

A Philippe Flamme, en hommage à son immense contribution au droit des marchés publics

La procédure négociée : spécificités, opportunités et contraintes

Pr. Dr. Ann Lawrence Durviaux, Ulg, avocat

1. Présentation générale

De toutes les procédures de passation des marchés et autres contrats publics, la procédure négociée, naguère appelée gré à gré, est celle qui a été le plus souvent critiquée. A la source de nombreux maux imaginaires ou réels, elle serait nécessairement à proscrire ou à encadrer.

La réalité est plus complexe si l'on entend dépasser la description caricaturale, et dès lors réductrice, des comportements des acteurs à la source de ces critiques.

L'étude est doublement limitée.

D'une part, seule la procédure négociée régie par le droit dérivé des marchés publics et le droit fédéral transposant celui-ci est examinée. D'autre part, les distinctions inhérentes aux différents régimes juridiques prévus pour la passation des marchés publics ne sont pas rappelées par souci de lisibilité, celles-ci étant très largement aujourd'hui connues des acteurs et des lecteurs.

Toutes les procédures de passation des marchés publics ont été profondément réformées sous l'impulsion déterminante du droit communautaire - droit dérivé et jurisprudence de la Cour de Justice - à telle enseigne, que les distinctions précises et concrètes entre celles-ci suscitent quelques hésitations chez les praticiens.

L'analyse des contraintes de la procédure négociée suppose dans un premier temps, de cerner les spécificités et les points communs de celle-ci par rapport aux autres modes de passation (1).

Ensuite, la description du déroulement des procédures négociée avec ou sans publicité rend compte des différentes étapes du processus de négociation, pour en mesurer les balises et les champs d'incertitude laissés par le législateur et la jurisprudence, ainsi que les éléments de controverses. L'étude des hypothèses dans lesquelles les législateurs belges et européens autorisent le recours à la procédure négociée avec et sans publicité termine l'analyse (2).

En guise de conclusions, nous dégagerons quatre constats de cette analyse et plaiderons pour une réforme des catégories juridiques utilisées dans le cadre de la passation des marchés publics.

1. Les modes de passation : distinctions structurantes

2. Présentation

Les différentes méthodes d'achat (ou mode de passation) prévues par le droit des marchés publics varient en fonction du degré de publicité, des méthodes de sélection qualitative choisies, de la flexibilité plus ou moins grande (ou au contraire, de la rigidité) du processus de rencontre des volontés (puisque'il s'agit bien de conclure, *in fine*, un contrat), ainsi que des critères de comparaison des offres (unique ou multiple).

Certaines procédures ont été spécialement conçues pour certains contrats. Leur objet est particulier (concours de projet, la concession de travaux public, appel d'offres concours, acquisition de logements sociaux et dialogue compétitif).

La classification des procédures de passation en procédure ouverte ou restreinte, en procédure ordinaire ou exceptionnelles, n'est pas exempte de difficultés. En effet, au fil des réformes, les législateurs belge et européen, ont très souvent ajouté des processus, des obligations diverses, sans esprit de système. Les ambiguïtés et imprécisions des textes, l'activisme jurisprudentiel de la Cour de Justice et des juridictions nationales ajoutant à ceux-ci ont rendu ces distinctions relativement floues. Plus que jamais, la nuance est de mise dans les typologies des procédures de passation.

Si la mise en concurrence est un principe général de passation des marchés publics (n°3), le droit dérivé est construit autour de la distinction procédures ouvertes et procédures restreintes (n°4). Il n'est pas certain que la décision de recourir à l'un ou l'autre mode doive faire l'objet d'une décision motivée

(n°5). La portée de la sélection qualitative en procédure ouverte ou restreinte n'est pas absolument définie (n°6).

Pour le reste, le droit interne maintient la distinction entre les procédures ordinaires (adjudication et appel d'offres) (1.1), concept absent en droit dérivé, et procédures exceptionnelles.

A l'examen des contours de ces procédures ordinaires et exceptionnelles, il est de plus en plus délicat de défendre la pertinence de cette distinction autrefois structurante. La multiplication de procédures dont l'objet est particulier et le rapprochement des contraintes liées aux procédures ordinaires et aux procédures exceptionnelles plaire aujourd'hui pour une autre typologie des procédures de passation des marchés visés par le droit dérivé et le droit interne (conclusion).

3. La mise en concurrence : principe général de la passation des marchés publics

Les premières dispositions législatives relatives à la passation des marchés publics l'affirmaient déjà¹, tous les marchés sont passés avec concurrence et à forfait. Le principe n'a pas varié depuis. Seules les modalités précises d'organisation de la mise en concurrence ont évolués au gré des évolutions législatives. Dans sa dernière version, le contenu des avis de marchés à publier, des invitations à remettre des dossiers de candidatures ou des offres ainsi que les délais dans lesquels les différentes séquences de travail sont organisées, sont entièrement définis par la loi et surtout les arrêtés d'exécution de la loi.

L'ensemble des dispositions législatives (Loi de 1848) et des législations organiques relatives aux marchés publics (1963, 1976, 1993 et 2006) prévoit des modes de passation ordinaires, en ce sens que les pouvoirs adjudicateurs peuvent, en principe, y recourir, à côté des procédures particulières, parfois qualifiées d'exceptionnelles, comme la procédure de gré à gré (dans les législations de 1848, 1963, 1976), la procédure négociée avec ou sans publicité (loi du 1993 et loi de 2006²), qui ne peuvent être choisies par les pouvoirs adjudicateurs ou entité adjudicatrice que dans des hypothèses

¹ Article 22 de la loi du 1848.

² L'expression « Loi de 2006 » désigne la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.*, 15 février 2007; l'expression « Loi de 1993 » désigne la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, *M.B.*, 24 janvier 1994.

définies légalement. Toutes ces procédures particulières n'emportent pas nécessairement, ni dans des proportions identiques, des dérogations au principe de mise en concurrence.

Enfin, en marge de ces procédures ordinaires et exceptionnelles, il existe des procédures dont l'objet est particulier (concours de projet, la concession de travaux public, appel d'offres concours, acquisition de logements sociaux et dialogue compétitif). Elles comportent des modalités spécifiques de mise en concurrence équivalentes aux procédures ordinaires.

4. Les procédures ouvertes et restreintes : la publicité en 1 temps et la publicité en 2 temps

Les procédures ouvertes et restreintes se déroulent dans le respect des règles de publicité prévues par le Roi, selon des modalités variables mais entièrement déterminées par la réglementation.

Les premières impliquent la publication d'un avis qui invite les prestataires à remettre directement une offre de prestation accompagnée d'un dossier relatif à la sélection qualitative après avoir pris connaissance du cahier spécial des charges. Les pouvoirs adjudicateurs vérifient que les candidats ne se trouvent pas dans une des situations d'exclusion déterminées par la réglementation, procèdent ensuite à la sélection qualitative et à l'analyse des offres en une seule opération (ou étape).

