

> Isabelle Vincke

MARCHÉS PUBLICS : CE QUI A CHANGÉ AU 30 JUIN

La loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (Loi marchés publics 2016) est entrée en vigueur le 30 juin dernier. Focus sur les changements, au format « bullet points ».

• Accroissement de l'efficacité des marchés publics

Au rang du renforcement de l'efficacité des marchés publics, citons l'utilisation progressive de **moyens électroniques**¹ qui assure plus de transparence et la promotion d'une concurrence élargie. Les marchés publics par voie électronique deviendront la règle. Des exceptions sont prévues. La notion de moyens électroniques est définie de manière très large. L'obligation d'utiliser des moyens électroniques sera applicable pour les marchés supérieurs aux seuils européens à partir du 18 octobre 2018, sauf pour les centrales d'achats (18 avril 2017). Pour les marchés qui n'atteignent pas ces seuils, cette obligation n'entrera en vigueur que le 1^{er} janvier 2020.

Ceci devrait en même temps générer une diminution des charges administratives.

• Accès plus large aux marchés aux Petites et Moyennes Entreprises (PME)

L'accès élargi aux PME aura essentiellement lieu par le biais de **la répartition en lots**, selon la règle du « *divide or explain* » c'est-à-dire que le pouvoir adjudicateur doit, pour les marchés au-dessus des seuils de publicité européenne, indiquer les raisons pour lesquelles le marché n'est pas divisé en lots².

La possibilité unique de régularisation³

au niveau des dettes fiscales et sociales des candidats et soumissionnaires instaure un régime moins sévère qui profitera également aux PME.

L'esprit du texte qui découle de directives européennes protège les PME contre des exigences trop élevées, trop sévères ou trop coûteuses (pour les marchés qui n'atteignent pas le seuil pour la publicité européenne).

• Utilisation des marchés publics comme un instrument au service d'objectifs sociétaux communs tels l'environnement, l'intégration sociale et l'innovation

L'obligation de respect du droit environnemental, social et du travail revêt à présent une portée plus générale. Le respect de ces obligations est érigé en **principe général dans le cadre de la passation de marchés publics**.

Partant du principe que le non-respect du droit environnemental, social et du travail a souvent pour effet de fausser la concurrence

et de permettre le **dumping social**, l'obligation incombant aux opérateurs économiques de respecter ces droits est une suite logique de l'obligation selon laquelle les opérateurs économiques doivent être traités sur un pied d'égalité et sans discrimination.

Notons que c'est la première fois qu'il est fait mention du fait que les entreprises sont tenues de respecter les obligations en matière de droit environnemental.

L'obligation de respecter ces droits s'impose non seulement dans les différentes phases de la passation des marchés publics mais aussi lors de leur exécution.

La lutte contre le dumping social est renforcée par cette obligation mais aussi par l'élargissement des motifs d'exclusion obligatoires au travail des enfants, à la traite des êtres humains et à l'occupation de personnes en situation illégale⁴.

Les opérateurs doivent aussi faire respecter l'obligation par leurs sous-traitants ou toute personne qui met du personnel à disposition. Et il s'agit de toutes les obligations applicables dans le domaine du droit social, du travail et environnemental, qu'elles soient issues du droit de l'Union, du droit national, des conventions ou des dispositions internationales⁵.

• Principe de proportionnalité

La Loi marchés publics 2016, prévoit désormais, à côté des principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence, **le principe de proportionnalité au titre de principe général gouvernant le droit des marchés publics**⁶.

L'application de ce principe par rapport aux motifs d'exclusion facultatifs aura pour conséquence que de petites irrégularités ne pourront plus entraîner l'exclusion d'un entrepreneur que dans des circonstances exceptionnelles. Cependant, si ces petites irrégularités devaient se répéter, ceci pourrait mettre en doute la fiabilité de l'entrepreneur et constituer ce faisant un motif d'exclusion.

• Exclusion de certains services juridiques

Les « litigation services » ou services juridiques relatifs à des litiges ne sont plus soumis à la Loi marchés publics. Il s'agit de la représentation légale et des conseils juridiques en vue de préparer une procédure contentieuse⁷.

