



Partenariats public-privé

Cours du 10 février 2017



II.2. Ratione materiae

Directives 2004/18/CE, art. 1er, 2 à 3 et 2004/17/CE, art. 1er, art. 2 et art. 3 à 9 et Loi du 15 juin 2006, art. 3, 1^o à 4^o

« 1^o marché public : le contrat à titre onéreux conclu entre un ou plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entreprises publiques et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services »



II.2. Ratione materiae

Section 1re – Un contrat à titre onéreux

§ 1er. - Un contrat...

- Pas une norme attribuant une mission légale ou réglementaire
- Pas un acte unilatéral individuel (en principe)
- Pas les – vraies – subventions

II.2. Ratione materiae

Section 1re – Un contrat à titre onéreux

§ 1er. - ... Avec un «opérateur économique»

- doté de la personnalité juridique, physique ou morale, publique ou privée
- peut lui-même être un pouvoir adjudicateur ...

«Il est par ailleurs indifférent que l'entité concernée ne poursuive pas à titre principal une finalité lucrative, qu'elle n'ait pas une structure d'entreprise ou encore qu'elle n'assure pas une présence continue sur le marché» (C.J.U.E. arrêt du 19 décembre 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.).

II.2. Ratione materiae

Section 1re – Un contrat à titre onéreux

§ 1er. - Un contrat: l'exception « in house »

(jurisprudence initiée par C.J.U.E., arrêt **Teckal**, du 18 novembre 1999, C-107/98)

« Une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services. Dans un tel cas, il ne peut pas être question de contrat à titre onéreux conclu avec une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur. Ainsi, il n'y a pas lieu d'appliquer les règles communautaires en matière de marchés publics.

[...] il n'est pas exclu qu'il puisse y avoir d'autres circonstances dans lesquelles l'appel à la concurrence n'est pas obligatoire **même si le cocontractant est une entité juridiquement distincte** du pouvoir adjudicateur » (C.J.U.E. arrêt **Stadt Halle**, du 11 janvier 2005, C-26/03)

II.2. Ratione materiae

Section 1re – Un contrat à titre onéreux

§ 1er. - Un contrat: l'exception « in house »

« un contrôle analogue » : « Il doit s'agir d'une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes » (C.J.U.E., pex arrêt Coditel Brabant du 13 novembre 2008, C-324/07).

- le contrôle peut être exercé conjointement par plusieurs pouvoirs adjudicateurs
- une participation privée (même très minoritaire) exclut le « contrôle analogue »

II.2. Ratione materiae

Section 1re – Un contrat à titre onéreux

§ 1er. - Un contrat : l'exception « in house »

« l'essentiel de son activité » pour les autorités publiques qui la détiennent

→ toute autre activité doit demeurer marginale

→ l'entité ne peut pas avoir une vocation de marché

II.2. Ratione materiae

Section 1re – Un contrat à titre onéreux

§ 1er. - Un contrat : l'exception « in house »

Pour aller plus loin ...

C.J.U.E., arrêt du 18 novembre 1999, Teckal, C-107/98 ; arrêt du 8 mai 2003, Espagne / Commission, C- 349/97 ; arrêt du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau, C-26/03 ; arrêt du 13 janvier 2005, Commission / Espagne, C-84/03 ; arrêt du 11 mai 2006, Carbotermo et Consorzio Alisei, C-340/04 ; arrêt du 19 avril 2007, Asociación Nacional de Empresas Forestales, C-295/05 ; arrêt du 17 juillet 2008, Commission / Italie, C-371/05 ; arrêt du 29 novembre 2012, Econord, C-182/11 et C-183/11 ; arrêt du 19 décembre 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a, C-159 ; arrêt du 19 juin 2014, Centro Hospitalar de Setúbal et SUCH, C-574 ; ...

II.2. Ratione materiae

§ 2. - A titre onéreux :

A. Un bénéfice économique direct pour le pouvoir adjudicateur

«Cet intérêt économique est clairement établi lorsqu'il est prévu que le pouvoir adjudicateur deviendra propriétaire des travaux ou de l'ouvrage faisant l'objet du marché.

