

Les principes et les règles à respecter dans les négociations

Elisabeth KIEHL

Introduction

Les principes généraux consacrés par la jurisprudence belge, les directives et la jurisprudence européennes ainsi que la loi du 15 juin 2006 et ses arrêtés d'exécution demeurent d'actualité, en particulier dans le cadre des négociations.

La loi du 17 juin 2016 crée de nouvelles règles obligatoires, notamment en matière procédurale.

Quelques procédures donnant matière à négocier

- Procédure concurrentielle avec négociation (article 38 L. 17/06/2016)
- Procédure négociée directe avec publication préalable (article 41)
- Procédure négociée sans publication préalable (article 42)
- Cas particulier : le marché conclu par simple facture acceptée (article 92)

Quel(s) candidat(s) consulter ?

La procédure concurrentielle avec publicité

Régime de publicité formalisé dans la loi

Publication d'un avis de marché (appel à la concurrence dans les secteurs spéciaux)

Quelques exceptions énumérées de manière limitative

Délais minimaux de réception des demandes de participation et des offres (30 jours)

Quel(s) candidat(s) consulter ?

La procédure négociée directe avec publication préalable

Régime de publicité formalisé dans la loi

Publication d'un avis de marché (appel à la concurrence dans les secteurs spéciaux)

Pas d'exception prévue par la loi

Délais minimaux de réception des offres (22 jours)

Quel(s) candidat(s) consulter ?

La procédure négociée sans publication préalable et marchés conclus sur simple facture acceptée

Pas de régime de publicité spécifique : application des principes généraux d'égalité, de non-discrimination, de concurrence et de transparence

➤ Obligation de consulter plusieurs opérateurs économiques

(article 42, § 1^{er})

➤ Obligation de prévoir un délai qui tient compte de la complexité du marché et du temps nécessaire pour préparer l'offre

(article 59)

Quel(s) candidat(s) consulter ?

La procédure négociée sans publication préalable et marchés conclus sur simple facture acceptée

➤ Le PA doit-il adopter une décision formelle de recourir à ces procédures ?

Régime antérieur : oui (loi du 24/12/93; loi du 17 juin 2013)

Une obligation similaire figurera *vraisemblablement* dans les arrêtés d'exécution de la nouvelle loi.

=> considérer qu'il s'agit d'ores et déjà d'une obligation.

Quel(s) candidat(s) consulter ?

La procédure négociée sans publication préalable et marchés conclus sur simple facture acceptée

➤ La « règle des trois prix »

Pratique factuelle, conforme aux principes généraux de droit et aux exigences jurisprudentielles.

Cette règle vise la consultation de plusieurs opérateurs économiques.

L'obligation de mise en concurrence est remplie même si un seul opérateur répond.

Quel(s) candidat(s) consulter ?

La procédure négociée sans publication préalable et marchés conclus sur simple facture acceptée

- Il existe quelques cas dans lesquels il est possible de ne consulter qu'un seul candidat

(article 42, § 1^{er}, 1^o)

! Interprétation restrictive

Quel(s) candidat(s) consulter ?

La procédure négociée sans publication préalable et marchés conclus sur simple facture acceptée

➤ Quid des consultations « verbales » de candidats ?

Loi : muette.

A proscrire : problème de preuve.

Quel(s) candidat(s) consulter ?

La procédure négociée sans publication préalable et marchés conclus sur simple facture acceptée

- Quid du candidat non sollicité qui se manifeste en cours de procédure et dépose d'initiative une offre?

Jurisprudence (rare) du Conseil d'Etat

(arrêt n° 76.093)

Avis nuancés de l'autorité de tutelle

(notion d'intérêt général)

Quel(s) candidat(s) consulter ?

La procédure négociée sans publication préalable et marchés conclus sur simple facture acceptée

- Un exemple problématique : marché public de fourniture pour un véhicule de fonction

Interdiction de principe de comparer des pommes (Jaguar) et des poires (Citroën)

Solution via les documents de marché

Solution attendue du pouvoir exécutif

Un cahier spécial des charges est-il obligatoire ?

- Intérêt pour le pouvoir adjudicateur
- Régime antérieur : obligation de principe si le montant estimé du marché dépasse le seuil de 30.000,00 euros (A.R. du 14 janvier 2013)
- Régime actuel: à vérifier dans les futurs arrêtés d'exécution

Négociations : que préciser dans les documents de marché ?

