Nouvelle réglementation des marchés publics : de nombreux changements parfois importants

La nouvelle loi relative aux marchés publics du 17 juin 2016 a été publiée au *Moniteur belge* du 14 juillet. C'est, avec la loi relative aux concessions publiée le même jour, la première étape de la transposition en droit belge des directives 2014/24 sur la passation des marchés publics, 2014/25 sur la passation des marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et la directive 2015/23 sur l'attribution des contrats de concession[1].

À cette loi devront encore s'ajouter le nouvel arrêté royal « passation » ainsi qu'un autre spécifique aux secteurs spéciaux, le nouvel arrêté royal « règles générales d'exécution » et la loi relative à la motivation, l'information et les voies de recours, outre la loi relative aux concessions ainsi que son arrêté royal.

La date d'entrée en vigueur de l'ensemble de ces nouveaux textes n'est pas encore connue, alors qu'en principe les directives européennes exigeaient une transposition au plus tard le 18 avril 2016.

MATHIEU LAMBERT CONSEILLER EXPERT

La poursuite d'objectifs "sociétaux"

Un certain nombre des objectifs poursuivis par le législateur européen à travers cette nouvelle réglementation ont logiquement été suivis par le législateur belge, comme par exemple une participation plus importante des PME, la lutte contre le dumping social, une application plus poussée des clauses sociales et environnementales et une attention à l'innovation.

Ainsi, outre l'accès élargi aux marchés publics pour les PME (essentiellement par le biais de la répartition en lots au-dessus du seuil de 135.000 euros), on peut aussi citer l'assouplissement offert aux candidats et soumissionnaires, au travers de la possibilité unique de régularisation au niveau de leurs dettes

[1] M. Lambert, *Proposition de directive 'marchés publics' : La Commission européenne manque ses objectifs – l'Union agit pour corriger le tir, Mouv. comm.*, 5/2012, pp. 24-28.

fiscales et sociales. Citons encore le passage progressif au « tout-électronique » qui favorisera l'application des principes généraux comme la transparence, la promotion d'une concurrence élargie ou le respect du principe de l'égalité et une diminution des charges administratives[2].

Les règles en la matière, imposées par les directives et visant – par définition – les marchés au-delà des seuils de publicité européenne, ont donc souvent été imposées également pour les marchés sous ces seuils. Néanmoins, pour importants que soient ces objectifs, certains assouplissements ont heureusement été prévus, répondant en cela au souhait des pouvoirs locaux que cette réglementation ne soit pas inutilement contraignante pour les marchés publics belges, dont le législateur européen ne se préoccupe pour ainsi dire pas. En effet, faut-il le rappeler, les marchés publics constituent un moyen pour les pouvoirs adjudicateurs de passer commande de travaux, fournitures ou services, certainement pas une fin en soi.

Comme l'indique ainsi l'exposé des motifs, la loi harmonise, dans la mesure du possible, les dispositions applicables en dessous et au-dessus des seuils européens[3]. Outre la volonté expresse de poursuivre, sous ces seuils également, les objectifs précités, cela participe d'une forme de simplification, selon certains en tout cas. Ce point de vue s'oppose cependant à une autre vision de la simplification des règles applicables aux marchés publics, voulue par bon nombre de pouvoirs locaux, qui aurait impliqué un assouplissement plus important encore des procédures sous les seuils de publicité européenne, là où le législateur national est pleinement compétent.

Entre continuité et nouveauté

Beaucoup de dispositions ont été maintenues, afin – dans la mesure du possible – d'assurer une certaine continuité entre l'actuelle et la nouvelle législation.

Néanmoins, on constate un certain nombre de nouveautés, parfois importantes. Parmi ces dernières il y a notamment (et pour la première fois) des exceptions dans la réglementation en matière de coopération public-public (in house et contrats de coopération), tirées de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne[4]. On notera également l'abrogation de la distinction entre les services prioritaires et non prioritaires (services repris dans les annexes II.A et II.B de l'actuelle loi du 15 juin 2006), remplacée par un système assoupli de règles de passation en ce qui concerne certains services sociaux et autres services spécifiques.

"De nombreux changements dans la continuité"

Voici donc un premier tour d'horizon de cette nouvelle loi relative aux marchés publics, non exhaustif, par ailleurs limité aux secteurs « classiques », pointant les nouveautés intéressant particulièrement les pouvoirs adjudicateurs locaux (et laissant volontairement de côté, pour l'instant, les changements qui ne leur sont probablement pas directement destinés).

De nouvelles exceptions

Quant à l'objet du marché

Outre les exclusions spécifiques pour les marchés de services déjà connues, par exemple les services attribués par un pouvoir adjudicateur à un autre pouvoir adjudicateur ou à une association de pouvoirs adjudicateurs sur la base d'un droit exclusif dont ceux-ci bénéficient en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, ne sont désormais plus soumis à l'application de la réglementation des marchés publics, les marchés de services ayant notamment pour objet[5] :

1° les services juridiques suivants :

a) la représentation légale d'un client par un avocat et ce, dans le cadre d'un arbitrage ou d'une conciliation ou d'une procédure devant les juridictions ou les autorités ; à noter qu'un arrêté royal pourrait fixer les règles de passation auxquelles sont soumis ces marchés, dans les cas qu'il détermine ;

b) e conseil juridique fourni en vue de la préparation de toute procédure d'arbitrage, de conciliation ou devant les juridictions ou autorités publiques, mais également lorsqu'il existe des signes tangibles et de fortes probabilités selon lesquels la question sur laquelle porte le conseil fera l'objet d'une telle procédure, pour autant que le conseil émane d'un avocat ; ici aussi, des règles de passation pourraient être précisées par arrêté royal ;

c) les services de certification et d'authentification de documents qui doivent être réalisés par des notaires ;

e) les autres services juridiques qui, dans le Royaume, sont liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique ;

2° les prêts, qu'ils soient ou non liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, soit donc les services financiers d'emprunts.

