

Nouvelle loi sur les marchés publics

Procédures négociées: constantes et nouveautés

PLAN

I. Quelles nouveautés terminologiques?

II. Objectifs poursuivis par les législateurs belge et européen

III. Procédure concurrentielle avec négociation

1. Hypothèses de recours à la procédure concurrentielle avec négociation (art. 38, §1^{er})
2. Règles applicables à la procédure concurrentielle avec négociation (art. 38, §§2-9)
3. Vers une utilisation plus fréquente du dialogue compétitif aussi ?

IV. Procédure négociée directe avec publication préalable

V. Procédure négociée sans publication préalable

1. Hypothèses de recours à la procédure négociée sans publication préalable (art. 42, §1^{er})
2. Règles applicables à la procédure négociée sans publication (art. 42, §§2-4)

VI. Conclusion

I. Quelles nouveautés terminologiques?

Ratio legis générale = s'aligner sur la terminologie et la structure des nouvelles directives européennes

- **Procédure négociée avec publicité devient**
 - > **Procédure concurrentielle avec négociation (secteurs classiques)**
 - > **Procédure négociée avec mise en concurrence préalable (secteurs spéciaux)**

Ratio legis particulière: mise en exergue de la concurrence plutôt que la négociation afin de mieux distinguer cette procédure de la procédure négociée sans publication préalable

- **Procédure négociée sans publicité devient**

- > **Procédure négociée sans publication préalable (secteurs classiques)**

- > **Procédure négociée sans mise en concurrence préalable (secteurs spéciaux)**

Faculté, indiquée dans leur définition, de négocier les conditions du marché

- **Procédure négociée directe avec publication préalable/avec mise en concurrence préalable**

Auparavant intégrée dans « la procédure négociée avec publicité »

II. Objectifs poursuivis par les législateurs belge et européen

- **Assouplissement des cas de recours à la procédure concurrentielle avec négociation (secteurs classiques) en vue de**
 - renforcer les échanges transnationaux
 - favoriser l'accès aux PME
 - identifier les risques dans les marchés complexes
 - stimuler la concurrence et l'innovation
 - améliorer les offres de manière à ce que les pouvoirs adjudicateurs puissent acquérir des travaux/fournitures/services parfaitement adaptés à leurs besoins spécifiques

NB: possibilité de recourir librement à la procédure négociée avec mise en concurrence préalable dans les secteurs spéciaux
- **Restriction des cas de recours à la procédure négociée sans publication préalable compte tenu de ses effets négatifs sur la concurrence**

III. PROCEDURE CONCURRENTIELLE AVEC NEGOCIATION

III.1 Hypothèses de recours à la procédure concurrentielle avec négociation (art. 38, §1^{er})

➤ Quelles sont les possibilités plus larges d'y recourir?

L'article 38, §1^{er} permet de recourir à cette procédure « pour les 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 (1^o, a)
 - > Large marge de manœuvre conférée au pouvoir adjudicateur
- Ils « incluent » la conception ou des solutions innovantes (1^o, b)
 - Vise également les marchés publics ayant plusieurs objets et comportant, entre autres, la conception ou des solutions innovantes
 - Pas de solution adaptable

- **Pas d'attribution sans négociations préalables du fait de circonstances particulières, qui sont : « la nature, la complexité, le montage juridique et financier ou les risques qui se rattachent au marché » (1°, c)**
 - Termes généraux afin de laisser une certaine latitude au pouvoir adjudicateur
 - Pas de preuve requise d'une incapacité objective du pouvoir adjudicateur à définir ses besoins
 - L'élément objectif concerne la nécessité de négocier

- **Le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure d'établir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou une référence technique au sens de l'article 2, 45° à 48° (1°, d)**

Extension de cette hypothèse aux marchés de travaux et de fournitures (>< Loi du 15 juin 2006: limitation aux marchés de services)

➤ Autres changements

- **Seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été déposées à la suite d'une procédure ouverte ou restreinte (art. 38, §1^{er}, 2^o)**
 - **Loi du 15 juin 2006** : possibilité d'avoir recours **soit** à la procédure négociée avec publicité, **soit** à la procédure négociée sans publicité avec des obligations différentes
Désormais : hypothèse limitée à la procédure concurrentielle avec négociation

- **Si 1^{re} procédure obligatoirement soumise à publicité européenne:** pas d'avis de marché si inclusion de tous soumissionnaires et uniquement les soumissionnaires ayant répondu aux exigences en matière de sélection et ayant remis des offres formellement régulières lors de 1^{re} procédure

