



Comment favoriser l'émergence de solutions innovantes dans le cadre de vos marchés publics de travaux ?

Focus sur la procédure concurrentielle avec négociation et le dialogue compétitif

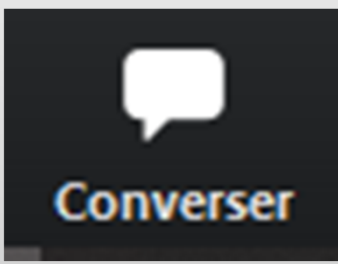
Webinaire – 18 décembre 2020



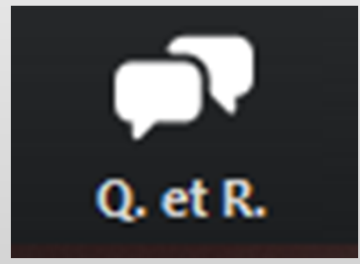
Union des Villes
et Communes
de Wallonie asbl

Quelques consignes pour débiter...

01 **Converser**
Signaler un problème **technique**
➔ Pierre



02 **Q. Et R.**
Poser une question liée aux **contenus**
➔ Christophe



Votre formateur



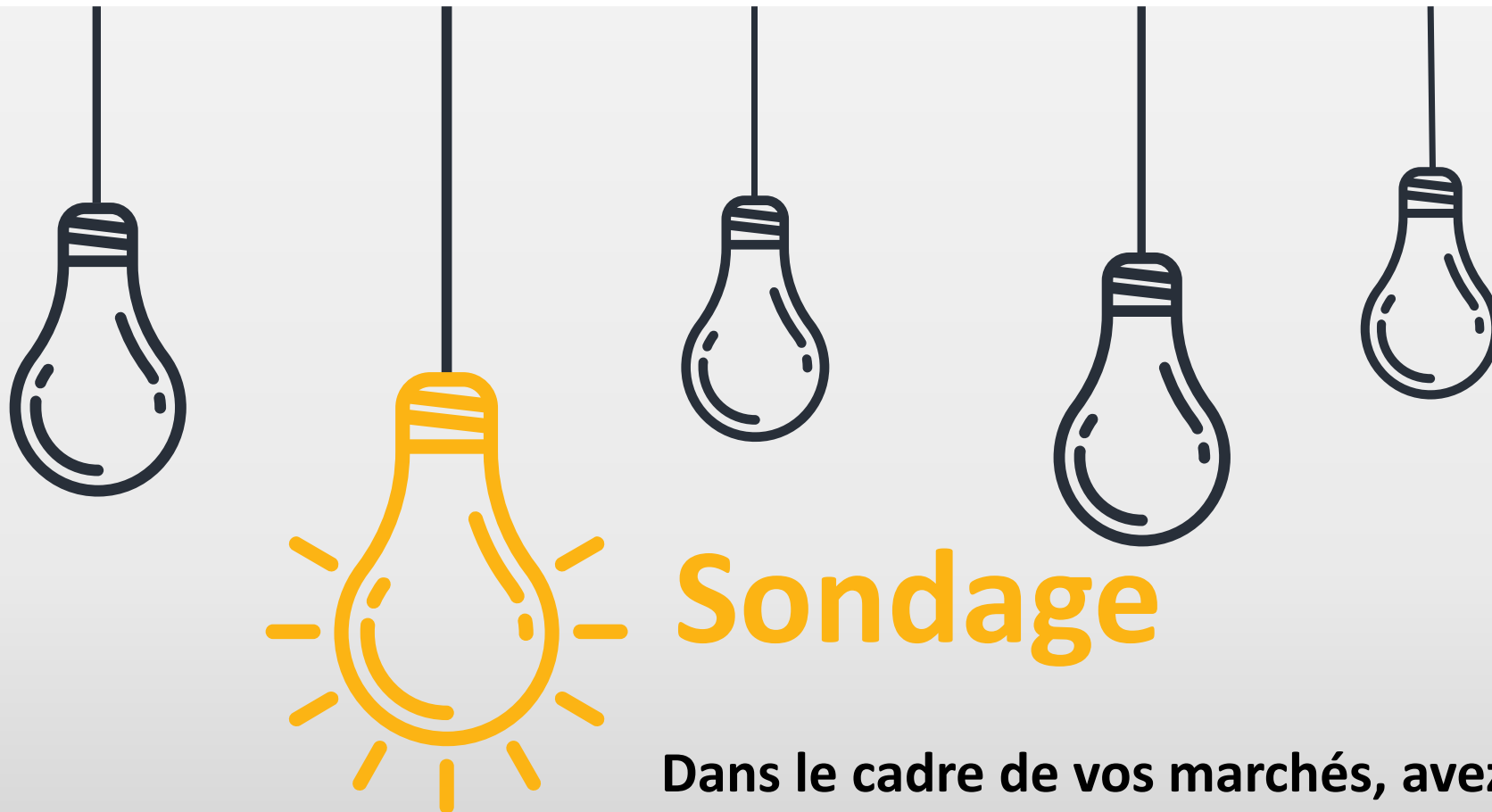
Christophe DUBOIS
Avocat associé
EQUAL



Menu de la séance

- 01 Besoins innovants & marchés publics
- 02 Questions - réponses
- 03 Clôture





Sondage

Dans le cadre de vos marchés, avez-vous déjà eu recours à l'une ou l'autre de ces procédures ?



01

02

03

Innovation & Procédure concurrentielle avec négociation - Dialogue compétitif

Christophe Dubois

Avocat Associé Equal Partners – Professeur invité à la HE Francisco Ferrer



Quelques exemples

Procédure concurrentielle avec négociation


- Marché de création d'un nouveau quartier « durable » (SLSP)
- Achat et installation d'une unité de cogénération (Interco')
- DBFM Prisons (Haren)

Dialogue compétitif

- Acquisition fourniture informatique hospitalière (CUSL)