Les secondes impliquent la publication d'un premier avis qui invite les prestataires à remettre un dossier qui doit permettre aux pouvoirs adjudicateurs de procéder à la sélection (qualitative), après vérification que les candidats ne se trouvent pas dans une des situations d'exclusion déterminées par la réglementation. Les candidats sélectionnés au terme de cette première opération (ou étape), en même temps qu'ils reçoivent le cahier spécial des charges, sont ensuite invités par écrit à remettre une offre, le contenu de cette invitation et les délais minimaux pour procéder à cette seconde étape étant définis par la réglementation.

L'adjudication et l'appel d'offres peuvent revêtir les deux formes, ouverte ou restreinte.

Le droit dérivé et le droit national sont relativement imprécis sur le sens de cette distinction ce qui suscitent immédiatement à tout le moins deux difficultés.

La première est liée à l'affirmation que le choix entre les deux types de procédure est libre. La seconde est liée à la philosophie qui peut ou doit présider à la sélection qualitative dans l'une ou l'autre hypothèse.

5. Le choix entre les procédures ouvertes et les procédures restreintes doit-il faire l'objet d'une décision motivée formellement ?

Le droit dérivé et le droit national indiquent que le choix entre la procédure ouverte ou restreinte est en principe libre³, sans donner d'indications sur les circonstances de faits qui devraient faire préférer l'une à l'autre.

Partant, il nous semble que le choix entre les deux méthodes relève de l'opportunité. La doctrine souligne qu'il peut s'agir de vouloir restreindre ou étendre le nombre d'offrants, de minimiser les dépenses inutiles pour les offrants lorsque le coût de la remise d'une offre est particulièrement élevé alors qu'il n'y aura qu'un vainqueur, de protéger la divulgation trop large d'informations sensibles contenues dans le cahier spécial des charges, de gérer simplement une planification ou une programmation de l'investissement dans des délais propres à tel service d'achat⁴. Il s'agit parfois de connaître simplement le degré de concurrence existant sur un marché (inconnu ou mal connu du service d'achat) qui privilégie alors la procédure ouverte. Il peut également s'agir de vérifier que le monopole de fait ou de droit parfois revendiqués par certains opérateurs économiques et susceptible de justifier une procédure négociée sans publicité, n'est pas contredit par le « marché » (pris ici dans le sens d'une collection impersonnelle d'opérateurs économiques). Il peut également y aller d'une stratégie liée à la gestion du risque de contentieux.

Bien que la question fasse l'objet d'une controverse⁵, il ne nous semble pas que la décision de recourir à une procédure ouverte ou restreinte doive être considérée comme un acte juridique individuel devant faire l'objet d'une motivation formelle visant spécifiquement le caractère ouvert ou restreint de

³ D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Charte, 1997, 267, n° 655 et les références ; 2009, Bruges, La Charte, 238, n° 368.

⁴ *Op. cit.*, 2009, 239, n° 369.

⁵ . OPDEBEEK et A. COOLSAET, *De formele motivering van bestuurshandeling*, Bruges, La Charte, 1999, 221, n° 221. *Contra* : J. STEVENS, « De motiveringsplicht en de overheidsopdrachten », *T.B.P.*, 1992, 705 et s. ; J. STEVENS, « De motiveringsplicht en de overheidsopdrachten », *Entr. et droit*, 1995, 118 ; L. VAN HOUT et X. LEURQUIN, « Toelichting bij artikel 14 » in X., *Tekst en toelichting*, Gand, Mys en Breesch, feuille mobile n° 4.

la procédure. En effet, qu'apporterait à la transparence des processus de passation des marchés publics, la multiplication de formules stéréotypées ou la divulgation de ce qui relève plus d'une « stratégie de jeu » des services d'achats, à partir du moment où les contraintes légales et réglementaires, conséquences du choix initial entre l'une ou l'autre, sont respectées ? Telle semble être la position du législateur dans la loi du 23 décembre 2009 puisque la décision de recourir à une procédure ouverte ou restreinte n'est pas reprise dans l'article 65/4 énonçant les décisions qui doivent faire l'objet d'une motivation formelle.

6. La portée de la sélection qualitative en procédure ouverte et en procédure restreinte ?

La seconde difficulté est liée à la portée que doit ou peut revêtir la sélection qualitative dans l'une et l'autre modalité. S'il est admis que dans le cadre d'une procédure restreinte, la procédure de sélection qualitative peut être éliminatoire, le sens premier de celle-ci ainsi que la possibilité d'introduire une fourchette de candidats sélectionnables plaidant en ce sens, faut-il nécessairement en déduire que la sélection qualitative dans les procédures ouvertes doit se borner à vérifier les capacités minimales à remplir pour que l'offre puisse être analysée ?

La jurisprudence ne permet pas de répondre avec certitude à cette question. Si la réponse à apporter à cette question est négative, force est de constater que la distinction entre les deux types de procédure se réduit fortement et que l'intérêt pour les pouvoirs adjudicateurs de la procédure restreinte est quasi inexistant compte tenu de l'allongement des délais de la procédure et à la multiplication des risques juridiques.

La question non résolue énoncée ci-dessus se pose également pour la procédure négociée. Lorsqu'elle est accompagnée d'une mesure de publicité, doit elle être précédée d'une sélection qualitative avec invitation à déposer une offre dans un second temps ou peut-elle s'opérer en une seule étape ? Les textes semblent imposer une réponse positive lorsqu'elle est accompagnée de mesure de publicité. Par contre, en cas de procédure négociée sans publicité, ils sont plus ambigus. Compte tenu de la diversité des hypothèses dans lesquelles, une procédure négociée sans publicité peut être poursuivie, il nous semble pragmatique de considérer que les deux modalités devraient être permises.

1.1. Les procédures ordinaires : adjudication et appel d'offres

1.1.1. Les points communs

7. Une caractéristique commune aux deux mécanismes d'attribution : une rigidité relative

L'adjudication et l'appel d'offres, expressions ne figurant pas dans les directives européennes mais seulement dans droit interne⁶ et dont le sens a évolué dans les différentes versions de celle-ci⁷, sont deux **mécanismes d'attribution rigides** en ce sens qu'ils ne permettent pas la négociation ou plus concrètement en ce qu'ils impliquent que les offres telles qu'elles sont déposées à la séance d'ouverture publique doivent être comparées, sans qu'elles puissent faire l'objet d'une modification dans le cours du processus d'analyse⁸. Certains auteurs⁹ apportent des nuances qui ne nous semblent pas pertinentes, comme à d'autres¹⁰, l'interdiction de négociation après l'ouverture des offres dans les procédures ordinaires étant une application du principe d'égalité de traitement¹¹ qui fonde la distinction entre procédure ordinaire et procédure particulière.

