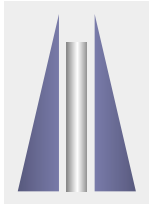


Les modes de passation : entre rigidité et flexibilité

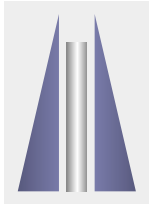
Ann Lawrence Durviaux
Professeur et avocat

Rue de Bèze en Bourgogne, 62- B. 5000 Namur
++32-81-35.48.45 (tél.) ++32-81-35.48.47 (fax)
0477-26.65.48 – al@durviaux.be



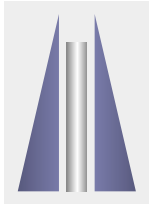
Introduction

- I. Éléments de classification
- II. Les contraintes procédurales de la procédure négociée et l'analyse des hypothèses de procédure négociée (Loi de 1993, de 2006, Directive 2004/17/CE et 2004/18/CE)
- III. Conclusions



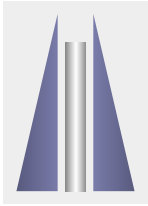
I. Quelles sont les spécificités et les points communs entre la procédures ordinaires et la procédure négociée ?

- A la recherche de distinctions structurantes....
- Les modes de passation ont été profondément réformés sous l'impulsion du droit communautaire qui ne se caractérise pas par son esprit de système....
- Le droit dérivé ne connaît pas l'adjudication et l'appel d'offres, ni les procédures ordinaires par rapport à des procédures exceptionnelles
- Il est structuré autour des procédures ouvertes / restreintes / négociées
- Activisme de la C.J.C.E. et des juridictions nationales rendent les distinctions relativement floues...
- Les imprécisions des textes du point de vue méthodologique sont nombreuses



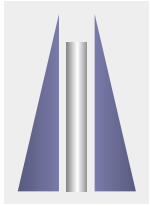
I. Procédures ordinaires/procédures négociées

- La mise en concurrence, l'égalité de traitement, la transparence sont des principes généraux qui s'appliquent à toutes les procédures
- Typologie des modes de passation
 - A. Les procédures ordinaires : Adjudication/ appel d'offres
 - B. Les procédures dont l'objet est particulier : octroi de concession de travaux publics, appel d'offres concours, concours de projet, procédure d'acquisition des logements sociaux, le dialogue compétitif
 - C. Les procédures « exceptionnelles » : procédure négociée
 - Avec/sans publicité
 - Secteurs classiques/ Secteurs spéciaux



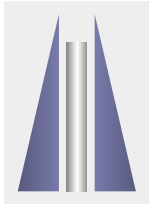
I. Procédures ordinaires/procédures négociées

- A. Les procédures ordinaires : Adjudication/ appel d' offres
 - 1. Points communs
 - Principe d' intangibilité des offres/ Rigidité du processus de rencontre des volontés ?
 - Certains auteurs flamands le contestent (FLAMEY...)
 - CJCE (C-87/94): interdiction de négocier les offres après le dépôt au nom du principe d' égalité de traitement.....
 - Socle important de règles communes : publicité, sélection qualitative, rédaction des documents, du marché, ouverture et établissement des offres, comparaison, notification, principe du contrôle juridictionnel....



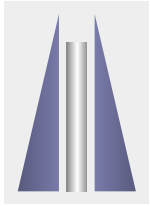
I. Procédures ordinaires/procédures négociées

- A. Les procédures ordinaires : Adjudication/ appel d' offres
 - 2. Eléments de différenciation ?
 - Critère unique/ critères multiples et pondérés
 - Variantes : obligatoires/ libre (A.O.)
 - Règle de comparaison des offres :
 - Contrôle de la normalité des prix (spécificité pour ADJ°)
 - Recherche des erreurs matérielles et arithmétiques : différences de textes gommées par la JU de CASS
 - Notification après l' expiration du délai de validité : deuxième tour qui porte atteinte au principe d' intangibilité des offres dans le cadre d' une procédure.
 - Indemnisation en cas d' éviction



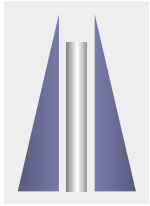
I. Procédures ordinaires/procédures négociées

- A. Les procédures ordinaires : Adjudication/ appel d' offres
 - 3. Controverse : obligation de motiver la décision de recourir à l' un ou à l' autre ?
 - Débat
 - Vain pour autant que l' on respecte toutes les conséquences juridiques du choix
 - La loi de décembre 2009 met fin aux controverses : pas d' obligation de motivation