Un tel intérêt économique peut être également constaté s'il est prévu que le pouvoir adjudicateur disposera d'un titre juridique qui lui assurera la disponibilité des ouvrages faisant l'objet du marché, en vue de leur affectation publique [...].

II.2. Ratione materiae

§ 2. - A titre onéreux :

A. Un bénéfice économique direct pour le pouvoir adjudicateur

→ « le simple exercice de compétences de régulation en matière d'urbanisme, visant à la réalisation de l'intérêt général, n'a **pas** pour objet la réception d'une prestation contractuelle ni la satisfaction de l'**intérêt économique direct** du pouvoir adjudicateur » (C.J.U.E. : arrêt 25 mars 2010, Helmut Müller, C- 451/08).

→ « [...] les contrats d'assurance groupe comportent un intérêt économique direct pour les employeurs [...]. A cet égard, la circonstance que les **bénéficiaires finals** des prestations de retraite sont les travailleurs ayant adhéré à ladite mesure n'est pas de nature à remettre en cause le caractère onéreux desdits contrats » (C.J.U.E., arrêt du 15 juillet 2010, Commission / Allemagne, C-271/08)

II.2. Ratione materiae

§ 2. - A titre onéreux :

B. Une contre-prestation au profit de l'opérateur économique

« la contre-prestation à laquelle procède l'autorité concernée en raison de l'exécution des prestations qui font l'objet du contrat et dont cette autorité aura le bénéfice » (C.J.C.E. arrêt 29 novembre 2007, C-119/06)

- Une contre-prestation évaluable en argent
- Pas forcément déboursée par le pouvoir adjudicateur lui-même
- Même très limitée (C.J.U.E., arrêt du 19 décembre 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a., C-159/11.

II.2. Ratione materiae

§ 2. - A titre onéreux :

**Illustration : C.E., arrêt n°221.091 du 18 octobre 2012, S.P.R.L.
BUREAU D'ETUDE VETERINAIRE DU CENTRE**

« En l'occurrence, il n'apparaît pas, à l'issue de l'instruction du dossier, qu'un contrat à titre onéreux ayant pour objet des services ait été conclu entre l'Université de Liège qui serait le pouvoir adjudicateur et l'association FORMAVET qui serait prestataire de services [...]»

Aucun service n'a été presté par l'association sans but lucratif au profit de l'Université, qui n'a payé aucun prix. Les services ont été offerts, par l'assocation FORMAVET, aux vétérinaires tenus de suivre la formation en radioprotection et ont été payés par ces vétérinaires à l'association FORMAVET (moyennant une subvention partielle de la Région wallonne).

Le fait que les formateurs rémunérés par l'association FORMAVET soient par ailleurs enseignants à l'Université de Liège ne permet pas de conclure à l'existence d'un contrat de prestation de services entre l'université (en tant que bénéficiaire de services) et l'association sans but lucratif (en tant que prestataire de services). »



II.2. Ratione materiae

Section 2 – L'objet du contrat

§ 1er. – Des travaux

« 2° marché public de travaux : le marché public ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à une des activités mentionnées à l'annexe I^e de la présente loi ou d'un ouvrage, soit la réalisation, **par quelque moyen que ce soit**, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur ou l'entreprise publique. Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique »

II.2. Ratione materiae

Section 2 – L'objet du contrat

Illustration : C.E., arrêt n° 194.417 du 19 juin 2009, S.A. HORIZON PLEIADES

« Considérant que le choix d'un partenaire en vue de constituer une société échappe, en principe, à la réglementation, nationale ou européenne, des marchés publics, sans préjudice de l'obligation éventuelle de recourir pour ce choix à l'appel à la concurrence en vertu des règles contenues dans le Traité de Rome lui-même [...]

que toutefois, s'il s'agit, par le biais d'un montage contractuel empruntant la voie du contrat de société, de confier en réalité à un partenaire une des prestations prévues par l'article 5 de la loi du 24 décembre 1993, l'opération doit alors être considérée comme un marché public et être soumise à la réglementation belge – et européenne - applicable aux marchés publics; [...]