- Maintenance d'un DATACENTER (hôpital)
- Projet I.B.E. (SOFICO) – énergie durable
- Tunnel Léopold 2
- DBFM Nouvelles Prisons Psychiatriques (Régie des Bâtiments)



Thèmes de notre discussion de ce matin

- Qu'est-ce qu'un achat innovant ?
 - Les procédures de passation d'un marché public de travaux en relation avec l'innovation
 - Point commun entre Procédure Concurrentielle Avec Négociation (PCAN) et Dialogue compétitif : les hypothèses de déclenchement
 - Particularités de la PCAN
 - Particularités du Dialogue Compétitif
 - Synthèse (et recommandation ?) : comparaison entre ces deux types de procédures
- 

L'innovation en matière de marchés publics





« L'innovation » en droit des marchés publics

Art. 2, 32° Loi du 17 juin 2016 :

*Innovation : 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 ;*

Trois procédures « spécifiquement » en relation avec l'innovation



Le Partenariat d'innovation (Loi, art. 40) – pour mémoire (R&D)

Le partenariat d'innovation vise au développement d'un produit, d'un service ou de travaux innovants et à l'acquisition ultérieure des travaux, des fournitures ou des services en résultant, lorsque le besoin du pouvoir adjudicateur ne peut être satisfait par l'acquisition de travaux, de fournitures ou de services déjà disponibles sur le marché.