Si le pouvoir adjudicateur ne veut pas consulter tous les soumissionnaires précités: publication obligatoire d'un avis de marché

- **Si 1^{re} procédure non obligatoirement soumise à publicité européenne:** pas d'avis de marché. Consultation plus libre des opérateurs économiques

➤ **Pas de changement pour**

- **Accès au marché est réservé (art. 38, §1^{er}, 1^o, e)**

Hypothèse toujours limitée aux marchés publics dont montant estimé < aux seuils européens

- **Montant estimé du marché < aux montants fixés par le Roi, ces derniers ne pouvant toutefois dépasser les seuils européens (art. 38, §1^{er}, 1^o, f)**

➤ **Suppression**

- **Travaux, fournitures ou services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix** (ancien article 26, § 2, 1°, b, Loi 15 juin 2006)
- **Travaux réalisés uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation ou de mise au point** (ancien article 26, § 2, 2°, Loi 15 juin 2006)

Tempérament = termes généraux de l'art. 38, §1, 1°, a) à d) => ces deux articles entreront, la plupart du temps, dans l'une de ces 4 catégories visées à cet article 38

III.2 Règles applicables à procédure concurrentielle avec publication (art. 38, §§2 à 9)

- **Publication d'un avis de marché (sauf 1 cas, cfr *supra*)**
- **Documents du marché**
 - Objet du marché
 - Critères d'attribution
 - Exigences minimales
- **Délais de réception des candidatures et des offres**
 - Min. 30 jours dans les deux cas
 - Mêmes réductions possibles qu'en procédure restreinte

NB: pour les secteurs spéciaux, délais de réception des candidatures (cfr art. 120, §1^{er}) et des offres (cfr, art. 120, §2, à défaut d'accord avec les candidats sélectionnés)

- **Procédure en deux phases – possibilité de limiter le nombre de candidats conformément à l’art. 79** (pour les secteurs spéciaux: art. 120, §2 renvoyant à l’article 149, §2)
- **Obligation de négocier, sauf si possibilité de ne pas le faire prévue dans les documents du marché (et encore...)**
- **Pas de négociations sur**
 - critères d’attribution et leur pondération
 - exigences minimales
 - (autres dispositions; ex.: champ d’application du marché)

Qu'entend-on par « *exigences minimales* » ?

« *Conditions et caractéristiques (notamment physiques, fonctionnelles et juridiques) que toute offre est tenue de remplir ou de posséder afin de permettre au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché conformément au critère d'attribution retenu* » (considérant 45 de la Directive 2014/24/CE)

- **Garanties adéquates quant au respect des principes d'égalité et de transparence**
 - + **Pas d'information discriminatoire**
 - + **Respect de la confidentialité** (sauf accord écrit préalable du soumissionnaire sur les points spécifiques y indiqués)
- **Possibilité de négociations en phases successives (« entonnoir ») si prévu dans les documents du marché**
- **Obligation d'informer les soumissionnaires encore en lice que le pouvoir adjudicateur entend conclure les négociations et obligation de fixer une date limite pour le dépôt des offres finales/révisées**

- **En ce qui concerne les « secteurs spéciaux », procédure moins encadrée**

L'article 120 ne mentionne rien d'autre que ce qui y est indiqué dans les slides précédents concernant les secteurs spéciaux (ainsi, par ex., pas d'exclusion de négociations sur les exigences minimales ou critères d'attribution)

III.3 Vers une utilisation plus fréquente du dialogue compétitif aussi ?

➤ Extension du champ d'application du dialogue compétitif

- // avec la procédure concurrentielle avec négociation

Le dialogue compétitif peut être mis en place dans les mêmes cas que ceux visés à l'article 38, § 1er, 1°, a) à d), et 2°

- **Différence**

Dans le cadre du dialogue compétitif, dialogue sur « TOUS les aspects du marché » (art. 30, §3 Directive 2014/24/UE et 39, §3, Loi du 17 juin 2016)

Ratio legis = le législateur européen estime que cette procédure a fait ses preuves dans certains domaines, tels que les projets innovants (considérant 42, Directive 2014/24)

➤ Tempérament

En pratique, mise en place du dialogue compétitif plus complexe et plus longue que si procédure négociée avec publicité préalable

IV. PROCEDURE NEGOCIEE DIRECTE AVEC PUBLICATION PREALABLE

Quels changements pour la procédure négociée directe avec publication préalable?