qu'en réalité, l'objet de la société, les engagements des parties et leur(s) mode(s) de rémunération ne seront définis qu'à l'issue des négociations entre le - seul - partenaire pressenti et le pouvoir adjudicateur alors que de tels éléments sont essentiels pour qualifier l'opération au regard de la réglementation sur les marchés publics; qu'en particulier, l'on ignore, à la lecture du dossier administratif, d'où proviendront les capitaux nécessaires à la réalisation du projet (apport du partenaire public, apport du partenaire privé et/ou financement extérieur) et la manière dont les apports de chaque partenaire seront rémunérés; que la description du partenariat contenue dans les documents relatifs à l'appel à candidatures ne permet pas de conclure que l'opération échappe ou non à la réglementation des marchés publics;

II.2. Ratione materiae

Section 2 – L'objet du contrat

Illustration : C.E., arrêt n° 194.417 du 19 juin 2009, S.A. HORIZON PLEIADES (suite)

que l'ensemble de ces éléments tend à indiquer prima facie que l'appel à candidatures a pour objet, au travers d'un contrat de société à conclure, de confier en réalité au partenaire choisi la réalisation d'un projet immobilier, soit un ouvrage au sens de l'article 5 de la loi du 24 décembre 1993, voire même de lui confier les études et le financement de cet ouvrage; [...]

Considérant, par ailleurs, que l'ouvrage à réaliser répond "aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur" selon les termes de l'article 5 de la loi du 24 décembre 1993; qu'en effet, le projet d'écoquartier rural doit se conformer, dans son ensemble, aux besoins qui sont ou seront précisés par IDELUX et, de manière moins directe, par la commune de Tintigny, [...] »



II.2. Ratione materiae

Section 2 – L'objet du contrat

§ 1er. – Des travaux : question particulière de la concession de travaux

« 12° **concession de travaux publics** : le contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix »

→ soumise à la réglementation des marchés publics (dispositions particulières)

II.2. Ratione materiae

Section 2 – L'objet du contrat

§ 1er. – Des travaux : question particulière de la promotion de travaux

« 11° marché public de promotion de travaux : le marché public portant à la fois sur le financement et l'exécution de travaux ainsi que, le cas échéant, sur toute prestation de services relative à ceux-ci»

→ différentes formules possibles, définies par l'arrêté royal (1° soit la location d'un ouvrage; 2° soit la location d'un ouvrage accompagnée à terme d'une option d'achat; 3° soit la location d'un ouvrage suivie à terme d'un transfert de propriété; 4° soit l'acquisition d'un ouvrage dès sa mise à disposition; 5° soit l'octroi ou la prise d'un droit d'emphytéose ou de superficie en vue de la construction ou de l'aménagement d'un ouvrage).



II.2. Ratione materiae

Section 2 – L'objet du contrat

§ 2. – Des fournitures

« 3° **marché public de fournitures** : le marché public autre qu'un marché public de travaux ayant pour objet l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits »

→ le pouvoir adjudicateur n'acquiert pas nécessairement la propriété des fournitures



II.2. Ratione materiae

Section 2 – L'objet du contrat

§ 3. – Des services

« **4° marché public de services** : le marché public autre qu'un marché public de travaux ou de fournitures, portant sur la prestation de services visés à l'annexe II de la présente loi ».

- Annexe II A : services prioritaires
- Annexe II B : services non prioritaires
 - pas de publicité européenne préalable (A.R.15.07.11 art. 37 al.2)

Annexe II A (2)

