



## Charte

# Accès des PME aux marchés publics

Janvier 2018

La mission du SPF Economie, P.M.E., Classes moyennes et Energie consiste à créer les conditions d'un fonctionnement compétitif, durable et équilibré du marché des biens et services en Belgique. Dans ce cadre, le SPF Economie, P.M.E., Classes moyennes et Energie a édité cette charte dont l'objectif principal est de faciliter l'accès des PME aux marchés publics.

Service public fédéral Economie, P.M.E., Classes moyennes et Energie  
Rue du Progrès 50  
1210 Bruxelles

N° d'entreprise : 0314.595.348

<https://economie.fgov.be>

Tél. + 0800 120 33

Editeur responsable : Jean-Marc Delporte  
Président du Comité de direction  
Rue du Progrès 50  
1210 Bruxelles

Version internet

« Créer les conditions d'un fonctionnement compétitif, durable et équilibré du marché des biens et services en Belgique. »

## Tables des matières

<b>Introduction</b> .....	5
<b>1. Principe 1 – La division en lots</b> .....	<b>7</b>
1.1. Objectif .....	7
1.2. Que dit la réglementation relative aux marchés publics ? .....	7
1.3. Commentaire .....	7
1.4. Recommandations / directives .....	8
<b>2. Principe 2 – Publication adéquate des marchés</b> .....	<b>9</b>
2.1. Objectif .....	9
2.2. Que dit la réglementation relative aux marchés publics ? .....	9
2.3. Commentaire .....	9
2.4. Recommandations / directives .....	10
<b>3. Principe 3 – Assurer une concurrence adéquate et effective lors de procédures négociées n'étant soumises à aucune forme de publication</b> .....	<b>10</b>
3.1. Objectif .....	10
3.2. Que dit la réglementation relative aux marchés publics ? .....	11
3.3. Commentaire .....	11
3.4. Recommandation / directive .....	12
<b>4. Principe 4 – Attribution sur la base de l'offre économiquement la plus avantageuse</b> .	<b>13</b>
4.1. Objectif .....	13
4.2. Que dit la réglementation relative aux marchés publics ? .....	13
4.3. Commentaire .....	14
4.4. Recommandations / directives .....	15
<b>5. Principe 5 – L'utilisation de variantes</b> .....	<b>16</b>
5.1. Objectif .....	16
5.2. Que dit la réglementation relative aux marchés publics ? .....	16
5.3. Commentaire .....	16
5.4. Recommandations / directives .....	17
<b>6. Principe 6 – Assurer une protection adéquate des droits de propriété intellectuelle des PME innovantes</b> .....	<b>18</b>
6.1. Objectif .....	18
6.2. Que dit la réglementation relative aux marchés publics ? .....	18
6.3. Commentaire .....	19
6.4. Recommandations / directives .....	21
<b>7. Principe 7 – Optimiser l'utilisation de moyens de communication électroniques</b> .....	<b>21</b>
7.1. Objectif .....	21
7.2. Que dit la réglementation relative aux marchés publics ? .....	21
7.3. Commentaire .....	21
7.4. Recommandation / directive .....	23

<b>8. Principe 8 – Retour d'information vers les soumissionnaires non sélectionnés / non retenus .....</b>	<b>23</b>
8.1. Objectif.....	23
8.2. Que dit la réglementation relative aux marchés publics ?.....	23
8.3. Commentaire.....	24
8.4. Recommandations / directives.....	25
<b>9. Principe 9 - Exigences minimales proportionnelles dans le cahier technique des charges.....</b>	<b>26</b>
9.1. Objectif.....	26
9.2. Que dit la réglementation relative aux marchés publics ?.....	26
9.3. Commentaire.....	27
9.4. Recommandations / directives.....	28
<b>10. Principe 10 – Proportionnalité des critères de sélection, garanties financières et modalités de paiement.....</b>	<b>29</b>
10.1. Objectif.....	29
10.2. Que dit la réglementation relative aux marchés publics ?.....	29
10.3. Commentaire.....	30
10.4. Recommandations / directives.....	32
<b>11. Principe 11 – Recours à des procédures avec des éléments de négociations ou de dialogues .....</b>	<b>33</b>
11.1. Objectif.....	33
11.2. Que dit la réglementation relative aux marchés publics ?.....	33
11.3. Commentaire.....	34
11.4. Recommandations / directives.....	37
<b>12. Principe 12 – La facture acceptée .....</b>	<b>38</b>
12.1. Objectif.....	38
12.2. Que dit la réglementation relative aux marchés publics ?.....	38
12.3. Commentaire.....	38
12.4. Recommandations / directives.....	39
<b>13. Principe 13 – Objectifs chiffrés et monitoring .....</b>	<b>40</b>
13.1. Objectif.....	40
13.2. Commentaire.....	40
13.3. Recommandations / directives.....	42
<b>14. Annexe : législation .....</b>	<b>43</b>
<b>Aperçu de la législation par principe .....</b>	<b>44</b>

« Créer les conditions d'un fonctionnement compétitif, durable et équilibré du marché des biens et services en Belgique. »

## Introduction

Aujourd'hui, PME et marchés publics ne vont pas forcément de pair. En 2016, une étude a été réalisée à la demande des autorités fédérales concernant l'accès des PME aux marchés publics.

Tout d'abord, les chiffres concernant la période 2009-2012 montrent qu'en comparaison avec d'autres pays européens, la Belgique ne présente pas, pour les PME, un accès plus difficile aux marchés publics. Ensuite, sur la base d'une analyse statistique des marchés publics belges entre 2009 et 2015, nous pouvons dégager les conclusions suivantes :

- a) les grandes entreprises engrangent une grande partie des marchés publics ayant une valeur contractuelle élevée, l'inverse vaut pour les petites entreprises ;
- b) de tous les pouvoirs publics et les organismes semi-publics, ce sont les autorités locales qui ont le moins recours à des PME pour réaliser leurs marchés publics ; et
- c) les entreprises nouvellement créées (start-ups) sont sous-représentées, en tant que participants directs à des marchés publics, en comparaison avec leur part dans l'ensemble des PME en Belgique.

Il ressort de l'expérience pratique des entités concernées, qu'il existe un certain nombre d'éléments étant de nature à entraver l'accès des PME aux marchés publics, tels que :

- a) des charges administratives importantes,
- b) des délais de paiement trop longs,
- c) le manque d'information ou de connaissances (des PME et des autorités publiques), et
- d) des marchés publics trop complexes.

Si nous nous projetons dans un avenir proche, nous pouvons constater que des changements et des améliorations sont en cours et/ou ont été mis en œuvre des mesures et des initiatives sont prises, et ce, tant au niveau européen que national. Au niveau européen, nous renvoyons à l'introduction de la directive 2014/24/UE. Compte tenu du potentiel que présentent les PME en matière de création d'emplois, de croissance et d'innovation, le législateur européen juge important de stimuler les PME à participer à des marchés publics. La directive affirme explicitement que les marchés publics doivent être adaptés aux besoins des PME.

Au niveau fédéral, la législation européenne a été transposée et complétée par la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et par l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. D'un point de vue pratique, citons les mesures suivantes :

- a) la division de marchés publics en lots au-delà du seuil de 144.000 euros<sup>1</sup> comme principe directeur,
- b) l'assouplissement offert au travers de la possibilité unique de régularisation au niveau de leurs dettes fiscales et sociales, ce qui revient à un régime moins sévère pour entre autres les PME, et

---

<sup>1</sup> Les seuils repris dans la présente charte sont révisables, p.ex. les seuils européens sont révisables tous les 2 ans. Le dernier ajustement de ces seuils européens est entré en vigueur le 01.01.2018.

- c) la numérisation et la dématérialisation progressive qui favorisera l'application de principes généraux tels que la transparence, la promotion d'une concurrence élargie et le respect du principe de l'égalité ainsi qu'une diminution des charges administratives.

Afin d'accroître l'accès des PME – entreprises comptant au maximum 50 travailleurs – aux marchés publics, l'autorité fédérale présente une charte composée de 13 principes. L'objectif central de cette charte est d'augmenter le nombre de PME qui participent aux marchés publics. Le public cible de la charte se compose en premier lieu des pouvoirs adjudicateurs fédéraux, et plus particulièrement de ceux visés à l'article 1<sup>er</sup>, 6<sup>o</sup>, de l'arrêté royal du 3 avril 2013 relatif à l'intervention du Conseil des ministres, aux délégations de pouvoir et aux habilitations en matière de passation et d'exécution des marchés publics, des concours de projets et des concessions de travaux publics au niveau fédéral. La charte s'applique aux marchés publics relevant du titre 2 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Les marchés publics doivent être accessibles pour des entreprises de toutes tailles. La charte souhaite remédier aux déséquilibres en offrant, à toutes les entreprises, les mêmes chances en matière d'accès aux marchés publics. Cette charte peut être considérée comme un point de départ, l'accent étant mis, dans un premier temps, sur le niveau fédéral. Dans un second temps, l'autorité fédérale sera amenée à prendre des mesures visant à élargir le domaine d'application de la charte via des partenariats avec les autres niveaux de pouvoir belges. Cette charte peut être reprise par tous les pouvoirs adjudicateurs du Royaume, comme prévu à l'article 2, 1<sup>o</sup> de la loi du 17 juin 2016. Par ailleurs, un approfondissement de la charte s'opérera par le biais d'ajouts de fond, sur la base d'une concertation avec les représentants sectoriels ; en résultera une « charte+ » pour les secteurs ayant des besoins spécifiques en matière de marchés publics et les PME.

Afin de renforcer l'objectif central de cette charte – à savoir, accroître le nombre de PME participant aux marchés publics la législation introduit un monitoring. Ce monitoring comprend un suivi systématique de l'accès des PME aux marchés publics. A cet effet, le réseau de concertation stratégique des achats fédéraux (CSAF), tel qu'institué par l'arrêté royal relatif aux marchés publics fédéraux centralisés dans le cadre de la politique fédérale d'achats, mettra en œuvre une politique générale concernant le taux de participation des PME aux marchés publics, y compris les objectifs et les indicateurs. Le monitoring s'effectuera dans le cadre du réseau CSAF. Le CSAF se fondera sur les principes énoncés dans cette charte lorsqu'il déterminera ces objectifs et ces indicateurs. Le centre de services « procurement » est chargé du suivi permanent des indicateurs et présente les résultats par le biais de différentes formes de rapportage.

« Créer les conditions d'un fonctionnement compétitif, durable et équilibré du marché des biens et services en Belgique. »

## 1. Principe 1 – La division en lots

### 1.1. Objectif

Subdiviser les marchés en lots afin de permettre aux PME de participer aux marchés publics et envisager la possibilité de limiter le nombre de lots attribués à un soumissionnaire.

### 1.2. Que dit la réglementation relative aux marchés publics ?

La nouvelle réglementation en matière de marchés publics prévoit une série de dispositions qui permettent de diviser un marché en lots, et, le cas échéant, d'attribuer les différents lots à un ou plusieurs opérateurs économiques. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur en fixe la nature, le volume, l'objet, la répartition et les caractéristiques dans les documents du marché.

Pour les marchés de fournitures, de services et de travaux, dont le montant estimé est égal ou supérieur à 144.000 euros, la division du marché en lots doit à chaque fois être envisagée et, s'il est décidé de ne pas diviser en lots, les raisons principales doivent en être mentionnées dans les documents du marché ou dans le dossier administratif.

Le pouvoir adjudicateur peut aussi :

- > indiquer si les offres peuvent être introduites pour un seul lot, pour plusieurs lots ou pour tous les lots ;
- > indiquer que, si des offres peuvent être introduites pour plusieurs ou pour tous les lots, le nombre de lots attribués à un soumissionnaire peut être limité.

Enfin, une disposition spécifique a été élaborée pour les marchés qui atteignent les seuils de publicité européenne, mais dont les lots sont néanmoins soumis uniquement à la publicité belge au cas où ceux-ci ne dépassent pas certains seuils.

### 1.3. Commentaire

Toutes ces dispositions sont destinées à faciliter l'accès aux marchés publics pour les PME et à accroître la concurrence. Ainsi, les pouvoirs adjudicateurs sont davantage incités à diviser les marchés publics en lots, en particulier, les marchés de plus grande ampleur (au-dessus du seuil de 144.000 euros). Il n'y a donc pas d'obligation de prévoir des lots, mais les pouvoirs adjudicateurs doivent, pour chaque marché, vérifier s'il est judicieux de procéder ainsi. Toutefois, pour les marchés au-dessus du seuil de 144.000 euros et pour lesquels il n'a pas été opté pour une division en lots, les raisons principales doivent en être mentionnées dans les documents du marché ou dans le dossier administratif.

De tels motifs doivent cependant être pertinents et pourraient, par exemple, exister dans les cas où le pouvoir adjudicateur estimerait que la division serait susceptible d'entraver la concurrence, de rendre l'exécution du marché public techniquement compliquée et trop chère ou que le besoin de coordination entre les différents adjudicataires des lots risque de sérieusement compromettre la bonne exécution du marché. Ces exemples ne doivent pas être repris dans les documents du marché en tant que clauses standard ; les motifs doivent être étayés par des éléments factuels s'appliquant au marché concerné.

La division peut être réalisée, à la fois sur une base quantitative, de manière à ce que l'ampleur des lots individuels du marché soit mieux adaptée à la capacité des PME, et sur une base qualitative - en fonction des compétences ou des spécialisations requises - afin que les différentes

parties du marché soient mieux adaptées, au niveau de leur contenu, aux spécialisations présentes au sein des PME ou aux différentes phases de suivi du projet.

Pour des marchés d'un montant inférieur au seuil de 144.000 euros, il peut également être envisagé et décidé de diviser le marché en lots. Il convient de prendre en compte, à cet égard, les effets collatéraux potentiellement contreproductifs, susceptibles de résulter d'une telle division, et notamment des charges administratives disproportionnées et les coûts pour les entrepreneurs.

La disposition selon laquelle il peut être opté pour une limitation du nombre de lots pour lesquels un soumissionnaire peut introduire une offre est nouvelle. Une telle limitation n'est pas soumise à des conditions de contenu ou de forme. Il doit également être indiqué, dans l'avis de marché, s'il est possible de soumettre une offre pour un seul lot, pour plusieurs lots ou pour tous les lots. Ce faisant, l'on s'écarte de la précédente réglementation selon laquelle le soumissionnaire avait le choix de soumettre une offre pour un seul lot, pour plusieurs lots ou pour tous les lots.