Bien que ces marchés soient exclus du champ d'application de la nouvelle réglementation, sans préjudice de la possibilité de modaliser par arrêté les règles de passation des services juridiques d'avocat ainsi exclus, cela ne signifie pas pour autant que les pouvoirs adjudicateurs disposent d'une marge de manœuvre illimitée à leur égard. En

[2] Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., 2015-2016, n° 54-1541/001, p. 5.
[3] Ibid., p. 44.
[4] M. Lambert, *Nouvelles directives 'marchés publics' et coopération public-public : la voix des pouvoirs locaux entendues, Mouv. comm.*, 10/2013, pp. 43-45.
[5] Art. 28.

effet, le droit primaire européen (les traités), comme notre Constitution, impliquent le respect des règles d'égalité, de non-discrimination et de transparence, notamment. Autrement dit, sans néanmoins être tenu au strict respect de la réglementation des marchés publics, il s'agira de faire «comme un marché public», mais avec plus de souplesse.

Quant aux parties au contrat

Rappelons que la seule circonstance que les parties au contrat sont elles-mêmes des pouvoirs publics n'exclut pas en soi l'application des règles relatives à la passation des marchés publics, s'il est bien question de la commande de travaux, fournitures ou services par un pouvoir adjudicateur à un tiers et ce, à titre onéreux.

Les exceptions jurisprudentielles dégagées par la Cour de Justice de l'Union européenne visant la coopération entre pouvoirs locaux sont désormais codifiées – et partiellement adaptées ou précisées – par les directives et sont donc comprises dans la réglementation belge des marchés publics.

S'agissant de l'exception ***in house*** (coopération verticale)[6], le texte rappelle d'abord la règle du contrôle analogue, telle qu'instaurée par la Cour de Justice de l'Union européenne. Ainsi, les pouvoirs publics concernés doivent-ils exercer sur l'entité contrôlée une influence décisive quant à ses objectifs stratégiques et les décisions importantes qu'elle prend.

En revanche, alors que la Cour se contentait d'indiquer que le cocontractant du pouvoir public concerné devait exercer, au bénéfice de celui-ci, l'essentiel (sans plus de précision) de ses activités, la directive a fixé un seuil minimal de 80 %.

La notion de *in house* est quelque peu étendue, puisqu'elle est également admise en cas d'activités exercées, dans les mêmes conditions, pour d'autres personnes morales que le pouvoir adjudicateur concerné contrôle également.

En outre, la règle de l'absence de participation privée au sein du cocontractant ainsi contrôlé est précisée et assouplie. Il est désormais question de l'absence de participation privée directe dans le capital, sans préjudice de la possibilité d'une participation éventuellement exigée par la loi, mais sans minorité de blocage et sans influence décisive.

Le texte enchaîne par une autre nouveauté : l'exception de la relation in house en sens inverse est admise. Autrement dit, l'application des règles relatives aux marchés publics n'est pas nécessaire lorsqu'une entité contrôlée qui est un pouvoir adjudicateur attribue un marché à l'entité qui la contrôle, ou à une personne morale contrôlée par le même pouvoir adjudicateur.

Vient ensuite l'hypothèse où plusieurs pouvoirs adjudicateurs contrôlent conjointement une même entité, soit l'exemple de l'intercommunalité pure. Les conditions suivantes doivent ainsi être réunies pour pouvoir prétendre à un contrôle analogue :

1° les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants, une même personne pouvant cependant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux ;

2° ces pouvoirs adjudicateurs sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée ;

3° et la personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent.

Quant aux contrats de coopération (coopération horizontale)[7], ils doivent remplir les conditions suivantes, pour ne pas se voir appliquer la réglementation des marchés publics :

1° le marché en question établit par lui-même ou met en œuvre une coopération entre pouvoirs adju-

[6] Art. 30.
[7] Art. 31.
[8] Art. 92.

dicateurs, dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun ; seuls les objectifs doivent donc être communs, pas nécessairement les services publics prestés par chacun, lesquels peuvent être complémentaires ; en outre, sont maintenant visés les contrats conclus entre pouvoirs adjudicateurs, lesquels ne sont pas tous nécessairement des pouvoirs publics ;

2° la mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt public ;

3° les pouvoirs adjudicateurs participants réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par la coopération ; autrement dit, les activités découlant de tels contrats de coopération ne peuvent être prestées pour des tiers que pour moins de 20 %, 80 % d'entre elles bénéficiant donc directement aux pouvoirs adjudicateurs concernés.

Les marchés de faible montant

Les marchés dont le montant estimé est inférieur, désormais, à 30.000 euros, peuvent être conclus par facture acceptée[8].

Ces marchés restent cependant soumis aux définitions, aux principes généraux de la loi (à l'exception de la disposition concernant l'usage de moyens de communication électroniques, ainsi que la disposition relative à l'octroi d'avances), ainsi qu'aux règles d'estimation. Autrement dit, pour ne citer que le principe de la concurrence, la conclusion d'un marché passé par facture acceptée exige la consultation préalable de plusieurs soumissionnaires potentiels.

Mais surtout, si les règles en la matière sont assouplies grâce au relèvement de ce seuil, les pouvoirs adjudicateurs, singulièrement les pouvoirs locaux, ne sont pas dispensés du respect de leur législation organique propre. Il s'ensuit, pratiquement, comme précédemment d'ailleurs, que la conclusion d'un marché public par facture acceptée ne peut pas avoir lieu dans les communes et les CPAS, notamment, sauf à violer les règles de compétences des différents organes de ces pouvoirs locaux[9].

Les moyens de communication électroniques

A terme, les communications et les échanges d'informations entre le pouvoir adjudicateur et les opérateurs économiques, y compris la transmission et la réception des offres, devront être réalisés par des moyens de communication électroniques, à tous les stades de la procédure de passation[10].

La loi prévoit cependant plusieurs exceptions, pour lesquelles le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de prescrire l'usage de moyens de communication électroniques :

1° lorsque, en raison de la nature spécialisée du marché, l'utilisation de moyens de communication électroniques nécessite des outils, des dispositifs ou des formats de fichiers particuliers qui ne sont pas communément disponibles ou pris en charge par des applications communément disponibles ;

2° lorsque les applications prenant en charge les formats de fichier adaptés à la description des offres utilisent des formats de fichiers qui ne peuvent être traités par aucune autre application ouverte ou communément disponibles ou sont soumises à un régime de licence propriétaire et ne peuvent être mises à disposition par téléchargement ou à distance par l'adjudicateur ;

3° lorsque l'utilisation de moyens de communication électroniques nécessite un équipement de bureau spécialisé dont les adjudicateurs ne disposent pas communément ;

4° lorsque les documents du marché exigent la présentation de maquettes ou de modèles réduits qui ne peuvent être transmis par voie électronique ;

5° lorsqu'il s'agit d'un marché public 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.