- Auparavant intégrée dans la « procédure négociée avec publicité », cette procédure (spécificité belge) désormais consacrée à l'article 41 de la loi du 17 juin 2016

Une procédure négociée directe est possible non seulement pour « *les marchés de fournitures et de services dont le montant estimé est inférieur aux seuils de publicité européenne* », mais également « *pour les marchés de travaux dont le montant estimé est inférieur au seuil de 750.000 euros* »

! Exception à l'art. 89, §1^{er}, 1^o: services sociaux et autres services spécifiques: quel que soit le montant estimé

NB: secteurs spéciaux, art. 123, § 1^{er}: procédure possible pour tous les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils européens

- **Tout opérateur économique intéressé peut soumettre une offre en réponse à un avis de marché – délai min. de réception des offres: 22 jours (pas neuf) (réduction possible comme en procédure restreinte, cfr art. 37, §§3-5; pour secteurs spéciaux: cfr art. 123, §2)**
- **Le pouvoir adjudicateur peut négocier les offres initiales et toutes les offres ultérieures que les soumissionnaires ont présentées en vue d'améliorer leur contenu**

Précisions

- Les exigences minimales, les critères d'attribution et leur pondération, ainsi que les offres définitives ne peuvent pas être négociées
 - Aucune obligation de négociation dans le chef du pouvoir adjudicateur
- **6§4-6 identiques à l'article 38, §§ 6 à 8 (cfr slide 17 ci-avant)**

- **En ce qui concerne les « secteurs spéciaux », procédure moins encadrée**

L'article 123 ne mentionne pas (motif de souplesse), en dépit d'une remarque du Conseil d'Etat:

- d'offres initiales ou définitives,
- que les exigences minimales (ou critères d'attribution) ne peuvent pas être négociés
- que des modifications peuvent être apportées aux spécifications techniques/documents du marché
- qu'il peut y avoir des phases diverses

! Respect des principes fondamentaux

V. PROCEDURE NEGOCIEE SANS PUBLICATION PREALABLE

V.1 Hypothèses de recours à la procédure négociée sans publication préalable (art. 42, §1^{er})

CONSTAT : champ d'application plus restreint (méfiance)

➤ **Suppression de trois cas**

- **Travaux ou services complémentaires qui ne se trouvaient pas dans le projet initial, mais devenus nécessaires à la suite d'une circonstance imprévue** -> Dorénavant: cfr dispositions sur la modification des marchés
- **Seules des offres irrégulières ou des offres inacceptables ont été présentées en réponse à une procédure ouverte ou restreinte** -> Dorénavant : seulement envisagé au niveau de la « procédure concurrentielle avec négociation »
- **Marchés de travaux, de fournitures et de services déclarés secrets ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité** -> Désormais : régis par la loi défense et sécurité

➤ **Précisions du législateur**

- **Aucune demande de participation ou demande de participation appropriée, ou aucune offre ou offre appropriée n'a été déposée, à la suite d'une procédure ouverte ou restreinte (art. 42, §1^{er}, al. 1, 1^o, c) -> inapproprié ?**
 - Demande inappropriée: opérateur économique doit ou peut être exclu ou ne remplit pas les critères de sélection
 - Offre inappropriée: offre sans rapport avec le marché parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modifications substantielles, de répondre aux besoins et exigences du pouvoir adjudicateur spécifiés dans les documents du marché

➤ **Formulation remaniée**

- **Travaux, fournitures ou services ne pouvant être fournis que par un opérateur économique pour l'une des trois raisons suivantes (art. 42, §1^{er}, al. 1, 1^o, d) :**
 - 1) l'objet du marché est la création/acquisition d'une œuvre d'art
 - 2) l'absence de concurrence pour raisons techniques
 - 3) la protection de droits d'exclusivité
- ! Il doit clairement apparaître dès le départ qu'une publication ne susciterait pas plus de concurrence ou n'apporterait pas de meilleurs résultats, en particulier parce qu'il n'existe objectivement qu'un seul opérateur économique capable d'exécuter le marché (pas de restriction artificielle des conditions du marché)

- ! Justification par le pouvoir adjudicateur de l'absence de solutions de remplacement ou de rechange raisonnables
- ! Si exclusivité due à des raisons techniques, définition et justification au cas par cas