Une limitation du nombre de lots pour lesquels un soumissionnaire peut introduire une offre peut s'imposer pour des raisons de fiabilité de fourniture ou pour assurer la concurrence, mais également pour faciliter l'accès des PME. Dans ce cas, les règles ou critères objectifs et non discriminatoires indiqués dans les documents du marché doivent être appliqués pour déterminer quels lots seront attribués, lorsque l'application des critères d'attribution conduirait à attribuer, à un soumissionnaire, un nombre de lots supérieur au nombre maximal. Il pourra, par exemple, être demandé au soumissionnaire d'indiquer son ordre de préférence, dans lequel il souhaite voir les différents lots attribués. Une autre possibilité consisterait à passer par un tirage au sort, en particulier dans les cas où le mode de fonctionnement décrit ci-dessus, voire un autre, ne permettrait pas de réaliser cette attribution.

#### **1.4. Recommandations / directives**

1. Adoptez comme principe directeur la division d'un marché en lots. Procédez de manière judicieuse à cet égard. Lorsqu'il est décidé de ne pas procéder à une division en lots pour des marchés d'une valeur supérieure à 144.000 euros, indiquez-en les motifs factuels dans les documents du marché, de préférence, ou dans le dossier administratif.
2. En cas de division en lots, examinez la nécessité de limiter l'introduction d'offres par soumissionnaire à un ou plusieurs lots.
3. Évaluez l'opportunité ou non de limiter le nombre de lots à attribuer à un seul soumissionnaire et indiquez, dans l'avis de marché, le nombre maximal de lots pouvant être attribué par soumissionnaire.
4. Lors de marchés divisés en lots, déterminez séparément, pour chaque lot, le niveau minimum requis en vue de la sélection qualitative, et, si cela est permis, également dans les documents du marché concernant la combinaison de plusieurs lots.



« Créer les conditions d'un fonctionnement compétitif, durable et équilibré du marché des biens et services en Belgique. »

## **2. Principe 2 – Publication adéquate des marchés**

### **2.1. Objectif**

Informer à temps les entreprises afin de leur permettre de se préparer à la participation éventuelle à un marché en organisant préalablement des consultations de marché, en ayant recours à des avis de préinformation, en organisant des séances d'information et en prévoyant suffisamment de temps entre la mise à disposition des documents de marché et la réception des offres.

### **2.2. Que dit la réglementation relative aux marchés publics ?**

La loi du 17 juin 2016 prévoit que l'entité adjudicatrice peut faire connaître ses intentions en matière de passation de marchés par le biais de la publication d'un avis de préinformation. Ce dernier ne sert pas d'avis de marché et la durée de la période couverte par l'avis de préinformation est de maximum douze mois à compter de la date de transmission de l'avis pour publication.

L'utilisation de l'avis de préinformation permet de raccourcir le délai minimal de réception des offres. Le pouvoir adjudicateur doit publier cet avis de préinformation au Bulletin des Adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne, et, cela est nouveau, sur son profil d'acheteur.

### **2.3. Commentaire**

#### **Avis de préinformation**

La publication d'un avis de préinformation est uniquement obligatoire lorsque le pouvoir adjudicateur veut raccourcir le délai de réception des offres.

Toutefois, les avis de préinformation peuvent également être utilisés pour informer à temps les entreprises potentielles concernant les marchés publics prévus qui seront lancés. En effet, la publication d'un avis de préinformation permet aux opérateurs économiques de se préparer en vue de participer aux procédures annoncées et fait en sorte que les pouvoirs adjudicateurs puissent tirer parti d'un éventuel élargissement de la concurrence.

Pour des raisons de bonne gestion, la réglementation relative aux marchés publics stipule qu'un avis de préinformation doit être publié le plus rapidement possible après le début de l'année budgétaire, ou, pour des travaux, après que la décision ait été prise d'approuver le programme dans lequel les travaux ou les accords-cadres ont été repris.

#### **Sessions d'information**

Outre l'utilisation d'avis de préinformation, le recours à des sessions d'information est un instrument intéressant pour fournir des explications aux entreprises potentielles concernant des marchés particuliers, afin qu'elles soient en mesure d'introduire des offres répondant aux besoins.

En effet, la loi du 17 juin 2016 prévoit l'organisation éventuelle de sessions d'informations durant lesquelles la communication d'informations relatives aux documents du marché a lieu oralement, à condition qu'une trace suffisante du contenu de cette communication orale soit conservée et qu'aucune information qui ne se trouve pas déjà dans les documents de marché ne soit communiquée. Cette documentation est diffusée auprès de tous les intéressés.

### **Délai entre la mise à disposition des documents du marché et la réception des offres**

Un délai suffisant doit également être prévu entre la communication du marché et la réception des candidatures ou des offres. Le délai entre la publication des documents du marché ou leur envoi aux candidats sélectionnés et la réception des offres doit être suffisamment long et, si nécessaire, un délai plus long que les délais minimaux fixés par la réglementation relative aux marchés publics doit être prévu pour l'introduction des offres. Ici, il faut tenir compte de la complexité du marché, mais également des périodes de vacances, afin que les opérateurs économiques disposent du temps nécessaire à la préparation de leurs offres.

### **Consultations préalables du marché**

Avant d'entamer une procédure de passation de marché, le pouvoir adjudicateur peut réaliser des consultations du marché en vue de préparer la passation de celui-ci et d'informer les opérateurs économiques de ses projets et de ses exigences. A cette fin, le pouvoir adjudicateur peut, par exemple, demander ou accepter l'avis d'experts indépendants, d'organismes publics ou privés ou d'acteurs du marché. Les consultations préalables du marché peuvent être utilisées pour la planification et le déroulement de la procédure de passation, à condition qu'elles n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et d'entraîner une violation des principes de non-discrimination et de transparence.

## **2.4. Recommandations / directives**

1. Utilisez le plus possible l'avis de préinformation du marché afin d'informer à temps les entreprises pour leur permettre de préparer à l'avance leur participation aux marchés à lancer. Utilisez pour cela la plateforme e-procurement. (<http://www.publicprocurement.be/fr/services-federaux/e-procurement/e-notification>).
2. Utilisez les sessions d'information durant lesquelles la communication d'informations relatives à un marché déterminé a lieu oralement.
3. Prévoyez des délais adéquats pour la réception des offres afin que les opérateurs économiques disposent du temps nécessaire à la préparation de leurs offres.

## **3. Principe 3 – Assurer une concurrence adéquate et effective lors de procédures négociées n'étant soumises à aucune forme de publication**

### **3.1. Objectif**

Veiller à ce que, lors de procédures négociées n'étant soumises à aucune forme de publication, une concurrence effective puisse néanmoins jouer, de manière à accroître les possibilités des opérateurs économiques de pouvoir soumissionner pour un marché public, tout en sachant que les efforts requis et leurs chances de se voir attribuer le marché sont proportionnés à l'ampleur de ce dernier.

« Créer les conditions d'un fonctionnement compétitif, durable et équilibré du marché des biens et services en Belgique. »

## 3.2. Que dit la réglementation relative aux marchés publics ?

### Procédures négociées sans publication ou mise en concurrence préalables

La réglementation marchés publics prévoit que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice demande, lors de procédures négociées sans publication ou mise en concurrence préalables, une offre aux opérateurs économiques de son choix et puisse négocier les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux.

Les cas et les circonstances dans lesquelles ces procédures peuvent être mises en œuvre, sont explicitement mentionnés dans l'article 42 de la loi de 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Cet article précise que des marchés publics peuvent uniquement être passés par le biais de ces procédures de passation, après avoir consulté, dans la mesure du possible, plusieurs opérateurs économiques. En particulier, par rapport aux marchés publics de faible ampleur (les marchés dont le montant estimé est inférieur à 30.000 euros), il est également prévu que le marché soit passé, dans la mesure du possible, après consultation des conditions proposées par plusieurs opérateurs économiques, mais sans toutefois devoir demander que des offres soient introduites.

### Offres spontanées lors d'une procédure négociée sans publication préalable

La nouvelle réglementation relative aux marchés publics prévoit également que lors d'une procédure négociée sans publication préalable, les offres spontanées soient en principe rejetées, à moins que le pouvoir adjudicateur en décide autrement, et ce, de manière explicite et motivée. Le rejet d'offres spontanées ne nécessite donc aucune motivation de la part du pouvoir adjudicateur.

## 3.3. Commentaire

Concernant les procédures négociées sans publication préalable, il est important que le pouvoir adjudicateur veille à une concurrence adéquate et effective, hormis dans les cas où la loi permet qu'une seule partie fasse l'objet de la procédure ou lorsqu'en raison du très faible montant, il n'est manifestement pas opportun de demander une offre à plusieurs parties. Dans ce dernier cas de figure, il est toutefois préférable d'avoir recours à la procédure applicable aux marchés de faible montant. Lors d'une procédure négociée sans publication préalable, il conviendra, en règle générale, d'inviter plusieurs opérateurs économiques jugés aptes - trois de préférence, tout en veillant à ce que ce ne soient pas toujours les mêmes parties - à introduire une offre. Une bonne approche globale permettant de maintenir une concurrence dynamique consiste à inviter deux opérateurs performants dont le pouvoir adjudicateur sait déjà qu'ils fournissent de bonnes prestations ainsi qu'une « nouvelle » partie compétente concernant laquelle l'étude de marché menée a permis de vérifier, qu'elle disposait des compétences requises.

### Offres spontanées

Le fait que le pouvoir adjudicateur choisisse les opérateurs économiques en vue de l'introduction d'une offre implique, en soi, une sélection : en d'autres termes, les entrepreneurs consultés sont censés répondre, implicitement, à des exigences de compétence. Il n'est donc pas étonnant que la nouvelle réglementation relative aux marchés publics comporte une disposition selon laquelle les offres introduites spontanément par des opérateurs lors d'une procédure négociée sans publication préalable sont en principe rejetées, à moins que le pouvoir adjudicateur en décide autrement, et ce, de manière explicite et motivée. En effet, les offres

spontanées sont de nature à réduire les chances des opérateurs sélectionnés par le pouvoir adjudicateur de remporter le marché, vu qu'elles sont introduites, potentiellement, par des entrepreneurs ne répondant pas aux exigences de compétence implicitement posées et sont susceptibles d'alourdir l'évaluation des offres.

Le fait d'autoriser systématiquement des offres spontanées peut donc conduire à un alourdissement de la procédure et à du travail inutile et non productif, tant pour le pouvoir adjudicateur que pour les opérateurs. Ces derniers sont en effet susceptibles d'être découragés s'ils sont, à chaque fois, amenés à devoir engager des frais en vue d'introduire des offres présentant de trop faibles chances de remporter le marché.

Il peut néanmoins être utile d'envisager des offres spontanées et de prendre en compte celles-ci dans la procédure en cours : par exemple, lorsque le pouvoir adjudicateur a reçu des offres insuffisantes de la part des opérateurs sélectionnés par ses soins, ou lorsque celles-ci s'avèrent inadéquates. Dans ces cas, il peut être indiqué qu'une offre reçue spontanément fasse également l'objet de l'évaluation des offres et des négociations et de sélectionner celle-ci, si elle s'avère être l'offre économiquement la plus avantageuse.

En tout état de cause, l'offre spontanée permet au pouvoir adjudicateur de faire connaissance avec un nouvel opérateur à qui il pourra s'adresser par la suite pour l'inviter à introduire une offre lors d'un prochain marché. La liberté de concurrence en sort également renforcée.

### **Publication ouverte**

Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur peut, dans certains cas, et dans le cadre de la procédure négociée sans publication préalable, prendre l'initiative d'élargir la diffusion des informations relatives à son marché. C'est notamment le cas lorsqu'en dépit d'une étude de marché, le pouvoir adjudicateur n'a pas connaissance d'un nombre suffisant de concurrents. Au lieu de s'adresser lui-même aux parties, il peut par exemple publier le marché sur son site web et/ou opter pour une « publication ouverte » via Free Market.

Free Market fait partie de l'application e-Notification à l'aide de laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent, sur une base volontaire, publier les marchés publics n'étant soumis à aucune obligation de publication. En cas de « publication ouverte », tous les opérateurs peuvent consulter le marché. Pour bon nombre de pouvoirs adjudicateurs fédéraux, l'utilisation de Free Market est obligatoire dans cette situation. Concernant le domaine d'application et l'utilisation spécifique de cette application (« Principe II.A.5 »), l'on pourra directement se référer à la circulaire du 30 novembre 2012 *P&O/2012/e-Proc. - Marchés publics - Utilisation de l'application e-Procurement par les services de l'Etat fédéral* (voir également le domaine d'application du principe 7).

### **3.4. Recommandation / directive**

Veillez à une concurrence adéquate et effective, y compris pour les marchés n'étant soumis à aucune obligation de publication. Examinez avec soin l'opportunité de prendre en compte des offres reçues spontanément et envisagez le recours à des possibilités de publication complémentaires pour votre marché

« Créer les conditions d'un fonctionnement compétitif, durable et équilibré du marché des biens et services en Belgique. »

## 4. Principe 4 – Attribution sur la base de l'offre économiquement la plus avantageuse

### 4.1. Objectif

Déterminer les critères d'attribution en rapport avec l'objet du marché permettant d'évaluer concrètement les offres afin que leur diversité puisse s'exprimer lors de l'évaluation.

### 4.2. Que dit la réglementation relative aux marchés publics ?

La loi van 17 juin 2016 prévoit que le pouvoir adjudicateur se fonde, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse.

L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est, au choix, déterminée :

1. sur la base du prix ;
2. sur la base du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 82 ;
3. en se fondant sur le meilleur rapport qualité/prix qui est évalué sur la base du prix ou du coût ainsi que sur des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. Parmi ces critères, il peut y avoir notamment :
  - a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes, le commerce et les conditions dans lesquelles il est pratiqué ;
  - b) l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité de ce personnel peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché ;
  - c) le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.

Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité.

Les critères d'attribution doivent être liés à l'objet du marché public ; ils sont considérés comme tels lorsqu'ils se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans :

- > le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation desdits travaux, produits ou services, ou
- > un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel.

### 4.3. Commentaire

Bien entendu, certains marchés peuvent être attribués purement et simplement sur la base du critère « prix ». Pour certains marchés, il est en effet difficile ou inopportun de prévoir d'autres critères.

Les pouvoirs adjudicateurs sont également encouragés à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse :

- > sur la base du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie,
- > en se fondant sur le meilleur rapport qualité/prix.

