Phase qui ne porte pas sur l'appréciation de l'offre sensu stricto

Conditions d'accès au marché: la sélection qualitative est une étape qui doit permettre au pouvoir adjudicateur d'écarter des candidats (i) <u>parce</u> qu'ils sont dans une cause d'exclusion ou (ii) <u>parce</u> qu'ils ne présentent pas les garanties suffisantes attestant de leur capacité économique, financière ou technique à effectuer tel ou tel marché

Appréciation de deux types:

- Sur pied d'éléments extrinsèques (causes d'exclusion)
- Sur pied d'éléments relatifs à l'expérience et à la situation économique, technique ou financière du candidat

Différence par rapport à « l'ancien régime »

• Une question d' « emplacement », de « nombre » et de « correction »

- **Emplacement**: la matière se retrouve désormais dans le texte législatif et non plus exclusivement dans les A.R.
- Nombre:
 - multiplication des cas d'exclusion obligatoire (de 4 à ... 7 + 1 + 1+1)
 - multiplication des cas d'exclusion facultative (on passe à 9!)
- Durée: pour se prévaloir de la cause d'exclusion
- <u>Correction</u> :le dossier à produire pour ne pas être exclu

A. Motifs d'exclusion obligatoire

Motifs d'exclusion obligatoires (Art. 67, § 1er)

- « à quelque stade que ce soit de la procédure de passation »
- « Le PA exclut le candidat ou le soumissionnaire »
- « s'il a établi ou qu'il est informé de quelque autre manière que ce candidat ou soumissionnaire a fait l'objet d'une condamnation prononcée par une décision judiciaire ayant force de chose jugée pour l'une des infractions suivantes »

→ 7 hypothèses (le Roi peut les préciser)

Motifs d'exclusion obligatoires (Art. 67, § 1er) → 7 hypothèses

SAUF

« dans le cas où le candidat ou le soumissionnaire démontre avoir pris des mesures suffisantes afin de démontrer sa fiabilité »

+

« à titre exceptionnel et pour des raisons impératives d'intérêt général »

Motifs d'exclusion obligatoires (Art. 67, § 1^{er}) → 7

- ■Participation à une organisation criminelle
- Corruption
- Fraude
- Infraction terroriste, infraction liée aux activités terroristes ou incitation à commettre une telle infraction, complicité ou tentative d'une telle infraction
- Blanchiment de capitaux ou financement du terrorisme
- Travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains
- Occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal
 - ⇒6 premières infractions : période de 5 années à compter de la date du jugement;
 - ⇒7ème infraction: période de 5 ans à partir de la fin de l'infraction

Motifs d'exclusion obligatoires (Art. 67, § 1^{er}, al.3.)

 \rightarrow 7 + 1

« Par dérogation à l'alinéa 1^{er}, le PA exclut le candidat ou le soumissionnaire qui a occupé des ressortissants de pays tiers en séjour illégal, même en l'absence d'une condamnation coulée en force de chose jugée et ce, dès l'instant où cette infraction a été constatée par une décision administrative ou judiciaire, en ce compris par une notification écrite en exécution de l'article 49/2 du Code pénal social ».

- => plus exclusivement besoin d'une décision non juridiction
- susceptible d'appel rendue par une

- => Inspection sociale
- => question: ? Délai de 5 années?

Motifs d'exclusion obligatoires (Art. 67, § 1^{er}, al.5.)

$$\rightarrow$$
 7 + 1 + 1

- •« L'obligation d'exclure le candidat ou le soumissionnaire s'applique aussi lorsque la personne condamnée par jugement définitif :
 - est membre de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance dudit candidat ou soumissionnaire ou
 - détient un pouvoir de représentation, de gestion ou de surveillance dudit candidat ou soumissionnaire ou
 - détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein »

- ⇒Ne vise plus la PM, mais bien les « personnes physiques »
- ⇒ Les PA ne sont pas obligés, pour des marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils €, de vérifier l'absence des motifs d'exclusion dans le chef desdites personnes