1. Article 14 Loi marchés publics 2016 sur l'obligation d'utiliser des moyens de communication électroniques à tous les stades de la procédure de passation, sauf exceptions. Article 64 Loi marchés publics 2016 sur la mise à disposition des documents de marché par voie électronique.

2. Article 58, §1er Loi marchés publics 2016.

3. Article 68, §1er, al. 3 Loi marchés publics 2016.

4. Article 67, §1er, al. 1, 6° Loi marchés publics 2016.

5. Article 7 Loi marchés publics 2016.

6. Article 4 Loi marchés publics 2016.

7. Article 28, §1er, 4° Loi marchés publics 2016.

En effet, ces services sont caractérisés par leur caractère *intuitu personae*, plus précisément par le lien de confiance qui doit pouvoir exister entre le pouvoir adjudicateur et l'avocat en vue d'une procédure rapide. En outre, force est de constater que dans de nombreux cas, la gestion d'un litige revêt un caractère urgent (par exemple, la nécessité de préparer d'urgence la défense du pouvoir adjudicateur, l'introduction d'une citation à très bref délai ou d'une procédure en référé), ce qui peut empêcher l'application de procédures de passation.

Les autres services de conseil (hors conflit imminent) dénommés « services de consultation » sont encore concernés, mais avec un régime assoupli. Il n'en demeure pas moins que le pouvoir adjudicateur devra toujours respecter les principes de transparence, de proportionnalité et d'égalité de traitement. L'on s'est efforcé d'atteindre un équilibre entre, d'une part, la souplesse et, d'autre part, l'obligation de respecter les principes.

• L'exception « in house » et la coopération « public - public »

Les exceptions de l'*in house* et de la coopération horizontale entre pouvoirs adjudicateurs chargés d'un service public, d'origine jurisprudentielle, sont entérinées dans la Loi marchés publics 2016.

Elle énumère en son article 30 les diverses formes possibles de marchés *in house* qui sont exclus du champ d'application de la Loi: l'*in house* simple, l'*in house* simple indirect, l'*in house* simple ascendant, l'*in house* simple collatéral et l'*in house* conjoint. La Loi précise pour chaque forme de *in house* les conditions à remplir.

La Loi marchés publics 2016 entérine aussi la jurisprudence de la Cour de justice relative à la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de coopérer et, pour ce faire, d'attribuer des marchés sans que le droit des marchés publics ne doive s'appliquer. La Loi prévoit qu'un marché conclu exclusivement entre deux pouvoirs adjudicateurs ou plus est exclu du champ d'application de la Loi si le marché établit ou met en œuvre une coopération entre ces pouvoirs adjudicateurs 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. La mise en œuvre de cette coopération ne peut obéir qu'à des considérations d'intérêt public et les pouvoirs adjudicateurs participants doivent réaliser sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par la coopération⁸.

• Encouragement du recours aux procédures avec négociation

Les nouvelles directives européennes ont changé de paradigme. Elles encouragent désormais, pour autant que les conditions soient remplies, le recours aux procédures intégrant des éléments de négociation, telles que la procédure concurrentielle avec négociation, le partenariat d'innovation et le dialogue compétitif.

La négociation est en effet dorénavant perçue comme un moyen sûr et efficace pour stimuler la concurrence, mieux identifier les risques dans les marchés complexes et permettre une meilleure utilisation des marchés publics.

La procédure négociée sans publication préalable reste cependant strictement encadrée par une détermination limitative de cas dans lesquels il peut en être fait application⁹.

• Nouvelle terminologie pour les procédures de passation

La Loi marchés publics énumère les différentes procédures de passation auxquelles le pouvoir adjudicateur peut recourir. Elle prévoit plus précisément :

- La procédure ouverte ;
- La procédure restreinte ;
- La procédure concurrentielle avec négociation ;
- La procédure négociée sans publication préalable ;
- La procédure négociée directe avec publication préalable (que pour les marchés qui ne dépassent pas le seuil européen) ;
- Le dialogue compétitif ;
- La partenariat d'innovation ;

Les concepts spécifiques et distincts d'« adjudication » et d'« appel d'offres », seulement connus en droit belge, ne sont plus utilisés. Il est dorénavant fait appel aux concepts de « **procédure ouverte** » et de « **procédure restreinte** ». En procédure ouverte, tout opérateur économique intéressé peut soumettre une offre en réponse à un avis de marché¹⁰.