Par ailleurs, dans tous les cas, la communication orale est permise pour la transmission d'autres communications que celles concernant les éléments essentiels de la procédure de passation, à condition de garder une trace suffisante du contenu de la communication orale ; sont notamment considérés comme essentiels les documents du marché, les demandes de participation et les offres[12].

Conformément à l'échéancier permis par la directive européenne et sans préjudice des exceptions précitées, notamment lorsque le marché est passé par procédure négociée

[9] CDLD, art. L1122-3 et L1122-4 ; L.O., art. 84.
[10] Art. 14, par. 1er.
[11] Art. 14, par. 2.
[12] Art. 14, par. 4.

sans publication préalable sous les seuils de publicité européenne, l'obligation d'utiliser des moyens électroniques sera rendue applicable pour les marchés supérieurs aux seuils européens à partir du 18 octobre 2018, sauf pour les centrales d'achat pour lesquelles la date est fixée au 18 avril 2017. Pour les marchés qui n'atteignent pas les seuils précités, cette obligation n'entrera en vigueur « que » le 1er janvier 2020[13].

On imagine que les sociétés privées actives dans le secteur proposeront des solutions informatiques pour ce passage au « tout-électronique ».

Notons néanmoins que la plateforme fédérale e-Procurement permet déjà aux pouvoirs adjudicateurs et aux entreprises d'accéder gratuitement aux différentes applications e-Procurement. Au total, cinq applications sont déjà disponibles :

1° e-Notification, pour publier et consulter les avis de marché et les documents de marché en ligne ;

2° e-Tendering, pour déposer et ouvrir des offres/demandes de participation électroniques ;

3° e-Catalogue, pour gérer des catalogues et commander des produits en ligne ;

4° e-Awarding, pour évaluer les offres/demandes de participation en ligne ;

5° e-Auction, pour effectuer des enchères inversées de manière électronique.

De l'annexe II.B aux services sociaux et autres services spécifiques

Le législateur européen a fait le choix de ne plus reprendre la distinction entre les services dits prioritaires et non prioritaires, comme le faisaient les annexes II.A et II.B de la précédente directive, en prévoyant des règles plus souples pour les services de l'annexe II.B, notamment en matière de publicité. Dorénavant donc, tous les marchés de services sont en principe soumis à l'ensemble des dispositions de la loi.

Néanmoins, le législateur européen a prévu une exception pour certaines catégories de services, dont les codes CPV sont exhaustivement énumérés à l'annexe III de la loi, en raison du fait qu'ils conservent, par leur nature intrinsèque, une dimension transnationale limitée. C'est pourquoi, il a décidé de mettre en place un régime spécifique pour les marchés publics portant sur de tels services, dont le seuil de publicité, fixé à 750.000 euros, est plus élevé que celui qui s'applique à d'autres services[14].

On retrouve, parmi les services désormais visés par l'annexe III, plusieurs de ceux qui figuraient déjà à l'annexe II.B de la précédente loi, notamment les services à la personne tels que certains services sociaux, de santé et d'éducation ou les services d'hôtellerie et de restauration.

Sont également visés, notamment, les services juridiques qui ne sont pas par ailleurs exclus du champ d'application de la réglementation des marchés publics[15], mais également des services postaux.

En fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, le pouvoir adjudicateur peut, pour la passation des marchés de services visés ici :

1° recourir à la procédure négociée directe avec publication préalable ;

2° recourir à la procédure négociée sans publication préalable lorsque le montant estimé du marché est inférieur à 750.000 euros (ou, lorsque le montant estimé du marché atteint ce seuil, dans certains cas spécifiques de recours à la procédure négociée sans publication préalable) ;

3° se référer expressément à l'une des procédures de passation ou techniques d'achat prévues par la loi, à l'exception de la procédure négociée directe avec publication préalable et de la procédure négociée sans publication préalable, même si les conditions d'application de ces procédures ne sont pas nécessairement remplies ;

4° recourir à une procédure *sui generis* avec publication préalable dont il fixe les modalités[16].

Les centrales et les marchés conjoints

Les centrales d'achat

Le rôle et les missions des centrales d'achat sont précisés et étendus. A noter que la notion, typiquement belge, de centrale de marchés a formellement disparu.

La centrale d'achat est donc désormais définie comme « *un pouvoir adjudicateur qui réalise des activités d'achat centralisées et éventuellement des activités d'achat auxiliaires* »[17] . Deux nouvelles notions font ainsi leur apparition.

Les activités d'achat centralisées sont « *des activités menées en permanence qui prennent l'une des formes suivantes : a) l'acquisition de fournitures et/ou de services destinés à des adjudicateurs ; b) la passation de marchés publics et d'accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services destinés à des adjudicateurs* »[18]. On retrouve ainsi ce qui était auparavant la distinction entre centrale d'achat et centrale de marchés.

Les termes «menées en permanence» ressortent des directives elles-mêmes. Ils sont censés, peut-être maladroitement, indiquer qu'une centrale a généralement un caractère relativement pérenne, par comparaison avec les marchés conjoints, plutôt ponctuels. L'exposé des motifs précise cependant que, s'il s'agit d'ac-

[13] Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., 2015-2016, n° 54-1541/001, p. 35.
[14] Ibid., p. 142.
[15] Cf. supra.
[16] Art. 89.
[17] Art. 2, 6°.
[18] Art. 2, 7°.

tivités menées en permanence, elles ne doivent pas pour autant constituer une activité principale[19].

Outre ces activités d'achat centralisées, les centrales peuvent également réaliser des activités d'achat auxiliaires, soit « *des activités qui consistent à fournir un appui aux activités d'achat, notamment sous les formes suivantes : a) infrastructures techniques permettant aux adjudicateurs de passer des marchés publics ou des accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services ; b) conseil sur le déroulement ou la conception des procédures de passation ; c) préparation et gestion des procédures de passation au nom de l'adjudicateur concerné et pour son compte* »[20]. Une centrale peut donc également exercer des tâches d'« assistance à la maîtrise d'ouvrage » pour ses adhérents.