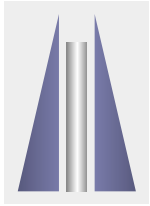
I. Procédures ordinaires/procédures négociées

- B. Les procédures particulières
 - Revendications de certains Etats membres voulant conserver certaines pratiques nationales
 - Absence d'esprit de système
 - Ex : concession de TP : procédure négociée particulière, pourquoi ?
 - Ex : *bouwteam* (logement social) / *open beroep* (choix de concepteurs et non de projets)
 - Interférence de la CJCE pas toujours pertinente
 - Ex : concours / marchés subséquents / lien fonctionnel



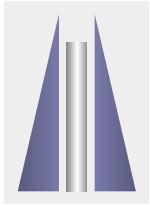
I. Procédures ordinaires/procédures négociées

- B. Les procédures particulières
 - Le dialogue compétitif
 - PQ ? UK / C.E....
 - 2004/18/CE
 - Procédure plus flexible que les PO mais moins flexible que la PN, bref, d' une flexibilité indéfinissable
 - Procédure exceptionnelle / ordinaire ? Pas précisé
 - Complexité objective / Subjective ? Précisé de manière contradictoire.
Loi 2006 : objective
 - Modalités ?



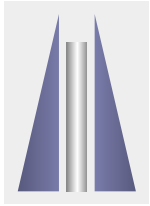
I. Procédures ordinaires/procédures négociées

- B. Les procédures particulières
 - Modalités ? Dialogue versus négociation.....
 - Avis : document descriptif des besoins, ouvre le dialogue
 - Sélection des entreprises ?
 - Conduite du dialogue : égalité de traitement, souci de ne pas révéler aux autres des informations confidentielles ou des solutions proposées par les autres
 - Possibilité de réduire le nombre des personnes avec lesquelles le PA va dialoguer
 - CMT ?....
 - Le dialogue prend fin lorsque le PA a une solution



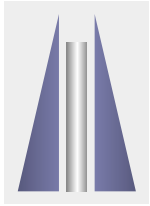
I. Procédures ordinaires/procédures négociées

- B. Les procédures particulières
 - Modalités ? Dialogue versus négociation.....
 - Demande de remise d'offres pour une ou plusieurs solutions
 - Offre peut être clarifiée, précisée et complétée
 - » Sans modifier les éléments fondamentaux de l'offre ou de l'appel d'offres dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire...
 - Peut confirmer des engagements, clarifier avec la même réserve



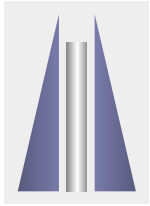
I. Procédures ordinaires/procédures négociées

- B. Les procédures particulières
 - Modalités ? Dialogue versus négociation.....
 - Demande de remise d'offres pour une ou plusieurs solutions
 - 1) remise
 - 2) Clarification
 - 3) Comparaison des offres : choix final
 - 4) Mise au point de l'offre...
 - Il faut au moins 3 participants : quand ?



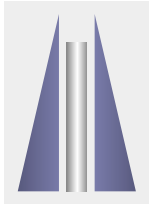
I. Procédures ordinaires/procédures négociées

- C. La procédure négociée
 - Des procédures négociées : secteurs classiques / spéciaux, avec ou sans publicité
 - Mais définition identique dans tous ces cas...
 - « = *procédure qui permet au PO ou EA de consulter les opérateurs de leur choix et de négocier les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux* »
 - Pièges
 - Tout est faux dans la définition.....
 - Modalités procédurales précises et variables
 - Droit primaire + PG droit communautaire + PG de droit administratif = contraintes incertaines en germe
 - C.E. : la procédure négociée n'implique pas une négociation effective.....
(ch flamandes).



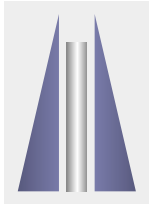
I. Procédures ordinaires/procédures négociées

- C. La procédure négociée
 - PNP: secteurs spéciaux = PO
 - PQ ? Le secteur privé refuse des règles bureaucratiques et inefficientes...
 - La flexibilité est un gage d'efficacité.....
 - PNP : secteurs classiques ?
 - PO ? Enjeu ? Règle d'interprétation
 - DO majoritaire : c' est une procédure qui ne déroge en rien aux principes de mises en concurrence, modalités particulières
 - PN sans publicité: procédure exceptionnelle ?
 - Encore faudrait-il pouvoir la distinguer fermement des procédures ordinaires..



