

Fiche 1 – Définition et principes

Alors que, quand des personnes ou des sociétés privées font appel à une entreprise et contractent avec elle pour la réalisation de travaux, la fourniture de produits, ou l'accomplissement de certaines prestations, elles le font de manière totalement libre, il n'en est pas de même pour les administrations publiques ou les personnes morales de droit public.

En effet, pour ces dernières, les relations juridiques qui vont s'établir avec leurs cocontractants sont régies par une réglementation spéciale, la réglementation des marchés publics.

Dans ces différentes fiches, nous aborderons les grandes lignes de la réglementation relative aux marchés publics et ce, dans les secteurs classiques.

1. Définitions

Le marché public est un contrat à titre onéreux conclu entre un ou plusieurs opérateurs économiques, privés ou publics, et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entreprises publiques et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services.

Le marché public de travaux est un marché qui a pour objet soit la réalisation, soit conjointement la conception et la réalisation de travaux ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins d'un pouvoir adjudicateur.

Un marché de fournitures est un marché ayant pour objet l'acquisition, la location, la location-vente de produits, biens mobiliers.

Un marché de services est un marché relatif à une activité visée à l'annexe 2 de la loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics (services financiers, d'architecture, de transports, ...).

Les services juridiques (représentation en justice, consultations juridiques, ...) sont ainsi également visés par la réglementation. Compte tenu de la difficulté d'établir les conditions d'un tel marché de manière objective, le Ministre-Président, Rudy Demotte, a souhaité aider les pouvoirs adjudicateurs de la Région wallonne et de la Communauté française en créant un cadre de référence en la matière. C'est une circulaire du 5 décembre 2008, relative à l'application de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, aux services juridiques de conseil et de représentation devant les juridictions (M.B. 16.12.2008), qui constitue ledit cadre.

Notons que, suite à la libéralisation des services postaux imposée par l'Europe, le prestataire historique BPost ne bénéficie plus d'une exclusivité et les services postaux doivent donner lieu à une mise en concurrence par le biais de la passation d'une procédure de marché public. Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs pourront recourir à la procédure négociée sans publicité¹ et directement consulter BPost pour les services postaux relevant du service postal universel et soumis à l'octroi d'une licence individuelle à obtenir auprès de l'Institut belge des Services postaux et des Télécommunications pour autant qu'aucun autre prestataire de service postal n'ait obtenu ou ait fait usage de la licence individuelle. Voyez à ce propos les circulaires de la Chancellerie du Premier Ministre du 15 novembre 2010 et du 18 février 2011 et consultez le site internet de l'IBPT (www.ibpt.be).

¹ L. 24.12.1993, art. 17, par. 2, 1^o, f), rel. aux marchés publics.

Il existe également certains types de marchés particuliers que nous nous bornerons à citer: le marché de promotion de travaux, le marché de concession de travaux, les marchés conjoints, les concours de projets, les centrales d'achats.

Quand la réglementation des marchés publics parle de "*pouvoir adjudicateur*", elle vise ainsi notamment les communes, les intercommunales, les fabriques d'église, les CPAS, ... En fait, peut être considéré comme un pouvoir adjudicateur l'Etat, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par un ou plusieurs de ces organismes de droit public ou de ces collectivités territoriales qui veulent faire réaliser des travaux publics, qui veulent recourir à une prestation de services ou qui envisagent de faire un achat de fournitures.

La problématique des relations entre pouvoirs adjudicateurs a fait couler beaucoup d'encre. Ainsi en va-t-il notamment de la question relative aux marchés publics passés entre une commune et une intercommunale à laquelle elle est associée. Il existe en effet certaines situations dans lesquelles la commune ne devra pas recourir à une procédure de passation de marché public pour faire appel à l'intercommunale. Cette question est généralement évoquée sous l'appellation de "relation in house" entre la commune et l'intercommunale.

Par circulaire du 15 juillet 2008 (M.B. 2.10.2008), le Ministre des Pouvoirs locaux a rappelé l'état de l'application de la théorie du "in house" notamment.

En outre, la jurisprudence européenne, dont est issue l'appellation "in house", a rendu plusieurs arrêts² qui reprécisent les contours des relations commune-intercommunale, de manière plus souple que l'interprétation issue des précédents commentaires.

Récemment, la Cour de Justice des Communautés Européennes a développé³ une nouvelle notion reprise sous la dénomination de "coopération publique".

La coopération publique et, partant, la dispense d'application des règles relatives aux marchés publics, supposent le respect des conditions suivantes:

- l'existence d'un contrat de coopération;
- entre entités publiques;
- visant à assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui leur est commune;
- n'ayant pas pour objet de contourner les règles en matière de marchés publics.

Les notions ainsi dégagées par la Cour de Justice ne sont pas définies et laissent donc place à l'incertitude et à l'interprétation.

2. Principes généraux

Les pouvoirs adjudicateurs, lorsqu'ils lancent une procédure de passation de marché public, doivent traiter les entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services dans le respect du principe d'égalité, de manière non discriminatoire et doivent en outre agir avec transparence.

Les marchés publics sont par ailleurs passés avec concurrence et à forfait.

La concurrence implique l'obligation de consulter plusieurs cocontractants potentiels au moyen d'une publicité adéquate.

² Cf. arrêts C-324/07 du 13.11.1998, et C-480/06 du 9.6.2009. Pour plus de commentaires, lire: A. Maître, *Marchés publics et intercommunales: la Cour de justice des Communautés européennes en faveur du service public local*, site UVCW, Actualité du 19.6.2009.

³ C.J.C.E., 9.6.2009, C-480/06, Commission c/ République fédérale d'Allemagne.

Le forfait est un mode de détermination des prix qui implique que l'adjudicataire, c'est-à-dire le cocontractant du pouvoir adjudicateur, doit effectuer la totalité de ses prestations à un prix normalement définitif.

Il existe toutefois des atténuations voire des dérogations à ce principe du forfait (à savoir par exemple les clauses de révision des prix en fonction de certains paramètres, le droit dans certaines hypothèses pour l'adjudicataire de réclamer une augmentation du prix de sa prestation suite à un préjudice très important subi, ...).