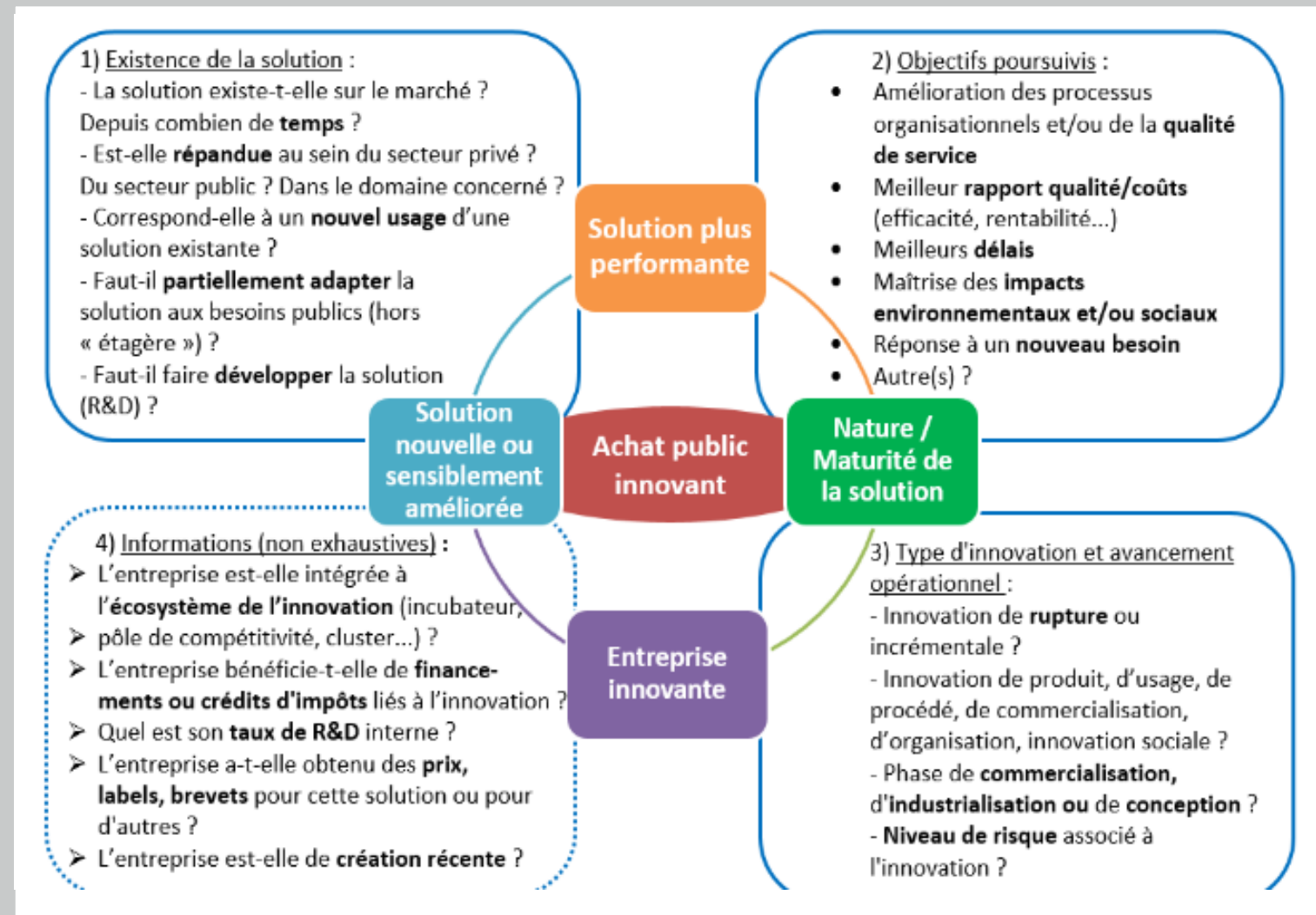
Déclenchement du PI - deux conditions cumulatives:

- Le développement et l'acquisition de produits, services et travaux innovants
- Le besoin ne peut être satisfait par des solutions déjà disponibles sur le marché



Innovant ?

Question
d'appréciation
du pouvoir
adjudicateur



Les procédures de passation permettant l'innovation



PCAN & Dialogue compétitif: définitions

Procédure concurrentielle avec négociation (Loi, art. 38)

Procédure de passation 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

Dialogue compétitif (Loi, art.40)

Procédure de passation à laquelle tout opérateur économique intéressé peut demander à participer en réponse à un avis de marché et dans laquelle l'adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats sélectionnés à cette procédure, en vue de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue dont la ou les propositions de solution ont été retenues au terme de ce dialogue seront invités à remettre une offre.



Recours à ces procédures



PCAN & Dialogue compétitif: déclenchement

- La loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics aligne les hypothèses de déclenchement d'un dialogue compétitif avec les hypothèses de déclenchement d'une PCAN
- Loi, art 39 § 1^{er}: « *Le pouvoir adjudicateur peut appliquer un dialogue compétitif dans les mêmes situations que celles visées à l'article 38, § 1er, 1°, a) à d), et 2°.* »



PCAN & Dialogue compétitif: déclenchement

- Nécessitera une motivation – à tout le moins un développement - de la part du pouvoir adjudicateur pour justifier se trouver dans l'hypothèse de déclenchement
- Procédures « moins exceptionnelles » vu qu'elles débutent par la publication d'un avis de marché => favorisées par le législateur
- Sans doute un contrôle « plus souple » de la part d'un juge ou d'une autorité de tutelle que si c'était une PNSPP
 - Mais motivation doit exister
 - Au moment où les documents du marchés sont arrêtés
 - Pas nécessairement dans le C.S.C. lui-même (par ex. dans le D.A.)