Catégories	Désignation des services	Numéros de référence CPC (3)	Numéros de référence CPV
1	Services d'entretien et de réparation	6112, 6122, 633, 886	De 5010000 à 50982000 (sauf 5031000 à 50324200 et 50116510-9, 50190000-3, 50229000-6, 50243000-0)
2	Services de transports terrestres (4) y compris les services de véhicules blindés et les services de courrier, à l'exclusion des transports de courrier	712 (sauf 71235), 7512, 87304	De 60112000-6 à 60129300-1 (sauf 60121000 à 60121600, 60122200-1, 60122230-0), et de 64120000-3 à 64121200-2
3	Services de transports aériens : transports de voyageurs et de marchandises, à l'exclusion des transports de courrier	73 (sauf 7321)	De 62100000-3 à 62300000-5 (sauf 62121000-6, 62221000-7)
4	Transports de courrier par transport terrestre (5) et par air	71235, 7321	60122200-1, 60122230-0 62121000-6, 62221000-7
5	Services de télécommunications	752	De 64200000-8 à 64228200-2, 72318000-7, et de 72530000-9 à 72532000-3
6	Services financiers : a) services d'assurances b) services bancaires et d'investissement (6)	ex 81, 812, 814	De 66100000-1 à 66430000-3 et De 67110000-1 à 67262000-1
7	Services informatiques et services connexes	84	De 50300000-8 à 50324200-4, De 72100000-6 à 72591000-4 (sauf 72318000-7 et de 72530000-9 à 72532000-3)
8	Services de recherche et de développement (7)	85	De 73000000-2 à 73300000-5 (sauf 73200000-4, 73210000-7, 73220000-0)
9	Services comptables, d'audit et de tenue de livres	862	De 74121000-3 à 74121250-0
10	Services d'études de marché et de sondages	864	De 74130000-9 à 74133000-0, et 74423100-1, 74423110-4
11	Services de conseil en gestion (8) et services connexes	865, 866	De 73200000-4 à 73220000-0, De 74140000-2 à 74150000-5 (sauf 74142200-8), et 74420000-9, 74421000-6, 74423000-0, 74423200-2, 74423210-5, 74871000-5, 93620000-0
12	Services d'architecture; services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie; services d'aménagement urbain et d'architecture paysagère; services connexes de consultations scientifiques et techniques; services d'essais et d'analyses techniques	867	De 74200000-1 à 74276400-8, et De 74310000-5 à 74323100-0, et 74874000-6
13	Services de publicité	871	De 74400000-3 à 74422000-3 (sauf 74420000-9 et 74421000-6)
14	Services de nettoyage de bâtiments et services de gestion de propriétés	874, 82201 à 82206	De 70300000-4 à 70340000-6, et De 74710000-9 à 74760000-4
15	Services de publication et d'impression sur la base d'une redevance ou sur une base contractuelle	88442	De 78000000-7 à 78400000-1
16	Services de voirie et d'enlèvement des ordures; services d'assainissement et services analogues	94	De 90100000-8 à 90320000-6, et 50190000-3, 50229000-6, 50243000-0

Annexe II B (2)

Catégories	Désignation des services	Numéros de référence CPC (3)	Numéros de référence CPV
17	Services d'hôtellerie et de restauration	64	De 55000000-0 à 55524000-9, et De 93400000-2 à 93411000-2
18	Services de transports ferroviaires	711	60111000-9, et de 60121000-2 à 60121600-8
19	Services de transport par eau	72	De 61000000-5 à 61530000-9, et De 63370000-3 à 63372000-7
20	Services annexes et auxiliaires des transports	74	62400000-6, 62440000-8, 62441000-5, 62450000-1, De 63000000-9 à 63600000-5 (sauf 63370000-3, 63371000-0, 63372000-7), et 74322000-2, 93610000-7
21	Services juridiques	861	De 74110000-3 à 74114000-1
22	Services de placement et de fourniture de personnel (9)	872	De 74500000-4 à 74540000-6 (sauf 74511000-4), et de 95000000-2 à 95140000-5
23	Services d'enquête et de sécurité, à l'exclusion des services des véhicules blindés	873 (sauf 87304)	De 74600000-5 à 74620000-1
24	Services d'éducation et de formation professionnelle	92	De 80100000-5 à 80430000-7
25	Services sociaux et sanitaires	93	74511000-4, et de 85000000 à 85323000 (sauf 85321000-5 et 85322000-2)
26	Services récréatifs, culturels et sportifs (10)	96	De 74875000-3 à 74875200-5, et De 92000000-1 à 92622000-7 (sauf 92230000-2)
27	Autres services		

II.2. Ratione materiae

Section 2 – L'objet du contrat

§ 3. – Des services

Exemples de services « annexe II B » non prioritaires

Illustration : C.E., arrêt n° 229.104 du 7 novembre 2014, DEFRENCE et A.P.B.