⁶ D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, 242, n°376.

⁷ L'adjudication existait avant la loi de 1963 qui a introduit dans le droit interne l'appel d'offres. A cette époque, se posait la question de savoir si l'adjudication impliquait le choix de l'offre en fonction du prix ou d'autres critères. Les premiers arrêts rendus par le Conseil d'Etat devenus célèbres dans le droit des marchés publics abordaient précisément cette question.

⁸ C.E., 3 mai 1989, n° 32.516, *A.P.M.*, 1989, 72.

⁹ P. FLAMEY, J. GHYSELS et S. KNAEPEN, « De onderhandelingsprocedure in de klassieke sectoren van de overheidsopdrachten », in C. DE KONINCK, *Actuele vraagstukken van het overheidsopdrachtenrecht*, Anvers, Maklu, 2002, 117.

¹⁰ D. D'HOOGHE et F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Bruges, La Chartre, 2003, 114. Voy. également S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Bruges, La Chartre, 2007, 496, n° 933.

¹¹ C.J.C.E., 25 avril 1996, Commission européenne c/Royaume de Belgique, aff. C-87/94, *Rec.*, 1996, I-2043, avec concl. av.gén. C. LENZ, affaire dite des « bus wallons ».

Le seul assouplissement à cette rigidité réside dans la faculté offerte au pouvoir adjudicateur, rarement utilisée en pratique - dans le cas où plusieurs offres jugées les plus intéressantes sont tenues, tous éléments considérés, pour équivalentes, dans le cadre d'un appel d'offres, afin de départager les soumissionnaires - de demander à ceux-ci de présenter des propositions d'amélioration de leur offre¹².

Enfin, relevons qu'une partie de la doctrine estime qu'il est possible, dans le cadre des procédures ordinaires, de régulariser des offres affectées d'une irrégularité relative¹³. Cette possibilité de régulariser des irrégularités relatives, parfaitement compréhensible du point de vue pratique compte tenu de l'état actuel de la théorie des nullités trop incertaine pour être opérationnelle et partant pouvant multiplier les cas de nullités des offres, nous semble toutefois poser problème au regard de la distinction structurante entre procédure ordinaire et procédure exceptionnelle, la régularisation relevant selon nous d'un processus de négociation compte tenu du caractère engageant de l'offre.

8. Un socle important de règles communes

Pour le reste, l'adjudication et l'appel d'offres sont deux mécanismes d'attribution entourés de mesures de publicité et qui s'accompagnent d'une sélection qualitative.

Pour fondamentalement, un socle important de règles communes préside à la rédaction des documents du marché et à la comparaison des offres en adjudication et en appel d'offres. Il en est ainsi pour les règles relatives à l'accès des marchés publics pour les prestataires de pays tiers à la Communauté européenne, à l'information, aux moyens de communication et aux spécifications techniques, à la détermination et à la vérification des prix.

En matière d'attribution proprement dite, les règles qui président à l'établissement de l'offre (forme, contenu, principe de l'offre unique¹⁴),

¹² Art. 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

¹³ D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Charte, 2009, 785-786, n° 1419 à 1421.

¹⁴ Article 103 de l'AR du 8 janvier 1996. La conformité de cette disposition au droit communautaire est posée par l'arrêt *Serrantoni* rendu récemment par la Cour de Justice rendu le 23 décembre 2009 (C-376/08) dont le Président du Tribunal de Première instance de Liège a fait application dans le cadre d'une procédure en standstill, Ordonnance du 1^{er} décembre 2009, Centre Hospitalier Chrétien c/ Arcadis et autre (inédit).

l'établissement d'un métré récapitulatif ou d'un inventaire, la prise en compte ou le rejet des erreurs et omissions, la technique des lots, les règles qui président au dépôt des offres (modification et retrait¹⁵), à leur ouverture ou à l'appréciation de leur régularité des offres et des prix (sous réserve de la règle particulière pour les marchés de travaux passés en adjudication), le délai d'engagement des soumissionnaires, la notification dans son principe, font l'objet d'une approche commune. Le contrôle juridictionnel, dans ses modalités de principe, est commun aux deux procédures.

1.1.2. Les éléments de différenciation entre les deux procédures

9. Présentation

Plusieurs éléments permettent cependant de distinguer les deux procédures, il s'agit de l'alternative critère unique (prix) ou critères multiples (permettant le choix de l'offre économiquement la plus intéressante), de la possibilité d'introduire des variantes libres, des règles qui précisent à la comparaison des offres dans le menu détails et enfin, de l'indemnisation forfaitaire légalement prévue en cas d'attribution irrégulière dans le cadre d'une adjudication.

10. Critère unique ou multi critères pondérés

L'adjudication suppose l'attribution du marché au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse alors que l'appel d'offres (et d'ailleurs la procédure négociée¹⁶) suppose l'attribution du marché au soumissionnaire qui a remis l'offre économiquement la plus avantageuse, déterminée en application de plusieurs critères, énoncés à titre exemplatif par les législateurs belge et européen¹⁷.

L'alternative est simple, les prix sont déterminants en adjudication, ils sont ainsi proclamés lors de la séance d'ouverture, ils ne le sont pas de la même manière en appel d'offres, bien que ceux-ci sont rarement une donnée périphérique, ne serait-ce que parce tout projet doit s'inscrire dans une programmation budgétaire précise.

¹⁵ Article 104 de l'AR du 8 janvier 1996.

¹⁶ *Infra*.

¹⁷ Pour une critique de l'énoncé exemplatif, voy. A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier 2006, 470, n°435.

Le droit positif impose également, au dessus des seuils européens, la pondération des critères d'attribution qui seront considérés, à défaut comme d'égal importance¹⁸. Le bon sens et les exigences de motivation formelle dûment comprise de la décision d'attribution impliquant également, cette même pondération en dessous des seuils européens, puisque celle-ci favorise, in fine, une comparaison rationnelle des offres et permet d'éloigner le spectre de l'attribution arbitraire.

Selon le petit Robert, la pondération est une opération qui consiste à donner une valeur relative à une variable par référence à d'autres variables (dans le cas d'espèce, les variables sont les critères d'attribution). Il suffit dès lors que le cahier spécial des charges précise la pondération relative des critères d'attribution, sous la forme d'un pourcentage (10, 20, 30, 70%) ou d'un système de points (20, 40, 40 points). Il n'est pas certain que le classement « simple » des critères (1, 2, 3) soient suffisants en ce sens que ce classement ne donne aucune indication sur la valeur relative des critères. En effet, dans l'exemple, la valeur du critère 1 est variable par rapport aux deux autres critères (et inversement), ce qui rend impossible la remise d'une offre pertinente.