Procédure concurrentielle avec publicité

L'objet du marché (besoins et caractéristiques)

Les critères d'attribution (non négociables)

Les exigences minimales (non négociables)

Des indications suffisamment précises pour que les opérateurs économiques puissent déterminer la nature et la portée du marché

Négociations : que préciser dans les documents de marché ?

Procédure négociée directe avec publication préalable

L'objet du marché (besoins et caractéristiques)

Les critères d'attribution (non négociables)

Les exigences minimales (non négociables)

Des indications suffisamment précises pour que les opérateurs économiques puissent déterminer la nature et la portée du marché

Négociations : que préciser dans les documents de marché ?

La procédure négociée sans publication préalable et marchés conclus sur simple facture acceptée

L'objet du marché (besoins et caractéristiques)

Les critères d'attribution (non négociables)

Les exigences minimales (négociables sous conditions !)

Des indications suffisamment précises pour que les opérateurs économiques puissent déterminer la nature et la portée du marché

Négociations : que préciser dans les documents de marché ?

Conseils

Prévoir des clauses destinées à garantir l'impartialité de la procédure de négociations (exigences de confidentialité, modalités pratiques des négociations, ...)

Décider du sort des irrégularités éventuelles : sont-elles régularisables ?
Quelles sont les conditions de recevabilité impératives des offres?

(! Jurisprudence actuellement divisée)

Négociations : que préciser dans les documents de marché ?

C.E., arrêt 233.205

Exclusion d'une offre en raison de deux dettes ONSS, dont l'une a donné lieu à un plan d'apurement et l'autre à une contestation de principe.

Cause d'exclusion facultative.

Obligation de tenir compte du plan d'apurement et de la contestation formulée. Convaincre le C.E. de la manière (régulière) dont a été exercée la faculté d'écarter l'offre.

Négociations : que préciser dans les documents de marché ?

Un exemple problématique : peut-on privilégier les commerces locaux et le circuit court afin de favoriser le développement local ?

- Ne consulter que des commerçants locaux
- Prévoir des critères spécifiques (quotas ...)
- Procédure en règle conforme aux principes généraux, sous réserve d'un examen au cas par cas

La négociation est-elle obligatoire?

Procédure concurrentielle avec publicité

- Obligation de principe
- Faculté d'y déroger dans l'avis de marché
- Nécessité d'une justification objective
- MAIS possibilité de réduire les négociations à leur plus simple expression

La négociation est-elle obligatoire?

Procédure négociée directe avec publication préalable

- Pas d'obligation
- L'offre initiale peut valoir offre définitive
- Pas d'obligation de le mentionner dans les documents de marché (selon la loi, le PA peut négocier)

! MAIS plus prudent

La négociation est-elle obligatoire?

La procédure négociée sans publication préalable et marchés conclus sur simple facture acceptée

- Pas d'obligation
- L'offre initiale peut valoir offre définitive
- Pas d'obligation de le mentionner dans les documents de marché (selon la loi, le PA peut négocier)

! MAIS plus prudent

Puis-je prévoir différentes phases de négociation ?

Procédure concurrentielle avec publicité

- Possibilité de prévoir des phases successives afin de réduire le nombre d'offres à négocier
- Obligation de le prévoir dans les documents de marché
- Obligation de respecter les principes généraux

Puis-je prévoir différentes phases de négociation ?

Procédure négociée directe avec publication préalable

- Possibilité de prévoir des phases successives afin de réduire le nombre d'offres à négocier
- Obligation de le prévoir dans les documents de marché
- Obligation de respecter les principes généraux

Puis-je prévoir différentes phases de négociation ?

La procédure négociée sans publication préalable et marchés conclus sur simple facture acceptée

- La loi du 17 juin 2016 est actuellement muette
- Conséquence : liberté de choix des techniques de négociations
- Obligation de respecter les principes généraux

(technique dite « du râteau » VS technique dite « de l'entonnoir »)

L'objet et la portée des négociations

Interdiction de l'arbitraire

- Pouvoir discrétionnaire
- Application des principes généraux et de bonne administration même (et surtout) dans les procédures les plus déformalisées (C.E., n° 231.358)

Choix objectif de l'offre la plus intéressante en fonction des besoins à satisfaire

L'objet et la portée des négociations

Principes généraux d'égalité et de non-discrimination

- Interdiction de donner des informations susceptibles de (dé)favoriser un candidat par rapport aux autres candidats;
- Principe de confidentialité des offres (sauf accord écrit et préalable);
- Obligation, le cas échéant, d'organiser un nouveau tour de négociation en cas d'offres de même valeur;
- Les causes de non-conformité sont identiques pour tous les candidats;