« Il apparaît, à la lecture du cahier spécial des charges, que le pharmacien s'engage à préster certains services au bénéfice des maisons de repos et/ou maisons de repos et de soins, contribuant ainsi à l'exécution des obligations réglementaires précédemment évoquées, qui incombent à celles-ci. Ainsi en est-il notamment de l'engagement à effectuer les fournitures de médicaments dans le cadre d'un système de préparation de médication individuelle, lequel permet de simplifier l'exercice de la mission d'approvisionnement, de gestion, de stock et de distribution des médicaments.

Relève également des services prestés en faveur des maisons de repos la mission de conseil à laquelle sera tenu l'adjudicataire en vertu des dispositions contenues sous le titre "III.3.1. Exigences générales" du cahier spécial des charges.

Au vu de ces éléments, il s'avère que le pharmacien qui sera choisi au terme de la procédure d'appel d'offres préstera des services au profit des maisons de repos, parallèlement à l'exécution des commandes des résidents, de sorte que la qualification de marché public de services ne peut, prima facie, être exclue en l'espèce ».

II.2. Ratione materiae

Section 2 – L'objet du contrat

§ 3. – Des services : question particulière : distinction avec la concession de service

(par ex. C.J.U.E. Arrêt Privater Rettungsdienst und krankentransport Stadler, du 10 mars 2011, C-274/09)

« Il résulte de la comparaison des définitions du marché public de services et de la concession de services, [...], que la différence entre un marché public de services et une concession de services réside dans la contrepartie de la prestation de services. Le marché de services comporte une contrepartie qui, sans pour autant être la seule, est payée directement par le pouvoir adjudicateur au prestataire de services [...] alors que, dans le cas d'une concession de services, la contrepartie de la prestation de services consiste dans **le droit d'exploiter le service, soit seul, soit assorti d'un prix** [...] ».

II.2. Ratione materiae

Section 2 – L'objet du contrat

§ 3. – Des services : question particulière : distinction avec la concession de service

« Si le mode de rémunération est, ainsi, l'un des éléments déterminants pour la qualification d'une concession de services, il ressort, en outre, de la jurisprudence que la concession de services implique **que le concessionnaire prenne en charge le risque lié à l'exploitation des services en question** et que l'absence de transfert au prestataire du risque lié à la prestation des services indique que l'opération visée constitue un marché public de services et non pas une concession de services »

(arrêt Eurawasser, précité, points 59 et 68 ainsi que jurisprudence citée).



II.2. Ratione materiae

Section 2 – L'objet du contrat

§ 3. – Des services : question particulière : distinction avec la concession de service

« À cet égard, il convient de rappeler que, lorsque la rémunération du prestataire provient exclusivement de tiers, le transfert par le pouvoir adjudicateur d'un risque d'exploitation «très limité» suffit pour que l'on puisse conclure à l'existence d'une concession de services (...).»

II.2. Ratione materiae

Section 2 – L'objet du contrat

§ 3. – Des services : question particulière : distinction avec la concession de service

« À cet égard, il y a lieu de relever que **le risque d'exploitation économique** du service doit être compris comme **le risque d'exposition aux aléas du marché** [...], lequel peut se traduire par le risque de concurrence de la part d'autres opérateurs, le risque d'une inadéquation entre l'offre et la demande de services, le risque d'insolvabilité des débiteurs du prix des services fournis, le risque d'absence de couverture intégrale des dépenses d'exploitation par les recettes ou encore le risque de responsabilité d'un préjudice lié à un manquement dans le service (...).

»



II.2. Ratione materiae

Section 2 – L'objet du contrat

§ 3. – Des services : question particulière : distinction avec la concession de service

«En revanche, des risques tels que ceux liés à une mauvaise gestion ou à des erreurs d'appréciation de l'opérateur économique ne sont pas déterminants aux fins de qualifier un contrat de marché public ou de concession de services, de tels risques étant, en effet, inhérents à tout contrat, que celui-ci corresponde à un marché public de services ou à une concession de services. »

Illustration : Villo : marché public de services ou concession de service public ?