Par conséquent, les pouvoirs adjudicateurs peuvent logiquement acquérir des fournitures et/ou des services auprès d'une centrale d'achat proposant les activités d'achat centralisées et bénéficier, en ce qui concerne des travaux, des fournitures et/ou des services, des activités d'achat centralisées d'une centrale, par le biais de marchés conclus par ladite centrale[21].

Et c'est tout l'intérêt des centrales : un pouvoir adjudicateur qui recourt à une centrale d'achat est dispensé de l'obligation d'organiser lui-même une procédure de passation[22].

Par ailleurs, en réponse à la controverse quant à savoir si le recours à une centrale qui se fait rémunérer tout ou partie de ses services constitue en soi un marché public exigeant une mise en concurrence, il est désormais précisé que les pouvoirs adjudicateurs peuvent, sans appliquer les procédures prévues par la présente loi, attribuer à une centrale d'achat un marché public de services pour la fourniture d'activités d'achat centralisées.

L'on notera aussi, ce qui s'avère d'autant plus intéressant, que ces marchés publics de services attribués directement aux centrales, sans mise en concurrence, peuvent également comprendre la fourniture d'activités d'achat auxiliaires[23]. Autrement dit, même lorsque les services d'une centrale sont payants, y compris les activités d'achat auxiliaires, les pouvoirs adjudicateurs peuvent directement y recourir, sans mise en concurrence[24].

En revanche, il va de soi qu'un marché public de services pour la

[19] Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., 2015-2016, n° 54-1541/001, p. 12.
[20] Art. 2, 8°.
[21] Art. 47, par. 1er.
[22] Art. 47, par. 2.
[23] Art. 47, par. 4, al. 2.
[24] Art. 47, par. 4, al. 1er.

fourniture d'activités d'achat auxiliaires, qui ne serait pas exécuté par une centrale d'achat en liaison avec la fourniture par celle-ci d'activités d'achat centralisées au pouvoir adjudicateur concerné, mais bien par un « prestataire d'activités d'achat auxiliaires»[25], doit être attribué conformément aux procédures prévues.

Certaines précisions apportées au sujet des accords-cadres[26] auront une incidence sur le fonctionnement des centrales, en particulier le fait que les marchés fondés sur un accord-cadre ne peuvent être passés que par un pouvoir adjudicateur ou des pouvoirs adjudicateurs clairement identifiés dans l'appel à la concurrence. Ainsi, selon le législateur, les pouvoirs adjudicateurs qui sont, dès le départ, parties à un accord-cadre spécifique, doivent être clairement désignés, soit par leur nom ou par d'autres moyens tels qu'un renvoi à une catégorie donnée de pouvoirs adjudicateurs dans une zone géographique clairement délimitée, de sorte que les pouvoirs adjudicateurs concernés puissent être identifiés aisément et sans ambiguïté. Ainsi, par exemple, lorsqu'une centrale d'achat fait usage d'un registre général des pouvoirs adjudicateurs ou de catégories de ceux-ci, tels que les collectivités locales d'une zone géographique donnée, qui sont autorisés à recourir aux accords-cadres qu'elle conclut, elle devrait procéder de manière à ce qu'il soit possible de vérifier, non seulement l'identité du pouvoir adjudicateur concerné, mais aussi la date à compter de laquelle il acquiert le droit de recourir à l'accord-cadre conclu par la centrale d'achat, étant donné que cette date détermine les accords-cadres spécifiques auxquels ledit pouvoir adjudicateur devrait être autorisé à avoir recours[27].

Enfin, dans le cadre de toutes les procédures de passation menées par une centrale d'achat, il devra être fait usage de moyens de communication électroniques[28], le législateur pouvant cependant reporter cette exigence jusqu'au 18 avril 2017[29]. Les centrales devront donc s'y préparer sans tarder.

Les marchés conjoints

Le marché conjoint est désormais défini comme le marché réalisé conjointement, dans son intégralité ou non, au nom et pour le compte de plusieurs adjudicateurs[30]. Et, en réponse au caractère censé être permanent des centrales, on parle de « marchés conjoints occasionnels »[31].

Selon le législateur, la passation conjointe de marchés peut prendre différentes formes, depuis la passation coordonnée de marchés, en passant par la préparation de spécifications techniques communes pour des travaux, fournitures ou services qui seront acquis par un certain nombre de pouvoirs adjudicateurs, chacun d'entre eux menant sa propre procédure de passation, jusqu'aux cas où les pouvoirs adjudicateurs concernés mènent conjointement une procédure de passation, soit en agissant ensemble, soit en confiant à l'un d'entre eux la gestion de la procédure au nom de l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs[32].

"Le fonctionnement des centrales et des marchés conjoints est précisé"

Le texte légal n'envisage pas lui-même toutes ces possibilités, même si des distinctions sont maintenant faites pour préciser les responsabilités de chacun. Ainsi, lorsqu'une procédure de passation est menée conjointement dans son intégralité au nom et pour le compte de tous les pouvoirs adjudicateurs concernés, ceux-ci sont solidairement responsables de l'exécution des obligations qui leur incombent. C'est également le cas lorsqu'un seul pouvoir adjudicateur gère la procédure de passation, en agissant pour son propre compte et pour le compte des autres pouvoirs adjudicateurs concernés.

Dans le cas contraire, les pouvoirs adjudicateurs concernés ne sont solidairement responsables que des parties menées conjointement. Chaque pouvoir adjudicateur est seul responsable de l'exécution des obligations qui lui incombent pour les parties de la procédure dont il se charge en son nom propre et pour son propre compte.

A noter encore, selon les travaux préparatoires de la loi, que, si la référence aux personnes de droit privé figurant à l'article 38 de la loi du 15 juin 2006 a été supprimée, il n'en demeure pas moins qu'un tel marché peut toujours être conclu conjointement, non seulement pour le compte de deux ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs, mais également pour le compte de pouvoirs adjudicateurs et de personnes de droit privé, qu'elles revêtent ou non la qualité de pouvoir adjudicateur[33].