#### Offre économiquement la plus avantageuse

En effet, le concept « d'offre économiquement la plus avantageuse » a été considérablement élargi. D'une part, le critère de coût (2°) est plus large que le critère de prix (1°). Sont compris tant le prix que les autres coûts économiques liés à l'acquisition et à la propriété. D'autre part, le critère lié au meilleur rapport qualité/prix (3°) comprend le prix ou les coûts ainsi que d'autres critères parmi lesquels des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché concerné. Cela signifie que les critères peuvent recouvrir l'un ou l'autre, voire les trois aspects précités.

Il convient également de souligner que la décision d'attribution, à quelques rares exceptions, ne peut pas uniquement être basée sur d'autres critères que ceux liés aux coûts. Les critères doivent toujours comporter un critère de coût, au choix, soit le prix ou un rapport coût/efficacité tel que le coût du cycle de vie.

#### Coûts du cycle de vie

Le concept de coûts du cycle de vie comprend tous les coûts au sein du cycle de vie d'un travail, d'une fourniture ou d'un service. Ce concept recouvre les coûts internes, par exemple pour la recherche nécessaire, le développement, la production, le transport, l'utilisation, l'entretien et l'élimination, mais il peut également comprendre des coûts imputables à des effets environnementaux externes tels que la pollution générée par l'extraction des matières premières mises en œuvre dans le produit, le produit lui-même ou la fabrication de celui-ci, à condition que ces éléments puissent être exprimés en valeur monétaire et contrôlés. Les méthodes utilisées par les pouvoirs adjudicateurs en vue de l'évaluation des coûts imputables aux effets environnementaux externes doivent toutefois être préalablement établis d'une manière objective et non discriminatoire et être accessibles à toutes les parties concernées.

Ces méthodes peuvent être établies au niveau national, régional ou local ; afin de prévenir une distorsion de la concurrence par du travail sur mesure, celles-ci doivent revêtir un caractère général, dans le sens qu'elles ne peuvent pas être spécifiquement destinées à une procédure de passation de marché particulière. Pour en savoir plus sur le coût du cycle de vie, référez-vous à <http://gidsvoorduurzameaankopen.be/fr/cout-du-cycle-de-vie-2012>.

Lors de l'établissement des critères d'attribution, les points suivants méritent une attention particulière :

- > Les critères d'attribution doivent avoir un rapport avec l'objet du marché. Ils doivent garantir une concurrence effective et doivent être assortis de spécifications permettant de vérifier effectivement les informations fournies par les soumissionnaires en vue d'éva-

« Créer les conditions d'un fonctionnement compétitif, durable et équilibré du marché des biens et services en Belgique. »

luer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution. Ces critères doivent être mentionnés dans l'avis de marché ou dans un autre document de marché.

- > La transparence nécessaire doit être assurée afin que chaque soumissionnaire puisse raisonnablement prendre connaissance des critères et des dispositions appliqués lors de la préparation de l'attribution du marché, afin de garantir que le principe de l'égalité de traitement soit respecté dans le cadre de celle-ci. Par conséquent, il est entre autres obligatoire de mentionner, dans l'avis de marché ou dans les documents du marché, pour les marchés atteignant le montant en vue de la publicité européenne, les critères d'attribution du marché et le poids relatif, éventuellement exprimé dans une fourchette. Ce poids relatif peut être exprimé dans une fourchette, avec un différentiel adéquat entre le minimum et le maximum. Lorsqu'une pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, les critères sont mentionnés par ordre décroissant d'importance.

Pour les marchés ayant une valeur inférieure aux montants susmentionnés, le pouvoir adjudicateur précise soit le poids relatif de chaque critère, soit les critères par ordre décroissant d'importance. A défaut, les critères d'attribution ont la même valeur.

Il ne peut être dérogé à l'obligation de mentionner le poids relatif que moyennant une motivation adéquate, lorsque le poids relatif ne peut pas être déterminé préalablement, notamment en raison de la complexité du marché. Dans ces cas, les critères doivent également être mentionnés par ordre décroissant d'importance.

#### **4.4. Recommandations / directives**

1. Envisagez, si la nature du marché le permet, d'utiliser les critères d'attribution sur la base des coûts, tels que les coûts du cycle de vie ou sur la base du meilleur rapport qualité/prix, plutôt que sur le seul critère du prix le plus bas.
2. Veillez à ce que les critères d'attribution aient un lien avec l'objet du marché et soient, à ce titre, précisés dans les documents du marché de manière à ce que :
  - > chaque soumissionnaire puisse prendre connaissance du contenu et de la signification des critères et de leur importance lors de l'évaluation des offres,
  - > les offres puissent être concrètement évaluées et objectivement appréciées.
3. Veillez ce que les critères d'attribution garantissent une concurrence effective et n'entraînent pas une liberté de choix illimitée pour le pouvoir adjudicateur.
4. Déterminez le poids relatif des critères d'attribution dans les documents du marché, si possible également pour des marchés sous le seuil européen.

## 5. Principe 5 – L'utilisation de variantes

### 5.1. Objectif

Lors de la rédaction des spécifications demandées, examiner l'opportunité d'offrir aux opérateurs économiques la possibilité de proposer des variantes exigées et autorisées ou libres et d'établir des critères d'attribution applicables à la fois à l'offre de base et aux variantes.

### 5.2. Que dit la réglementation relative aux marchés publics ?

Une variante est un mode alternatif de conception ou d'exécution qui est introduit soit à la demande de l'adjudicateur, soit à l'initiative du soumissionnaire.

#### Variantes exigées et autorisées

Une distinction doit être faite entre les variantes exigées et autorisées. D'abord et avant tout, il doit être mentionné, dans l'avis de marché ou dans les documents du marché, en cas de procédure négociée sans publication préalable, si des variantes sont autorisées ou exigées. A défaut d'une telle mention, aucune variante ne sera autorisée. Tant pour les variantes exigées que pour les variantes autorisées, les exigences minimales, auxquelles celles-ci devront satisfaire, seront reprises dans les documents du marché ; il en va de même pour les exigences spécifiques relatives à leur mode d'introduction. Les documents de marché peuvent aussi préciser si des variantes ne peuvent être introduites qu'en cas de dépôt d'une offre de base.

Les critères d'attribution doivent toutefois garantir qu'ils peuvent être appliqués aux variantes exigées et autorisées qui satisfont aux prescriptions minimales ainsi qu'à l'offre de base, en vertu desquels l'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée après un classement unique des offres de base et des variantes.

#### Variantes libres

En outre, pour les marchés dont la valeur estimée est inférieure aux seuils fixés pour la publicité européenne, les soumissionnaires ont également la possibilité d'introduire, en l'absence de clause contraire dans les documents de marché, des variantes sans que l'avis de marché ou les documents de marché n'en fassent mention. Ces variantes sont appelées variantes libres. L'obligation de mentionner des exigences minimales et spécifiques relatives à leur introduction ne s'applique pas aux variantes libres.

Si des variantes libres peuvent être proposées, le pouvoir adjudicateur détermine lesquelles il ne prendra pas en compte. Si une (des) variante(s) libre(s) est (sont) prise(s) en compte, l'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée sur la base d'un seul classement des offres de base et des variantes.

### 5.3. Commentaire

Les variantes libres offrent la possibilité aux entreprises de proposer, parallèlement à l'offre de base, des solutions alternatives dont le pouvoir adjudicateur n'avait probablement pas connaissance. Le pouvoir adjudicateur pourra donc décider de prendre ou non en compte la variante libre lors du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.



« Créer les conditions d'un fonctionnement compétitif, durable et équilibré du marché des biens et services en Belgique. »

Concernant les variantes exigées et autorisées, les pouvoirs adjudicateurs doivent prendre en compte trois aspects :

- > Les exigences minimales auxquelles les variantes sont censées satisfaire doivent être mentionnées dans les documents du marché.
- > Les documents du marché indiquent que des variantes ne peuvent être introduites que si une offre de base est également déposée.
- > Les critères d'attribution choisis doivent pouvoir être appliqués aux variantes exigées et autorisées qui satisfont aux prescriptions minimales ainsi qu'à l'offre de base.

Pour offrir la chance aux opérateurs économiques, d'introduire des solutions alternatives à côté de l'offre de base, les considérations suivantes doivent être prises en compte :

- > La possibilité d'introduire seulement une variante (*qui doit également satisfaire aux exigences minimales*) permet à des entreprises potentielles de soumissionner pour un marché pour lequel elles n'étaient pas en mesure de fournir une réponse par rapport à la solution de base, mais disposaient néanmoins d'une solution alternative.
- > Le fait de reprendre une (des) variante(s) exigé(e)s (*avec indication des exigences minimales*) combiné à l'exigence de devoir également introduire une offre de base peut produire un effet anticoncurrentiel, en ce sens que les entreprises potentielles ne sont pas en mesure de répondre aux deux solutions demandées.
- > Le fait de reprendre une (des) variante(s) autorisé(e)s (*avec indication des exigences minimales*) combiné à l'exigence de devoir également introduire une offre de base, conduit à ce que le pouvoir adjudicateur peut tout de même s'attendre à des offres répondant aux spécifications de base ; cela permet également aux entreprises de proposer des solutions dont le pouvoir adjudicateur n'avait pas connaissance et qui sont néanmoins plus efficaces voire moins coûteuses...

Les pouvoirs adjudicateurs doivent donc bien examiner la manière dont se conjuguent la solution de base, les variantes possibles et les critères d'attribution. Le fait qu'un marché soit spécifié de manière totalement ou partiellement fonctionnelle et fasse l'objet d'une définition axée sur les résultats constitue également une excellente alternative, permettant aux entreprises soumissionnaires de proposer leur solution la plus adaptée dans l'offre de base.

Les pouvoirs adjudicateurs doivent tenir compte du fait que l'autorisation ou l'exigence de plusieurs variantes est susceptible d'accroître inutilement les efforts et les coûts en vue de l'introduction d'une offre.

#### **5.4. Recommandations / directives**

1. Évaluez au cas par cas l'opportunité de permettre des variantes, et faites le choix le plus judicieux entre, d'une part, les variantes autorisées et exigées et, d'autre part, le fait d'entraver le moins possible la mise en œuvre de variantes libres.
2. Garantisiez que les critères d'attribution sélectionnés peuvent s'appliquer aux variantes exigées et autorisées qui satisfont aux prescriptions minimales ainsi qu'aux offres de base.
3. Examinez bien la manière dont se conjuguent la solution de base, les variantes possibles et les critères d'attribution.

## 6. Principe 6 – Assurer une protection adéquate des droits de propriété intellectuelle des PME innovantes

### 6.1. Objectif

Analyser au cas par cas les intérêts du pouvoir adjudicateur et ceux de l'adjudicataire afin de parvenir, au regard des clauses relatives aux droits de propriété intellectuelle, à un équilibre optimal entre ces intérêts.

### 6.2. Que dit la réglementation relative aux marchés publics ?

Les articles 19 et 20 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics prévoient, sauf disposition contraire dans les documents du marché, que le pouvoir adjudicateur n'acquiert pas les droits de propriété intellectuelle nés, mis au point ou utilisés à l'occasion de l'exécution du marché.

L'article 40 de la loi du 17 juin 2016 concerne le partenariat d'innovation. Il s'agit d'une nouvelle procédure de passation. Cet article prévoit notamment que : « Dans les documents du marché, le pouvoir adjudicateur définit les dispositions applicables aux droits de propriété intellectuelle. En cas de partenariat d'innovation associant plusieurs partenaires, le pouvoir adjudicateur ne révèle pas, conformément à l'article 13, aux autres partenaires les solutions proposées ou d'autres informations confidentielles communiquées par un partenaire dans le cadre du partenariat sans l'accord écrit et préalable dudit partenaire. Cet accord ne revêt pas la forme d'une renonciation générale mais vise des informations précises dont la communication est envisagée ».

L'article 53 de la loi du 17 juin 2016 prévoit par ailleurs que les spécifications techniques peuvent préciser si le transfert des droits de propriété intellectuelle sera nécessaire. Ce cadre législatif est complété par l'article 30 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 qui indique ce qui suit :

- > si le pouvoir adjudicateur procède lui-même à la description complète de tout ou partie du marché, le prix du marché - les prix unitaires ou globaux du marché - inclut le prix d'acquisition et les redevances dus pour les licences d'exploitation des droits de propriété intellectuelle existants nécessaires pour l'exécution du marché et signalés par le pouvoir adjudicateur ;
- > si le pouvoir adjudicateur ne mentionne pas l'existence d'un droit de propriété intellectuelle ou d'une licence d'exploitation, il en supporte le prix d'acquisition et les redevances. Dans ce cas, il est en outre tenu aux dommages-intérêts éventuels envers le titulaire du droit intellectuel ou le titulaire de la licence d'exploitation ;
- > si les documents du marché imposent aux soumissionnaires de faire eux-mêmes la description de tout ou partie des prestations fournies dans le cadre du marché, les redevances dues aux soumissionnaires pour l'usage, dans ce cadre, d'un droit de propriété intellectuelle dont ils sont titulaires ou qui nécessite une licence d'exploitation à obtenir d'un tiers pour tout ou partie de ces prestations, sont incluses dans les prix unitaires et globaux du marché. Ils indiquent, s'il y a lieu, dans leur offre le numéro et la date de l'enregistrement de la licence d'exploitation éventuelle. Ils ne peuvent en aucun cas réclamer à l'égard du pouvoir adjudicateur des dommages-intérêts du chef de la violation des droits de propriété intellectuelle concernés.

« Créer les conditions d'un fonctionnement compétitif, durable et équilibré du marché des biens et services en Belgique. »

### 6.3. Commentaire

L'actuel arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics applique déjà le principe selon lequel le pouvoir adjudicateur n'acquiert pas automatiquement les droits de propriété intellectuelle nés, mis au point ou utilisés à l'occasion de l'exécution du marché.

Malgré cela, les documents du marché comportent encore fréquemment des clauses prévoyant un transfert des droits de propriété intellectuelle au profit du pouvoir adjudicateur. Cette cession de droits est alors valable, tant pour le territoire belge que pour l'étranger, et sa rémunération est comprise dans le prix proposé par le soumissionnaire. Le prestataire de services est notamment tenu d'obtenir l'accord explicite et préalable de l'adjudicateur pour toute utilisation ou publication de l'étude ou de ses résultats.