II.2. Ratione materiae

Section 2 – L'objet du contrat

§ 3. – Des services : question particulière : distinction avec la concession de service

Pour aller plus loin : arrêt du 26 avril 1994, Commission / Italie, C-272/91 ; arrêt du 13 octobre 2005, Parking Brixen, C-458/03 ; arrêt du 18 juillet 2007, Commission / Italie, C-382/05 ; arrêt du 11 juin 2009, Hans & Christophorus Oymanns, C-300/07 ; arrêt du 10 septembre 2009, Eurawasser, C-206/08 ; arrêt du 15 octobre 2009, Acoset, C-196/08 ; arrêt du 10 mars 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09 ; arrêt du 10 novembre 2011, Norma-A et Dekom, C-348/10 ; arrêt du 29 novembre 2012, Econord, C-182/11 ; arrêt du 14 novembre 2013, Belgacom, C-221/12 ; ...



II.2. Ratione materiae

Section 2 – L'objet du contrat

§ 4. – La qualification des marchés mixtes

Travaux et fournitures ou travaux et services : l'accessoire suit le principal

« Un marché public ayant pour objet la fourniture de produits et, à titre accessoire, les travaux de pose et d'installation est considéré comme un marché public de fournitures »

« Un marché public ayant pour objet des services visés à l'annexe II de la présente loi et ne comportant des activités visées à l'annexe I de la présente loi qu'à titre accessoire par rapport à l'objet principal du marché est considéré comme un marché public de services »



II.2. Ratione materiae

Section 2 – L'objet du contrat

§ 4. – La qualification des marchés mixtes

Fournitures - services : critère de l'importance financière

« Un marché public ayant pour objet à la fois des fournitures et des services visés à l'annexe II de la présente loi est considéré comme un marché public de services lorsque la valeur des services en question dépasse celle des fournitures incorporées dans le marché ».



TITRE III – L'ATTRIBUTION DES MARCHÉS PUBLICS

1. Introduction – Les principes généraux
2. La rédaction des documents du marché
3. La publicité, l'établissement des offres et le dépôt des offres
4. L'analyse des offres et le choix de l'adjudicataire



1. Introduction – Les principes généraux

- Directive 2004/18/CE, art. 2 :« Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence ».
- Loi du 15 juin 2006, art. 5 :«Les pouvoirs adjudicateurs traitent les entrepreneurs, les fournisseurs et les prestataires de services dans le respect de l'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence.Les marchés publics sont attribués avec concurrence, après vérification du droit d'accès, sélection qualitative et examen des offres des participants, conformément à une des procédures de passation déterminées au chapitre IV ».



1. Introduction – Les principes généraux

- § 1 – L'égalité et la non-discrimination
 - P. ex : prévention des conflits d'intérêts (loi du 15 juin 2006, art. 8)
 - P. ex : déroulement des négociations et du dialogue compétitif (cfr infra)



1. Introduction – Les principes généraux

- § 2 – La transparence
 - P. ex annonce et respect des critères et sous-critères (cfr infra)



1. Introduction – Les principes généraux

- § 3 – La concurrence

P. ex : interdiction des ententes (loi du 15 juin 2006, art. 9)

P. ex : refus d'accès du prestataire qui a préparé le marché (arrêté royal du 15 juillet 2011, art. 64)



2. La rédaction des documents du marché

Le choix de la procédure

§ 1 – Les procédures «ordinaires»

« Les marchés publics sont passés en principe par procédure ouverte ou restreinte, soit par adjudication, soit par appel d'offres, lesquels sont nommés respectivement adjudication ouverte ou restreinte et appel d'offres ouvert ou restreint.

Le Roi fixe l'organisation de ces modes de passation » (loi du 15 juin 2006, art. 23)



2. La rédaction des documents du marché

Le choix de la procédure

L'adjudication et l'appel d'offres sont généralement appelées « procédures ordinaires »



2. La rédaction des documents du marché

L'appel d'offres

« Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de passer le marché par appel d'offres, celui-ci doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, tenant compte des critères d'attribution [...] » (loi du 15 juin 2006, art. 25)



2. La rédaction des documents du marché

L'adjudication

« Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de passer le marché par adjudication, celui-ci doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse, [...] » (loi du 15 juin 2006, art. 24)