Les modes de passation

Comme l'indique le législateur, les nouvelles directives européennes ont changé de paradigme. Elles privilégient moins qu'avant les procédures rigides, telles que les procédures ouverte et restreinte, mais encouragent désormais, pour autant

[25] Art. 2, 9°.
[26] Art. 43.
[27] Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., 2015-2016, n° 54-1541/001, p. 88.
[28] Art. 47, par. 3.
[29] Dir. 2014/24/EU, art. 90, par. 2, al. 2.
[30] Art. 2, 36°. On relèvera une « coquille » dans la version française de cet article, qui oublie les termes « au nom ».
[31] Art. 48.
[32] Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., 2015-2016, n° 54-1541/001, p. 95.
[33] Id.

que les conditions soient remplies, le recours aux procédures intégrant des éléments de négociation, telles que la procédure concurrentielle avec négociation. La négociation est en effet dorénavant perçue comme un moyen sûr et efficace pour stimuler la concurrence, mieux identifier les risques dans les marchés complexes et permettre une meilleure utilisation des marchés publics[34].

Cela dit, la publicité demeure le moyen privilégié pour assurer concurrence et transparence dans les marchés publics. Ainsi, la passation des marchés publics peut se faire selon l'une des procédures suivantes[35] :

1° la procédure ouverte ;

2° la procédure restreinte ;

3° la procédure concurrentielle avec négociation, selon les conditions fixées par la loi ;

4° le dialogue compétitif, également selon les conditions fixées par la loi ;

5° le partenariat d'innovation, toujours selon les conditions fixées par la loi ; il s'agit là d'un nouveau mode de passation, fondé sur la définition, par le pouvoir adjudicateur, d'un besoin relatif à un produit, un service ou à des travaux innovants qui ne peut être satisfait par l'acquisition de produits, de services ou de travaux déjà disponibles sur le marché[36];

6° la procédure négociée directe avec publication préalable, selon – encore – les conditions fixées par la loi.

Et ce n'est donc que dans les cas et circonstances expressément visés par la loi, que les marchés peuvent être passés par procédure négociée.

Les procédures ouvertes et restreintes

La procédure ouverte reste la procédure de passation dans laquelle tout opérateur économique intéressé peut présenter une offre en réponse à un avis de marché, bref une procédure en

un temps, aboutissant directement à l'attribution du marché[37].

De même, la procédure restreinte reste celle à laquelle tout opérateur économique intéressé peut demander à participer en réponse à un avis de marché et dans laquelle seuls les candidats sélectionnés par l'adjudicateur peuvent présenter une offre, soit une procédure en deux temps, impliquant deux décisions du pouvoir adjudicateur, d'abord quant à la sélection des candidats, puis quant à l'attribution du marché[38].

La nouveauté est ailleurs : il n'y a plus de distinction formelle entre adjudication et appel d'offres. Dans tous les cas, il est question, aussi bien en procédure ouverte qu'en procédure restreinte, d'attribuer le marché au soumissionnaire ayant remis l'« offre économiquement la plus avantageuse »[39].

Cela dit, l'offre économiquement la plus avantageuse peut être déterminée, au choix du pouvoir adjudicateur[40] :

1° sur la base du prix ; autrement dit, si formellement l'adjudication disparaît, il demeure possible d'attribuer un marché sur la base du seul prix ;

2° sur la base du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie[41] ;

3° en se fondant sur le meilleur rapport qualité/prix qui est évalué sur la base du prix ou du coût ainsi que des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné, 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 lesquels il est pratiqué ;

b) l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le

[34] Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., 2015-2016, n° 54-1541/001, p. 69.
[35] Art. 35.
[36] Art. 40.
[37] Art. 2, 22°.
[38] Art. 2, 23°.
[39] Art. 81, par. 1er.
[40] Art. 81, par. 2.
[41] Art. 2, 49°, et 82

niveau d'exécution du marché ; malgré son intérêt, un tel critère d'attribution, trop proche d'un critère de sélection qualitative, ne pouvait jusqu'à présent être admis, selon doctrine et jurisprudence majoritaires ; c'est donc une évolution législative intéressante, notamment pour les marchés de services, pour lesquels les qualités du prestataire sont souvent primordiales ;

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.

La procédure concurrentielle avec négociation et la procédure négociée directe avec publicité

La procédure négociée avec publicité change de nom, puisqu'il est désormais question de la procédure concurrentielle avec négociation. Sur le fond cependant, pas de changement : il est toujours question de la procédure de passation à laquelle tout opérateur économique intéressé peut demander à participer en réponse à un avis de marché, dans laquelle seuls les candidats sélectionnés peuvent présenter une offre, les conditions du marché pouvant ensuite être négociées avec les soumissionnaires[42].

Les hypothèses dans lesquelles cette procédure peut être utilisée ont été assouplies par rapport à ce qui était antérieurement prévu pour l'ancienne procédure négociée avec publicité[43]. On y retrouve notamment l'hypothèse visée à l'article 26, § 2, 1°, d), de la loi du 15 juin 2006, non tributaire de quelque circonstance particulière que ce soit, lorsque le montant estimé du marché est inférieur aux montants fixés par arrêté royal. Pour les marchés de fournitures et de services, c'est le seuil de publicité européenne qui était jusqu'à présent retenu, soit 209.000 euros ; s'agissant de travaux, le législateur s'était limité à 600.000 euros, sans donc aller jusqu'au seuil de publicité européenne. L'on s'attend à ce que, dans ce dernier cas, le seuil soit désormais fixé à 750.000 euros par l'arrêté « passation ».

Si la procédure concurrentielle avec négociation reste ainsi une procédure en deux temps, analogue à une procédure restreinte, le législateur belge a maintenu, sous les seuils de publicité européenne, la procédure négociée directe avec publication préalable, soit la procédure de passation dans laquelle tout opérateur économique intéressé peut présenter une offre en réponse à un avis de marché et dans laquelle l'adjudicateur peut négocier les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux[44].

Il peut ainsi être fait usage de cette procédure pour les marchés de fournitures et de services inférieurs aux seuils de publicité européenne ainsi que pour les marchés de travaux dont le montant estimé est inférieur au seuil de 750.000 euros[45] (auparavant 600.000 euros).