De ce fait, une analyse au cas par cas s'avère nécessaire afin de parvenir, au regard des clauses relatives aux droits de propriété intellectuelle, à un équilibre optimal entre les intérêts du pouvoir adjudicateur et ceux de l'adjudicataire, et, en particulier :

- pour le pouvoir adjudicateur
  - > en termes d'exploitation, en vue de satisfaire aux besoins nécessaires à l'accomplissement de ses missions, du produit ou du service fourni dans le cadre du marché ;
  - > en termes de protection vis-à-vis de tiers en cas de recours fondé sur une violation d'un droit de propriété intellectuelle (les formalités nécessaires pour que ces droits soient opposables aux tiers incombent actuellement à l'adjudicataire) ;
  - > en termes de prévisibilité du prix ;
- pour l'adjudicataire
  - > en termes de valorisation et d'exploitation additionnelle des innovations réalisées dans le cadre de l'exécution du marché.

Les opérateurs économiques doivent pouvoir conserver la propriété intellectuelle relative aux innovations développées au cours de l'exécution d'un marché public ; à charge toutefois pour eux de concéder au pouvoir adjudicateur les licences nécessaires pour permettre à celui-ci de pouvoir exploiter le résultat du contrat (depuis la réforme de 2013, la licence d'exploitation n'est plus limitée aux besoins du marché). Cette concession de licence serait faite à un prix raisonnable, lequel ferait partie intégrante du prix proposé par le soumissionnaire.

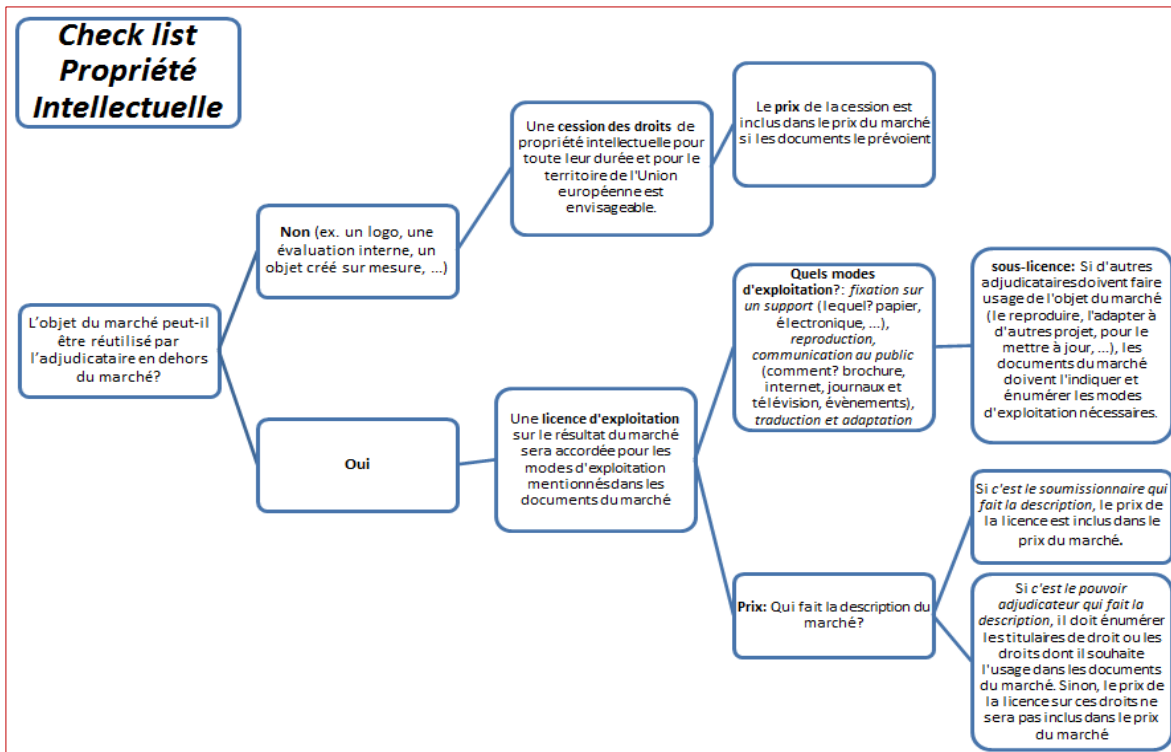
Ceci permettrait aux soumissionnaires, particulièrement aux PME innovantes dont le portefeuille de propriété intellectuelle conditionne la pérennité et le développement de l'activité économique, de pouvoir, le cas échéant, conserver leurs droits de propriété intellectuelle et de continuer à les exploiter malgré l'existence du marché conclu avec le pouvoir adjudicateur, mais sans préjudice de celui-ci.

La cession des droits sur les résultats n'interviendrait que si une telle cession est nécessaire à l'exploitation, par le pouvoir public, des résultats du marché public ; par définition, la cession n'est jamais nécessaire : une licence d'exploitation suffit.

Lorsque l'objet du marché n'est pas réutilisable (par ex. une étude spécifique, une campagne de communication spécifique), la cession est plus « confortable ». Les conditions d'exploitation

commerciale des informations générales sur l'existence du marché et sur le résultat de celui-ci par l'adjudicataire doivent ainsi être précisées dans les documents du marché.

En cas de licence, l'adjudicataire reste bien entendu libre de commercialiser le résultat du marché. Si la recherche et le développement ont été en partie financés par le pouvoir adjudicateur, une rémunération peut lui être due. Le pouvoir adjudicateur doit en tout cas être particulièrement attentif aux clauses relatives aux droits de propriété intellectuelle qui lui seraient soumises par l'adjudicataire, et vérifier que ces conditions permettent à l'autorité publique d'exploiter les résultats du marché public en toute latitude.



« Créer les conditions d'un fonctionnement compétitif, durable et équilibré du marché des biens et services en Belgique. »

## 6.4. Recommandations / directives

1. Faites une analyse au cas par cas des intérêts du pouvoir adjudicateur et de ceux de l'adjudicataire afin de parvenir, au regard des clauses relatives aux droits de propriété intellectuelle, à un équilibre optimal entre ces intérêts.
2. Veillez à ce que les opérateurs économiques puissent conserver la propriété intellectuelle relative aux innovations développées au cours de l'exécution d'un marché public.
3. Envisagez la cession des droits sur les résultats au profit du pouvoir adjudicateur que si une telle cession est nécessaire à l'exploitation, par le pouvoir public, des résultats du marché public. Précisez alors les conditions de l'exploitation commerciale des informations générales sur l'existence du marché et les résultats de celui-ci par l'adjudicataire dans les documents du marché.

## 7. Principe 7 – Optimiser l'utilisation de moyens de communication électroniques

### 7.1. Objectif

Utiliser des moyens de communication électroniques dans toutes les phases de la procédure de passation en vue de favoriser la transparence et la concurrence et de limiter les coûts administratifs, tant pour les pouvoirs adjudicateurs que pour les opérateurs économiques.

### 7.2. Que dit la réglementation relative aux marchés publics ?

La loi du 17 juin 2016 prévoit que les communications et les échanges d'informations entre l'adjudicateur et les opérateurs économiques, doivent, à tous les stades de la procédure de passation, être réalisés par des moyens de communication électroniques, sauf dans les cas visés par la loi.

L'exception la plus importante spécifiant que l'utilisation de moyens de communication électroniques n'est pas obligatoire, concerne le cas où un marché public est passé selon la procédure négociée sans publication ou mise en concurrence préalable dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne.

L'obligation d'utiliser des moyens électroniques sera d'application à partir du 18 octobre 2018 pour les marchés dont les montants estimés sont égaux ou supérieurs aux seuils européens, à l'exception des centrales d'achat (30 juin 2017). En dessous de ces seuils, cette obligation sera d'application à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2020. Elle ne s'appliquera pas aux marchés passés selon la procédure négociée sans publication ainsi qu'aux marchés dont le montant estimé est inférieur à 30.000 euros (marchés publics de faible montant)

### 7.3. Commentaire

L'utilisation de moyens de communication électroniques se justifie parce qu'elle favorise l'efficacité et la transparence des procédures de passation et accroît considérablement les possibilités dont peuvent bénéficier les entreprises pour introduire leur demande de participation ou leur offre. Il convient donc de souligner que l'utilisation de moyens de communication électroniques est d'application dans toutes les phases de la procédure de passation (hormis dans les

cas exceptionnels prévus). Il en résulte que la passation des marchés publics, doit, dans une certaine mesure, être dématérialisée.

En clair, les obligations en matière d'utilisation de moyens de communication électroniques s'appliquent uniquement à la communication et à l'échange d'informations entre les adjudicateurs d'une part et les opérateurs économiques d'autre part.

En d'autres termes, cette obligation ne s'applique pas à la communication interne au sein de l'adjudicateur. Cette obligation n'est pas non plus d'application pour les parties de la procédure venant après l'attribution du marché public.

Concrètement, cela signifie effectivement que l'utilisation de moyens de communication électroniques entre l'adjudicateur et les opérateurs économiques est d'application pour :

- > L'avis de marché pour les marchés soumis aux règles de publication. Cela concerne l'appel lancé à tout opérateur économique intéressé qui peut soumettre, en fonction de la procédure, une demande de participation ou une offre.
- > La réception de demandes de participation. Cela concerne les procédures en deux phases.
- > L'invitation adressée par l'adjudicateur aux candidats sélectionnés ou choisis d'introduire une offre.
- > La réception des offres.
- > La communication entre l'adjudicateur et les soumissionnaires durant les négociations.
- > La conclusion du marché qui s'effectue par la notification de l'acceptation de son offre à l'adjudicataire.

D'une part, la plateforme fédérale e-Procurement, via e-Sender ou non, est le seul instrument légal pour annoncer (par voie électronique) des marchés qui sont soumis à l'obligation de publication. D'autre part, cette plateforme est également l'instrument le plus approprié pour faire en sorte que la transaction entre les adjudicateurs et les opérateurs économiques passe malgré tout par la voie électronique lors de procédures d'attribution non soumises aux règles en matière de publication obligatoire. La passation d'un marché reste néanmoins encore possible par e-mail ou par fax, et, le jour même, par envoi recommandé.

La circulaire du 30 novembre 2012 *P&O/2012/e-Proc. - Marchés publics - Utilisation de l'application e-Procurement par les services de l'Etat fédéral* contient une série de recommandations et impose, en plus des obligations légales, des obligations supplémentaires relatives à la communication électronique et à l'échange d'information entre l'adjudicateur et les opérateurs économiques. Les pouvoirs adjudicateurs fédéraux<sup>2</sup> sont donc tenus d'appliquer les directives

---

<sup>2</sup> Circulaire P&O/2012/e-Proc - A l'exception des « services tels que visés à l'article 2, 3°, de la loi précitée du 22 mai 2003 portant organisation du budget et de la comptabilité de l'Etat fédéral, à savoir les organismes d'administration publique dotés de la personnalité juridique, et pour l'application de la présente circulaire en ce compris les organismes publics de sécurité sociale de la catégorie D de la loi du 16 mars 1954, relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public et des institutions publiques de sécurité sociale reprises dans l'arrêté royal du 3 avril 1997 portant des mesures en vue de la responsabilisation des institutions publiques de sécurité sociale. *Il est cependant fortement recommandé à ces services d'appliquer les mesures contenues dans la présente circulaire* ». Le principe 7 reprend le domaine d'application et la recommandation de cette circulaire.

« Créer les conditions d'un fonctionnement compétitif, durable et équilibré du marché des biens et services en Belgique. »

de cette circulaire. Concrètement, la circulaire (et principe 7) est d'application pour tous les pouvoirs adjudicateurs fédéraux, tels que mentionnés dans l'introduction à la présente charte, à l'exception des services exemptés mentionnés en note de bas de page 2.

#### **7.4. Recommandation / directive**

Suivre les obligations et les recommandations en matière d'utilisation de moyens de communication électroniques durant les procédures de passation est obligatoire dans les cas prévus dans la circulaire du *30 novembre 2012\_ P&O/2012/e-Proc. - Marchés publics - Utilisation de l'application e-Procurement par les services de l'Etat fédéral.*

### **8. Principe 8 – Retour d'information vers les soumissionnaires non sélectionnés / non retenus**

#### **8.1. Objectif**

Assurer, à temps et de manière adéquate, un retour d'information vers les candidats non sélectionnés et les soumissionnaires non retenus.

#### **8.2. Que dit la réglementation relative aux marchés publics ?**

La loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, détermine les règles relatives à l'information à communiquer à toutes les étapes de la procédure de passation par les pouvoirs adjudicateurs aux participants, candidats et soumissionnaires.

Des informations sont à communiquer, durant la procédure de passation, à différents moments, à savoir en fonction de la procédure choisie, lorsqu'est prise la décision motivée de sélection, la décision motivée de qualification, la décision motivée relative au choix des participants, la décision motivée d'attribution, la décision de renoncer à la passation du marché.

Concernant le retour d'information vers des candidats non sélectionnés, des soumissionnaires non retenus ou des participants non admis au sujet des décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs et des résultats d'une procédure de passation, il convient de faire une distinction, par domaine d'application, entre :

- > Les marchés atteignant les seuils européens.
- > Les marchés n'atteignant pas les seuils européens, concernant lesquels il convient de distinguer :
  - Les marchés dont la dépense à approuver hors taxe sur la valeur ajoutée dépasse 85.000 euros,
  - Les marchés dont la dépense à approuver hors taxe sur la valeur ajoutée ne dépasse pas 85.000 euros, et qui ne tombent pas dans le champ d'application des marchés de faible montant (30.000 euros).

La loi du 17 juin 2016 définit également les procédures de recours que les participants, candidats et soumissionnaires peuvent engager à l'encontre des décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs.

### 8.3. Commentaire

L'obligation de communiquer des informations aux participants, aux candidats et aux soumissionnaires ainsi que leur contenu, varie en fonction du seuil du marché.

- 1) Pour les marchés atteignant les seuils européens, le pouvoir adjudicateur est obligé :
  - d'informer, immédiatement après avoir pris la décision motivée de sélection ou de qualification, respectivement les candidats non sélectionnés ou les candidats non qualifiés concernant leur non-sélection ou non-qualification en ajoutant à chaque fois les motifs y afférents.
  - de communiquer, immédiatement après avoir pris la décision motivée d'attribution, aux soumissionnaires dont l'offre n'a pas été choisie et au soumissionnaire retenu, la décision motivée d'attribution. Les soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière ou non conforme sont informés sous forme d'un extrait de la décision motivée d'attribution qui concerne les motifs de leur exclusion.
  - de communiquer immédiatement après avoir pris la décision de renoncer à passer un marché et, le cas échéant, de lancer un nouveau marché, la décision motivée aux candidats, participants et soumissionnaires concernés.

Le pouvoir adjudicateur est également tenu de respecter un délai d'attente de quinze jours suivant l'envoi de la notification de la décision motivée aux candidats, participants et soumissionnaires concernés, avant que la conclusion du marché ne puisse avoir lieu.