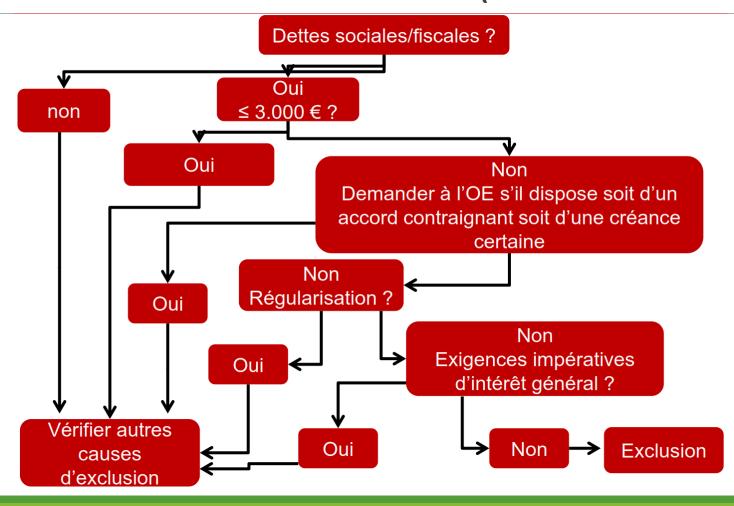
Exclusion obligatoire (Art. 68): impôts, taxes et sécurité sociale (7+1+1+1)

- Exclusion obligatoire d'un candidat ou soumissionnaire qui ne satisfait pas à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale **sauf** :
 - Lorsque le montant impayé ne dépasse le montant à fixer par le Roi, ou
 - Démonstration d'une créance certaine, exigible et libre de tout engagement à l'égard des tiers, à l'égard d'un PA ou d'une entreprise publique, pour un montant égal à celui dont il est en retard.
 - Attention : méthodologie : obligation pour le P.A. de respecter l'ordre des exceptions !

Sauf :

- exigences impératives d'intérêt général
- « paiement ou accord contraignant réalisé ou conclu avant l'introduction d'une demande de participation ou, en procédure ouverte, avant le délai d'ouverture des offres » (§ 3)
- ■P.A. doit laisser au compétiteur <u>UNE</u> possibilité de « se mettre en règle » délai de 5 jours ouvrables pour fournir la preuve de sa régularisation

Dettes sociales et fiscales (



B. Motifs d'exclusion facultative

Exclusion facultative (Art. 69)

- Possibilité d'exclure dans les cas suivants: 9 CAS!
 - 1. Démonstration, par tout moyen approprié, d'un manquement aux obligations applicables en matière environnementale, sociale ou du travail
 - 2. Faillite et autres hypothèses assimilées
 - 3. Démonstration par tout moyen approprié d'une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité
 - 4. Connaissance d'éléments suffisamment plausibles pour conclure à l'existence d'actes, de conventions ou d'ententes en vue de fausser la concurrence
 - 5. Lorsqu'il ne peut être remédié à un conflit d'intérêts par d'autres mesures moins intrusives
 - 6. Lorsqu'il ne peut être remédié à une distorsion de la concurrence résultant de la participation préalable à la préparation de la procédure de passation par d'autres mesures moins intrusives

Exclusion facultative

- Possibilité d'exclure dans les cas suivants: suite des 9 CAS!
 - 7. Lorsque des défaillances importantes ou persistantes du candidat ou du soumissionnaire ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché public antérieur, d'un marché antérieur passé avec un adjudicateur ou d'une concession antérieure, lorsque ces défaillances ont donné lieu effectivement à des mesures d'office, des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable
 - → un simple PV de manquement ne suffit pas
 - 8. Le candidat ou le soumissionnaire s'est rendu coupable de **fausse déclaration** en fournissant les renseignements exigés pour la vérification de l'absence de motifs d'exclusion ou la satisfaction des critères de sélection, a caché ces informations ou n'est pas en mesure de présenter les documents justificatifs requis

Exclusion facultative (suite)

- 9. Le candidat ou le soumissionnaire a entrepris :
- o d'influer indûment sur le processus décisionnel du PA ou
- d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui donner un avantage indu lors de la procédure de passation ou
- a fourni par négligence des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution

Exclusion facultative (suite)

- Sauf « mesures correctrices » (art. 70)
- ces exclusions s'appliquent pour une période de 3 ans

 - ➤ en cas d'infraction continue, à partir de la fin de l'infraction
- ■sauf disposition contraire dans les docs du marché, le PA n'est pas tenu de vérifier l'absence de motifs d'exclusion dans le chef des membres des organes de représentation, de gestion ou de contrôle (>< motifs d'exclusion obligatoire pas de référence au seuil européen ici)

Ce qui ne changera pas

Exclusion facultative:

- Pouvoir d'appréciation quant à l'exclusion ou non du candidat
- Implique une obligation de motivation dans le chef du PA
 - Exemple de la faute grave en matière professionnelle
 - C.E., n°224.368 du 15 juillet 2013
 - Non respect pour une entreprise prestataire de services environnementales de son propre permis d'environnement
 - Entreprise avait été condamnée par le Tribunal Correctionnel

C. Mesures correctrices

Mais il existe des mesures correctrices! (Art. 70)

- •Un soumissionnaire peut fournir des preuves attestant que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent.
- •Si ces preuves sont jugées suffisantes par le PA, le candidat ou le soumissionnaire concerné n'est pas exclu de la procédure de passation
- •« [il] prouve d'initiative qu'il a versé ou entrepris de verser une indemnité en réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et pris des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute ».

Mesures correctrices (suite)

- ■Ces mesures « sont évaluées en tenant compte de la gravité de l'infraction pénale ou de la faute ainsi que de ses circonstances particulières. Il s'agit dans tous les cas d'une décision du PA qui doit être motivée aussi bien matériellement que formellement. Lorsque les mesures sont jugées insuffisantes, la motivation de la décision concernée est transmise à l'opérateur économique ».
- ■On les présente quand ces mesures ? → d'initiative
 - A défaut, le PA peut estimer qu'il n'y a pas eu de mesures correctrices
 - Aucune obligation de l'interroger!

D. Critères de sélection qualitative

Critères de sélection (Art. 71)

- Le ou les critères d'attribution peuvent avoir trait :
 - 1. À l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, et/ou;
 - 2. À la capacité économique et financières, et/ou;
 - 3. Aux capacités techniques et professionnelles

Critères de sélection (Art. 71)

- → Le PA peut faire un choix parmi ces possibilités : <u>il peut se limiter à un seul critère</u> de sélection
- ■Ces conditions doivent garantir qu'un candidat ou un soumissionnaire dispose de la capacité juridique et financière et des compétences techniques ou professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer.
- Le Roi précise les modalités relatives à la fixation de ces conditions.

Un critère de sélection régulier, càd?

- Une ligne de conduite à adopter pour des critères réguliers
 - Préciser:
 - o les critères de sélection et
 - leurs niveaux d'exigence

de sorte qu'ils soient <u>liés et proportionnés</u> à l'objet du marché : consécration de la jurisprudence (C.E., n° 159.657 du 7 juin 2006)

Critère de sélection régulier

- ■Se référer à la Circulaire du 1/10/2014 (R.W.):
 - Pour chaque critère, un niveau doit être prévu (pour autant « qu'ils le permettent »)
 - Que faire si le critère retenu ne permet pas l'utilisation d'un niveau
 - Exemple type : la déclaration bancaire et financière
 - Assortir ce premier critère d'un second qui permet lui la fixation d'un niveau d'exigence

Jurisprudence du C.E.

- ■C.E., n° 230.692 du 30 mars 2015 : tous les critères de SQ doivent être précisés par un niveau
- ■C.E., n° 226.574 du 27 février 2014 : assurances risques professionnels peuvent être accompagnés de précisions qui étendent ou précisent leurs portées (Ok de prévoir un seuil)
- •C.E., n° 229.230 du 25 novembre 2014: marché d'un million d'euros, référence fixée à 500.000 euros (OK) → règle de 2/1/2 ?

VIII. CRITERES D'ATTRIBUTION

Un critère d'attribution (Loi, art. 81)

doit être lié à l'objet du marché (art. 81, §3 → très large)

ne peut conférer au PA une liberté inconditionnée de choix

doit expressément être mentionné dans le cahier spécial des charges ou dans l'avis de marché

doit respecter les principes du droit communautaire, notamment le principe de non discrimination et d'égalité de traitement

doit être vérifiable (Accorder une attention particulière à la question de la preuve - cfr affaire *Wienström* et *Max Havelaar*)

§ 4:

- Marchés > seuils €: pondération
- Marchés < seuils €: soit pondération, soit ordre décroissant d'importance. A défaut, les critères d'attribution ont la même valeur

Loi, art. 81

- Détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse ?
 - Sur la base du prix
 - Sur la base du coût (selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie)
 - Sur la base du meilleur rapport qualité/prix

Loi, art. 82

Critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné.

Parmi ces critères, il peut y avoir notamment

- 1. La qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions;
- 2. L'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché;
- 3. Le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution

Délai d'exécution = critère d'attribution?