La procédure négociée sans publication préalable

La procédure négociée sans publication préalable est la nouvelle appellation de la procédure négociée sans publicité, selon laquelle le pouvoir adjudicateur demande une offre aux opérateurs économiques de son choix et peut négocier les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux[46].

La loi énumère, de façon limitative, les cas dans lesquels il peut être recouru à ce mode de passation[47]. Par comparaison avec la loi du 15 juin 2006, la nouvelle loi les reprend, à l'identique, les amende ou les supprime.

Le cas le plus fréquent de recours à la procédure négociée sans publication préalable, lié au seul montant du marché, sans avoir à justifier d'autres conditions, est bien sûr maintenu. Le seuil auquel le montant de la dépense à approuver doit, dans ce cas, rester inférieur, sera fixé par arrêté royal, semble-t-il à 135.000 euros.

Relevons en revanche la disparition de plusieurs hypothèses prévues par la loi du 15 juin 2006, notamment le cas des travaux, fournitures et services complémentaires qui sont devenus nécessaires à la suite d'une circonstance imprévue, cette hypothèse étant dorénavant – comme l'exigent les directives européennes – envisagée dans le cadre des modifications de marché. Cet important chapitre relatif aux modifications de marchés relèvera, comme précédemment, des règles générales d'exécution[48].

La division des marchés en lots

L'allotissement demeure une technique permise dans le cadre de la passation des marchés publics ; il est même désormais rendu obligatoire, sauf exception. En effet, pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur à 135.000 euros, tous les pouvoirs adjudicateurs devront envisager la division du marché en lots et, s'ils décident de ne pas diviser en lots, les raisons principales doivent être mentionnées dans les documents du marché[49].

Il s'agit là, selon l'objectif poursuivi par la directive européenne, d'accroître la concurrence et de faciliter l'accès des PME aux marchés publics[50].

---

[42] Art. 2, 24°.
[43] Art. 38 ; Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., 2015-2016, n° 54-1541/001, p. 73.
[44] Art. 2, 29°.
[45] Art. 41.
[46] Art. 2, 26°.
[47] Art. 42.
[48] Art. 9 ; cf. infra.
[49] Art. 58, par. 1er.
[50] Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., 2015-2016, n° 54-1541/001, p. 107.

Autre nouveauté par ailleurs : dans l'avis de marché, le pouvoir adjudicateur doit indiquer s'il est possible de soumettre une offre pour un seul lot, pour plusieurs lots ou pour tous les lots. En outre, le pouvoir adjudicateur peut, même lorsqu'il est possible de soumettre une offre pour plusieurs lots ou tous les lots, limiter le nombre de lots qui peuvent être attribués à un seul soumissionnaire, à condition que le nombre maximal de lots par soumissionnaire soit inscrit dans l'avis de marché. Le pouvoir adjudicateur doit alors indiquer dans les documents du marché les critères ou règles objectifs et non discriminatoires qu'il entend appliquer 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[51].

Cette nouvelle possibilité était nécessaire pour atteindre l'objectif ainsi poursuivi. Car, au risque de souvent en faire un vœu pieux, l'amélioration de l'accès des PME aux marchés publics, par la division des marchés en lots, ne sera d'actualité que si par ailleurs le nombre de lots auxquels il peut être remis offre ou qui peuvent être attribués à un même soumissionnaire est limité. Car, à défaut, une plus grosse entreprise pourrait remettre offre pour tous les lots et, surtout, proposer un rabais en cas d'attribution de tous ceux-ci.

Le déroulement de la procédure de passation

On notera que la nouvelle loi va plus loin dans le détail des règles de passation, « rapatriant » de la sorte toute une série de dispositions qui se trouvaient auparavant dans l'arrêté « passation ».

Les délais de publication

Il en va ainsi, notamment, des délais de publication des différents avis, lesquels sont par ailleurs modifiés[52].

En procédure ouverte, le délai minimal de réception des offres est de 35 jours à compter de la date de l'envoi de l'avis de marché.

En procédure restreinte, le délai minimal de réception des demandes de participation est quant à lui de 30 jours à compter de la date de l'envoi de l'avis de marché, tout comme, dans la phase suivante, le délai de réception des offres (à compter de la date de l'envoi de l'invitation à soumissionner).

Les mêmes délais de réception des candidatures et des offres s'appliquent en procédure concurrentielle avec négociation.

Autre nouveauté à cet égard : tous ces délais sont d'application lorsque les seuils de publicité européenne sont atteints, comme sous ceux-ci. Ils sont donc fortement réduits par rapport aux règles de publicité européenne précédentes (et quasi semblables en cas de publicité belge).

La mise à disposition des documents du marché par voie électronique

Suite logique de l'usage de moyens de communication électroniques, le pouvoir adjudicateur doit aussi offrir, par moyen électronique, un accès gratuit, sans restriction, complet et direct aux documents du marché à partir de la date de publication d'un avis de marché[53]. Autrement dit, les documents de marché doivent être disponibles en ligne, mais pour les seuls marchés avec publication d'un avis.

Et, au contraire du report de l'entrée en vigueur des obligations en matière de moyens de communication électroniques, cette obligation de mise à disposition en ligne des documents de marché est d'application dès l'entrée en vigueur de la loi[54].

A cet égard, on notera que la plateforme fédérale e-Procurement, en particulier l'application e-Notification, outil officiel de publication des avis en Belgique, permet déjà aux pouvoirs adjudicateurs de mettre en ligne ces documents, outre la publication des avis eux-mêmes.

La sélection

Parmi les principes gouvernant tant la sélection que l'attribution, figure une nouvelle règle selon laquelle, lorsque le pouvoir adjudicateur constate que l'offre du soumissionnaire auquel il se propose d'attribuer ne respecte pas les **obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social ou du travail**, il n'a d'autre choix que de ne pas attribuer le marché au soumissionnaire qui a remis ladite offre, pour autant qu'il s'agisse d'une obligation dont le non-respect est également sanctionné pénalement. Dans les autres cas où il constate que cette offre ne satisfait pas aux obligations susmentionnées, il peut procéder de la même manière[55].