La réglementation telle qu'interprétée par la jurisprudence, n'exige pas que le pouvoir adjudicateur indique le système d'attribution de points (ou de notation) – l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 n'évoquant que la pondération relative des critères d'attribution. A notre sens, ce système reste pertinent tant il est difficile parfois, d'anticiper le degré de précision des offres qui vont devoir être analysées, un système de notation trop rigide pouvant conduire à rejeter des offres pourtant pertinentes.

L'alternative, critère unique (prix)- critère multiple (appel d'offres), a un impact sur la méthode de rédaction du cahier spécial des charges. La comparaison des offres sur base du prix implique des prescriptions techniques précises qui fixent un niveau qualitatif précis des prestations, les variantes obligatoires devant avoir le même degré de précision. En d'autres termes, la comparabilité des offres doit être faite pour une qualité égale fixée par le cahier spécial des charges.

A l'inverse, la comparaison des offres sur base de plusieurs critères, singulièrement ceux relatifs à la qualité spécifique ou globale des prestations implique que les clauses techniques soient rédigées en manière telle qu'elles permettent des réponses différentes du point de vue des critères d'attribution, par exemple des niveaux de qualité différents. Les clauses techniques fonctionnelles, à l'instar des variantes libres, sont celles

¹⁸ Art. 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

qui permettent de pousser la logique le plus loin, en donnant toute l'attitude aux opérateurs économiques de faire valoir au travers de leur réponse, leur expertise et savoir-faire.

Par rapport à cette distinction, la procédure négociée ne connaît que très peu de différences. D'une part, elle suppose, au dessus des seuils européens, la pondération des critères d'attribution, en dessous également pour les mêmes raisons que celles déjà exposées. D'autre part, elle implique nécessairement de choisir selon nous des critères de comparaison des offres (prix et, ou d'autres variables), à défaut, il est en effet, impossible de justifier *in fine*, le choix de l'offre retenue. L'obligation d'attribution le marché en application de critère d'attribution des offres (unique ou multiple) peut en effet, être déduit, des principes généraux d'égalité, de transparence et du droit dérivé. Ils procèdent, en dernière analyse, d'un bon sens élémentaire dans une opération d'achat et d'investissement¹⁹.

11. Les variantes

Si des variantes obligatoires sont possibles en adjudication, les variantes libres ne sont admises, en droit interne, que dans le cadre de l'appel d'offres²⁰.

En principe, les variantes libres devraient également être prévues dans le cadre des procédures négociées. La loi de 2006 ne nous semble pas sur ce point parfaitement conforme au droit dérivé²¹.

La définition de la variante libre pose question. La Cour de Justice a tenté d'enserrer cet élément de souplesse dans des contraintes faisant prévaloir la transparence du processus de comparaison des offres et l'égalité de traitement des soumissionnaires en privant la technique de ses vertus pour la qualité des achats publics²².

12. Les règles de comparaison des offres

L'adjudication et l'appel d'offres sont deux mécanismes d'attribution de marché qui se caractérisent par une certaine rigidité.

¹⁹ *Infra*.

²⁰ Art. 16 de la loi de 1993 et art. 25 de la loi de 2006.

²¹ *Infra*.

²² voy. A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier 2006, 487-492, n°442-492.

D'une part, le pouvoir adjudicateur doit déterminer *a priori* l'objet de sa commande et les conditions de passation et d'exécution dans un cahier des charges qui ne pourra être modifié après l'ouverture des offres (pas d'ajustement de la demande) et d'autre part, les soumissionnaires doivent remettre une réponse à cette demande pour une date fixée pour l'ouverture des offres, sans pouvoir ajuster, après cette date, l'offre remise²³. Enfin, les règles qui président à la comparaison des offres sont déterminées par la réglementation avec un degré élevé de précisions.

Les règles de comparaison des offres engendrent des processus de travail, pour les services d'achats des pouvoirs adjudicateurs, relativement standardisés et partant, allant dans le sens d'une certaine efficacité organisationnelle. Cependant, elles peuvent apparaître relativement rigides également et souvent complexes.

Si le socle de règles communes à l'analyse et la comparaison des offres reste important, il existe des différences et nuances.

Trois illustrations éclairent cette affirmation : le contrôle de la normalité des prix, la recherche des erreurs matérielles et arithmétiques et la notification de l'approbation de l'offre après l'expiration de son délai de validité.

Lors d'une adjudication (ouverte ou restreinte) d'un marché public de travaux, le pouvoir adjudicateur est tenu, pour autant que quatre offres aient été déposées, de vérifier l'anormalité du montant d'une offre qui s'écarte de 15 % par rapport à la moyenne des offres déposées²⁴, la réglementation précisant les modalités de calcul de cette moyenne²⁵. Dans pareille hypothèse, le pouvoir adjudicateur a l'obligation, soit de motiver formellement dans la décision d'attribution du marché le rejet du grief d'anormalité apparente du montant de l'offre, soit d'inviter le soumissionnaire à fournir les justifications nécessaires. Plus fondamentalement, si, après examen de ces justifications, le montant de l'offre est retenu comme anormal ou en l'absence de justifications dans le délai imparti, le pouvoir adjudicateur doit, considérer l'offre comme irrégulière et partant comme nulle de plein droit, alors qu'il n'a pas cette obligation dans la procédure de vérification ordinaire (celle du §2).

²³ Sous réserve de ce qui a été précisé sur dessus-ci, n°7.

²⁴ Art. 110, §4 de l'AR du 8 janvier 1996.

²⁵ « Lorsque le nombre des offres est égal ou supérieur à sept, en excluant à la fois l'offre la plus basse et, parmi les plus élevées, un nombre d'offres représentant le quart de l'ensemble des offres. Si ce nombre n'est pas divisible par quatre, le quart de celui-ci est arrondi à l'unité supérieure; lorsque le nombre des offres est inférieur à sept, en excluant l'offre la plus basse et l'offre la plus élevée. »

La recherche des erreurs matérielles et arithmétiques semblait s'opérer différemment en adjudication²⁶ et en appel d'offres²⁷, le questionnement des soumissionnaires n'étant prévu qu'en appel d'offres. Toutefois, la cour de cassation²⁸ a admis que « l'intention réelle du soumissionnaire qui a manifestement commis une erreur matérielle dans son offre peut aussi se déduire des éclaircissements demandés au soumissionnaire par le pouvoir adjudicateur », semblant atténuer la différence du texte.