Dans une procédure restreinte, tout opérateur économique peut soumettre une demande de participation en réponse à un avis de marché en fournissant les informations aux fins de la sélection réclamées par le pouvoir adjudicateur. Seuls les opérateurs économiques invités à le faire par le pouvoir adjudicateur à la suite de l'évaluation par celui-ci des informations fournies peuvent soumettre une offre¹¹.

Ces procédures restent les procédures de droit commun que les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser sans justification

La procédure négociée avec publicité est dorénavant remplacée par la **procédure concurrentielle avec négociation**. Les possibilités de faire appel à la procédure concurrentielle avec négociation sont considérablement élargies. Les pouvoirs adjudicateurs pourront notamment y recourir lorsqu'ils auront besoin de solutions qui ne sont pas directement disponibles dans le commerce et utilisables sans modification ou personnalisation sur mesure¹².

Cette nouvelle dénomination vise à mettre davantage en exergue la concurrence plutôt que la négociation afin de mieux distinguer cette procédure de la **procédure négociée sans**

8. Article 31 Loi marchés publics 2016.

9. Article 42 Loi marchés publics 2016.

10. Article 36 Loi marchés publics 2016.

11. Article 37 Loi marchés publics 2016.

12. Article 38 Loi marchés publics 2016.

publication préalable (ancienne procédure négociée sans publicité) à l'égard de laquelle une certaine méfiance est maintenue par le législateur européen qui estime qu'elle ne devrait être utilisée qu'en des circonstances très exceptionnelles¹³. L'obligation pour les pouvoirs adjudicateurs, lorsqu'ils recourent à cette procédure d'attribution, de consulter plusieurs opérateurs économiques est également reprise dans la loi marchés publics 2016. L'impossibilité de consulter plusieurs opérateurs économiques doit être expressément motivée.

La procédure négociée directe avec publication préalable (spécificité belge) faisait auparavant partie de la procédure négociée avec publication, mais est désormais traitée séparément¹⁴. Elle s'applique aux marchés de fournitures et de services dont le montant estimé est inférieur aux seuils européens, et aux marchés de travaux dont le montant estimé est inférieur à 750.000 euros. Le déroulement de la procédure a été largement modifié.

La possibilité d'utiliser un **dialogue compétitif** n'est plus limitée à des marchés particulièrement complexes, lorsque le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas déterminer les moyens techniques nécessaires à l'exécution du marché. Les hypothèses dans lesquelles il peut être utilisé sont quasiment les mêmes que pour la procédure concurrentielle avec négociation.

La procédure se rapproche aussi étroitement de la procédure concurrentielle avec négociation. Les délais minimaux et la possibilité de limiter le nombre de candidats sont identiques¹⁵. Cependant, dans une procédure concurrentielle avec négociation, le pouvoir adjudicateur reçoit des offres. Dans un dialogue compétitif, il reçoit surtout des solutions pouvant mener à des offres lors d'une étape suivante.

Lorsqu'un pouvoir adjudicateur ne trouve pas sur le marché des biens, des services ou des travaux qui correspondent à ses besoins, il peut, par un partenariat d'innovation, désigner le partenaire qui, à la fois, effectuera la recherche et fournira le produit, la prestation ou les travaux qui résulteront de celle-ci¹⁶.

• **Marchés publics de faible montant sur facture acceptée**

La Loi marchés publics 2016 prévoit, comme le prévoyait déjà l'arrêté royal Passation du 15 juillet 2011, un régime particulièrement souple pour les marchés de « faible montant ». Le montant maximal passe par contre de 8.500 euros à **30.000 euros**¹⁷.

• **Réduction des délais minima fixés pour l'introduction des demandes de participation et la remise des offres**

Les délais minima ont été raccourcis d'environ un tiers. Cependant, les délais qui ont été fixés sont des délais minimaux. Il appartiendra toujours au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ces délais s'avèrent suffisants pour permettre aux opérateurs économiques de

soumettre une offre bien élaborée et ce, eu égard aux caractéristiques du marché.

Notons que, contrairement à la réglementation précédente qui établissait une distinction en fonction du montant, des délais identiques seront applicables aux marchés dont le montant est inférieur ou supérieur aux seuils européens.