- Possible en droit
- Le C.S.C. doit prévoir le mode de calcul des amendes sinon l'on retourne sur la formule du « Cahier général des charges »
- Objectif: permettre au pouvoir adjudicateur de prévoir des amendes plus élevées sans qu'il faille justifier une dérogation: 10%
- Objectif: sanctionner les soumissionnaires spéculant sur le délai, sachant que le délai proposé ne sera pas respecté et intégrant le montant des amendes futures dans le prix remis.
- Limite: la proportionnalité!

Méthode d'évaluation du critère d'attribution

- Ne doit pas être annoncée
- · Le choix de la méthode relève du pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur
- Doit permettre de déterminer l'offre la plus intéressante
- Exigence de proportionnalité
- Pas de nouveaux critères et/ou sous-critères

- Mais question préjudicielle posée par le Conseil d'Etat au début de l'année 2015
- Réponse de la Cour de Justice : pas d'obligation

Critère d'attribution et clause sociale

- **C.E.**, n° 223.649 du 30 mai 2013
- Marché de services de location et d'entretien du linge plat pour des maisons de repos relevant du CPAS de Schaerbeek
- La critique concerne la méthode d'évaluation et la cotation des offres
- ■C.S.C. contient le critère d'attributions suivant (25% des points) modalité d'appréciation du critère non annoncée

« la contribution social de l'entreprise dans la mise à l'emploi et la formation professionnelle de personnes en difficulté socio-économique »

=> votre avis ?

IX. DUREE DU MARCHE

Durée d'un marché public

- On va vous dire 4 années maximum...(par référence à l'accord-cadre)
- ■Mais C.E., 27 juin 2014, Instrumentation Laboratory Belgium
- Marché relatif à des « contrats réactifs avec mise à disposition des équipements d'hémostase de routine »
- •Durée du marché: <u>10 ans</u>

« La durée du marché est liée à celle du (...) matériel dont la durée d'amortissement est de 10 ans; que la nécessité de faire correspondre la durée d'un accord-cadre à la durée d'amortissement du matériel sur lequel il porte ou auquel il est lié, peut constituer un motif valable de faire exception à la règle qui fixe à quatre ans la durée maximale d'un accord-cadre »

X. REGULARITE DES OFFRES

Processus d'attribution d'un marché en principe

Sélection qualitative • Le soumissionnaire a-t-il la capacité technique, économique et financière pour exécuter le marché ?

Régularité formelle et matérielle L'offre est-elle régulière?

Comparaison des offres

 Quelle est la meilleure offre au regard des critères d'attribution ?

Principes de l'examen de la régularité des offres

- Obligation de vérifier la régularité des offres (Art. 83 Loi)
- Modalités: Articles 75 et 76 de l'AR Passation
- Principe : les offres ne sont évaluées qu'après la sélection.

Analyse de la régularité : chronologie inversée (AR Passation, art. 75 AR)

Si procédure ouverte ≥ seuils € :

- Vérification motifs exclusion (e.a. dettes sociales, fiscales)
- Analyse des éventuelles mesures correctrices
- Critères de sélection < DUME
- Examen régularité
- Et puis décision sur la sélection

Si proc ouverture ou négociée directe < seuils € :

- Absences dettes fiscales et sociales + mesures correctrices
- Examen régularité
- Et ensuite décision sur la sélection

Autres cas:

- Sélection
- Examen régularité

Qu'est-ce qu'une irrégularité substantielle? (A.R., art. 76, § 1, al. 3)

Substantiellement irrégulière lorsque (« ou »):

Donne un avantage discriminatoire

Entraine une distorsion de concurrence

Empêche l'évaluation de l'offre

Empêche la comparaison de l'offre avec autres

Rend inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le MP dans les conditions prévues

Qu'est-ce qu'une irrégularité substantielle ? (A.R., art. 76, § 1, al. 4)

Substantiellement irrégulière lorsque (« ou »):

Non respect du droit environnemental, social ou du travail *si* sanctionné pénalement

Obligations art 14 de la loi (moyens de communication)

Exigences AR si ces articles contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires, ex:

- prix/coûts anormaux,
- DUME,
- signature,
- option exigée,
- 1 offre/MP,
- offre par candidats sélectionnés,
- tardive...