- 2) Pour les marchés qui n'atteignent pas les seuils européens et dont la dépense à approuver hors taxe sur la valeur ajoutée dépasse 85.000 euros :
  - le pouvoir adjudicateur applique les mêmes principes que pour les marchés atteignant les seuils européens (idem que 1),
  - pour ces marchés, le délai d'attente de quinze jours avant la conclusion du marché qui suit la décision d'attribution n'est effectivement pas d'application.
- 3) Marchés dont la dépense à approuver hors taxe sur la valeur ajoutée ne dépasse pas 85.000 euros, et qui ne tombent pas dans le champ d'application des marchés de faible montant (30.000 euros).

Pour ces marchés, l'obligation d'information envers le candidat ou soumissionnaire non sélectionné s'articule en deux phases.

Dans une première phase, le pouvoir adjudicateur, dès qu'il a pris la décision motivée de sélection et la décision motivée d'attribution, communique uniquement que le candidat ou soumissionnaire n'est pas sélectionné, que son offre est rejetée ou n'a pas été choisie.

Dans une deuxième phase, et après que le soumissionnaire non sélectionné ou non retenu en ait fait la demande, l'autorité adjudicatrice communique par écrit, dans un délai de quinze jours après la date de réception de la demande, au candidat ou soumissionnaire concerné, les informations complémentaires qui concernent, suivant le cas,

- les motifs de sa non-sélection, sous la forme d'un extrait de la décision motivée ;
- les motifs du rejet, sous la forme d'un extrait de la décision motivée ;



« Créer les conditions d'un fonctionnement compétitif, durable et équilibré du marché des biens et services en Belgique. »

- la décision motivée au soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie.

Il est toutefois vivement recommandé, à moins que le pouvoir adjudicateur n'ait des motifs pour y déroger, d'ajouter immédiatement, suite à la prise de décision motivée de sélection ou d'attribution, les motifs indiqués dans la communication au candidat ou soumissionnaire non sélectionné. De ce fait, la procédure en deux phases est réduite à une phase et les opérateurs économiques concernés sont mis immédiatement au courant des raisons pour lesquelles ils n'ont pas été retenus.

- 4) La loi du 17 juin 2013 (art 7/1) détermine également qu'en cas de procédures avec négociation, l'autorité adjudicatrice communique, à la demande de tout soumissionnaire ou participant concerné, les informations relatives au déroulement et à l'avancement des négociations ou du dialogue et ce, dans les meilleurs délais et au plus tard quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite.

Il est toutefois conseillé aux pouvoirs adjudicateurs d'informer régulièrement, de leur propre initiative, chaque soumissionnaire ou participant, de l'avancement des négociations ou du dialogue.

- 5) La loi du 17 juin 2013 détermine aussi les éléments que chaque type de décision doit contenir. L'attention doit être attirée sur le fait qu'à chaque fois les motifs de droit et de fait doivent être repris dans ces décisions, qui, suivant le cas, justifient et motivent :

- la non-sélection d'un candidat,
- le rejet d'une offre,
- le fait qu'une offre régulière ne soit pas choisie.

En vertu de l'obligation de motivation formelle, la décision motivée doit indiquer les considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision et cette motivation doit être suffisante, afin que les candidats ou soumissionnaires concernés puissent être en mesure de pleinement apprécier s'il est judicieux de se défendre contre la décision avec les moyens que le droit met à leur disposition.

Les pouvoirs adjudicateurs doivent donc veiller à ce que les décisions reposent sur des motifs suffisants, extérieurs et solides.

- 1) Les pouvoirs adjudicateurs doivent tenir compte de la double obligation de notification, qui signifie que les décisions motivées sont communiquées par fax, par e-mail ou par les plateformes électroniques prévues par la loi ou les moyens de communication électroniques et, le jour même, par envoi recommandé.
- 2) Les pouvoirs adjudicateurs doivent aussi mentionner dans leurs communications les voies de recours, leurs délais et les instances compétentes.

Pour cela, il peut être fait usage des formulations standard reprises dans les documents types du SPF BOSA (<http://www.publicprocurement.be>), où, en fonction de la procédure choisie et des seuils, différentes clauses sont proposées.

#### **8.4. Recommandations / directives**

1. Veillez à assurer, à temps et de manière adéquate, un retour d'information vers les candidats non sélectionnés et les soumissionnaires non retenus.

2. Indiquez, pour toute communication aux candidats non sélectionnés et soumissionnaires non retenus, les motifs de droit et de fait concernant leur non-sélection ou le fait que leur offre ne soit pas retenue. Veillez à ce que, dans les décisions prises, ces motifs reposent sur des considérations de fait.
3. Tenez compte de la double obligation de notification.
4. Mentionnez dans les communications les voies de recours, leurs délais et les instances compétentes. Utilisez pour cela les clauses standard reprises dans les documents types du SPF BOSA (<http://www.publicprocurement.be>).

## 9. Principe 9 - Exigences minimales proportionnelles dans le cahier technique des charges

### 9.1. Objectif

Rédiger les spécifications demandées, de préférence de manière fonctionnelle et orientée résultat, de sorte qu'elles n'entravent pas la concurrence et qu'elles laissent suffisamment de latitude aux opérateurs économiques pour proposer leur meilleure solution.

### 9.2. Que dit la réglementation relative aux marchés publics ?

Le *cahier technique des charges* décrit les spécifications et les exigences (minimales) du marché prévu. La loi 17 juin 2016 établit que le pouvoir adjudicateur inclut les spécifications techniques qui définissent les caractéristiques requises des travaux, des fournitures ou des services dans les documents du marché.

Ces caractéristiques peuvent se référer au processus ou à la méthode spécifique de production ou d'exécution des travaux, des fournitures ou des services demandés ou à un processus propre à un autre stade de leur cycle de vie même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel, à condition qu'ils soient liés à l'objet du marché et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs. Les spécifications techniques peuvent préciser si le transfert des droits de propriété intellectuelle sera exigé.

En outre, la loi du 17 juin 2016 détermine entre autres que :

- > Les spécifications techniques doivent donner aux opérateurs économiques une égalité d'accès à la procédure de passation et ne peuvent pas avoir pour effet d'entraver la concurrence de manière injustifiée.
- > Les spécifications techniques sont formulées de l'une des façons suivantes :
  - soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles (1<sup>o</sup>), en ce compris des caractéristiques environnementales, à condition qu'elles soient suffisamment précises pour permettre aux soumissionnaires de déterminer l'objet du marché et au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché ;
  - soit par référence à des spécifications techniques (2<sup>o</sup>) et par ordre de préférence, aux normes nationales transposant des normes européennes, aux évaluations techniques européennes, aux spécifications techniques communes, aux normes internationales, aux autres référentiels techniques élaborés par les organismes européens de normalisation, ou, en leur absence, aux normes nationales, aux agré-

« Créer les conditions d'un fonctionnement compétitif, durable et équilibré du marché des biens et services en Belgique. »

ments techniques nationaux ou aux spécifications techniques nationales en matière de conception, de calcul et de réalisation des ouvrages et d'utilisation des fournitures. Chaque référence est accompagnée de la mention « ou équivalent » ;

- soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles visées au (1<sup>o</sup>) se référant aux spécifications visées au (2<sup>o</sup>) comme un moyen de présomption de conformité à ces performances ou exigences fonctionnelles ;
- soit par référence aux spécifications visées au (2<sup>o</sup>) pour certaines caractéristiques et aux performances ou aux exigences fonctionnelles visées au (1<sup>o</sup>) pour d'autres caractéristiques.

Les spécifications techniques, à quelques exceptions spécifiques près, ne peuvent également pas faire mention d'une fabrication ou d'une provenance déterminée ou d'un procédé particulier qui caractérise les produits ou les services fournis par un opérateur économique spécifique, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, à une origine ou à une production déterminée qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits.

Par ailleurs, la loi du 17 juin 2016 (art 2) définit la notion « spécifications techniques », respectivement pour les marchés de travaux, de fournitures et de services. Pour finir, on peut relever que la loi du 17 juin 2016 (art. 54) prévoit que lorsque le pouvoir adjudicateur souhaite acquérir des travaux, des fournitures ou des services présentant certaines caractéristiques d'ordre environnemental, social ou autre, il peut, dans les spécifications techniques, les critères d'attribution ou les conditions d'exécution du marché, exiger un label.

### 9.3. Commentaire

Les caractéristiques des spécifications techniques doivent toujours être liées à l'objet du marché et être proportionnées à sa valeur et à ses objectifs. Les spécifications techniques doivent être rédigées de manière à éviter de restreindre artificiellement la concurrence en instaurant des exigences qui favorisent un opérateur économique particulier. Elles doivent en effet permettre une concurrence maximale.

Toutefois, les caractéristiques des spécifications techniques peuvent se référer tant au processus ou à la méthode spécifique de production de travaux, de fournitures ou de services demandés qu'à un processus propre à un autre stade de leur cycle de vie, et ce, même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel. Elles doivent également permettre, en plus de l'ouverture des marchés publics à la concurrence, la réalisation d'objectifs de développement durable.

Il convient, par ailleurs, de préciser que les spécifications techniques peuvent faire référence à des normes. Il est interdit de mentionner une fabrication ou une provenance déterminée ; en cas de non-respect de cette interdiction, le soumissionnaire peut présenter un produit ou un service équivalent. En tout état de cause, la méthode consistant à formuler des spécifications techniques en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, est mentionnée comme première méthode dans la réglementation relative aux marchés publics.

Une description ouverte, fonctionnelle et orientée résultat des spécifications demandées offre en effet le plus de possibilités en vue d'une large concurrence et permet aux opérateurs économiques de proposer leurs propres produits, services ou solutions techniques (innovants), et ce, par opposition à une description détaillée fournie à l'aide d'exigences techniques. L'attention doit également être attirée sur le fait qu'avoir recours à la mention de labels est un

instrument utile pour préciser les exigences relatives à un travail, une fourniture ou un service. Ainsi, un label spécifique peut être exigé comme preuve que les travaux, fournitures ou services correspondent aux prescriptions exigées. L'article 54 de la loi du 17 juin 2016 détermine les conditions auxquelles le label et les exigences du label doivent satisfaire.

Il est intéressant de relever que la possibilité d'utiliser des labels est donc étendue aux travaux et qu'à côté des labels environnementaux, des labels sociaux et d'autres labels peuvent aussi être utilisés. Ces labels peuvent également être utilisés dans les conditions du marché ayant trait à son exécution et même dans le cadre des critères d'attribution.

Néanmoins, il est précisé que le pouvoir adjudicateur qui exige un label, doit accepter tous les labels qui confirment que les travaux, fournitures ou services concernés répondent à des exigences de label équivalentes. Si un opérateur économique démontre qu'il n'a pas eu la possibilité d'acquérir le label visé à temps, le pouvoir adjudicateur doit également accepter d'autres moyens de preuve pertinents. Il doit s'agir de raisons dont il ne peut être tenu pour responsable.

Les pouvoirs adjudicateurs doivent néanmoins veiller à ce que les labels soient toujours proportionnés à l'objet du marché, et ce, notamment afin de ne pas entraver l'accès des PME au marché. Pour cette raison, un assouplissement a été prévu pour les marchés n'atteignant pas le seuil pour la publicité européenne. Dans ce cas, l'opérateur économique dispose toujours de la faculté de produire d'autres moyens de preuve, pour autant que ces derniers confirment qu'il est satisfait aux exigences spécifiques ou aux exigences concernant le label particulier.

#### **9.4. Recommandations / directives**

1. Les caractéristiques des spécifications techniques doivent être liées à l'objet du marché et proportionnées à sa valeur et à ses objectifs.
2. La formulation de spécifications techniques en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, est à envisager comme la première approche possible, afin de laisser latitude aux opérateurs économiques pour proposer leurs propres produits, services ou solutions techniques.
3. Les spécifications techniques sont rédigées de manière ouverte afin qu'elles offrent aux opérateurs économiques un accès égal au marché et qu'elles ne conduisent pas à une limitation injustifiée de la concurrence.
4. Il est interdit de mentionner une fabrication ou une provenance déterminée ; en cas de non-respect de cette interdiction, le soumissionnaire peut présenter un produit ou un service équivalent.
5. En cas d'utilisation de labels, le pouvoir adjudicateur veille à ce que ces labels soient toujours proportionnés à l'objet du marché, et ce notamment afin de n'entraver, en aucune façon, l'accès des PME au marché.

« Créer les conditions d'un fonctionnement compétitif, durable et équilibré du marché des biens et services en Belgique. »

## **10.Principe 10 – Proportionnalité des critères de sélection, garanties financières et modalités de paiement**

### **10.1. Objectif**

Poser des exigences d'accès et des conditions contractuelles qui soient adaptées à la nature et à l'ampleur du marché en choisissant un niveau d'exigence de sélection pertinent et adapté, en prévoyant un plan de paiement adapté pour les contrats de longue durée et en limitant le mode de calcul du cautionnement, notamment pour les accords-cadres.

### **10.2. Que dit la réglementation relative aux marchés publics ?**

Les garanties financières que les pouvoirs adjudicateurs peuvent imposer aux opérateurs économiques et exiger d'eux ont trait

- d'une part, aux exigences pour être retenu en vue de l'attribution, et
- d'autre part, aux garanties et aux conditions régissant l'exécution du marché.

#### **Exigences pour être retenu en vue de l'attribution**

Le ou les critères de sélection pour être retenu en vue de l'attribution peuvent avoir trait :

1. à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle ; et/ou
2. à la capacité économique et financière ; et/ou
3. aux capacités techniques et professionnelles.

Le pouvoir adjudicateur ne peut imposer d'autres critères que ceux susvisés comme conditions de participation aux candidats et aux soumissionnaires. Ils limitent ces conditions à celles qui sont propres à garantir qu'un candidat ou un soumissionnaire dispose de la capacité économique et financière ainsi que des compétences techniques et professionnelles nécessaires pour pouvoir exécuter le marché.

#### **Exigences lors de l'exécution du marché**

Les garanties financières lors de l'exécution d'un marché ont principalement trait au cautionnement, et aux conditions et aux délais de paiement.

Le cautionnement est la garantie financière donnée par l'adjudicataire par rapport à ses obligations quant à la réalisation complète et satisfaisante du marché. Le pouvoir adjudicateur exige un cautionnement des opérateurs économiques auxquels le marché est attribué, et ce, pour le cas où l'adjudicataire serait défaillant lors de l'exécution du marché.