2. La rédaction des documents du marché

Le choix d'une procédure « ouverte » ou « restreinte

Ouverte : les soumissionnaires déposent d'emblée une offre → une seule décision sur la sélection et sur l'attribution

Restreinte : les candidats déposent une demande de participation ; seuls ceux qui sont sélectionnés sont invités à déposer une offre → une décision de sélection puis une décision d'attribution



2. La rédaction des documents du marché

§ 2 - Les procédures d'exception»

C.E., arrêt n° 221.813, S.A. Groupe de Boeck, du 19 décembre 2012

« La décision par laquelle le conseil des ministres donnait son accord sur le lancement la procédure aurait dû être suivie d'une décision du Ministre de la Justice de lancer le marché, selon la procédure négociée avec publicité, moyennant justification explicite des circonstances permettant de faire usage de cette procédure d'exception sur la base de l'article 17, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

En raison du caractère exceptionnel de cette procédure, ces circonstances doivent faire l'objet d'une interprétation stricte et c'est à celui qui entend s'en prévaloir d'établir que ces circonstances existent effectivement ».



2. La rédaction des documents du marché

§ 2 - Les procédures d'exception

La procédure négociée (ordinaire dans les secteurs spéciaux)

« Il ne peut être traité par procédure négociée sans publicité, mais si possible après consultation de plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services, que dans les cas suivants : [...] » (loi du 15 juin 2006, art. 26, § 1er) « Il ne peut être traité par procédure négociée avec publicité que dans les cas suivants : [...] » (loi du 15 juin 2006, art. 26, §2).



2. La rédaction des documents du marché

§ 2 - Les procédures d'exception

La procédure négociée (ordinaire dans les secteurs spéciaux)

« Il ne peut être traité par procédure négociée sans publicité, mais si possible après consultation de plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services, que dans les cas suivants : [...] » (loi du 15 juin 2006, art. 26, § 1er) « Il ne peut être traité par procédure négociée avec publicité que dans les cas suivants : [...] » (loi du 15 juin 2006, art. 26, §2).



2. La rédaction des documents du marché

§ 2 - Les procédures d'exception

La procédure négociée (ordinaire dans les secteurs spéciaux)

Elle peut être réalisée AVEC ou SANS publicité
(publicité = publication officielle d'un avis de marché)



2. La rédaction des documents du marché

§ 2 - Les procédures d'exception

La procédure négociée SANS publicité

Énumération restrictive des « cas » (loi du 15 juin 2006, art. 26) ex sans publicité :

- dépense à approuver < 85.000 € ;
- marchés « classés secret » ;
- « urgence impérieuse » ;
- aucune offre (appropriée) ou aucune offre régulière;
- ...

Interprétation stricte des « cas »



2. La rédaction des documents du marché

§ 2 - Les procédures d'exception

La procédure négociée AVEC publicité

Énumération restrictive des « cas » (loi du 15 juin 2006, art. 26 §2)

- « travaux, fournitures ou services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix »
- ...

Interprétation stricte des « cas »



2. La rédaction des documents du marché

Illustration : C.E., arrêt n° 224.298 du 8 juillet 2013, BESIX GROUP et al

« Dès lors qu'en droit, il ne semble pas nécessairement exclu, pour la passation de tout marché de type "D.B.F.M.", de recourir à la procédure négociée avec publicité préalable, sur le fondement de l'article 17, § 3, 2^o, il y a lieu d'examiner si, en l'espèce, le recours à ce mode de passation ne paraît pas, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, manifestement illégal au regard des trois conditions énoncées par la disposition précitée, étant l'existence d'un cas exceptionnel, l'impossibilité d'une fixation préalable et globale des prix et, enfin, le fait que cette impossibilité résulte de la nature ou des aléas des travaux ou des services.

Il paraît, à première vue, difficile de contester que le marché litigieux relève d'un cas exceptionnel. Ce caractère résulte non seulement de son objet, en ce qu'il porte tant sur la conception et la construction d'un ouvrage, que sur la prestation de divers services de maintenance et sur le financement de l'ensemble de ces travaux et services, mais également de ce qu'il implique une collaboration de longue durée entre la partie adverse et le Service public fédéral Justice, d'une part, et le(s) partenaire(s) privé(s), d'autre part. L'ouvrage qui doit être conçu et construit présente également un caractère exceptionnel, à raison de sa destination, de son ampleur, de sa complexité, de son caractère innovant et des enjeux liés à la concrétisation de ce Projet.

