

LES NOUVELLES CONTRAINTES EN MATIERE DE MARCHES PUBLICS

I - PREAMBULE

Jusqu'à présent, la majorité des achats d'équipements effectués par les services échappaient à la réglementation relative aux marchés publics. En effet, en vertu de la législation actuelle, seuls les marchés subventionnés par les pouvoirs publics, passés par les institutions universitaires de droit privé, tombaient dans le champ d'application de la loi.

Cette législation a été modifiée et le statut dérogatoire des universités de droit privé a été supprimé. A l'instar des universités de la Communauté française, les universités dites « privées » deviennent des pouvoirs adjudicataires à part entière pour TOUS leur marchés, indépendamment de la source de financement de ceux-ci.

Cette modification est déjà entrée en vigueur le 1^{er} février 2008 pour les marchés atteignant les seuils européens, soit 206.0000 € pour les marchés de fournitures et de services.

II. L'UNIVERSITE DEVRA RESPECTER LES PROCEDURES D'ATTRIBUTION PREVUES PAR LA LOI SUR LES MARCHES PUBLICS ET SES ARRETES POUR TOUTES LES COMMANDES ATTEIGNANT LES SEUILS EUROPEENS.

A. PROCEDURE NEGOCIEE, APPEL D'OFFRES ET ADJUDICATION

Aujourd'hui lorsqu'un équipement coûteux doit être acquis par un service, celui-ci invite généralement des fournisseurs de son choix à lui remettre une offre et négocie librement avec le ou les fournisseurs retenus le prix, les accessoires et options, les garanties,

La procédure qui se rapproche le plus de cette manière d'agir dans le cadre de la loi est la **procédure dite négociée** qui revêt toutefois un caractère exceptionnel et ne peut être utilisée que dans les cas limitativement énumérés par la loi, à savoir principalement.

- le marché a pour objet des fournitures ou services déclarés secrets ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité ;
- en cas d'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles ;
- aucune offre ou seules des offres irrégulières ont été déposées à la suite d'une adjudication ou d'un appel d'offres ;
- les fournitures ou services ne peuvent être confiés qu'à un fournisseur déterminé en raison de leur spécificité technique, artistique, ou tenant à la protection de droits d'exclusivité ;
- sous certaines conditions, lorsqu'il s'agit de fournitures ou de services complémentaires ;
- pour les marchés de fournitures uniquement, lorsque les articles sont fabriqués à titre de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement.

Dans tous les autres cas, le marché ne pourra être attribué qu'au terme **d'une procédure d'appels d'offres ou d'adjudication**.

En adjudication, le marché doit être attribué à l'auteur de l'offre « la moins disante », tandis qu'en appel d'offres, l'attribution du marché s'opère en faveur de l'offre jugée « la plus intéressante » (laquelle n'est pas nécessairement la moins chère). Dans ce cas, le cahier des charges doit préciser les critères d'attribution et la pondération de ceux-ci.

Chacune de ces deux procédures peut être soit **ouverte** (adjudication publique / appel d'offre général), soit **restreinte** (adjudication restreinte/ appel d'offres restreint). Les procédures restreintes impliquent une phase préalable et autonome de sélection des candidats qui, seuls, seront appelés à remettre une offre.

B. L'OBLIGATION DE PUBLIER LE MARCHÉ

Quelle que soit la procédure choisie, des **règles de publicité** doivent être respectées. La décision de lancer le marché doit être annoncée par un « **avis de marché** » publié au Journal Officiel de l'Union Européenne (publicité européenne) ainsi que dans le Bulletin des Adjudications et ce afin de prévenir les opérateurs économiques potentiels. Les modèles d'avis sont imposés par la réglementation et doivent être complétés et transmis par voie électronique.

Ils doivent contenir des informations telles que :

- les coordonnées complètes du pouvoir adjudicateur ;
- la description succincte de l'objet du marché
- le mode de passation, la nature et la quantité des produits à fournir (fournitures) ou la nature et l'étendue des prestations (services) ;
- les renseignements et documents nécessaires pour l'évaluation des conditions minimales de caractère financier, économique et technique que le pouvoir adjudicateur fixe aux candidats pour leur sélection ;
- la date limite de réception des demandes de participation ou des offres et l'adresse à laquelle elles doivent être transmises. En procédure restreinte le délai est de minimum 37 jours pour déposer une candidature et 40 jours pour remettre offre. En procédure ouverte, le délai minimum est de 52 jours pour remettre une offre. Ces délais peuvent être réduits en cas d'urgence, mais dans des conditions très strictes.