• **Les critères d'attribution**

Avant, le pouvoir adjudicateur avait le choix entre l'attribution du marché au soumissionnaire ayant remis soit l'offre économiquement la plus avantageuse (sur base de différents critères d'attribution en lien avec l'objet du marché tels la qualité, le prix, la valeur technique,...) soit l'offre au prix le plus bas.

Maintenant l'attribution doit toujours être faite à l'offre économiquement la plus avantageuse¹⁸.

Mais, ce concept est défini différemment que par le passé vu que l'offre économiquement la plus avantageuse le sera à présent soit sur base de son prix, soit sur base du coût selon une approche coût/efficacité (coût du cycle de vie), soit sur base du rapport qualité/prix.

Une nouveauté est que parmi les critères peuvent figurer l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel affecté à l'exécution du marché si la qualité de celui-ci peut avoir « une influence significative sur le niveau d'exécution du marché ». Il s'agit d'un assouplissement du principe selon lequel les critères de sélection ne peuvent pas être utilisés comme critères d'attribution. « Par cette modification, le législateur entend confirmer une tendance suivie par une partie de la jurisprudence belge et européenne et met fin à une insécurité juridique importante et fréquemment rencontrée dans la pratique¹⁹ ».

Notons également une autre nouveauté importante de la nouvelle législation qui est qu'elle a **élargi les possibilités de recours à un label**²⁰. Cette possibilité est désormais ouverte à des labels sociaux ou autres. Il s'agit d'un assouplissement par rapport au régime précédent car la mention de l'exigence explicite d'un label particulier n'implique plus l'obligation d'énumérer dans les documents du marché les spécifications détaillées sur lesquelles repose ce label.

Il est important de noter que les labels peuvent également être utilisés dans les critères d'attribution et dans les conditions d'exécution du marché.

• **Les causes d'exclusion et la DUME**

La législation antérieure prévoyait des causes d'exclusion obligatoires et des causes d'exclusion facultatives.

La Loi marchés publics 2016 prévoit **deux nouveaux motifs d'exclusion obligatoire**. Doivent à présent être exclus les opérateurs qui ont été condamnés pour infractions terroristes ou pour travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains²¹.

13. Article 42 Loi marchés publics 2016.

14. Article 41 Loi marchés publics 2016.

15. Article 121 Loi marchés publics 2016.

16. Article 40 Loi marchés publics 2016.

17. Article 92 Loi marchés publics 2016.

18. Article 81, §1er Loi marchés publics 2016.

19. P. FLAMEY, S. WAUTHIER, C. DE KONINCK, « La loi relative aux marchés publics du 17 juin 2016 – Ratio legis, champ d'application et nouveautés », L'Entreprise et le Droit, 1/2017, p. 47.

20. Art 2, 50° de la Loi marchés publics 2016 : tout document, certificat ou attestation confirmant que les ouvrages, les produits, les services, les procédés ou les procédures en question remplissent certaines exigences.

Le fait de ne pas être en ordre d'impôts, taxes et cotisations sociales est reconnu formellement comme cause d'exclusion obligatoire mais la nouvelle loi prévoit que le pouvoir adjudicateur donne cependant l'opportunité à tout opérateur économique de se mettre en règle avec ces obligations sociales et fiscales dans le courant de la procédure de passation et ce après avoir constaté une première fois que le candidat ou le soumissionnaire ne satisfaisait pas aux exigences. A partir de cette constatation, le pouvoir adjudicateur laisse à l'opérateur économique un délai de cinq jours ouvrables pour fournir la preuve de sa régularisation. Le recours à cette régularisation n'est possible qu'à une seule reprise²².

Les motifs d'exclusion facultatifs sont également plus nombreux.

Peuvent ainsi être exclus les opérateurs qui ont manqué à leurs obligations dans les domaines environnemental, social et du travail, les opérateurs qui ont accompli des actes de nature à fausser les conditions de concurrence, les opérateurs qui sont à l'origine d'un conflit d'intérêts ou d'une distorsion de concurrence du fait qu'ils ont participé à la préparation du marché, les opérateurs qui ont participé à un marché antérieur pour lequel des défaillances importantes ou persistantes de l'opérateur ont été constatées dans le cadre de l'exécution d'une obligation essentielle, enfin, ceux qui ont tenté d'influencer le processus décisionnel du pouvoir adjudicateur²³.