Hypothèses visées à l'art. 38, § 1er, 1°

- a) Les besoins du pouvoir adjudicateur ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles

Cet élément déclencheur confère une large marge de manœuvre au PA.

PA doit prouver qu'il existe une ou des solutions et l'indisponibilité immédiate de solutions nécessaires pour satisfaire ses besoins.



Hypothèses visées à l'art. 38, § 1er, 1°,

b) Les marchés incluent « la conception ou des solutions innovantes »;

Tout marché ayant pour objet la « conception » est visé
=/= avec la 1^{ère} hypothèse? Ici il n'y a pas de solution adaptable



Immédiatement disponible ? Innovant ?

Le pouvoir adjudicateur doit procéder à une **étude de marché** suffisamment aboutie pour démontrer que le besoin à satisfaire ne peut pas être satisfait directement par le marché

Quelques difficultés suscitées :

- La réalisation de cette étude de marché n'est pas à la portée de tous les PA
 - Difficultés liées aux moyens humains, financiers et techniques
- L'étude de marché doit, dans certains cas, déborder des frontières purement nationales
- Certaines solutions innovantes présents à l'étranger ne pourraient être transposés par le PA pour des raisons culturelles (par exemple, en termes d'innovation sociale)



Immédiatement disponible ? Innovant ? => consultation préalable

Consultation préalable du secteur – Recours à l’art. 51 de la Loi :

Avant d'entamer une procédure de passation de marché, le pouvoir adjudicateur peut réaliser des consultations du marché en vue de préparer la passation du marché 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 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.



TYPOLOGIE DU SOURCING

benchmarking (parangonnage) :

analyse comparative des pratiques des autres acheteurs afin de capitaliser sur leur expérience

veille :

actualisation régulière des connaissances techniques, économiques et réglementaires (ex : recherches, participation à des salons...)

e-sourcing :

emploi d'un logiciel permettant d'automatiser la recherche de fournisseurs (ex : algorithme, base de données...)

demande d'informations

("RFI") : sollicitation générale ou bien d'un panel de professionnels afin de déterminer la faisabilité technique ou financière d'un projet

avis de préinformation :

publication formalisée pour faire connaître l'intention de passer prochainement un marché

planification des achats :

programmation prévisionnelle des procédures à venir afin de donner de la visibilité aux opérateurs économiques

rencontres fournisseurs :

réunions d'informations avec les représentants d'un secteur d'activités ou des soumissionnaires potentiels, en amont d'une consultation

visite de site :

déplacement dans les locaux d'un fournisseur afin de mieux appréhender son processus de fabrication

entretien individualisé (B to B) :

rencontre qui permet d'échanger plus particulièrement avec quelques entreprises sur une solution technique qu'elles ont développée

point de contact :

détermination d'un point d'entrée unique au sein d'une structure d'achat pour faciliter la mise en relation avec les entreprises

Hypothèses visées à l'art. 38, § 1er, 1°

c) Pas d'attribution sans négociations préalables du fait de circonstances particulières liées [1] à la nature, [2] à la complexité ou [3] au montage juridique et financier ou [4] en raison des risques qui se rattachent à l'objet du marché;

- 4 sous-hypothèses => moi je l'appelle le « fourre-tout »
- La volonté du législateur = laisser une marge de manœuvre au PA vu l'utilisation de termes généraux
- ~~L'exigence d'une incapacité objective du PA à définir ses besoins~~
- Circonstances liées au contrat qui justifient l'usage des négociations



Hypothèses visées à l'art. 38, § 1er, 1°

- d) Le PA n'est pas en mesure d'établir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou une référence technique.

La possibilité existait déjà avant, mais uniquement pour les services.

Désormais, services, fournitures et travaux

Exemple : marché technique, défini uniquement en termes d'objectifs à atteindre



Hypothèse visée à l'art. 38, § 1er, 2

Les travaux, les fournitures ou les services pour lesquels, en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées.