Sauf disposition contraire dans les documents du marché, il n'est pas exigé de cautionnement :

- pour les marchés de fournitures et de services dont le délai d'exécution ne dépasse pas quarante-cinq jours ;
- pour les marchés de services de catégories déterminées ;
- pour les marchés dont le montant est inférieur à 50.000 euros.

Le montant du cautionnement est fixé à cinq pour cent du montant initial du marché.

Pour les marchés de fournitures et de services sans indication d'un prix total, sauf disposition contraire dans les documents du marché, le mode de calcul du cautionnement correspond au montant mensuel estimé du marché multiplié par six. Pour les accords-cadres, le cautionnement est constitué par marché conclu. Le pouvoir adjudicateur peut cependant prévoir dans les documents du marché, en cas d'accord-cadre conclu avec un seul adjudicataire, la constitution d'un cautionnement global pour l'accord-cadre en précisant son mode de calcul. Pour les marchés à tranches, le cautionnement est constitué par tranche à exécuter.

En ce qui concerne les modalités de paiement, la réglementation relative aux marchés publics prévoit, entre autres, que

- > le prix du marché est payé soit en une fois après son exécution complète, soit par acomptes au fur et à mesure de son avancement, suivant les modalités prévues par les documents du marché ;
- > des avances peuvent être accordées suivant les modalités fixées par les documents du marché, pour les marchés qui, par rapport à leur montant, nécessitent des investissements préalables de valeur considérable, tout en étant spécifiquement liés à leur exécution (*pour la réalisation de constructions ou installations, pour l'achat de matériel, machines ou outillages; pour l'acquisition de brevets ou de licences de production ou de perfectionnement; pour les études, essais, mises au point ou réalisations de prototypes*).

Contrairement aux acomptes, les avances représentent des sommes qui sont versées à l'adjudicataire avant tout service fait et accepté.

Les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de respecter les délais de paiement fixés dans la réglementation relative aux marchés publics, ceux-ci ne pouvant pas être dépassés. Lorsque les délais fixés pour le paiement sont dépassés, l'adjudicataire a droit au paiement, de plein droit et sans mise en demeure à un intérêt au prorata du nombre de jours de retard.

### **10.3. Commentaire**

#### **Pertinence du choix des critères de sélection**

Le ou les critères de sélection ont donc trait à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle et/ou à la capacité financière et économique et/ou aux capacités techniques et professionnelles. Le pouvoir adjudicateur peut, par conséquent, choisir parmi ces possibilités, et, le cas échéant, se limiter à un seul critère de sélection. Il est prévu que les conditions doivent toujours être liées et proportionnées à l'objet du marché. En effet, des exigences trop contraignantes, par exemple en matière de capacité économique et financière, constituent souvent une entrave non justifiable par rapport à la participation des PME aux marchés publics.

Il convient d'être conscient que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de reprendre tous les critères de sélection. Le pouvoir adjudicateur pourrait, par exemple, se limiter à imposer une capacité professionnelle et technique, à l'exclusion d'une capacité économique et financière. En effet, le pouvoir adjudicateur doit adapter ses exigences et déterminer les critères pertinents qu'il convient de retenir de manière à permettre l'exécution du marché et à assurer une concurrence suffisante entre les opérateurs économiques.

#### **Proportionnalité et niveau des critères de sélection**

Il est obligatoire d'assortir chacun des critères de sélection d'un niveau d'exigence approprié. Le Conseil d'Etat a rappelé de manière constante et à de nombreuses reprises que l'utilisation

« Créer les conditions d'un fonctionnement compétitif, durable et équilibré du marché des biens et services en Belgique. »

de critères de sélection qualitatifs n'a de sens que si lesdits critères sont assortis d'un niveau d'exigence adapté qui doit être atteint pour être sélectionné.

A défaut de fixation d'un tel niveau, il se pourrait que des opérateurs économiques de capacités potentiellement différentes soient traités de manière identique et donc discriminatoire. Par exemple, si le pouvoir adjudicateur demande simplement une liste de travaux exécutés au cours des cinq dernières années, un entrepreneur ayant réalisé cinq travaux pour 10.000 euros serait mis sur le même pied qu'un autre en ayant réalisé dix pour 200.000 euros chacun.

Le niveau à fixer doit être proportionné à l'importance et à la complexité du marché. Il s'agit de déterminer un niveau qui ne soit pas dérisoire eu égard à l'importance du marché et qui, inversement, ne soit pas non plus disproportionné. Il convient de fixer, tant un niveau qualitatif que quantitatif (par exemple, cinq références relatives à des chantiers ayant au moins fait l'objet d'une réception provisoire, pour un montant d'au moins 350.000 euros et en rapport avec des travaux d'une nature déterminée).

Des dérogations sont également prévues, étant donné que certains critères pourraient ne pas se prêter à la fixation d'un niveau d'exigence minimal (par exemple la déclaration bancaire). Dans pareil cas, le pouvoir adjudicateur n'a pas l'obligation de fixer un niveau minimal pour le critère en question mais doit par contre assortir ledit critère d'un second critère de même type (dans l'exemple des garanties bancaires donc un critère de type économique) permettant la fixation d'un niveau minimal d'exigence.

### **Sélection qualitative lors de marchés de travaux**

Lors d'un marché de travaux, les critères de sélection et le niveau de ceux-ci peuvent être déterminés sur la base des catégories et des classes, telles que prévues dans la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux.

En ce qui concerne l'agrégation, il convient de rappeler qu'il s'agit d'un critère de sélection qualitatif qui contient par lui-même un niveau d'exigence (classe et catégorie). Cependant, si le pouvoir adjudicateur décide de mettre d'autres critères de sélection qualitatifs, en plus de l'agrégation, il doit également les assortir d'un niveau d'exigence sauf si ces derniers ne se prêtent pas à la fixation d'un tel niveau. D'ailleurs, dans les procédures autres que la procédure ouverte et la procédure négociée directe avec publication préalable, le pouvoir adjudicateur sera obligé d'ajouter un critère de sélection qualitatif.

### **Cautionnement**

La constitution d'un cautionnement demande un effort non négligeable aux entreprises, et principalement aux PME. Hormis les cas dans lesquels celui-ci est obligatoire de par la loi, il est également conseillé d'imposer des conditions complémentaires en matière de cautionnement, mais uniquement dans des cas exceptionnels et motivés.

Ils peuvent en effet entraîner des coûts disproportionnés, notamment pour les PME, et les dissuader de poser leur candidature pour un marché ou d'introduire une offre.

En effet, il n'est possible de déroger aux règles générales de cautionnement, que si les exigences particulières du marché rendent cela nécessaire. Ces dérogations sont alors mentionnées au début des documents du marché et elles y sont explicitement motivées. A défaut de motivation dans les documents du marché, la dérogation en question est réputée non écrite. Pour les accords-cadres, le cautionnement est constitué par marché conclu. Toutefois, le pouvoir adjudicateur peut demander dans les documents du marché, en cas d'accord-cadre con-

clu avec un seul adjudicataire, la constitution d'un cautionnement global en précisant son mode de calcul.

Toutefois, le mode de calcul, et partant, le montant du cautionnement doivent être proportionnés aux risques lors de l'exécution du contrat et aux commandes escomptées par rapport à l'accord-cadre. Tout comme pour les marchés de fournitures et de services qui ne mentionnent pas un prix total, l'assiette du cautionnement peut correspondre au montant mensuel estimé du marché multiplié par six, ou éventuellement par 12. Imposer des exigences plus élevées (par exemple calculé sur des quantités présumées ou sur l'ensemble de la durée de l'accord-cadre) peut être disproportionné et non justifié par la nature du marché.

Dans d'autres cas, il conviendrait de privilégier un cautionnement par marché, conclu sur l'accord-cadre.

### **Paielements**

Dans beaucoup de marchés, le principe du paiement du prix du marché *en une fois après son exécution complète* est le seul qui soit justifié, bien entendu, pour autant que les conditions de délais de paiement soient respectées et que ceux-ci ne soient pas plus longs que ceux prévus dans la réglementation relative aux marchés publics.

Cependant, l'élaboration d'un plan de paiement dans les documents du marché utilisant un paiement par acomptes au fur et à mesure de l'avancement du marché, permet de faire en sorte que l'adjudicataire puisse recevoir des paiements intermédiaires, par exemple, lors de marchés demandant un long délai d'exécution. Payer le prix de tels marchés en une fois, seulement après leur exécution complète, peut en effet représenter, pour les opérateurs économiques, de trop grands efforts financiers qu'ils ne seront pas en mesure de supporter.

Il peut aussi être envisagé de permettre le paiement d'avances pour des marchés particuliers qui, en raison de leur montant, demandent des investissements préalables importants.

Enfin, lorsque les délais fixés pour le paiement sont dépassés, l'adjudicataire a droit au paiement, de plein droit et sans mise en demeure d'un intérêt au prorata du nombre de jours de retard. Le pouvoir adjudicateur est tenu d'effectuer le calcul de ces intérêts de retard et de les verser automatiquement à celui-ci.

## **10.4. Recommandations / directives**

1. Veillez à ce que les critères de sélection soient liés et proportionnés à l'objet du marché. Déterminez, pour ceux-ci, un niveau approprié et proportionné par rapport à la nature et à l'étendue du marché.
2. Choisissez uniquement des critères de sélection qui sont pertinents pour le marché et envisagez de vous dispenser purement et simplement de critères économiques ou financiers, lorsque ceux-ci ne sont pas pertinents.
3. Hormis les cas pour lesquels la loi l'oblige, des conditions complémentaires ne sont imposées en matière de cautionnement que dans des cas exceptionnels et motivés.
4. En cas d'accords-cadres conclus avec un seul adjudicataire, l'assiette du cautionnement global correspond de préférence au montant mensuel estimé des marchés passés en vertu de l'accord-cadre, multiplié par six ou au maximum par douze.
5. Prévoyez, pour des marchés ayant un long délai d'exécution et nécessitant des investisse-



ments préalables importants, dans les documents du marché, un plan de paiement adapté aux prestations à fournir. Appliquez, dans ces cas, et à condition que cela soit motivé, le principe de paiement par acompte et par avances.

6. Respectez les délais de paiement prévus dans la réglementation relative aux marchés publics. Lorsque les délais fixés pour le paiement sont dépassés, le pouvoir adjudicateur calcule les intérêts de retard dus, de plein droit, à l'adjudicataire et les verse automatiquement.

## **11.Principe 11 – Recours à des procédures avec des éléments de négociations ou de dialogues**

### **11.1. Objectif**

La Belgique dispose d'un secteur de PME dynamique et innovant. Toutefois, il convient de veiller à ce que les opérateurs économiques, et en particulier les PME, se voient offrir la chance de proposer leurs solutions les plus performantes et les plus innovantes. Les procédures impliquant des négociations ou un dialogue ont pour principal avantage, et pour les opérateurs économiques, et pour les adjudicateurs, qu'elles permettent, mieux que les procédures sans négociations, d'aboutir à des solutions répondant de manière optimale aux besoins spécifiques d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entreprise publique.

### **11.2. Que dit la réglementation relative aux marchés publics ?**

Concernant les marchés pour lesquels des négociations et/ou un dialogue sont requis afin de pouvoir répondre aux besoins de l'adjudicateur, la réglementation relative aux marchés publics prévoit les procédures de passation suivantes :

1. la procédure concurrentielle avec négociation : il s'agit d'une procédure de passation pour laquelle tout opérateur économique intéressé peut soumettre une demande de participation en réponse à un avis de marché, mais pour laquelle seuls les candidats sélectionnés peuvent soumettre une offre, les conditions du marché pouvant ensuite faire l'objet d'une négociation avec les soumissionnaires, et qui s'applique uniquement aux marchés relevant du champ d'application du titre 2 de la réglementation, à savoir, les secteurs classiques ;
2. le dialogue compétitif : il s'agit d'une procédure de passation pour laquelle tout opérateur économique intéressé peut soumettre une demande de participation en réponse à un avis de marché, mais pour laquelle l'adjudicateur mène un dialogue avec les candidats sélectionnés dans le cadre de cette procédure, afin d'élaborer une ou plusieurs solutions répondant à ses besoins. Ensuite, les participants dont la ou les solutions proposées sont retenues à l'issue de ce dialogue seront invités à soumettre une offre ;
3. le partenariat d'innovation : il s'agit d'une procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur fait savoir qu'il a besoin de produits, de services ou de travaux innovants et que ce besoin ne peut pas être comblé par l'achat de produits, de services ou de travaux déjà disponibles sur le marché.

Notez que la procédure négociée sans publication préalable et la procédure applicable aux marchés de faible montant ne sont pas prises en compte, étant donné que dans la pra-

tique, et sauf exception, celles-ci concernent le plus souvent des marchés d'une valeur relativement modeste.

### 11.3. Commentaire

Tant dans la nouvelle directive marchés publics dans les secteurs classiques que dans la nouvelle législation belge, mais également dans le monde de l'entreprise, les procédures impliquant des négociations ou un dialogue sont accueillies avec moins de méfiance que de par le passé. Comme c'est le cas depuis longtemps dans les secteurs spéciaux, on a pris conscience que, parmi les instruments des marchés publics, ces procédures présentent des moyens sûrs et efficaces, à condition de les assortir de garanties d'une concurrence équitable, de non-discrimination à l'égard des parties et de transparence.

Désormais, le recours à des procédures comportant des éléments de négociations ou de dialogues est également encouragé dans les secteurs classiques. Les conditions légales pour le recours à la procédure concurrentielle avec négociation et au dialogue compétitif ont été considérablement élargies et assouplies ; par ailleurs, le partenariat d'innovation a été introduit en tant que nouvelle procédure de passation.

#### 1. La procédure concurrentielle avec négociation

Deux cas de figure dans lesquels le pouvoir adjudicateur peut, tant en matière de travaux, de fournitures que de services, avoir recours à la procédure concurrentielle avec négociation, méritent d'être mentionnées :

- a) lorsque les besoins du pouvoir adjudicateur ne peuvent être satisfaits sans une adaptation des solutions immédiatement disponibles ;
- b) lorsque les travaux, les fournitures ou les services comportent des solutions innovantes et de conception.

Dans le premier cas (a), il s'agit de solutions existantes, nécessitant une intervention dans le processus de production ou de réalisation afin de pouvoir répondre aux besoins spécifiques du pouvoir adjudicateur, alors que dans le second cas (b), une solution est élaborée.

L'exposé des motifs de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics précise, concernant le second cas, « dès lors, tout marché ayant pour objet la conception est visé par la présente disposition, que celui-ci porte uniquement sur la conception ou sur d'autres objets (telle que la réalisation) en plus de la conception ou des solutions innovantes ».