C. LE CAHIER SPECIAL DES CHARGES

Les candidats sélectionnés, en procédure restreinte, ou ceux qui le demandent en procédure ouverte, sont ensuite invités à présenter une offre sur base d'un cahier spécial des charges élaboré par le pouvoir adjudicateur. Le cahier spécial des charges est un des documents essentiel du marché. Il comporte des clauses administratives et des clauses techniques auxquelles les offres devront être conformes Il précise également :

- la date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle elles doivent être envoyées et la langue dans laquelle elles doivent être rédigées.
- l'indication des documents à joindre (attestant la capacité financière, technique, ...)
- les critères d'attribution du marché et la pondération de chacun de ceux-ci
- la date, l'heure et le lieu de l'ouverture des offres

D. LA SELECTION QUALITATIVE DES FOURNISSEURS

Il convient de ne pas confondre la phase de sélection avec la phase d'attribution. Les critères d'attribution doivent permettre d'apprécier la valeur intrinsèque de l'offre déposée. Les critères de sélection qualitative doivent permettre au pouvoir adjudicateur d'apprécier la capacité des candidats à exécuter tel marché en vérifiant s'ils ne sont pas en situation d'exclusion (faillite, non respect des obligations sociales et/ou fiscales, ...) et s'ils disposent d'une capacité économique, technique et financière suffisante.

Dans le cadre des procédures ouvertes, ces deux phases ont lieu simultanément. Dans les procédures restreintes, la sélection des candidats se fait dans une phase précédant le dépôt des offres. Seuls seront retenus et admis à déposer une offre les candidats qui, après évaluation de leur capacité économique, technique et financière, auront été jugés les meilleurs.

La capacité économique et financière peut être justifiée par une ou plusieurs des références suivantes, au choix du pouvoir adjudicateur :

- déclarations bancaires
- présentation des bilans ou comptes annuels de l'entreprise (les trois derniers exercices)
- déclaration relative au chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise au cours des trois derniers exercices.

La capacité technique peut être justifiée notamment par :

la liste des principales livraisons ou prestations de services effectuées pendant les trois dernières années, avec leur montant, leur date et leurs destinataires publics ou privés, la description de l'équipement technique.

Pour les marchés de services en particulier :

- par les titres d'études ou professionnels du prestataire et /ou des cadres de l'entreprise
- par une déclaration mentionnant les effectifs moyens annuels et l'importance des cadres durant les trois dernières années
- par une description des mesures prises par le prestataire pour s'assurer de la qualité ainsi que des moyens d'étude et de recherche de son entreprise.

Dans tous les cas, les références réclamées doivent être mentionnées dans le cahier spécial des charges ou dans l'avis de marché.

Les fournisseurs belges employant du personnel assujéti à la sécurité sociale des travailleurs salariés doivent obligatoirement fournir une attestation de l'ONSS prouvant qu'ils sont en règle au point de vue des cotisations sociales. Une règle analogue est prévue pour les fournisseurs étrangers. Le fait de ne pas pouvoir produire une telle attestation constitue un motif d'exclusion et une cause d'irrégularité de l'offre.

E. L'OUVERTURE DES OFFRES

L'ouverture des offres, se déroule aux lieu, date et heure fixés dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges.

En appel d'offres restreint, seuls les soumissionnaires ou leurs représentants (dûment mandatés) sont admis dans le local prévu. Dès que le président déclare la séance ouverte, aucune offre ne peut encore être acceptée. On procède ensuite au dépouillement des offres.

Toutes les offres, documents annexes, et le cas échéant modificatifs, doivent être paraphés page par page par le président ou son assesseur. Le président proclame le nom des soumissionnaires et leur domicile.

Un procès-verbal de séance est rédigé immédiatement et signé par le président et un assesseur.