Des procédures avec des points communs et des différences

- Comme cela ressort des Travaux Préparatoires

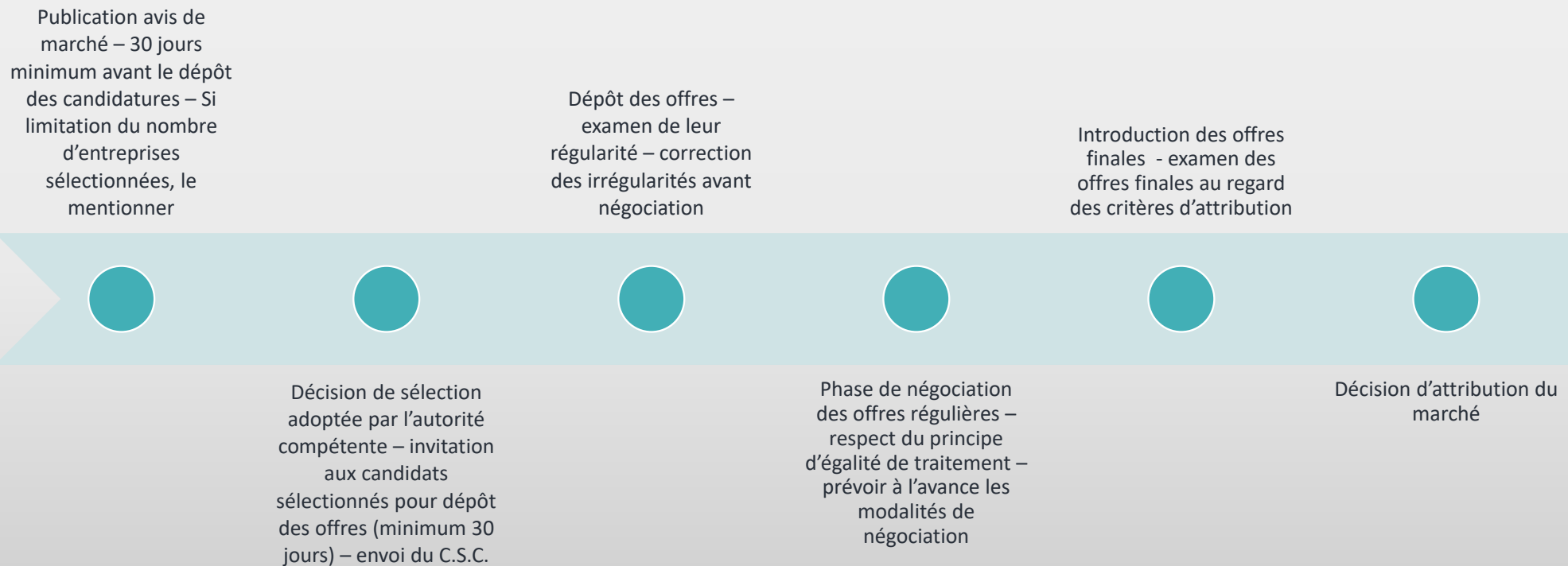
Néanmoins, bien que les conditions permettant le recours au dialogue compétitif et à la procédure concurrentielle avec négociation aient été alignées, cela ne signifie pas pour autant que les deux procédures soient identiques. Au contraire, celles-ci gardent leurs particularités, principalement au niveau des règles procédurales et du statut des offres. Toutefois de nombreuses similitudes existent.



La PCAN



Procédure concurrentielle avec négociation



Procédure concurrentielle avec négociation

- Deux moments décisionnels (sélection et attribution)
 - Double risque de recours
- Gestion des irrégularités
- Obligation de négocier
 - Interprétation stricte de cette obligation de principe
 - Respect du principe d'égalité
 - Objet de la négociation



Gestion des irrégularités

- Principes: la dernière offre (BAFO) doit être régulière !
- Possibilité pour le pouvoir adjudicateur de demander aux soumissionnaires de corriger leurs offres avant d'entamer les négociations !
 - Mais pour les PN dont le montant dépasse les seuils européens il faut avoir prévu cette possibilité de correction dans vos documents du marché – à défaut, il faudra déclarer l'offre atteinte d'une irrégularité substantielle irrégulière (sans possibilité de régulariser et sans possibilité de négociation)