Enfin, lorsque le pouvoir adjudicateur n'a pu mener l'opération de comparaison des offres dans le délai de validité des offres²⁹, il ne peut procéder à la « notification du marché »³⁰ que moyennant l'obtention d'un accord écrit et sans réserve du soumissionnaire³¹. De manière surprenante compte tenu du luxe de précaution prise par le législateur belge pour rendre les deux mécanismes d'attribution rigides et des impositions en droit communautaire, la réglementation prévoit, dans ces circonstances, ce qui ressemble à un deuxième tour de mise en concurrence faussée, à tout le moins en adjudication.

En effet, alors que les prix ont été proclamés en adjudication lors de la séance d'ouverture des offres³², lorsque ce soumissionnaire qui devrait être en principe désigné, ne consent à maintenir son offre qu'à la condition d'obtenir un supplément de prix, « au lieu de recommencer la procédure, le pouvoir adjudicateur doit accorder le supplément de prix demandé, si l'augmentation réclamée est justifiée par les circonstances survenues postérieurement à l'ouverture des offres et que le nouveau prix ainsi demandé demeure inférieur à l'offre initiale des concurrents. Sinon, le pouvoir adjudicateur peut soit s'adresser successivement, suivant l'ordre de classement de leur offre régulière, aux autres soumissionnaires dont l'offre est ainsi devenue plus basse ; soit demander à tous les autres soumissionnaires de revoir leur prix sur la base des conditions initiales du marché, et attribuer celui-ci à l'offre devenue la plus basse suivant le résultat de cette seconde épreuve, compte tenu du supplément de prix justifié réclamé par le soumissionnaire dont il est question à l'alinéa 2 »³³. Enfin il est encore prévu que « si le soumissionnaire le plus bas choisi ne maintient

²⁶ Art.111 AR du 8 janvier 1996.

²⁷ Art. 114 AR du 8 janvier 1996.

²⁸ Cass. 30 mars 2006 C.05.0346.N., *Pas.* p. 726.

²⁹ Soit 60 jours en principe, sauf délai particulier prévu par le cahier spécial des charges ou délai fixé par les soumissionnaire pour les marchés de services ou de fournitures – délai prolongé de plein droit dans le cadre du délai d'attente prévu par l'article 21 bis de la loi de 1993, en vertu de l'art. 116 de l'AR du 8 janvier 1996.

³⁰ Art.117 de l'AR du 8 janvier 1996.

³¹ Art. 118 (adjudication) et 119 (appel d'offres) de l'AR du 8 janvier 1996.

³² Art. 106, 5° de l'AR du 8 janvier 1996.

³³ Art.118 de l'AR du 8 janvier 1996.

pas son offre ou ne la maintint que moyennant certaines réserves, autres que la réclamation d'un supplément de prix, le pouvoir adjudicateur s'adresse successivement aux autres soumissionnaires suivant l'ordre de classement de leurs offres »³⁴.

Ce même deuxième tour est, *mutatis mutandis*, organisé en appel d'offres³⁵.

Ces dispositions nous semblent opérer une fracture dans la logique des procédures ordinaires en ce qu'elles permettent à des soumissionnaires qui ont remis une offre de « sortir » du marché ou de revoir les conditions de leur offres en étant potentiellement informés soit du niveau de prix de leur concurrents (vu la proclamation en adjudication) soit de leur position dans le classement, en contrariété avec les principes généralement admis en droit de la concurrence, notamment le principe de l'incertitude³⁶.

13. L'indemnisation du soumissionnaire irrégulièrement évincé

En cas d'adjudication, le marché doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse, sous peine d'une indemnité forfaitaire fixée à dix pourcents du montant de l'offre, hors T.V.A. Introduite en 1976 dans la législation de l'époque sur base d'une information incomplète³⁷, cette indemnisation forfaitaire de principe pose question. En effet, en principe la remise de prix dans le cadre d'une adjudication est une opération relativement limitée compte tenu de la technique des métrés³⁸ et inventaires et du caractère précis des spécifications techniques. Il s'agit de faire une offre de prix, généralement avec des prestations très limitée de conception. L'indemnisation de 10% semble à bien des égards injustifiables en ce

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Art. 119 de l'ArR du 8 janvier 1996.

³⁶ Sur les interactions entre le droit des marchés publics et le droit de la concurrence, voy. les travaux de O. GUEZOU, not. sa thèse de doctorat (non publiée), Les comportements anticoncurrentiels dans la passation des marchés publics, Université Paris- X- Nanterre, 1998 ; « Droit de la concurrence et marchés publics : vers une notion transversale de mise en concurrence », *A.C.C.P.*, 2003, n°20, 43-47 ; « Droit de la concurrence et droit des marchés publics : certains demandeurs sont des offreurs comme les autres », *A.C.C.P.*, 2003, n°25, 59-63.

³⁷ Les travaux préparatoires de la loi du 14 juillet 1976 évoque une indemnisation spontanée d'une administration à la hauteur de 50% d'un soumissionnaire qui se prétendait irrégulièrement évincé pour justifier la limitation des dommages et intérêts à 10% alors que la jurisprudence publiée à l'époque octroyant effectivement des dommages et intérêts à un soumissionnaire qui se prétendait irrégulièrement évincé était quasi inexistante !

³⁸ En Région wallonne, pour les travaux de voirie, le métré est même standardisé pour tous les marchés et prend la forme d'un métré assisté par informatique (MAO) dans le jargon des techniciens).

qu'elle favorise les entreprises qui ont remis prix dans le cadre d'une adjudication par rapport à celles qui ont remis prix dans le cadre d'un appel d'offres ou d'autres procédures particulière qui demandent souvent plus de prestations. Alors que ces derniers doivent établir la réalité de leur dommage et le lien de causalité entre la faute et le dommage, les premiers se voient dans une position nettement plus favorable avec le présomption légale, sans justification objective.

A cette indemnité forfaitaire, vient s'ajouter une indemnité complémentaire tendant à la réparation intégrale du dommage, lorsque celui-ci résulte d'un acte de corruption au sens de l'article 2 de la Convention civile sur la corruption, faite à Strasbourg le 4 novembre 1999³⁹. Le soumissionnaire doit alors apporter la preuve du préjudice réel subi⁴⁰.

A l'opposé, la réparation du préjudice subi par un soumissionnaire qui se prétend irrégulièrement évincé en appel d'offres ou en procédure négociée répond doit répondre aux exigences posées par le code civil en matière de responsabilité extra-contractuelle. La démonstration des trois éléments requis par l'article 1382 du code civil, la faute, le dommage et le lien de causalité, reste très délicate pour de nombreux soumissionnaires. En effet, la démonstration d'un dommage précisément lié à la perte d'un marché est un exercice rationnellement impossible sauf dans des hypothèses très marginales. Une entreprise doit avoir un carnet de commandes suffisamment fourni pour ne pas subir de perte réelle en cas d'insuccès dans une procédure de passation de marché public sous peine de mettre en péril sa survie. Ceci est d'autant plus vrai dans le cadre des entreprises générales de travaux qui fonctionnent avec de nombreux sous-traitants. La jurisprudence a pourtant très progressivement admis de réparer le dommage subi par un soumissionnaire qui se prétend irrégulièrement évincé dans le cadre d'un appel d'offres et, de manière plus anecdotique dans le cadre d'une procédure négociée, au prix d'une application plus lâche des principes de la responsabilité civile extra-contractuelle.