Pour choisir l'adjudicataire, le pouvoir adjudicateur doit vérifier les opérations arithmétiques des offres et rectifier les erreurs matérielles ou de calcul manifeste. En cas de doute, il invite le soumissionnaire à lui fournir toutes précisions utiles dans le délai imposé.

En appel d'offre, le marché est attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière jugée la plus intéressante selon les critères d'attribution déterminés par le pouvoir adjudicateur. Ces critères, de mêmes que la pondération attribuée à chacun de ceux-ci, doivent être énumérés dans le cahier spécial des charges.

Les soumissionnaires sont, en principe, tenus par leur offre pendant un délai de 60 jours calendrier prenant cours le lendemain du jour de l'ouverture des offres ou un autre délai précisé dans le cahier spécial des charges.

F. LA PERIODE DE « STAND STILL »

Avant de pouvoir attribuer le marché à l'adjudicataire dont l'offre a été jugée la plus intéressante, le pouvoir adjudicateur doit informer tous les soumissionnaires qui ont été considérés comme irréguliers ou dont l'offre n'a pas été choisie.

Les intéressés disposent d'un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour de l'envoi de l'information pour introduire éventuellement un recours dans le cadre d'une procédure en référé devant le juge judiciaire ou par une procédure d'extrême urgence devant le Conseil d'Etat.

En l'absence d'une information écrite au pouvoir adjudicateur dans le délai imparti, celui-ci peut poursuivre la procédure en informant le soumissionnaire dont l'offre a été retenue. Cette notification a vocation de conclure le contrat.¹

Cette notification doit avoir lieu dans le délai durant lequel les soumissionnaires restent engagés par leur offre (en principe 60 jours). Si le pouvoir adjudicateur ne respecte pas ce délai, le marché n'est conclu que moyennant son accord écrit et sans réserve. Dans ce cas, si le soumissionnaire invoque des circonstances survenues postérieurement à l'ouverture des offres pour demander une modification de son offre, cette modification doit être acceptée par le pouvoir adjudicateur pour autant que cette offre reste la plus intéressante.

Le pouvoir adjudicateur est tenu de notifier au soumissionnaire dont l'offre, quoique régulière, n'a pas été choisie, la décision motivée d'attribution du marché. La décision motivée doit donc se référer aux critères d'attribution du marché.

¹ Cette procédure, appelée « stand still » a été introduite dans la loi de 1993 par la loi programme de juillet 2004 pour tenir compte de la jurisprudence de la Cour de Justice Européenne et vise à permettre aux soumissionnaires dont l'offre n'a pas été choisie d'interroger le pouvoir adjudicateur sur la motivation de la décision et d'introduire, s'ils estiment être lésés par celle-ci, un recours auprès de la juridiction compétente, ceci avant que tout contrat ne soit conclu entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire de par la notification de la décision d'attribution

G. L'APPLICATION DU CAHIER GENERAL DES CHARGES

Les marchés atteignant les seuils européens sont, enfin, soumis de plein **droit au cahier général des charges (C.G. Ch.)**

Celui-ci contient les règles générales d'exécution communes à tous les marchés publics, par opposition au cahier spécial des charges, qui contient les clauses contractuelles particulières à un marché bien déterminé.

La faculté de déroger aux dispositions du C.G.Ch. n'est autorisée que dans la mesure où les dérogations sont justifiées par les exigences particulières du marché considéré. Dans ce cas, il appartient au pouvoir adjudicateur de préciser avec soin les dérogations dans le cahier spécial des charges.

Par ailleurs, il ne peut être dérogé à certaines clauses du C.G.Ch. que moyennant motivation formelle dans le cahier spécial des charges. Ces clauses concernent notamment le cautionnement, les paiements, la résiliation, les salaires et conditions de travail, la responsabilité.

III. CONCLUSIONS

Comme on peut le constater, l'application de la réglementation relative aux marchés publics implique, nettement plus d'administration, plus de rigueur et des délais sensiblement plus longs dans les processus de commande.

Ainsi, il ne sera plus permis de soumettre au FNRS des projets avec une offre de prix précise pour l'achat d'un équipement pour obtenir une subvention. Il faudra systématiquement lancer un marché avant de communiquer au FNRS l'offre retenue.