L'objet et la portée des négociations

Principes généraux d'égalité et de non-discrimination

- Les demande de modification éventuelles sont adressées à tous (C.E., arrêt n° 231.358)
- Interdiction de variante libre au profit d'un seul candidat (C.E., arrêt n° 229.404)
- Contrôle jurisprudentiel de la comparaison des offres : recherche de l'erreur manifeste d'appréciation

Examen de quelques enseignements jurisprudentiels

C.E., arrêt n° 229.009

Attention à l'utilisation de sous-critères cotés lors de l'analyse des offres

Principes généraux d'égalité, de non-discrimination et de transparence

Vérifier les documents de marché (sont-ils clairement mentionnés ?)

Vérifier l'influence potentielle sur la préparation des offres

=/= de simples « éléments d'appréciation »

Examen de quelques enseignements jurisprudentiels

C.E., arrêt n° 231.358

Possibilité de prendre en compte des éléments d'appréciation sous forme de sous-critères si :

- Il en est fait mention dans les documents de marché
- Aucun coefficient de pondération n'est affecté aux sous-critères

NB: Plus prudent de tout prévoir directement dans les documents de marché.

Examen de quelques enseignements jurisprudentiels

C.E., arrêt n° 231.636

Modification ou suppression d'un critère d'attribution non communiquée aux candidats avant le dépôt des offres.

Interdiction : principe d'égalité

Obligation de tenir compte de l'ensemble des critères prévus par le Cahier spécial des charges.

Examen de quelques enseignements jurisprudentiels

C.E., arrêt n° 234.379

Marché à bordereau de prix, avec quantités indicatives. Comparaison sur base des prix unitaires des offres.

L'inventaire mentionnait le montant total annuel (à compléter en multipliant les prix unitaires par les quantités indicatives). Ce montant total correspond au « prix de l'offre » à prendre en compte. A défaut, l'inventaire n'a aucun sens.

Le principe de transparence interdit donc de comparer les « moyennes des prix unitaires ».

Examen de quelques enseignements jurisprudentiels

C.E., arrêt n° 235.319

Prudence lors de contacts préalables / de prospection de marché

Principe de concurrence

Interdiction de « réunions » hors présence de certains soumissionnaires avant l'attribution du marché.

Actuellement : articles 51 et 52 de la loi du 17 juin 2016

Les négociations dans certaines procédures particulières

Le dialogue compétitif

La loi du 17/06/16 étend le champ d'application de cette procédure (alignement par rapport à la procédure concurrentielle avec négociation).

Similitudes :

- Publication
- Limitation du nombre de candidats pouvant remettre offre
- Meilleur rapport qualité / prix

Les négociations dans certaines procédures particulières

- Dialogue concernant tous les aspects du marché
- Principes généraux et garanties
- Phases successives (à prévoir dans les documents de marché)
- Impossibilité de négocier les aspects essentiels de l'offre initiale
- possibilité de réserver les négociations « finales » à certains candidats

Les négociations dans certaines procédures particulières

Différences :

- But de la procédure : indication des besoins et exigences
- Obligation de prévoir un calendrier indicatif
- Obligation de négocier jusqu'à identifier une solution capable de rencontrer les besoins du PA

! Notons enfin la possibilité de prévoir des primes et paiement aux profit des participants au dialogue.

Les négociations dans certaines procédures particulières

Le partenariat d'innovation

Cette procédure présente, elle aussi, certaines analogies avec la procédure concurrentielle avec négociation.

Similitudes :

- Publication
- Limitation du nombre de candidats pouvant remettre offre
- Meilleur rapport qualité / prix

Les négociations dans certaines procédures particulières

- Exigences minimales et critères d'attribution non négociables
- Principes généraux et garanties
- Phases successives (à prévoir dans les documents de marché)

Les négociations dans certaines procédures particulières

Différences :

- But de la procédure : inclut la recherche et le développement
- Structure et étapes
- Obligation de principe de négocier

CONCLUSION

Elisabeth KIEHL

La présente présentation a été réalisée dans le cadre de la journée d'étude organisée le 17 novembre 2016 par POLITEIA.

Elle n'engage pas la responsabilité de son auteur et n'a aucune prétention d'exhaustivité.

Cette présentation ne tient compte que de la situation existante au 30 octobre 2016, ce qui implique notamment que les arrêtés d'exécution de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics n'avaient pas encore été adoptés au moment de sa rédaction.