Gestion de la négociation – obligation

- Négociation **obligatoire** des offres (initiales et suivantes) sauf la BAFO (offre finale)
- Possibilité « *néanmoins (d') attribuer des marchés sur la base des offres initiales sans négociation, lorsqu'il a indiqué, dans l'avis de marché, qu'il se réserve la possibilité de le faire* »



Gestion de la négociation – obligation

- C.E., n° 244.228 du 10 avril 2019 => Mise en place d'une procédure négociée avec publicité
- Le pouvoir adjudicateur se réserve la possibilité de ne pas négocier les offres => le C.S.C. contient la clause suivante, intitulée « Absence de négociations »:

« Vu le besoin urgent de réaliser les travaux (..) et vu que les [candidats déposeront pour la deuxième fois une offre pour une prestation très similaire (absence de changement significatif entre la procédure ouverte du 15 décembre et cette procédure concurrentielle avec négociation), il n'y aura aucune phase de négociation s'il apparaît que la première offre au classement des offres se démarque des autres et répond aux besoins du pouvoir adjudicateur »



Gestion de la négociation – obligation

- Position du Conseil d'Etat:

- le pouvoir adjudicateur a prévu la possibilité d'attribuer le marché sans négociation, mais il a soumis ce qui paraît devoir être considéré comme une dérogation à la procédure concurrentielle avec négociation, à la condition que la première offre au classement se démarque des autres

- le C.S.C. ne précise pas le critère de démarcation des offres

- en l'espèce, au regard du classement final, il n'apparaît pas que l'écart d'1,4 points sur 100 soit à ce point net que l'offre de l'attribution pressenti puisse raisonnablement être considérée comme se « démarquant » des autres offres. Elle ne semble donc pas satisfaire à la condition imposée par le C.S.C. pour qu'il ne soit pas procédé à la négociation, qui est la règle dans la procédure choisie en l'espèce. A tout le moins, il convient de constater que la motivation formelle de la décision attaquée ne comporte aucune indication à cet égard.



Gestion de la négociation – égalité

- C.E., n° 237.496 du 27 février 2017

« Si dans le cadre d'un marché public passé en procédure négociée, il est admis que le pouvoir adjudicateur a le pouvoir de choisir la technique de négociation qui lui convient le mieux, il doit néanmoins motiver ce choix (...) Le pouvoir adjudicateur n'a pas suffisamment et adéquatement motivé sa décision à propos du fait qu'il a été décidé de ne pas associer la société requérante à la négociation de manière à ce qu'elle puisse, le cas échéant, adapter son offre comme a pu faire son concurrent. »



Gestion de la négociation – égalité

C.E., n° 243.438 du 18 janvier 2019

Les principes d'égalité et de transparence imposent pourtant au pouvoir adjudicateur, lorsque celui-ci procède à des négociations, de mener celles-ci dans le strict respect de l'égalité "procédurale" entre les soumissionnaires, ce qui implique, entre autres choses, que chacun de ceux-ci reçoive les mêmes informations utiles à l'élaboration et à l'amélioration de son offre et doive avoir les mêmes possibilités d'améliorer son offre.



Gestion de la négociation - objet

=> Je peux négocier les offres et les documents du marché

- Les offres reçues
- Le Cahier spécial des charges
 - Pas les critères d'attribution (et leur pondération)
 - Pas les exigences minimales
 - § 4 : « *[le pouvoir adjudicateur] informe par écrit tous les soumissionnaires dont les offres n'ont pas été éliminées, de tous les changements apportés aux spécifications techniques ou aux autres documents du marché, autres que ceux qui définissent les exigences minimales. A la suite de ces changements, le pouvoir adjudicateur prévoit suffisamment de temps pour permettre aux soumissionnaires de modifier leurs offres et de les présenter à nouveau s'il y a lieu* ».