Cette nouvelle disposition doit être distinguée du motif d'exclusion facultatif, également nouveau[56], lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer, par tout moyen approprié, que le candidat ou le soumissionnaire a manqué aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail. Pour l'application de cette cause d'exclusion, un manquement doit effectivement pouvoir être démontré, tandis que, pour l'application de la disposition examinée ici, il suffit que la manière dont le soumissionnaire annonce qu'il va exécuter le marché ne respecte pas les obligations visées. Ces dispositions se rejoignent, mais les conditions concrètes d'application sont différentes[57].

Dans le cas des marchés atteignant les seuils de publicité européenne, le pouvoir adjudicateur peut, dans le cas d'une procédure ouverte

[51] Art. 58, par. 2.
[52] Art. 36-41.
[53] Art. 64.
[54] Dir. 2014/24, art. 90, par. 2, al. 1er.
[55] Art. 7 et 66, par. 1er, al. 2.
[56] Art. 69, 1°
[57] Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., 2015-2016, n° 54-1541/001, p. 113.

seulement (et logiquement), procéder au contrôle des offres après la vérification de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection[58]. Dans ces cas, il peut être procédé, à ce stade, à l'évaluation des offres sans un examen plus approfondi de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection. Toutefois, avant de recourir à cette possibilité, le pouvoir adjudicateur doit avoir vérifié l'absence de dettes fiscales et sociales[59]. Il est donc permis aux pouvoirs adjudicateurs de procéder à ce stade à l'évaluation des offres, sans vérification plus poussée de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection. Pour le législateur[60], le mécanisme permet d'éviter de devoir vérifier une série d'éléments dans le chef de chaque soumissionnaire, en particulier d'assouplir l'obligation de vérification d'absence de motifs d'exclusions obligatoires concernant notamment les membres de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance[61].

S'agissant des marchés inférieurs aux seuils européens, les cas dans lesquels il peut être fait usage de telles souplesses, en ignorant la distinction stricte entre la sélection et l'évaluation des offres, devront être fixés par arrêté royal.

Sans préjudice du contrôle de l'existence de causes d'exclusion dans le chef du seul adjudicataire pressenti, reposant sur le principe de confiance qui se traduisait par l'usage de la déclaration sur l'honneur implicite, on assiste donc à un potentiel **bouleversement de l'ordre des opérations jusque-là distinctes**, devant mener à la décision d'attribution.

Deux nouveaux motifs d'exclusion obligatoires ont été ajoutés, en cas de condamnation pour :

1° infraction terroriste, infraction liée aux activités terroristes ou incitation à commettre une telle infraction, complicité ou tentative d'une telle infraction ;

2° travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains[62].

Autre nouveauté importante : l'obligation d'exclure le candidat ou le soumissionnaire s'applique désormais aussi lorsque la personne condamnée n'est pas, comme telle, la personne morale (société) qui se porte candidate ou remet offre, mais est un **membre de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance du candidat ou soumissionnaire** ou détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein. Néanmoins, dans un souci d'assouplissement, il est prévu, pour les marchés inférieurs aux seuils européens, que les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas tenus de vérifier l'absence de motifs d'exclusion dans le chef de ces personnes. Cela dit, il leur est toujours possible de le faire.

Les motifs d'exclusion tenant aux **dettes sociales et fiscales** deviennent obligatoires[63], même si c'était pratiquement déjà le cas. Cela étant, l'opérateur économique qui ne satisfait pas aux exigences relatives aux obligations fiscales et sociales, peut désormais régulariser sa situation, mais une seule fois par procédure de passation. A partir du constat que le candidat ou le soumissionnaire ne satisfaisait pas à ces exigences, le pouvoir adjudicateur doit laisser à l'opérateur économique un délai de cinq jours ouvrables pour fournir la preuve de sa régularisation, ce qui s'avère fort court. Il s'agit ainsi, selon le législateur, d'un assouplissement destiné à faciliter en principe l'accès des PME aux marchés publics et à bénéficier au Trésor public, puisque cette possibilité est censée inciter les opérateurs économiques à la régularisation[64].

De nouveaux motifs d'exclusion facultatifs font également leur apparition[65] :

1° lorsqu'il peut être démontré, par tout moyen approprié, que le candidat ou le soumissionnaire a manqué aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail ;

2° lorsque le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que le candidat ou le soumissionnaire aurait accompli des actes, conclu des conventions ou procédé à des ententes de nature à fausser les conditions normales de la concurrence ;

3° le cas où il ne pourrait être remédié à un conflit d'intérêts par d'autres mesures moins intrusives ;

4° le cas où il ne peut être remédié à un empêchement ou une distorsion de la concurrence résultant de la participation préalable des candidats ou soumissionnaires à la préparation de la procédure de marché public par d'autres mesures moins intrusives ;

5° le cas où des défaillances importantes ou persistantes du candidat ou du soumissionnaire ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché antérieur ou d'une concession antérieure, lorsque ces défaillances ont donné lieu à des mesures d'office, à des dommages et intérêts à titre de sanction ou à une autre sanction comparable ;

6° le cas où le candidat ou le soumissionnaire a entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel du pouvoir adjudicateur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui donner un avantage indu lors de la procédure de passation, ou a fourni par négligence des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution.

---

[58] Cf. infra.
[59] Art. 66, par. 2.
[60] Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., 2015-2016, n° 54-1541/001, p. 113.
[61] Art. 67, par. 1er.
[62] Id.
[63] Art. 68.
[64] Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., 2015-2016, n° 54-1541/001, p. 119.
[65] Art. 69.

La formulation des autres motifs d'exclusion facultatifs a, quant à elle, été plus ou moins modifiée. S'agissant, par exemple, de la faute professionnelle grave, il a été ajouté qu'il doit s'agir d'une faute grave qui remet en cause l'intégrité du candidat ou du soumissionnaire. Cela étant, on vient de voir que des défaillances importantes ou persistantes du candidat ou du soumissionnaire qui ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché antérieur, lorsque ces défaillances ont donné lieu à des mesures d'office, à des dommages et intérêts à titre de sanction ou à une autre sanction comparable, peuvent constituer un motif d'exclusion.

Sauf disposition contraire dans les documents du marché, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de vérifier l'absence de motifs d'exclusion facultatifs dans le chef des membres de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance du candidat ou soumissionnaire ou des personnes qui détiennent un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein.