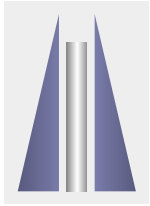
I. Procédures ordinaires/procédures négociées

- C. La procédure négociée
 - PN sans publicité: procédure exceptionnelle ?
 - Encore faudrait-il pouvoir la distinguer fermement des procédures ordinaires..
 - Consultation de 3 soumissionnaires (cf dialogue compétitif)
 - S°Q : forme simplifiée / ou pas
 - Hypothèses dans lesquelles elle est autorisée sont précisées
 - Motivation formelle
 - Loi décembre 2009 : confirme et renforce
 - » PA/EA
 - » Moment : au plus tard avec la décision dans certains cas (urgence impérieuse, achat en bourse, achats d'opportunité)



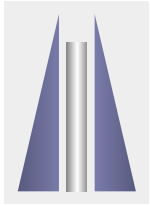
I. Procédures ordinaires/procédures négociées

- C. La procédure négociée
 - PNP secteurs spéciaux/ classiques: modalités procédurales différentes (pour des détails)
 - Principes : quasi la même procédure que les procédures restreintes
 - S°Q+ critère unique ou multi critères pondérés+ possibilité de réduire (pas de minima)
 - CE, pas de sous critères après le dépôt des offres et non communiqués avant la BAFO
 - PNP secteurs classiques
 - Idem
 - Mais limite l' objet des négociations à l' offre (à l' exclusion du contenu du csc) : diminution de la flexibilité
 - Ajout de texte, respect de l' égalité de traitement...: ne pas diffuser des informations susceptibles d' avantager certains soumissionnaires par rapport à d' autres.....(critique)



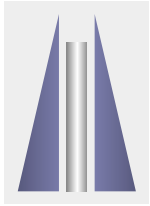
I. Procédures ordinaires/procédures négociées

- C. La procédure négociée
 - PNP secteurs classiques
 - Idem
 - Mais limite l'objet des négociations à l'offre (à l'exclusion du contenu du csc) : diminution de la flexibilité
 - Ajout de texte, respect de l'égalité de traitement...: ne pas diffuser des informations susceptibles d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres.....(critique)
 - Réduction : à 3 (cf DC) : quand ?
 - CE : (province van Antwerpen, 172.202) : début des négociations..
 - Phase finale : assurer une concurrence effective....(critique)
 - PG (droit communautaire + de droit administratif)
 - Pas négocié n'importe comment : principe de cohérence dans le processus
 - Ôte toute flexibilité spontanée au processus



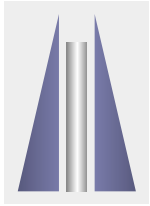
I. Procédures ordinaires/procédures négociées

- C. La procédure négociée
 - PNP secteurs classiques
 - PG (droit communautaire + de droit administratif)
 - CE : ne peut être admise aux négociations une offre non conforme, si refus d'une variante similaire chez un concurrent en même temps...
 - PN sans publicité : affranchie de toute contrainte ?
 - Non....
 - Application de toutes les dispositions du droit dérivé (sauf précision contraire..)
 - EX : attribution sur base d'un ou de plusieurs critères, modalités pour la prise en compte des variantes libres...



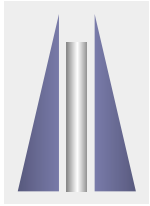
I. Procédures ordinaires/procédures négociées

- C. La procédure négociée
 - Conseils méthodologiques
 - Compte tenu des incertitudes, le PA et EA ont tout intérêt à encadrer la flexibilité dans les CSC
 - Plusieurs tours, rédaction des documents intermédiaires, objet de la négociation, variantes libres, prescriptions essentielles ou non du cahier des charges, intégrité des offres, impartialité du processus, confidentialité des offres, options (CE, n°182.119), gestion des irrégularités des offres en fonction des moments où elles sont découvertes.....
 - Bref, rejoint les processus rigides....