On ne peut donc pas partir du principe que la réalisation d'un bâtiment standard, en tant que marché public de travaux, tomberait sous (a) ou (b) parce que le bâtiment doit tout simplement encore être construit. Par contre, un marché de travaux portant sur « la conception et la construction » ou « la conception, la construction, le financement et la maintenance » pourra très bien relever de ce cas de figure.

La procédure concurrentielle avec négociation est donc applicable aux marchés pour lesquels il est possible de réaliser un cahier des charges, sur la base de spécifications techniques, qu'il s'agisse d'exigences fonctionnelles ou de prestation, lorsque des négociations sont jugées appropriées ou s'avèrent peut être même nécessaires.

#### 2. Le dialogue compétitif

Selon le législateur européen, le dialogue compétitif s'est avéré utile dans des domaines déterminés tels que les projets innovants, la réalisation d'importants projets intégrés d'infra-

« Créer les conditions d'un fonctionnement compétitif, durable et équilibré du marché des biens et services en Belgique. »

structures de transport, de grands réseaux informatiques ou de projets avec un financement complexe et structuré, et, par conséquent, il convient de promouvoir le recours à celle-ci.

Antérieurement, le dialogue compétitif dans les secteurs classiques était limité à des marchés complexes, lorsque le pouvoir adjudicateur n'était objectivement pas en mesure de définir les moyens techniques pouvant satisfaire à ses besoins ou d'évaluer l'offre disponible sur le marché en matière de solutions techniques, financières ou juridiques. Les conditions légales d'application de la procédure sont, désormais dans la nouvelle législation, et pour les secteurs classiques, les mêmes que pour les cas auxquels s'applique la procédure concurrentielle avec négociation.

Par ailleurs, la procédure concurrentielle avec négociation et le dialogue compétitif présentent de nombreuses similitudes :

- > chaque opérateur économique peut introduire une demande de participation en réponse à un avis de marché ;
- > le nombre de candidats invités à participer à la procédure peut être limité ;
- > l'attribution s'effectue exclusivement sur la base du meilleur rapport qualité-prix ;
- > les garanties fournies en matière de respect des principes de confidentialité et de traitement égal des soumissionnaires.

Bien que les conditions légales d'application des deux procédures sont les mêmes, elles ont néanmoins leurs particularités, avec des possibilités et des limitations spécifiques, principalement, en ce qui concerne le détail des règles de procédure, l'espace réservé aux négociations pendant les différentes étapes de la procédure, le moment où les critères d'attribution doivent être publiés...

A titre d'exemple, il est davantage indiqué d'opter pour le dialogue compétitif que pour la procédure concurrentielle avec négociation dans le cas où l'adjudicateur n'est pas en mesure d'établir un cahier de charges, même en bénéficiant du concours de bureaux de conseil ou d'étude externes, mais où les solutions seront élaborées de manière optimale par ceux qui disposent de l'expertise et des connaissances requises en la matière, à savoir les entreprises elles-mêmes. L'offre ne sera demandée que lorsque des solutions satisfaisantes se seront dégagées à l'issue du dialogue.

Lors du dialogue compétitif, le pouvoir adjudicateur doit par exemple définir ses besoins et ses exigences dans l'avis de marché et/ou dans un document descriptif et indiquer les critères d'attribution ainsi qu'un calendrier indicatif, après quoi, le pouvoir adjudicateur engage le dialogue avec les participants sélectionnés afin de vérifier et de déterminer les moyens les plus aptes à satisfaire à ses besoins. A cet égard, tous les aspects du marché pourront être abordés.

L'exposé des motifs de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics propose quelques exemples de marchés publics pour lesquels le recours au dialogue compétitif est indiqué.

Concernant les marchés de travaux, il s'agit, entre autres, de travaux qui ne se rapportent pas à des bâtiments standard ou qui comprennent des solutions innovantes. Pour les services ou les fournitures pour lesquelles des adaptations sont requises ou qui impliquent un travail de conception, il est fait référence, en particulier, au cas d'achats complexes comme l'acquisition de produits innovants, de services intellectuels, tels que des services déterminés de consultation, d'architecture ou d'ingénierie, ou des projets ICT de grande envergure.

Le dialogue compétitif est donc en principe applicable à des marchés pour lesquels une étude de marché complète ou une étude préalable ne permettent pas d'établir un cahier des charges. Au cours de la procédure, il est nécessaire et opportun qu'un dialogue préalable avec les opérateurs économiques présents sur le marché soit engagé en vue d'élaborer des solutions.

### 3. Le partenariat d'innovation

Le partenariat d'innovation est une nouvelle procédure; toutefois, des conditions sont prévues dans la législation, visant à limiter les conditions d'application de la procédure en la matière.

Le but de cette procédure consiste à ne plus devoir appliquer, dans la mesure du possible, une procédure distincte pour :

- > dans un premiers temps, un trajet de développement au sens de « recherche et de développement » ;
- > et ensuite un trajet d'appel d'offres en vue d'acquérir les travaux, les fournitures ou les services résultant du premier trajet de développement.

Dans le cadre du partenariat d'innovation, le marché portant sur la réalisation de travaux, la fourniture de services est donc confié, à l'issue de la phase de recherche et de développement, à plusieurs opérateurs économiques au cours d'une même procédure.

L'innovation visée par le partenariat d'innovation est, par conséquent, plus « radicale » que celle faisant l'objet de la procédure concurrentielle avec négociation ou du dialogue compétitif. L'innovation est, en effet, définie comme *la mise en œuvre d'un produit, d'un service ou d'un procédé nouveau ou sensiblement amélioré, y compris mais pas exclusivement des procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise, notamment dans le but d'aider à relever des défis sociétaux ou à soutenir la stratégie européenne pour une croissance intelligente, durable et inclusive.*

Le concept « développement » a également un autre sens que le terme utilisé couramment, par exemple dans « développement de logiciels », désignant, le plus souvent, la mise en œuvre de techniques et de méthodes connues en vue de créer une application logicielle. Dans ce dernier cas, une procédure concurrentielle avec négociation sera, la plupart du temps, pleinement adaptée. A titre d'exemple, la recherche et la création de nouvelles connaissances et de nouvelles méthodes constitueraient, en revanche, des arguments plaidant en faveur d'un partenariat d'innovation.

Dans le cadre du partenariat d'innovation, le pouvoir adjudicateur doit également indiquer, dans les documents du marché, qu'il a besoin de produits, de services ou de travaux innovants et que ce besoin ne peut pas être comblé par l'achat de produits, de services ou de travaux déjà disponibles sur le marché.

Le partenariat d'innovation est structuré en phases successives suivant la série d'étapes prévues dans le processus de recherche et d'innovation, lequel peut comprendre la fabrication de biens, la prestation de services ou l'accomplissement de travaux. Dans le cadre du partenariat d'innovation, des objectifs intermédiaires à atteindre par les partenaires sont définis et le paiement des rémunérations est prévu dans des délais adéquats.

Il convient de mentionner que le pouvoir adjudicateur ne peut toutefois pas utiliser cette procédure en vue d'empêcher, de limiter ou de fausser la concurrence. Dans des cas déterminés,

« Créer les conditions d'un fonctionnement compétitif, durable et équilibré du marché des biens et services en Belgique. »

la constitution de partenariats d'innovation avec différents partenaires peut, par ailleurs, aider à prévenir de tels effets.

### Conclusion

Concernant les marchés dont le montant estimé atteint le seuil fixé pour la publicité européenne, les secteurs classiques n'offrent pas une grande marge de manœuvre permettant d'utiliser une procédure avec négociations pour des prestations standard courantes. Sauf dans de très rares exceptions, prévues par la loi relative aux marchés publics, le pouvoir adjudicateur devra opter, dans les secteurs classiques, pour une procédure ouverte ou restreinte concernant ces prestations.

En particulier, concernant des projets innovants, l'exécution de projets d'infrastructure importants, des grands réseaux informatiques, des projets avec un financement complexe et structuré, ou lors du développement de produits, de services ou de travaux innovants avec acquisition consécutive de ceux-ci, le recours à l'une des procédures précitées impliquant des négociations ou un dialogue s'impose.

Toutefois, le pouvoir adjudicateur devra d'abord analyser en profondeur les conditions de mise en œuvre des procédures précitées. Ensuite, il s'agit de vérifier, dans quelle mesure des négociations ou un dialogue s'imposent et quelle procédure sera la plus efficiente et la plus efficace. Il ne faut pas non plus sous-estimer que de telles procédures sont susceptibles de demander des prestations et des efforts importants de la part des participants et que, partant, la loi prévoit des compensations financières (primes, rémunérations), qui sont (peuvent être) reprises dans les documents du marché. D'autre part, il convient bien entendu de mentionner également que les opérateurs économiques ne devraient pas percevoir des rémunérations, dans le cadre d'une procédure de passation, pour ce que l'on appelle le « développement de l'innovation », tout en sachant que cette « innovation » est développée déjà ailleurs sur le marché par des concurrents, et peut être même à leurs propres frais. Il est donc capital d'effectuer, préalablement, une étude de marché approfondie afin de pouvoir choisir de manière avisée entre les procédures.

### 11.4. Recommandations / directives

1. Effectuez le choix des procédures en vous appuyant sur une analyse approfondie des besoins prévus, sur la base d'une étude de marché ; fondez-vous, à cet égard, sur l'ampleur, la complexité et le résultat final attendu du marché.
2. Tenez compte, lors du choix de la procédure, des conditions d'application spécifiques de celle-ci ; analysez le degré d'innovation nécessaire à l'exécution du marché prévu ; vérifiez, à cet égard, si vous êtes en présence d'une solution innovante ou de conception demandant, ou non, de la recherche et du développement effectifs.
3. Tenez compte des efforts, des coûts et des bénéfices ainsi que des risques qu'entraîne la procédure choisie, tant pour le pouvoir adjudicateur que pour les opérateurs économiques potentiels, de manière à ce que la procédure choisie soit en adéquation avec le résultat escompté.

## 12.Principe 12 – La facture acceptée

### 12.1. Objectif

Demandez de préférence une offre ou une demande de prix, et ce, par la voie la plus simple et sans que soient imposées des exigences de forme ou des conditions complémentaires, de manière à éviter des coûts ou des barrières supplémentaires susceptibles de nuire à l'intérêt porté par les opérateurs économiques au marché prévu.

### 12.2. Que dit la réglementation relative aux marchés publics ?

La loi du 17 juin 2016 prévoit que pour des marchés publics de faible montant (dont la valeur estimée est inférieure à 30.000 euros), le pouvoir adjudicateur passe son marché après consultation, si possible, des conditions de plusieurs opérateurs économiques, mais sans obligation de demander l'introduction d'offres. Ces marchés peuvent être conclus par facture acceptée. La preuve de cette consultation doit pouvoir être fournie par le pouvoir adjudicateur.

Les marchés publics de faible montant sont uniquement soumis aux définitions, aux principes de base de la législation (*à l'exception de la disposition concernant l'usage des moyens de communication électroniques, et de la disposition relative à l'octroi d'avances*), ainsi qu'aux règles d'estimation.

Cela signifie donc que concernant les marchés dont le montant estimé est inférieur à 30.000 euros, aucune disposition de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics n'est applicable.

Les règles d'estimation telles que prévues à l'arrêté royal du 18 avril 2017 sont toutefois bien d'application.

Etant donné que les marchés de faible montant ont souvent trait à la commande de fournitures et de services, il convient de renvoyer aux dispositions de cet arrêté royal qui stipule que lorsqu'il s'agit de marchés publics de fournitures ou de services présentant un caractère de régularité ou destinés à être renouvelés au cours d'une période donnée, est prise comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché :

1. soit la valeur réelle globale des marchés successifs analogues passés au cours des douze mois précédents ou de l'exercice précédent, corrigée, si possible, pour tenir compte des modifications en quantité ou en valeur qui surviendraient au cours des douze mois suivant le contrat initial.
2. soit la valeur globale estimée des marchés successifs passés au cours des douze mois suivant la première prestation ou au cours de l'exercice si celui-ci est supérieur à douze mois.

### 12.3. Commentaire

Il convient donc d'attirer l'attention sur le fait que les principes généraux de la loi restent d'application, notamment le principe de transparence et de concurrence. Une simple consultation, en vue de connaître les conditions d'un éventuel achat, suffit. Il appartient cependant au pouvoir adjudicateur de prouver qu'il a satisfait à son obligation de principe de mise en concurrence, et ce, d'autant plus que le montant applicable aux marchés de faible montant a été significativement relevé à 30.000 euros.

« Créer les conditions d'un fonctionnement compétitif, durable et équilibré du marché des biens et services en Belgique. »

Dans cette optique, il est recommandé de conserver la preuve dans le dossier administratif, éventuellement dématérialisé.

Bien qu'elle soit non obligatoire, une offre peut également explicitement être demandée, et ce de la manière la plus simple (e-mail...). Cela facilite la charge de la preuve, permet de mieux encadrer les conditions de l'achat, de réduire les incertitudes quant à l'engagement de l'opérateur économique et conduit souvent à obtenir des offres davantage personnalisées ou plus avantageuses. A toutes fins utiles, il convient de rappeler que dans certaines situations exceptionnelles, il n'est pas nécessaire de consulter plusieurs opérateurs économiques (ex. : situation de monopole).

Les demandes de prix et d'offres s'effectuent donc de préférence par la voie la plus simple (par ex. e-mail.), sans toutefois imposer des exigences de forme supplémentaires en la matière (par ex. signature de l'offre). Cela permet de limiter les coûts administratifs pour les entreprises.

Les marchés de faible montant ne sont donc pas soumis aux dispositions des règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions pour les travaux publics. Imposer des conditions supplémentaires ou rendre applicables des dispositions relevant des règles générales d'exécution conduirait à des obstacles supplémentaires à l'égard d'entreprises susceptibles de montrer un intérêt pour les achats projetés. En effet, le but est d'inclure une certaine souplesse pour l'exécution des plus petits marchés.

Prenez en compte les règles d'estimation. Etant donné que des marchés de faible montant ont souvent trait à des petites commandes répétées de fournitures et de services, il convient de calculer la valeur globale estimée des commandes successives du même type sur une période de douze mois. En fonction de la valeur globale estimée, des accords-cadres peuvent être conclus avec un ou plusieurs adjudicataires, ce qui permet alors de passer des commandes, pendant une période déterminée, et ce, en toute simplicité et selon les modalités définies dans l'accord-cadre.