14. L'exigence de motivation formelle de la décision de recourir à un mode ordinaire : exposé des controverses

La loi de 1993 et celle de 2006 prévoient le recours à ces deux mécanismes d'attribution sans exiger de justifier de circonstances particulières, le choix pour les pouvoirs adjudicateurs est entièrement libre. Certes, le choix de

³⁹ Art. 15 alinéa 1 de la loi du 24 décembre 1993 complété par l'art. 396 de la loi-programme du 22 décembre 2003, *M.B.*, 31 décembre 2003.

⁴⁰ Voy. l'exposé des motifs de la Loi de 2006 sur les marchés publics, 40.

s'inscrire dans l'un ou l'autre emporte des conséquences juridiques précises susceptibles d'être sanctionnées éventuellement par un juge⁴¹, soit au stade de l'attribution, soit dans le cours de l'exécution, le juge se réservant même le droit de requalifier une procédure⁴².

La question de savoir si le choix entre l'adjudication ou l'appel d'offres doit faire l'objet d'une décision formellement motivée est controversée. Certains⁴³ soutiennent l'obligation de motivation formelle de cette décision au motif que le choix a des conséquences juridiques, emportant la qualification d'acte juridique individuel. D'autres soutiennent l'absence de motivation formelle au nom de la liberté reconnue aux pouvoirs adjudicateurs⁴⁴. Le Conseil d'Etat quant à lui, a souligné qu'un pouvoir discrétionnaire ne dispensait pas l'administration de répondre aux exigences de motivation formelle des actes administratifs⁴⁵. Par notre part, il nous semble bien inutile d'exiger de manière systématique une motivation formelle qui, en raison de la liberté laissée aux pouvoirs adjudicateurs par le législateur, risquerait de multiplier les formules creuses, les faits pertinents ne pouvant être mis en relation avec une règle de droit posant des conditions précises⁴⁶. Au demeurant, les juges sont compétents pour censurer, plus fondamentalement pour la protection des intérêts des uns et des autres, une procédure qui serait conduite en violation du prescrit légal ou réglementaire. Ce faisant, ce n'est pas tant la motivation formelle *a priori* qui importe, que la manière dont se choix est traduit dans le cahier spécial

⁴¹ Voy. C.J.C.E., 25 avril 1996, aff. C-87/94 ; C.E., 20 mars 2001, n° 94.151.

⁴² D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 1997, 303, n° 766.

⁴³ I. OPDEBEEK et A. COOLSAET, *De formele motivering van bestuurshandeling*, Bruges, La Chartre, 1999 221. Comp. D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 1997, 615, n° 1618 ; M. BOES, « De wet op de overheidsopdrachten en het ruimere bestuursrecht », in J. HERBOTS, *Overheidsopdrachten. Een juridische en economische benadering*, Bruges, La Chartre, 1997, 34.

⁴⁴ J. STEVENS, « De motiveringsplicht en de overheidsopdrachten », *T.B.P.*, 1992, 705 et s. ; J. STEVENS, « De motiveringsplicht en de overheidsopdrachten », *Entr. et droit*, 1995, 118 ; L. VAN HOUT et X. LEURQUIN, « Toelichting bij artikel 13 » in X., *Tekst en toelichting*, Gand, Mys en Breesch, feuille mobile n° 3 ; voy. également D. LAGASSE, « L'incidence en matière des marchés publics de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de la loi du 19 juillet 1991 instaurant un référé administratif devant le Conseil d'Etat », *Adm. Pub.*, 1992, 101.

⁴⁵ C.E., 1^{er} décembre 2000, n° 91.265, Varec.

⁴⁶ *Contra*, C. DE KONINCK et P. FLAMEY, *Overheidsopdrachten. De wetten van 15 en 16 juni 2006 houdende omzetting van de Europese overheidsopdrachtenrichtlijnen. Algemene inleiding en tekstgeschiedenis*, Anvers, Maklu, 2007, 86, note de bas de page 231 ; D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 1997, 260, n° 631, et les références citées. Ces auteurs préfèrent défendre l'idée d'une motivation « raisonnable », tout en reconnaissant que le contrôle du juge est sur ce point, plutôt limité.

des charges, dans la suite de la comparaison des offres et de l'exécution du marché.

1.2.3. *Le dialogue compétitif⁴⁷ : controverse*

15. Définition

Le dialogue compétitif est « la procédure de passation à laquelle tout entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services peut demander à participer et dans laquelle le pouvoir 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 candidats retenus seront invités à remettre une offre »⁴⁸.

Introduit en droit européen par la directive 2004/18/CE, dans les secteurs classiques donc⁴⁹, le dialogue compétitif est la réponse de la Commission européenne à la demande du Royaume-Uni qui souhaitait un assouplissement des conditions mises pour l'utilisation des procédures négociées à l'occasion de leur projet de P.F.I⁵⁰. Il s'agissait d'offrir une procédure plus flexible, mais pas aussi flexible que la procédure négociée, pour les projets complexes. Il s'agit d'instaurer une phase de dialogue au cours de laquelle les différentes possibilités qui s'offrent au pouvoir adjudicateur pour rencontrer ses besoins, souhaits ou exigences sont

⁴⁷ Outre ceux cités dans la suite du texte, les articles suivants ont contribué à notre réflexion : R. BOYLE, « Critique of The Commission's Proposal for a New directive on the Co-ordination of Procedures for Public Contracts COM(2000)275 Final, as updated by the discussions in the Working Group », *P.P.L.R.*, 2001, NA 65-74 ; J.-M. PEYRICAL, « Procédure de dialogue compétitif : brève comparaison droit interne et droit communautaire », *A.C.C.P.*, 2004, n° 33, 64-65 ; A. BROWN, « The Impact of the New Procurement Directive on Large Public Infrastructure Projects : Competitive Dialogue or Better the Devil you know ? », *P.P.L.R.*, 2004, 160-177 ; S. TREUMER, « Competitive dialogue », *P.P.L.R.*, 2004, 178-186 ; A. JOSSAUD, « Piloter la procédure de dialogue compétitif », *A.C.C.P.*, 2004, n° 36, 71-78 ; S. ARROWSMITH, « An Assessment of the New Legislative on Public Procurement », *C.M.L.Rev.*, 2004, 1277-1325 ; S. VAN GARSSE, « Een vooruitblik op de nieuwe procedure van concurrentiegerichte dialoog », *T. Gem.*, 2005, 149-153 ; D. D'HOOGE et S. JOCHEMS, « De concurrentiegerichte dialoog : much ado about nothing ? », *T.B.P.*, 2005, 511.