"Faciliter l'accès des PME aux marchés publics"

Importante nouveauté encore : les **mesures correctrices.** Tout candidat ou soumissionnaire qui se trouve dans l'un des cas d'exclusion peut néanmoins fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un tel motif d'exclusion. Si ces preuves sont jugées suffisantes par le pouvoir adjudicateur, le candidat ou le soumissionnaire concerné n'est alors pas exclu de la procédure de passation[66]. À cette fin, le candidat ou le soumissionnaire doit prouver d'initiative qu'il a versé ou entrepris de verser une indemnité en réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et pris des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propre à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute. Et exercice difficile pour le pouvoir adjudicateur : les mesures prises par le candidat ou le soumissionnaire sont évaluées en tenant compte de la gravité de l'infraction pénale ou de la faute ainsi que de ses circonstances particulières. Il s'agit dans tous les

[66] Art. 70.

cas d'une décision du pouvoir adjudicateur qui doit être motivée aussi bien matériellement que formellement. Lorsque les mesures sont jugées insuffisantes, la motivation de la décision concernée est transmise à l'opérateur économique.

Lors du dépôt des demandes de participation ou d'offres, selon le cas, les candidats ou soumissionnaires produisent le **Document unique de marché européen (DUME)**, qui consiste en une déclaration sur l'honneur, lequel doit être accepté par le pouvoir adjudicateur à titre de preuve *a priori*, en lieu et place des documents ou certificats délivrés par des autorités publiques ou des tiers pour confirmer que le candidat ou soumissionnaire concerné est en ordre au regard des causes d'exclusion, mais également qu'il remplit tous les critères de sélection qualitative[67].

Le DUME consiste ainsi en une déclaration officielle par laquelle l'opérateur économique affirme que chaque motif d'exclusion ne s'applique pas et/ou que chaque critère de sélection est rempli et il fournit les informations pertinentes requises par le pouvoir adjudicateur. Le DUME désigne en outre l'autorité publique ou le tiers compétent pour établir les documents justificatifs et contient une déclaration officielle indiquant que l'opérateur économique sera en mesure, sur demande et sans tarder, de fournir lesdits documents justificatifs[68].

Il s'agit bien d'une déclaration sur l'honneur, valant seulement comme preuve a priori, de sorte que le pouvoir adjudicateur peut demander aux candidats et soumissionnaires, à tout moment, de fournir tout ou partie des documents justificatifs, si cela est nécessaire pour assurer le bon déroulement de la procédure. En outre (et surtout), avant l'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur doit exiger du soumissionnaire auquel il a décidé d'attribuer le marché qu'il présente les documents justificatifs mis à jour, sauf lorsque et dans la mesure où le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'obtenir directement les certificats ou les informations pertinentes en accédant à une base de données nationale dans un État membre qui est accessible gratuitement, comme un registre national des marchés publics ou un dossier virtuel d'entreprise.

Certes, même si elle ne permet pas d'accéder directement aux informations individuelles sur chaque candidat ou soumissionnaire, un « super-Télémarc » européen n'existant pas (encore ?), les pouvoirs adjudicateurs sont invités à faire usage de la banque de données e-Certis[69]. Il s'agit d'une banque de données en ligne contenant, par Etat membre, des informations relatives aux certificats et preuves fréquemment utilisés, ainsi qu'une liste par Etat membre des banques de données contenant les informations pertinentes sur les opérateurs économiques. La banque de données e-Certis, qui doit continuellement être actualisée par les Etats membres, permet ainsi aux pouvoirs adjudicateurs d'obtenir des informations sur les moyens de preuve qui sont utilisés par les opérateurs économiques établis dans d'autres Etats membres[70].

Bref, le DUME est une déclaration sur l'honneur explicite, puisqu'il est bel et bien question pour les candidats et les soumissionnaires de remettre ce document avec leur candidature ou leur offre. En cela, s'il s'agit certainement d'une avancée – d'ailleurs présentée comme telle – à l'échelle européenne, c'est néanmoins un petit recul pour la pratique belge, la déclaration sur l'honneur implicite y étant d'application depuis un bon moment (pour les seules causes d'exclusion).

Heureusement, pour les cas de marchés passés par procédure négociée sans publication préalable ou dont le montant estimé est inférieur aux seuils de publicité européenne, à déterminer, un arrêté royal peut fixer un règlement alternatif de preuve provisoire par rapport aux documents ou certificats délivrés par des autorités publiques ou des tiers qui confirment que le candidat ou soumissionnaire concerné satisfait à toutes les conditions de sélection[71]. L'usage de la déclaration sur l'honneur implicite, telle qu'on la connaît, mais éventuellement étendue aux critères de sélection qualitative, pourrait donc réapparaître pour certains marchés.

L'attribution du marché

Le principe de l'attribution au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse, outre qu'il fait disparaître la distinction entre adjudication et appel d'offres, formellement en tout cas, devient d'application généralisée à tous les marchés publics[72].

L'exécution du marché

Les règles générales d'exécution doivent être fixées par arrêté royal. En renvoyant ainsi à l'exécutif, la loi vise néanmoins expressément les règles relatives à la sous-traitance et au contrôle de l'absence de motifs d'exclusion dans le chef des sous-traitants. Elle ajoute même que l'exécutif peut, pour les marchés qu'il détermine, limiter la chaîne de sous-traitants, conformément aux règles qu'il détermine également[73]. On voit là poindre l'ombre du dumping social, contre lequel l'encadrement et la limitation de la sous-traitance semblent pouvoir être des moyens de lutter, parmi d'autres.

Le nouvel arrêté royal « règles générales d'exécution » doit en outre transposer les nouvelles règles en matière de modifications de marché, qui ont été profondément remaniées par le législateur européen[74].

Pour le reste, l'on doit probablement s'attendre à un maintien des règles antérieures.

---

[67] Art. 73.
[68] Règlement (UE) 2016/7 du 5.1.2016 établissant le formulaire-type pour le document unique de marché européen.
[69] Art. 76.
[70] Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., 2015-2016, n° 54-1541/001, pp. 129-130 ; v. http://ec.europa.eu/markt/ecertis/login.do.
[71] Art. 74.
[72] Cf. supra.
[73] Art. 86.
[74] Art. 9, al. 1er ; dir. 2014/24, art. 72.