Le dialogue compétitif



Procédure du dialogue compétitif

Avis de marché –
30 jours de
demande de
participation –
sélection des
candidats admis au
dialogue

Clôture du dialogue
= les solutions sont
identifiées

Ces offres peuvent
être « clarifiées,
précisées et
optimisées »

Négociations avec
le soumissionnaire
reconnu comme
ayant remis l'offre
présentant le
meilleur rapport
Qualité/Prix

Dialogue =
identifier les
solutions à ses
besoins – soin à
apporter lors de la
rédaction du
document
descriptif

Invitation des
participants en lice
à déposer une offre
« finale » sur la
base de la ou des
solutions
identifiées et
retenues en phase
de dialogue

Evaluation des
offres sur la base
des critères
d'attribution

Conclusion d'un
contrat



Les documents du dialogue

- Le pouvoir adjudicateur indique **ses besoins** et **ses exigences** dans l'avis de marché et les définit dans cet avis et/ou dans un document descriptif. A cette occasion, et dans les mêmes documents, il indique et définit également **les critères d'attribution** retenus et fixe un calendrier indicatif.
- Le document descriptif doit comporter, s'il y a lieu, les conditions impératives et essentielles, telles que des exigences de nature urbanistique, architecturale, budgétaire et juridique, ainsi que les conditions impératives du contrat => se caractérise par sa neutralité !



Le dialogue proprement dit

- Le dialogue a pour objet d'identifier les moyens à satisfaire les besoins du pouvoir adjudicateur
- Il a lieu de manière individuelle avec chaque participant (« en silo »)
- Le dialogue compétitif peut se dérouler en phases successives de manière à **limiter le nombre de solutions** à discuter pendant la phase du dialogue en appliquant les critères d'attribution énoncés dans l'avis de marché ou dans le document descriptif. Dans l'avis de marché ou le document descriptif, le pouvoir adjudicateur indique s'il fera usage de cette possibilité
- Le dialogue se poursuit jusqu'à ce que le pouvoir adjudicateur soit en mesure d'identifier la ou les solutions susceptibles de satisfaire ses besoins



Comment dialoguer ?

- Garder à l'esprit la transparence et le traitement égalitaire
- Utiliser un seul canal de diffusion pour les communications
- Effectuer toute communication par écrit
 - Notes d'orientation générales (collectives) ou individuelles
 - Prévoir le dépôt progressif « d'offres »
- Consigner les séances de dialogue par procès-verbal
- Ne pas donner d'indications aux participants sur les solutions des autres participants (éviter le « cherry picking »)
- Commencer toutes les questions par « Comment... »



Offres déposées

- Possibilité d'**optimisation**, pour autant que ne soient pas modifiés les aspects essentiels de l'offre ou du marché public
 - => faire évoluer les offres sur des aspects non essentiels, non susceptibles de fausser le concurrence
- **Négociation** avec le premier classé, « *et ce afin de confirmer ses engagements financiers ou d'autres conditions énoncées dans son offre* » et ce sans pouvoir modifier de manière substantielle l'offre ou de fausser la concurrence