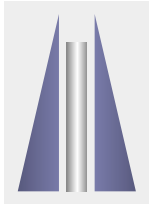
II. Les hypothèses

- Exposé analytique : loi 1993 / loi 2006 / Directive 2004 / 17 / CE et 2004 / 18 / CE
 - Hypothèses PNP secteurs classiques
 - Hypothèses PN sans publicité
 - Hypothèses spécifiques
 - Hypothèses communes secteurs classiques et spéciaux
- Synthèse
 - Alignement du droit national sur le droit dérivé (sauf marché réservé et de faible importance justifiant PNP)
 - Interprétation très stricte des juridictions des hypothèses, trop stricte
 - Texte souvent imprécis sur les fondamentaux, inutilement compliqués
 - Ex offres irrégulières ou inacceptables (PNP)
 - Modification substantielle (CE : un critère d'attribution – critique)
 - Offre formellement conforme dans le cadre d'une PO....



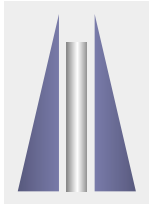
II. Les hypothèses

- Synthèse
 - Achat d'opportunité (fournitures) : seulement pour les secteurs spéciaux....raison?
 - Limite délicate : concours CJCE : lien fonctionnel.....



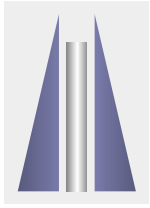
III. Conclusion

- 1^{er} constat : l'alternative PO/PE avec comme critère le principe d'intangibilité des offres a perdu de sa pertinence
 - 1) attribution à l'expiration du délai de validité des offres : possibilité d'ajustement de l'offre
 - 2)AO : offres équivalentes, le PA peut demander des propositions d'amélioration : première ébauche de négociation
 - 3) DO FL minoritaire : il faut permettre d'ajuster, de régulariser les irrégularités non substantielles
 - 4) accroissement des garanties et contraintes de la procédure négociée sous l'effet combiné du droit dérivé et des PG de droit communautaire : PNP = PR avec un peu de flexibilité



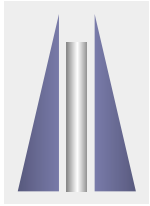
III. Conclusion

- 2^{ème} constat : multiplication de modes particulier d'attribution
 - Souvent utile et pertinent en terme de méthodologie
 - Mais ajoute à la lisibilité défailante du système
- 3^{ème} constat : l'analyse des hypothèses relève du parcours du combattant ou de l'exercice imposé de maniaquerie
- Pour finir : le champ des incertitudes s'est accru, l'explosion de jurisprudence et de littératures juridiques consacrées aux marchés publics offrent une multitude de « points de vue » qui s'engouffrent de manière contradictoires dans les imprécisions des textes



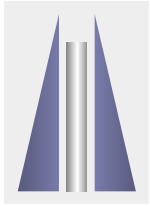
III. Conclusion

- 4 constats pour une réforme des modes de passation sous forme de 4 modes de passation ordinaires impliquant
 - une obligation d'attribution sur base de critère unique ou multiple et pondérés,
 - avec S°Q et publicité
 - Distinctions structurantes :
 - objet de la négociation/ responsabilité de la prescription
 - Prestations standardisées ou sur mesure
- Applications
 - I. Passation sans négociation
 - II. Passation avec négociation limitée à une mise au point des offres
 - III. Passation avec négociation intégrale du csc et des offres
 - IV. Passation en vue de choisir un partenaire plutôt qu'une offre de prestation



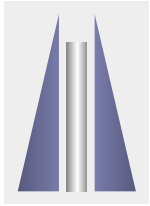
III. Conclusion

- Applications
 - I. Passation sans négociation
 - Prescription impérative de la responsabilité du PA ou prescriptions pour les prestations standardisées (fournitures ex)
 - Non respect : rejet de l'offre
 - II. Passation avec négociation limitée à une mise au point des offres
 - Prescription de type fonctionnel : niveau à atteindre
 - Responsabilité des prestataires de proposer des solutions
 - Explication / mise au point / ajustement à la marge
 - III. Passation avec négociation intégrale du csc et des offres
 - Les prescriptions émanent principalement des prestataires
 - Le PA doit choisir entre différentes solutions
 - IV. Passation en vue de choisir un partenaire plutôt qu'une offre de prestation
 - Choisit-on un architecte comme on achète une voiture ?



III. Conclusion

- A vous de me dire s' il s' agit
 - Du retour du bon sens
 - D' une révolution Copernicienne
 - Ou d' une évolution non souhaitable



III. Conclusion

- Merci pour votre attention

Ann Lawrence Durviaux
Professeur et avocat

Rue de Bèze en Bourgogne, 62- B. 5000 Namur
++32-81-35.48.45 (tél.) ++32-81-35.48.47 (fax)
0477-26.65.48 – al@durviaux.be