Exigences minimales

Exigences annoncées comme substantielles

Sort d'une irrégularité AR Passation, art. 76, §§ 2 et 3

Irrégularité substantielle

• \rightarrow écartement

Irrégularité non substantielle

• \rightarrow non écartement

Plusieurs irrégularités non substantielles

• > dépend des effets si elles sont combinées ou cumulées

Procédures ouvertes ou restreintes et BAFO en procédures négociées > les seuils €

Si l'offre est affectée d'une **irrégularité** substantielle

- L'offre est déclarée nulle
- L'offre est écartée

Si l'offre est affectée d'une ou plusieurs irrégularités <u>non</u>-substantielles qui cumulées ou combinées <u>ont les effets</u> vises ci-dessus

- L'offre est déclarée nulle
- L'offre est écartée

Si l'offre est affectée d'une ou plusieurs irrégularités <u>non</u>-substantielles qui même cumulées ou combinées n'ont <u>pas les</u> <u>effets</u> vises ci-dessus

- L'offre n'est <u>pas</u> déclarée nulle
- L'offre n'est <u>pas</u> écartée

Offres non finales <u>en procédure négociée</u> ≥ seuils €

Si l'offre est affectée d'une **irrégularité** substantielle

- L'offre est déclarée nulle
- SAUF disposition contraire dans les documents du marché → dans ce cas: possibilité de régularisation dans la phase suivante de négociation

Si l'offre est affectée d'une ou plusieurs irrégularités <u>non</u>-substantielles qui cumulées ou combinées <u>ont les effets</u> visés ci-dessus

• Le PA offre au soumissionnaire la possibilité de régulariser dans la phase suivante de négociation

Si l'offre est affectée d'une ou plusieurs irrégularités <u>non</u>-substantielles qui même cumulées ou combinées n'ont <u>pas les</u> <u>effets</u> vises ci-dessus

- L'offre n'est <u>pas</u> déclarée nulle
- L'offre n'est <u>pas</u> écartée

Pour les offres non finales <u>en procédure</u> négociée < seuils €

Si l'offre est affectée d'une **irrégularité** substantielle

- Le PA décide
 - SOIT de déclarer l'offre nulle
 - SOIT de faire régulariser l'irrégularité

Si l'offre est affectée d'une ou plusieurs irrégularités <u>non</u>-substantielles qui cumulées ou combinées <u>ont les effets</u> vises ci-dessus

- Le PA décide
 - SOIT de déclarer l'offre nulle
 - SOIT de faire régulariser l'irrégularité

Si l'offre est affectée d'une ou plusieurs irrégularités <u>non</u>-substantielles qui même cumulées ou combinées n'ont <u>pas les</u> <u>effets</u> vises ci-dessus

- L'offre n'est <u>pas</u> déclarée nulle
- L'offre n'est <u>pas</u> écartée

XI. DECISION D'ATTRIBUTION

Attribuer un marché?

Décision d'attribution

- Par l'organe habilité du pouvoir adjudicateur
- Organe compétent et régulièrement composé (Exemple)

Organe doit faire sien le rapport d'attribution/examen des offres et les annexes éventuelles

Jurisprudence C.E., n° 230.101 du 4 février 2015

Contenu de la décision

Pas de notations non motivées!

C.E., n° 217.957 du 14 février 2012 (BAJ Architects)

« (...) comporter l'indication des motifs de droit et de fait justifiant le choix de l'offre retenue, lesquels motifs contiennent notamment la description des caractéristiques et avantages relatifs de l'offre retenue, au regard de celles qui ne l'ont pas été. En l'espèce (...) le classement des offres résulte des seules cotes attribuées à chacune d'elles, sans que soient décrits les points forts et faibles des offres de l'adjudicataire et des autres soumissionnaires, permettant d'expliquer l'attribution des cotes respectives ».

Contenu de la décision

Le nom de l'attributaire doit être indiqué (Civ., Bruxelles, 26 mars 2012, RG 12/193/C)

« (…) le nom du soumissionnaire retenu doit être connu dans la décision d'attribution du marché. Il ne peut être rendu anonyme, en recourant, par exemple à une identification de type soumissionnaire A et B »

Gérer correctement la confidentialité des offres et des prix

XII. EXECUTION

De quoi s'agit-il?

- Cautionnement
- Paiement
- Sous-traitance (et sa limitation) !
- Fonctionnaire dirigeant
- Modification des contrats en cours d'exécution
- Amendes pour retard et pénalités spéciales
- ■Difficultés d'exécution
 - => CE SERA POUR LE JOUR 2 ©
 - => mais avant: un « devoir de vacances »

Christophe Dubois Avocat Associé

christophe.dubois@equal-partners.eu

EQUAL PARTNERS
Place Flagey 18
1050 Bruxelles