Une alternative consiste à se limiter à consulter le marché de manière générale (catalogues de ventes, sites web etc ..) en étant attentifs à ce que le document communiqué au FNRS soit une " estimation de coût" mais en aucun cas une offre de telle sorte qu'un marché puisse être lancé après la décision de subvention.

Si pour l'instant les contraintes résultant de la législation relative aux marchés publics ne concerne que les marchés d'une certaine importance – soit 206.000 €HTVA - , cette limitation n'est que temporaire.

En effet, la loi du 15 juin 2006, dont les arrêtés d'exécution sont en cours d'élaboration et qui n'est donc pas encore en vigueur, supprime le statut particulier des universités de droit privé, qui deviennent des pouvoirs adjudicateurs à part entière, quel que soit la source de financement de la commande. . Dès l'entrée en vigueur de la loi de 2006, l'ensemble des marchés de l'Université devront être conformes à la réglementation quel que soit leur montant.

Le recours à la procédure négociée sans publicité, ne sera alors autorisé que pour les marchés inférieurs à 67.000 €HTVA. Au delà de ce montant², le marché devra faire l'objet d'un appel d'offre ou d'une adjudication et être annoncé par une publication au niveau belge dans le Bulletin des Adjudications.³

Le Service des Achats se tient à votre disposition pour vous assister dans ces procédures et répondre à vos questions.

IV. - RECAPITULAIF DES ETAPES A SUIVRE

1° CHOIX DE LA PROCEDURE

- Appel d'offres général ou restreint : offre régulière la plus intéressante
- Adjudication générale ou restreinte : offre régulière la plus basse
- Procédure négociée : seulement dans les cas autorisée par la loi

2° PUBLICATION DE L'AVIS DE MARCHE

Sur le site «WWW.PUBLICATIONSONLINE.BE »

3° ELABORATION DU CAHIER SPECIAL DES CHARGES

Le Service des Achats vous proposera des modèles et vous aidera à rédiger votre CSCH, en particulier les clauses administratives. Les clauses et spécifications techniques doivent être rédigées par vos soins et ne peuvent être orientées de manière à identifier clairement un seul matériel.

4° ANALYSE DES DOSSIERS DE CANDIDATURES SI PROCEDURE RESTREINTE

- les demandes de participation tardives ne sont pas admissibles
- les documents éventuellement manquants peuvent être communiqués avec l'offre

5° COMMUNICATION DU CSCH

- En procédure ouverte, toute société peut demander le CSCH. Celui-ci peut soit être envoyé par le pouvoir adjudicateur, soit être retiré par le soumissionnaire contre rétribution ou gratuitement. Le CSCH peut également être annexé à l'avis de marché par voie électronique. Il perd à ce moment tout caractère éventuellement confidentiel.
- En procédure restreinte, le CSCH est envoyé aux seuls candidats sélectionnés de préférence par recommandé pour certifier la date d'envoi. Il peut être simultanément transmis par mail. Enfin, les soumissionnaires peuvent être invités à venir le retirer contre rétribution ou gratuitement.

² Et hors un des autres cas limitativement visé par la loi – Cfr SUPRA

³ Lorsque le marché est supérieur à 206.000 €HTVA, il devra faire l'objet d'une publicité belge et européenne.

- En procédure négociée, il est envoyé aux sociétés que le pouvoir adjudicateur décide de consulter.

6° LES OFFRES

Pour respecter le principe d'égalité de tous les soumissionnaires, le délai pour remettre offre doit être identique pour tous de même que la date ultime de réception des offres.

Les offres tardives ne peuvent être prises en considération.

ATTENTION : les offres ne peuvent être ouvertes avant la séance d'ouverture des offres.

7° ANALYSE DES OFFRES

L'analyse des offres doit être consignée dans un rapport de soumission qui reprend les étapes de la procédure (publication, identité des soumissionnaires, irrégularités éventuelles, ...) mais surtout qui doit reprendre les motivations du choix de l'offre la plus intéressante et contenir les points attribués à chaque critère.

8° NOTIFICATION DE LA DECISION D'ATTRIBUTION

Après le respect de la période de « Stand Still », la décision d'attribution doit être notifiée à l'attributaire ; cette notification vaut contrat entre les parties.

REMARQUE

La législation relative aux marchés publics imposant le respect de délais déterminés, les envois devront se faire par courrier recommandé.