Différences & Recommandations

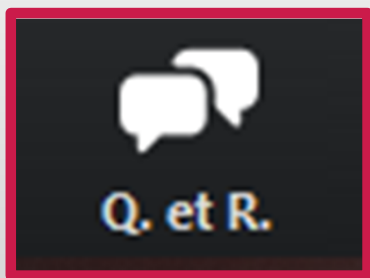


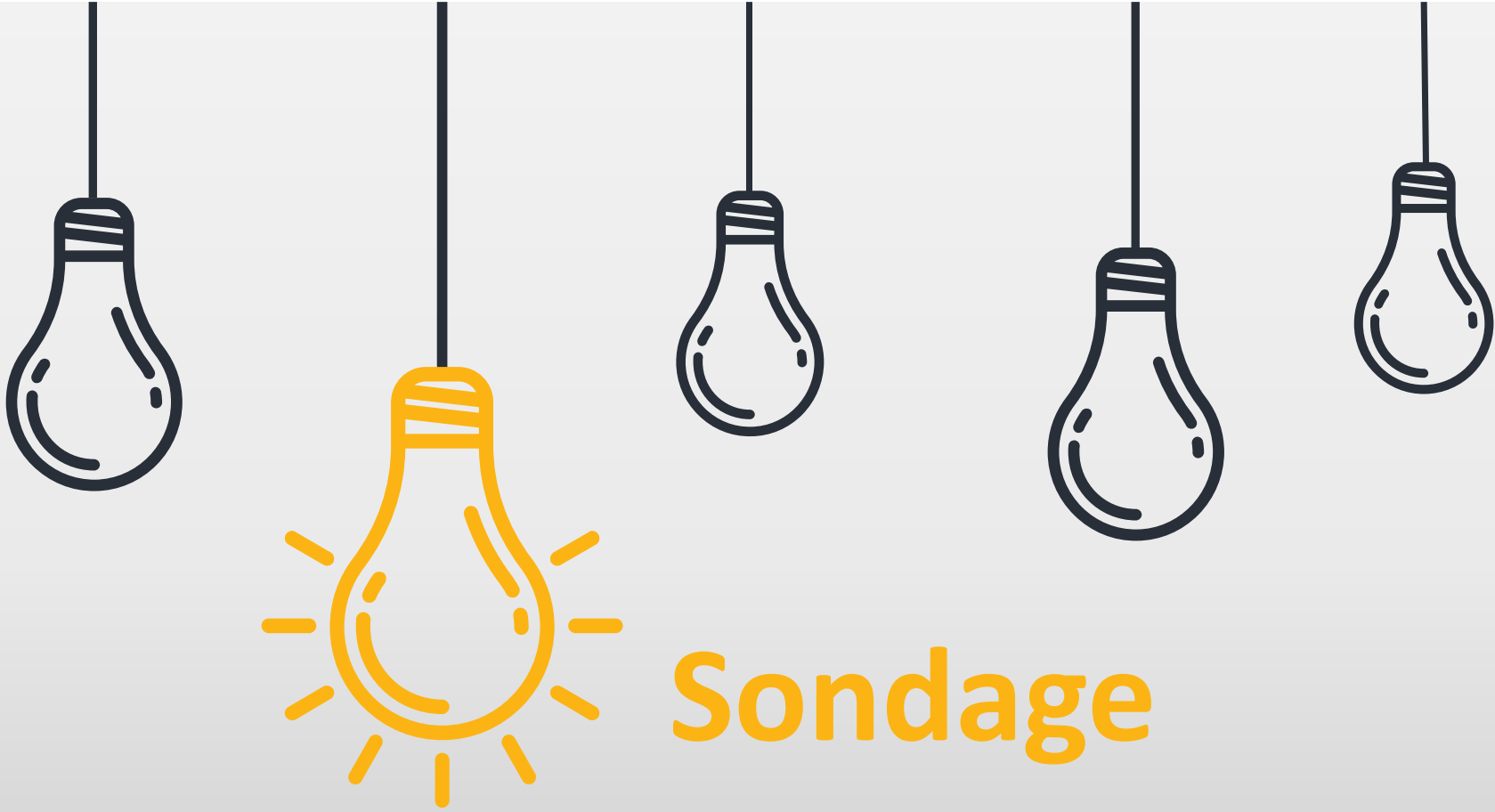
Deux grandes différences

PCAN	DIALOGUE COMPETITIF
Le Pouvoir adjudicateur entend obtenir des offres afin de satisfaire à ses besoins => nécessite rédaction d'un C.S.C.	Le Pouvoir adjudicateur entend dialoguer avec des opérateurs économiques pour trouver des solutions lui permettant d'obtenir par la suite des offres => rédaction d'un document descriptif permettant ce travail que l'on qualifie parfois de « co-crédation »
Le Pouvoir adjudicateur négocie, en principe, les offres et invite au dépôt d'une offre finale. Auparavant, il peut régulariser des offres.	Le Pouvoir adjudicateur dialogue avec les participants et ne « négociera » à la marge que l'offre de l'attributaire pressenti. Les offres ne peuvent être régularisées.
La durée d'une procédure de passation en PCAN est, en principe, moins longue qu'un dialogue compétitif.	
Un dialogue compétitif exige un grand investissement du PA dans la phase de dialogue.	



Nous répondons à vos questions !





Sondage



En conclusion et pour aller plus loin



Le portail des marchés publics

<https://marchespublics.wallonie.be/home/covid-19.html>



Le réseau des marchés publics

<http://marchespublics.uvcw.be/>



Kits numériques

Marchés publics notamment

<http://uvcw.be/espaces/formations/920.cfm>



Merci pour votre participation !

Nous revenons vers vous pour...



- Vous permettre de revoir le webinaire
- Vous donner accès aux supports
- Obtenir votre feedback quant à la qualité du webinaire

A bientôt !

