



Marchés publics : nouvelle réglementation

Pierre LEJEUNE, avocat

Le 9 août 2011 a été publié l'arrêté royal du 15 juillet 2011 « relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ». Cette réglementation comporte des définitions utiles, apporte son lot de nouveautés et précise, voire modifie certaines solutions anciennes. Elle constitue une étape nécessaire, mais non suffisante, à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur les marchés publics. En voici quelques extraits.

Champ d'application

Les marchés publics sont découpés en différents « secteurs » : celui de la « défense et de la sécurité » (directive 2009/81/CE), celui des « secteurs spéciaux » soit l'eau, l'énergie, les transports et la poste, et les « secteurs classiques ». L'arrêté royal du 15 juillet 2011 détermine les règles de passation des marchés dans les secteurs classiques et a donc, potentiellement, un vaste champ d'application.

Quelques définitions

L'arrêté sacrifie utilement à la technique légistique consistant à définir les termes qu'il se propose d'utiliser. Quelque seize définitions sont proposées.

Ainsi, la « variante » est « *un mode alternatif de conception ou d'exécution* » du marché : l'analyse ancienne, selon laquelle la variante ne peut concerner que la seule exécution technique du marché, est donc abandonnée. La variante peut être obligatoire (le soumissionnaire doit établir une offre à la fois pour le projet de base et pour chaque variante), facultative (le soumissionnaire peut présenter une offre pour une ou plusieurs variantes - les documents du marché peuvent imposer la remise d'une offre pour la solution de base) ou libre (initiative du soumissionnaire, interdite en adjudication et pouvant être interdite par le pouvoir adjudicateur pour les marchés pour lesquels une publicité européenne est obligatoire).

Au rebours de la variante, « l'option » ne peut porter que sur un « *élément accessoire et non strictement nécessaire à l'exécution du marché* ». Elle peut être obligatoire ou libre. En adjudication, l'option libre ne peut être assortie d'aucun supplément de prix ou autre contrepartie.

Quelques nouveautés

1. La réglementation nouvelle évoque désormais la pratique selon laquelle un pouvoir adjudicateur « *prospecte le marché* » en vue d'établir les documents et spécifications d'un futur cahier des charges.

Si elle est reconnue dans son principe, cette pratique ne peut avoir pour effet d'empêcher ou de fausser la concurrence, ce qui est aisé à concevoir, mais peut poser des difficultés pratiques : pour l'entreprise pressentie comme pour l'autorité quémandeuse, où s'arrête la communication utile d'informations et où commence celle qui est interdite ?

2. Les questions de sécurité informatique sont abordées : tout écrit électronique comportant « *une macro ou un virus informatique ou tout autre instruction nuisible* » détectés dans la version reçue peut, « *en cas de nécessité technique* », être réputé ne pas avoir été reçu, sauf s'il s'agit d'une demande de participation ou d'une offre. L'émetteur de l'écrit en sera immédiatement informé.

3. Nouveauté issue du droit européen, et déjà inscrite dans la loi nouvelle, un nouveau mode d'attribution de marché fait son apparition : le « dialogue compétitif ». Il s'agit d'une procédure exceptionnelle, portant sur des marchés particulièrement complexes, lorsque le pouvoir adjudicateur n'est « *objectivement pas en mesure de définir les moyens techniques aptes à satisfaire ses besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques, financières ou juridiques* » et estime que « *le recours à la procédure ouverte ou restreinte ne permettra pas de passer le marché* ».

La procédure se réalise en deux étapes : tout d'abord, le pouvoir adjudicateur publie un avis de marché et établit un « document descriptif » où il indique ses besoins et exigences, ainsi que les critères d'attribution. Après sélection qualitative des candidats, le pouvoir adjudicateur noue un dialogue individuel avec chacun de ceux-ci, en vue d'identifier et de définir les « *moyens propres à satisfaire au mieux ses besoins* ». L'égalité de traitement des candidats doit être assurée, notamment par la non divulgation d'informations confidentielles. Le dialogue, qui peut aborder tous les aspects du marché, prend fin - est « *conclu* » - lorsqu'émerge une ou plusieurs solutions rencontrant les besoins du pouvoir adjudicateur.

Dans un second temps, le pouvoir adjudicateur invite chaque participant, dont une ou plusieurs solutions ont été retenues, à remettre une offre. Le marché est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse en fonction des critères d'attribution. Il se conclut par la signature d'une convention - acte bilatéral - et non par la notification de l'approbation de l'offre (acte unilatéral).