Dans les circonstances de l'espèce, telles qu'elles ressortent des écrits de procédure et du dossier administratif, il ne paraît pas déraisonnable de considérer qu'une fixation préalable et globale des prix est impossible, et ce d'autant plus que ceux-ci, en raison de la composante "financement" du marché qui porte à la fois sur des travaux et des services, seront également influencés par la situation des marchés Financiers. Les requérantes contestent d'ailleurs moins cette impossibilité que son origine. Pour le surplus, il ne ressort pas de l'examen effectué en extrême urgence que l'impossibilité de fixation préalable et globale des prix serait manifestement démentie en fait.



2. La rédaction des documents du marché

Illustration : C.E., arrêt n° 224.298 du 8 juillet 2013, BESIX GROUP et al

Enfin, s'agissant de l'origine de l'impossibilité de fixer préalablement et globalement les prix, les requérantes soutiennent, en substance, que les motifs relatifs à la complexité et aux contraintes juridiques et financières du contrat D.B.F.M. Ne sont pas admissibles pour justifier le recours à l'article 17, § 3, 2^e, et que les motifs développés par la partie adverse ne justifient aucunement le recours à la procédure négociée en raison d'incertitudes pesant sur la nature des travaux et services. Elles s'abstiennent cependant d'avoir égard à la référence, que contient la motivation ci-dessus reproduite, aux "impératifs techniques et de sécurité particuliers qui sont spécifiques à la conception, la construction, l'entretien d'un nouvel et important complexe pénitentiaire avec plusieurs sections (section hommes, section femmes, etc.) et peuvent contraindre à adapter les propositions formulées par les soumissionnaires et, partant, influer également sur la structure D.B.F.M.". Or, il ne paraît pas déraisonnable de considérer que de tels impératifs peuvent ressortir à l'objet, à la nature et aux caractéristiques du marché, et ce, indépendamment des contraintes inhérentes à la structure juridique et financière choisie par la partie adverse. Il n'est pas davantage contestable, ni contesté, que la fixation des prix sera notamment influencée par les réponses apportées à ces impératifs au terme des négociations, de sorte que l'impossibilité de fixation préalable et globale des prix peut résulter, à tout le moins partiellement, de la nature des travaux ou services. [...] »



2. La rédaction des documents du marché

§ 2 - Les procédures d'exception

Le dialogue compétitif (uniquement dans les secteurs classiques)
« Le pouvoir adjudicateur ne peut recourir à la procédure du dialogue compétitif que dans le cas d'un marché particulièrement complexe lorsqu'il :

1° 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

2° estime que le recours à la procédure ouverte ou restreinte ne permettra pas de passer le marché. [...] » (loi du 15 juin 2006, art. 27)



2. La rédaction des documents du marché

§ 3 – Des modalités particulières

Les enchères électroniques : Dans certains cas, «un pouvoir adjudicateur peut faire précéder l'attribution du marché d'une enchère électronique pour autant que les spécifications du marché puissent être établies de manière précise et que cela concerne des marchés de fournitures ou de services d'usage courant [...] » (loi du 16 juin 2006, art. 30)

Le système d'acquisition dynamique : « Un pouvoir adjudicateur peut, pour des marchés de fournitures ou de services d'usage courant, recourir à un système d'acquisition dynamique. [...] » (loi du 16 juin 2006, art. 29)



2. La rédaction des documents du marché

§ 3 – Des modalités particulières

L'accord-cadre : « l'accord entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entreprises publiques et un ou plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées » (loi du 16 juin 2006, art.3, 15^o=> art. 32).

Le concours de projet : « la procédure qui permet au pouvoir adjudicateur ou à l'entreprise publique d'acquérir un plan ou un projet qui est choisi par un jury après mise en concurrence » (loi du 16 juin 2006, art. 3, 10^o => art. 33 + arrêté royal du 15 juillet 2011)