⁴⁸ Art. 3, 9° Loi 2006 (non encore en vigueur) ; Art. 1^{er}, § 11, c), de la Directive de 2004/18/CE.

⁴⁹ Inutile dans les secteurs spéciaux puisque la procédure négociée avec publicité y est une procédure ordinaire, voy. (S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Londres, Sweet & Maxwell, 2005, 629)

⁵⁰ A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire*, déjà cité, 116-124, n°99 à 110.

discutées, de manière très encadrée, avec les opérateurs économiques. Cette phase de dialogue se solde par un choix opéré par le pouvoir adjudicateur qui ouvre ensuite la suite de la procédure qui s'apparente, moyennant quelques nuances, à une procédure d'appel d'offres.

Malheureusement, ni la directive 2004/18/CE, ni le législateur belge, n'ont rangé clairement le dialogue dans les deux catégories structurantes de procédures : il n'est rangé ni dans les procédures ordinaires, ni dans les procédures exceptionnelles⁵¹. Or, cette classification induit une règle d'interprétation usuelle de la règle de droit : les procédures exceptionnelles sont, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, interprétées de manière stricte. L'absence de précision et la place ambiguë occupée par le dialogue compétitif dans le texte de la directive (juste avant les deux articles relatifs à la procédure négociée) rendent toute proposition de résolution du problème très aléatoire. Le procédé est d'autant plus regrettable que les dispositions relatives au dialogue compétitif sont souvent imprécises, lorsqu'elles ne sont pas contradictoires. À commencer par l'hypothèse dans laquelle un dialogue compétitif peut être conduit, qui renvoie à la notion de marché complexe.

16. La complexité : approche objective ou subjective ?

Le législateur belge a prévu qu'un pouvoir adjudicateur ne peut recourir à la procédure de dialogue compétitif que dans le cas d'un marché particulièrement complexe lorsqu'il n'est objectivement pas en mesure de définir les moyens techniques aptes à satisfaire ses besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques, financières ou juridiques⁵². Le Roi fixera les règles à respecter lors d'un dialogue compétitif, qui viseront notamment à imposer le respect de l'égalité de traitement de tous les participants au cours du dialogue et la non-divulgation aux participants des solutions proposées ou d'autres informations confidentielles communiquées par un participant au dialogue sans l'accord de celui-ci⁵³.

⁵¹ Souligné égal. par S. ARROWSMITH, « An Assessment of the New Legislative on Public Procurement », *op. cit.*, spéc.1291.

⁵² Le législateur belge s'est inspiré du document élaboré par la COMMISSION EUROPEENNE, *Fiche explicative – Dialogue compétitif – Directive classique*.

⁵³ Art. 27 Loi 2006 : art. 1.2, c de la directive 2004/18/CE.

L'interprétation de cette disposition doit être nuancée. En effet, la rédaction de clauses techniques fonctionnelles ou formulées en termes de niveau de performance à atteindre, lorsqu'elles sont suffisamment précises, permettent aux soumissionnaires de comprendre l'objet du marché et aux pouvoirs adjudicateurs d'attribuer celui-ci selon une procédure ordinaire⁵⁴, en adaptant toutefois intelligemment les critères d'attribution et le système de cotation. C'est précisément lorsque cette rédaction n'est pas possible que le dialogue compétitif trouve son utilité et est partant, autorisé, selon le législateur belge⁵⁵.

La Commission européenne donne quelques exemples de projets pour lesquels le dialogue compétitif serait utile : lorsque les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas prévoir si les opérateurs économiques sont prêts à accepter un « risque économique » dont les caractéristiques en font un marché ou une concession ; lorsque les pouvoirs adjudicateur souhaite faire réaliser une infrastructure (école, hôpital, prison ...) en couplant celle-ci avec un financement et des services de maintenance, de gardiennage, de restauration pendant une période souvent assez longue⁵⁶.

Le législateur belge semble opter une définition objective de la complexité. Or, il existe une controverse à ce sujet en droit européen.

Selon l'article 29 de la directive 2004/18/CE, « lorsque le marché est particulièrement complexe, les États membres peuvent prévoir que le pouvoir adjudicateur, dans la mesure où il estime que le recours à la procédure ouverte ou restreinte ne permettra pas d'attribuer le marché, puisse recourir au dialogue compétitif »⁵⁷. Par contre, le marché ne peut être considéré comme complexe, selon l'article 1^{er}, § 11, c), alinéa 2, de la directive 2004/18/CE, que lorsque le pouvoir adjudicateur « n'est pas *objectivement* en mesure de définir, conformément à l'article 23, paragraphe 3, point b), c) ou d), les moyens techniques⁵⁸ pouvant répondre à ses besoins et à ses objectifs, et/ou n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique et/ou financier d'un projet ».

Le conflit entre une approche objective et une approche subjective de la complexité constitue une première difficulté importante⁵⁹. Il ne s'agit pas d'une simple question de mot mais de la réelle utilité concrète que l'on

⁵⁴ Voy . en ce sens, l'art. 3, al 3, b de la directive 2004/18/CE.

⁵⁵ D. D'HOOGHE E.A., *De gunning van overheidsopdrachten*, 2009, 304, n°520, note 277.

⁵⁶ COMMISSION EUROPEENNE, *Fiche explicative – Dialogue compétitif – Directive classique*.

⁵⁷ Art. 29, § 1^{er}, de la Directive 2004/18/CE.

⁵⁸ Lire des spécifications techniques.

⁵⁹ Art. 1^{er}, § 11, de la Directive 2004/18/CE, relatif à la définition de la procédure.

entend donner à cette nouvelle procédure. La complexité étant toujours relative, il eut été préférable de limiter la complexité à une approche subjective. Dans cette interprétation, le pouvoir adjudicateur peut préférer ce mode de passation aux autres, sans autre justification. Il est vrai qu'il aurait alors été très simple pour les pouvoirs adjudicateurs d'éviter les contraintes des procédures ordinaires, ce que ne voulait pas la Commission européenne. Cependant, toute autre interprétation risque de rendre la nouveauté peu attrayante. On se souviendra que le dialogue compétitif a été introduit notamment parce que les hypothèses de procédures négociées avaient montré toutes leurs limites dans le cadre des projets plus complexes sous l'angle juridico-financier⁶⁰, notamment en raison de l'interprétation stricte adoptée par les juridictions.