Quelques précisions

1. Lors du dépôt des offres, après que le président a déclaré la séance ouverte, les offres tardives « *quelle qu'en soit la cause* », sont refusées. La règle exclut-elle le cas de force majeure ? Certaines critiques ont été élevées contre une telle solution, notamment en ce que le Roi ne disposerait pas de l'habilitation légale requise. A tout le moins, la nouvelle règle rompt avec la jurisprudence du Conseil d'Etat, qui admettait le dépôt tardif d'une offre lorsque le retard trouvait son origine dans le fait de l'administration, telle une erreur de fléchage du local où se déroule l'ouverture des offres.

2. Au stade de la sélection qualitative, les exigences doivent être proportionnées à l'objet du marché. Cette précision peut utilement servir de support au recours d'un soumissionnaire se considérant comme injustement exclu du droit de se porter candidat au marché.

Le pouvoir adjudicateur qui a accès gratuitement, par des moyens électroniques, à certains renseignements ou documents détenus par des autorités publiques, dispense les personnes concernées de la communication de ces renseignements ou documents.

Lorsqu'un soumissionnaire a déjà franchi l'étape de sélection qualitative auprès du même pouvoir adjudicateur à l'occasion d'un précédent marché contenant les mêmes exigences, il est dispensé de produire les documents requis pour autant qu'il identifie la procédure antérieure.

3. Quelques précisions apparaissent pour les marchés à lots : au stade de la sélection qualitative, le pouvoir adjudicateur peut fixer des conditions minimales à satisfaire pour chacun des lots séparément et des conditions plus strictes en cas d'attribution de plusieurs lots à un même soumissionnaire.

Les rabais (en adjudication) ou proposition d'amélioration (en appel d'offres) peuvent être proposés en cas d'attribution simultanée de plusieurs lots si les documents du marché ne l'interdisent pas. En cas de silence du cahier spécial des charges, la règle est donc inversée par rapport à la situation actuelle.

Enfin, le soumissionnaire le mieux disant ou ayant remis l'offre la plus intéressante se détermine en tenant compte à la fois des rabais ou améliorations proposées pour certains groupements et de l'ensemble de tous les lots.

4. Comme auparavant, le marché se conclut par la notification de l'approbation de l'offre, laquelle peut se réaliser par télécopieur, d'autres moyens électroniques ou une lettre recommandée, cette formalité devant, en toutes hypothèses doubler les autres envois.

5. Des indications sont fournies lorsque, cas fréquent, le marché n'est pas conclu au moment où le délai de validité des offres est expiré : le pouvoir adjudicateur demande par écrit à l'auteur de la meilleure offre si celle-ci est maintenue et, dans l'affirmative, attribue le marché sur cette base. Le soumissionnaire peut toutefois demander un supplément de prix si l'augmentation se justifie par des événements intervenus après l'ouverture des offres et si le prix ainsi majoré reste le moins disant. Si la demande est considérée comme justifiée, le marché est attribué au prix majoré. Dans le cas contraire, le pouvoir adjudicateur dispose de la faculté, soit d'interroger successivement les autres soumissionnaires dans l'ordre de leur classement, soit de les consulter tous, simultanément. Dans ce dernier cas, le marché est attribué selon le prix proposé lors du second tour.

6. Une grande partie du contentieux de l'attribution des marchés publics porte sur la régularité des offres ou des soumissions et des conséquences de manquements, statistiquement guère évitables, par rapport aux clauses techniques des cahiers spéciaux des charges. Sur ce point, la réglementation nouvelle n'innove pas, ce qui a pu être regretté par les premiers commentateurs.

Aspects chronologiques

Longtemps annoncée, l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2006, qui constitue la nouvelle loi sur les marchés publics, a franchi une étape significative avec la publication de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Une autre étape a été franchie avec l'entrée en vigueur, depuis le 28 septembre 2011, du nouveau régime relatif au dialogue compétitif. Mais ces étapes ne sont pas suffisantes : l'arrêté du 15 juillet 2001 n'est, lui-même, en grande partie, pas encore en vigueur, et d'autres arrêtés doivent encore être adoptés (notamment l'arrêté royal contenant les règles générales d'exécution des marchés publics).

Il faudra encore patienter quelque peu...