Les différentes formes de conclusion et d'exécution d'accords-cadres, définies dans l'arrêté royal du 18 avril 2017, permettent, en effet, de passer des commandes, avec souplesse, pour des marchés similaires successifs dont la valeur globale estimée sur une période de 12 mois reste relativement limitée.

## 12.4. Recommandations / directives

1. Demandez de préférence une offre ou un prix, et ce, par la voie la plus simple et sans imposer des exigences de forme complémentaires.
2. Consultez, si possible, de manière transparente et non discriminatoire, plusieurs opérateurs économiques, afin que les conditions d'un éventuel achat soient clairement connues, notamment en ce qui concerne l'engagement de l'opérateur économique, les prix et les autres conditions de vente.
3. Prenez, en cas de petits marchés similaires, passés successivement, leur valeur réelle ou estimée sur une période de 12 mois et envisagez alors, à cet effet, de conclure des accords-cadres avec un ou plusieurs opérateurs économiques.

## 13.Principe 13 – Objectifs chiffrés et monitoring

### 13.1. Objectif

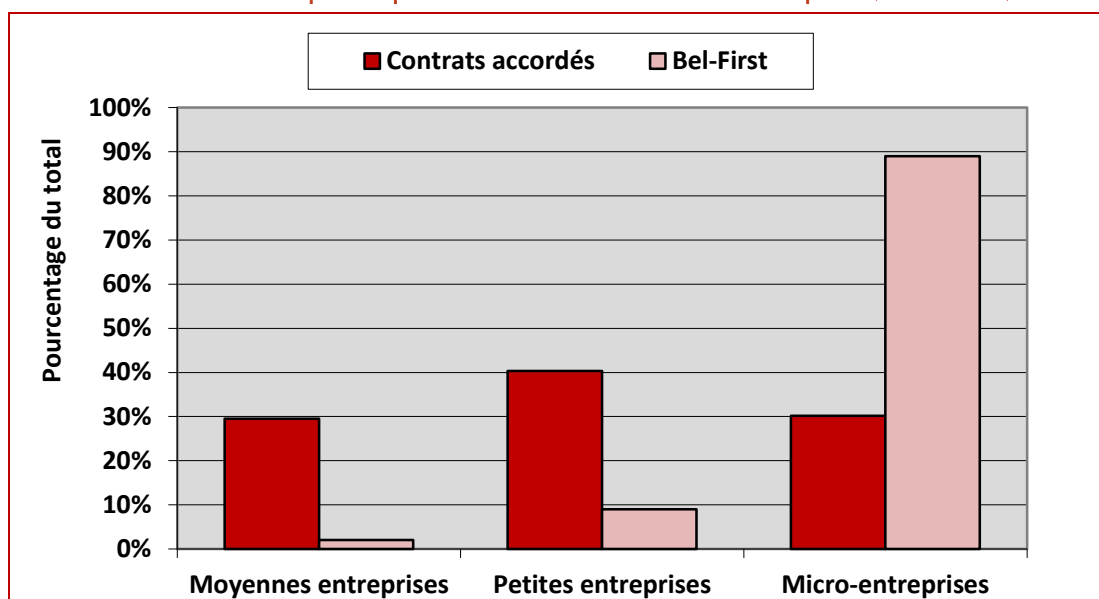
Introduction d'objectifs chiffrés concernant l'accès des PME aux marchés publics et mise en place d'un système de monitoring en vue d'évaluer l'accès des PME aux marchés publics sur une base annuelle.

### 13.2. Commentaire

L'objectif central de cette charte est de stimuler les PME à participer aux marchés publics. Ceux-ci doivent être accessibles pour des entreprises de toutes tailles. Pourtant, des études montrent que les très petites, micro-entreprises ne sont pas représentées. La charte souhaite remédier à ce déséquilibre en offrant les mêmes chances à toutes les entreprises, en matière d'accès aux marchés publics. Nous illustrons la situation actuelle sur la base des chiffres et des constatations ci-après.

Si nous extrapolons la répartition de marchés publics attribués selon la relation réelle, proportionnelle entre les tailles d'entreprise dans le paysage belge (hormis les grandes entreprises), nous obtenons le résultat suivant :

**Graphique. Présence de micro-entreprises, de petites et moyennes entreprises parmi les PME et répartition des contrats remportés par celles-ci selon la taille d'entreprise (2009-2015)**



Source : données Bel-First et TED ; calculs KPMG.

Nous pouvons déduire deux tendances du graphique ci-dessus. D'une part, les petites et moyennes entreprises obtiennent comparativement plus de marchés publics que la part qu'elles représentent dans l'ensemble du paysage belge des PME. D'autre part, très peu de marchés sont attribués aux micro-entreprises, entreprises comptant au maximum 10 travailleurs, par rapport à leur présence dans le paysage des entreprises.

Outre le nombre de contrats remportés par les PME, leur valeur est également un élément capital. Si on prend en considération la répartition de la valeur totale des marchés attribués (et non pas leur nombre), selon la taille des marchés pour les différents types d'entreprises, nous constatons une disparité sérieuse. La différence très prononcée entre, d'une part, la relation

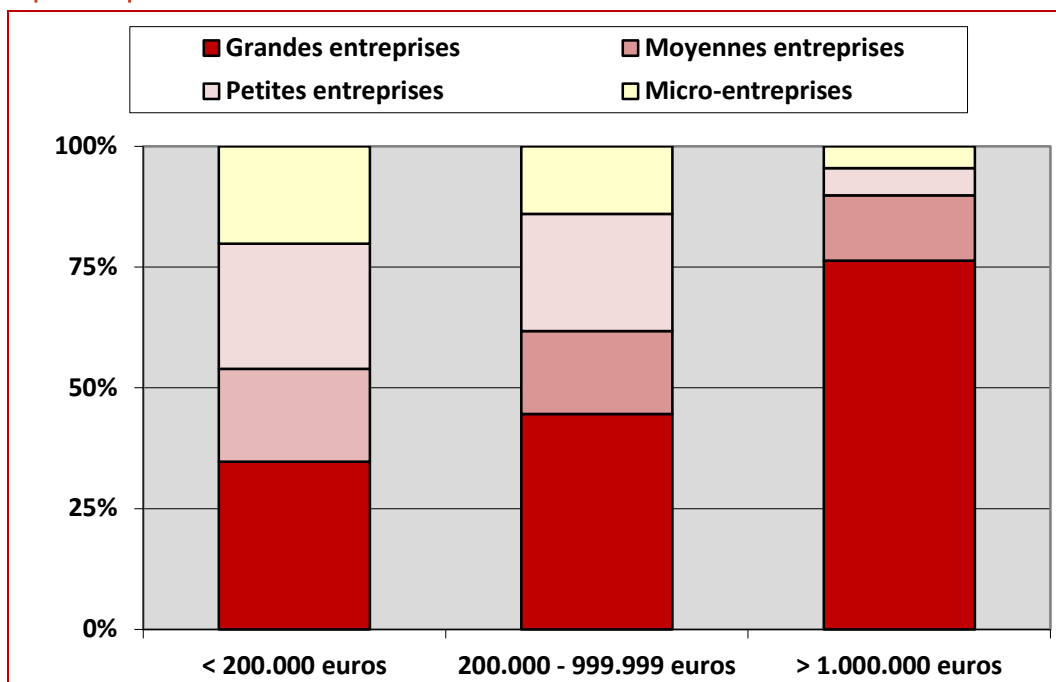


« Créer les conditions d'un fonctionnement compétitif, durable et équilibré du marché des biens et services en Belgique. »

de la valeur totale obtenue par les petites et les micro-entreprises en vertu de petits contrats, et, d'autre part, les grands contrats, est très apparente.

A nouveau, les entreprises moyennes ne semblent pas concernées par un « déficit » de contrats pour des montants plus élevés, ce qui semble confirmer que des problèmes potentiels d'accessibilité ne semblent pas se présenter à leur niveau.

**Graphique - Répartition des valeurs de contrat entre 2009 et 2015 selon la taille du contrat**



Source : données Bel-First et TED ; calculs KPMG.

Pour l'introduction effective d'objectifs chiffrés et d'un système de monitoring, la charte fera appel à des organismes mis en place dans le cadre de la politique fédérale d'achats et des marchés publics fédéraux centralisés. Au sein de cette politique fédérale d'achats, un modèle de coopération au niveau fédéral est mis en place, y compris une structure de coordination et de décision ayant pour objectifs :

- une efficacité accrue,
- la mise en œuvre d'un modèle de coopération entre les services publics existants,
- l'accroissement du taux de participation des PME aux marchés publics, et
- la promotion de la durabilité.

Le réseau de concertation stratégique des achats fédéraux (CSAF) occupe une place centrale dans la structure de décision. Afin d'atteindre les quatre objectifs précités, le CSAF prend les décisions stratégiques nécessaires, qui s'appliqueront à l'ensemble des services fédéraux entrant dans son champ d'application, et fixe annuellement les indicateurs et les objectifs permettant de mesurer le degré de réalisation des objectifs. Le centre de services « procurement », SPF BOSA, est chargé du suivi permanent des indicateurs et présente les résultats par le biais de différentes formes de rapportage.

Le CSAF peut utiliser la charte comme fil conducteur lors de l'élaboration de la politique relative au troisième objectif - à savoir, l'accroissement du taux de participation des PME aux marchés publics ; à cet égard, les 12 principes qui précèdent peuvent servir de base concernant

des objectifs et des indicateurs spécifiques. Des entités ne relevant pas du CSAF, mais bien du domaine d'application de la charte, peuvent reprendre cette manière de travailler dans leurs propres systèmes de monitoring et de contrôle et formuler des objectifs dans leurs contrats de gestion spécifiques.

### **13.3. Recommandations / directives**

1. Afin de renforcer l'objectif central de cette charte - à savoir, accroître l'accessibilité aux marchés publics pour les PME - la législation met en œuvre un monitoring. Le CSAF fixe annuellement des indicateurs et des objectifs permettant d'assurer un suivi et de stimuler le taux de participation des PME aux marchés publics. Ces indicateurs et ces objectifs sont fondés sur les principes de la présente charte.

L'augmentation de la participation des PME aux marchés publics doit également résulter de l'application des principes et d'une conscience accrue de cette problématique, et non pas d'une discrimination sur la base de la taille d'entreprise !

2. Le monitoring s'effectuera dans le cadre du réseau CSAF. Le centre de services « procurement », SPF BOSA, est chargé du suivi permanent des indicateurs et présente les résultats par le biais de différentes formes de rapportage.

« Créer les conditions d'un fonctionnement compétitif, durable et équilibré du marché des biens et services en Belgique. »

## 14. Annexe : législation

[Directive 2014/24/UE](#) du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO 28.03.2014)

[Loi du 17 juin 2016](#) relative aux marchés publics (MB 14.07.2016)

[Arrêté royal du 18 avril 2017](#) relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (MB 09.05.2017)

[Arrêté royal du 3 avril 2013](#) relatif à l'intervention du Conseil des Ministres, aux délégations de pouvoir et aux habilitations en matière de passation et d'exécution des marchés publics, des concours de projets et des concessions de travaux publics au niveau fédéral (MB 16.04.2013)

[Arrêté royal du 14 janvier 2013](#) établissant les règles générales d'exécution des marchés publics (MB 14.02.2013)

[Circulaire du 30 novembre 2012 P&O/2012/e-Proc.](#) - Marchés publics - Utilisation des applications e-Procurement par les services de l'Etat fédéral (MB 07.12.2012)

[Loi du 17 juin 2013](#) relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services (MB 21.06.2013)

[Loi du 20 mars 1991](#) organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux (MB 06.04.1991)

[Arrêté royal du 22 décembre 2017](#) relatif aux marchés publics fédéraux centralisés dans le cadre de la politique fédérale d'achats (MB 16.01.2018)

## Aperçu de la législation par principe

Nr	Principe	Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (MB 14.07.2016)	Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (MB 09.05.2017)	Autres
1	La division en lots	Art. 2 (52°) Art. 58	Art. 12 Art. 49, 50	
2	Publication adéquate des marchés	Art. 2 (43°), 36, 37, 60, 90, 91 – Préinformation Art. 14 – Session d'information Art. 59 – Délai suffisant Art. 51 – Consultation du marché	Art. 8, 14, 15, 18, 20, 21, 24 – Préinformation	
3	Assurer une concurrence adéquate et effective lors de procédures négociées n'étant soumises à aucune forme de publication	Art. 2 (26°) Art. 14 (§2, 5°) Art. 42 Art. 92	Art. 17 Art. 90 Art. 93, 94, 95	Circulaire du 30 novembre 2012_ P&O/2012/e-Proc. – Principe II.A.5
4	Attribution sur la base de l'offre économiquement la plus avantageuse	Art. 81 Art. 82 Art. 89	Art. 36, 48 Art. 87, 89 Art. 108, 111	
5	L'utilisation de variantes	Art. 2 (53°) Art. 56 Art. 66	Art. 54 Art. 87 Art. 108	
6	Assurer une protection adéquate des droits de propriété intellectuelle des PME innovantes	Art. 40 Art. 53	Art. 30	Arrêté royal du 14 janvier 2013 – Art. 19, 20
7	Optimiser l'utilisation de moyens de communication électroniques	Art. 2 (41°, 42°) Art. 14 Art. 26	Art. 8 Art. 41 à 47 Art. 84, 85 Art. 128, 129, 132	Circulaire du 30 novembre 2012_ P&O/2012/e-Proc.
8	Retour d'information vers les soumissionnaires non sélectionnés / non retenus	/	Art. 17	Loi du 13 juin 2013 – Art. 7, 8, 9, 10, 29
9	Exigences minimales proportionnelles dans le cahier technique des charges	Art. 2 (44-48°, 50°, 51°) Art. 53 Art. 54	Art. 68	
10	Proportionnalité des critères de sélection, garanties financières et modalités de paiement	Art. 71	Art. 65, 66, 67	Loi du 20 mars 1991 Arrêté royal du 14 janvier 2013 – Art. 24 à 33, 66 à 72
11	Recours à des procédures avec des éléments de négociations ou de dialogues	Art. 2 (24°, 26°, 28°, 29°) Art. 38 – Procédure concurrentielle avec négociation Art. 39 – Dialogue compétitif Art. 40 – Partenariat d'innovation Art. 41	Art. 97 à 100	
12	La facture acceptée	Art. 92	Art. 6, 7 Art. 124, 125	

« Créer les conditions d'un fonctionnement compétitif, durable et équilibré du marché des biens et services en Belgique. »

Nr	Principe	Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (MB 14.07.2016)	Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (MB 09.05.2017)	Autres
13	Objectifs chiffrés et monitoring	/	/	Arrêté royal du 22 décembre 2017