- **Travaux services nouveaux consistant dans la répétition de travaux ou services similaires (art. 42, §1^{er}, al. 1, 2^o)**
 - > Conformité à un projet de base
 - > Projet de base dans le cadre d'un marché passé selon une procédure ayant fait l'objet d'un appel à la concurrence (≠ seules procédures ouvertes et restreintes) (assouplissement)
 - > Précision dans le contenu du projet de base de l'étendue des travaux/services « supplémentaires » possibles + conditions de leur attribution
 - > Montant total des travaux/services « supplémentaires » à prendre en considération pour la détermination du montant estimé du marché initial
 - > Précision dans les travaux préparatoires sur durée du marché répétitif
-

- **Fournitures ou de services achetés à des conditions particulièrement avantageuses (art. 42, §1^{er}, 3^o)**

Hypothèse étendue aux marchés de services, en plus des marchés de fournitures (assouplissement)

➤ **Nouveauté particulière**

Services sociaux et autres services spécifiques (art. 89, §1^{er}, 2^o)

- Montant estimé < 750.000 €
- Si montant estimé \geq 750.000 € dans les cas visés à l'art. 42, §1^{er}, al. 1^{er}, 1^o, b, c et d, 2^o, 3^o, 4^o et 5^o

➤ Pas de changement

- **Dépense à approuver (!), hors TVA , < aux montants fixés par le Roi (art. 42, §1^{er}, al. 1, 1^o, a)**
- **Urgence impérieuse ne permettant pas de respecter les délais exigés par la procédure ouverte, restreinte ou concurrentielle avec négociation (art. 42, §1^{er}, al. 1, 1^o, b)**
- **Produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement (art. 42, §1^{er}, al. 1, 4^o, a)**
- **Fournitures complémentaires destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations, soit à l'extension de fournitures ou installations existantes (art. 42, §1^{er}, al. 1, 4^o, b)**
- **Fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières (art. 42, §1^{er}, al. 1, 4^o, c)**
- **Marché de services faisant suite à un concours (art. 42, §1^{er}, al. 1, 5^o)**

➤ **Remarque**

Délégation au Roi prévue (art. 42, §1^{er}, al. 2) pour les marchés de fournitures qu'il détermine lorsqu'il s'agit d'achats d'opportunité

Le Roi déterminera le plafond pour la valeur estimée de ces marchés (en tout état de cause, en-dessous du seuil pour la publicité européenne)

- **NB: pour les cas de procédure négociée sans mise en concurrence préalable dans les secteurs spéciaux : cfr art. 124, §1^{er}**

V.2 Règles applicables à la procédure négociée sans publication préalable (art. 42, §§2 à 4)

- Le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les soumissionnaires les offres initiales et ultérieures
- Pas de négociations sur
 - les critères d'attribution (et leur pondération)
 - les exigences minimales (sauf pour les marchés dont montant estimé < seuils européens, à moins d'une exclusion de cette possibilité de négociations dans les documents du marché)

(NB: pas de disposition équivalente dans les secteurs spéciaux)

- **Articles non applicables aux marchés dont montant estimé < seuils européens, sauf dispositions contraires dans les documents du marché POUR (NB: quelque peu différent pour les secteurs spéciaux: cfr art. 124, §2, al. 1^{er}):**
 - art. 68 (exclusion facultative)
 - art. 70 (critères de sélection)(= plus limité qu'avant)

- **Article 80 (utilisation obligatoire des critères d'attribution) non applicable pour les marchés visés à l'article 42, §3, al. 2, sauf disposition contraire dans les documents du marché (NB: quelque peu différent pour les secteurs spéciaux: cfr art. 124, §2, al. 2)**

- **Aucun délai min. de réception des offres**
- **Marchés de faible montant: art. 92 ! Amendement n° 6 rejeté**

VI. CONCLUSION

Consécration de la volonté législateur européen

- Assouplissement des hypothèses de procédure négociée requérant une publication
- Favorisation de la concurrence et de l'innovation
- Garantie des principes de transparence et d'égalité

Bémols

- TOUS les aspects du marché ne peuvent pas toujours être négociés
- Restriction de la liberté de forme présente dans la loi du 15 juin 2006
- Risque de multiplication des recours

**France Vlassembrouck
Loyens & Loeff
Rue Neerveld,101-103
1200 Bruxelles**

Tél.: 02/7001031

GSM: 0473/911454

E-mail: france.vlassembrouck@hotmail.com