Une nouveauté importante qui ne figurait dans aucun texte mais était reconnue *de facto* par les services de la Commission européenne consiste en l'application du principe de « **self-cleaning** ». La Loi marchés publics 2016 prévoit que tout candidat ou soumissionnaire qui se trouve dans la situation d'exclusion facultative ou obligatoire peut fournir des preuves afin d'attester 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 pouvoir adjudicateur, le candidat ou le soumissionnaire concerné n'est pas exclu de la procédure de passation²⁴.

Pour vérifier que les critères d'exclusion et de sélection sont respectés, il suffira désormais que les candidats ou les soumissionnaires produisent le DUME (Document unique de marché européen). Il s'agit d'une déclaration sur l'honneur propre actualisée et qui est acceptée par le pouvoir adjudicateur. Ce document fera preuve *a priori* en lieu et en place des documents ou certificats délivrés par des autorités publiques ou des tiers pour confirmer que le candidat ou soumissionnaire concerné ne se trouve pas dans un cas d'exclusion et répond aux critères de sélection²⁵.

• Théorie de l'imprévision

La possibilité de révision du marché en cas de bouleversement de l'équilibre contractuel est une disposition nouvelle qui veille expressément

à assurer un fondement légal à l'application de la théorie de l'imprévision²⁶. Cette disposition, selon laquelle le caractère forfaitaire des marchés publics ne fait pas obstacle à la révision du marché en cas de bouleversement de l'équilibre contractuel **au détriment de l'adjudicataire**²⁷, donne un fondement légal à l'application de la théorie de l'imprévision dans le cadre des marchés publics.

• Autres dispositions applicables

- La loi du 17 juin 2013 sur la motivation, l'information et les voies de recours telle que modifiée par la loi du 16 février 2017.
- L'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.
- Le projet d'AR modifiant l'AR « RGE » a été approuvé en deuxième lecture au Conseil des Ministres du 28/04/17. Étant donné que le projet renvoie au projet d'AR « secteurs spéciaux », il ne peut être publié qu'une fois que l'AR « secteurs spéciaux » sera également finalisé.

CONCLUSION

En optant pour l'élaboration d'une nouvelle loi sur les marchés publics plutôt que pour une adaptation de la loi existante qui datait de 2006 mais dont l'entrée en vigueur n'a eu lieu que le 1^{er} juillet 2013, le législateur a fait un choix lourd de conséquences. Comme le précisent Messieurs Flamey, Wauthier et De Koninck dans leur excellent article sur la nouvelle loi²⁸, « alors que les praticiens sont en demande de stabilité, le législateur a privilégié une approche que l'on peut qualifier de *tabula rasa* à plusieurs niveaux : reprise littérale de la terminologie de la directive remplaçant des concepts bien connus en Belgique, structure calquée sur celle de la directive, insertion d'un nombre conséquent de dispositions dans la loi au lieu des arrêtés royaux, fréquente application de règles identiques (et donc plus strictes) au-dessus et en dessous des seuils, etc. ».

Ces changements relèvent parfois de la révolution et ne cadrent pas toujours avec la simplification que cette nouvelle loi est censée offrir aux opérateurs économiques pour les inciter à participer aux commandes publiques.

A ce stade, il n'est pas possible de conclure que l'objectif de simplification est atteint. De prime abord, il semble au contraire que le droit des marchés publics ne fait que se complexifier avec pour conséquence qu'il semble de plus en plus difficile pour opérateurs économiques de l'appliquer sans recourir aux services d'experts en cette matière.

21. Article 67 Loi marchés publics 2016.

22. Article 68 Loi marchés publics 2016.

23. Article 69 Loi marchés publics 2016.

24. Article 70 Loi marchés publics 2016.

25. Article 73 Loi marchés publics 2016.

26. Article 11 Loi marchés publics 2016.

27. Précisé dans l'exposé des motifs alors que ce droit était également ouvert au pouvoir adjudicateur sous l'empire de la loi marchés publics 2006.

28. P. FLAMEY, S. WAUTHIER, C. DE KONINCK, op. cit., p. 55.