Les bases juridiques existant pour organiser une procédure négociée étaient trop imprécises, engendrant une insécurité d'autant plus préjudiciable qu'elle affectait des contrats particulièrement importants⁶¹. Les aléas et la nature des prestations qui rendent impossible la remise d'un prix forfaitaire⁶² et l'impossibilité d'établir des spécifications techniques permettant la remise d'un prix selon une procédure ordinaire⁶³ sont des hypothèses qu'il est toujours possible de critiquer, compte tenu des solutions juridiques existant pour limiter les aléas et du caractère toujours relatif de l'impossibilité⁶⁴.

De ce point de vue, les progrès réalisés avec les dispositions relatives au dialogue compétitif sont très limités : des questions se sont simplement ajoutées avec un déplacement des incertitudes. Une interprétation objective de la complexité conduit au même résultat dénoncé dans l'état antérieur du droit dérivé, car celle-ci est toujours, par définition, relative. Au surplus, un des obstacles à l'efficacité de la passation des marchés publics réside dans la rigidité des procédures ordinaires. En ce sens, la difficulté est présente dans toute procédure. Il fallait trouver un point d'équilibre qui préserve une certaine souplesse : les bornes mises sont trop imprécises pour l'atteindre. Pour le comprendre, il faut parcourir toutes les étapes du dialogue compétitif.

⁶⁰ Notamment les programmes PFI (voy. sur le sujet, S. ARROWSMITH, « An Assessment of the New Legislative on Public Procurement », *op. cit.*, 1280).

⁶¹ La flexibilité a été demandée notamment par le Royaume-Uni dans le cadre de ses projets PFI.

⁶² Auparavant prévue pour les travaux et les services.

⁶³ Uniquement pour les services.

⁶⁴ Dans le même sens, S. ARROWSMITH, « An Assessment of the New Legislative on Public Procurement », *op. cit.*, spéc. p. 1281.

17. Modalités

À supposer qu'une distinction sémantique puisse être faite entre un dialogue et une négociation⁶⁵, la logique formelle élémentaire qui s'attache à la formulation d'une règle juridique implique que les deux expressions recouvrent des situations différentes en droit. Il n'allait donc pas de soi que la distinction en droit entre un dialogue et une négociation, s'impose à l'esprit.

Le dialogue compétitif est encadré de manière plus explicite que la procédure négociée, malheureusement, avec trop d'imprécisions. Dans le cadre d'un dialogue compétitif, l'attribution du marché est faite, selon la formule tautologique usuelle du droit dérivé, sur base *du critère de l'offre économiquement la plus avantageuse*⁶⁶. Il n'est pourtant pas exclu qu'au terme du dialogue et de la mise au point des offres, le prix puisse devenir prépondérant. Certaines précautions devront nécessairement être prises pour l'exprimer sans enfreindre l'exigence d'attribution sur base du critère de l'offre économiquement la plus avantageuse.

La première étape du dialogue suppose la publication d'un avis de marché⁶⁷. Les pouvoirs adjudicateurs doivent décrire leurs besoins et exigences dans un document qui va ouvrir, en quelque sorte, le dialogue.

La deuxième étape, non mentionnée de manière explicite, est la sélection des entreprises. Précisons d'emblée que le document initial doit également contenir des clauses habituelles de tout cahier spécial des charges relatives à la vérification des aptitudes des entreprises. Dès lors, trois entreprises devront nécessairement être invitées, le pouvoir adjudicateur devant, en outre, veiller à ce que la concurrence soit adéquate⁶⁸.

La troisième étape est l'ouverture et la conduite du dialogue, qui a pour objet d'identifier les moyens propres à satisfaire au mieux les besoins du pouvoir adjudicateur (à l'instar de la négociation, parfois).

Lors de cette troisième étape, les choses se compliquent. Sans surprise, le droit dérivé précise qu'au cours du dialogue, les pouvoirs adjudicateurs peuvent discuter tous les aspects du marché avec les candidats

⁶⁵ La lecture des dictionnaires usuels permet d'en douter.

⁶⁶ Art. 29, § 1^{er}, de la Dir. 2004/18/CE. Pour une critique de l'expression, voy., A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marchés publics en droit communautaire, déjà cité*, titre II, chap. 4.

⁶⁷ Art. 29, § 2, de la Directive 2004/18/CE.

⁶⁸ Aux termes de l'art. 44, § 3, de la Directive 2004/18/CE.

sélectionnés⁶⁹. Mais pas n'importe comment. Ils doivent, en effet, respecter l'égalité de traitement et ne peuvent donner aucune information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres. Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent révéler aux autres participants les solutions proposées ou d'autres informations confidentielles communiquées par un candidat participant au dialogue sans son accord.

Le pouvoir adjudicateur doit annoncer s'il souhaite réduire le nombre des personnes avec lesquelles il veut dialoguer. Il n'existe donc pas de difficulté sur le principe de l'exclusion au cours de la phase du dialogue⁷⁰. Par contre, le vide juridique est inquiétant : le droit dérivé ne donne aucune indication sur la manière et les précautions à prendre pour exclure, à ce stade, un participant. L'article 29, § 4, de la directive 2004/18/CE indique que la réduction du nombre de solutions à discuter pendant le dialogue peut se faire par phases successives en appliquant les critères d'attribution. L'exercice est délicat puisqu'à ce stade, il n'y a, par définition, pas d'offres. À notre sens, les principes de transparence et d'égalité de traitement impliquent qu'une fois sélectionnée pour participer au dialogue, une entreprise ne puisse s'en trouver exclue avant la remise d'offres. En effet, de deux choses l'une. Soit elle ne propose pas de solution acceptable : dans ce cas, elle peut être invitée à affiner son approche, cela étant le but du dialogue. Soit elle propose des solutions moins séduisantes que d'autres, mais avant que le pouvoir adjudicateur n'ait définitivement pris position sur une ou plusieurs solutions : dans ce cas, il n'existe aucune raison de nature à exclure une entreprise, du moins à ce stade⁷¹.

Le droit dérivé va jusqu'à préciser que le pouvoir adjudicateur *ne doit pas arrêter le dialogue tant qu'il n'a pas la solution*⁷² et doit, *au besoin*, comparer les solutions qui lui sont proposées pour y arriver ! Attention, la redondance et la naïveté des conseils ne doivent pas masquer la porte laissée ouverte, bien imprudemment, par le texte. Les principes de transparence et d'égalité de traitement impliquent nécessairement l'obligation d'une comparaison effective des solutions et d'une formalisation écrite de la comparaison. Aussi, les termes *au besoin* utilisés dans l'article 29, § 4, ne peuvent être entendus que comme une lourdeur de l'expression. Leur donner une autre portée constituerait une porte ouverte à tous les dérapages liés à une approche laxiste de la conduite du dialogue. Ceci nous semble

⁶⁹ Art. 29, § 3, de la Directive 2004/18/CE.

⁷⁰ *Contra* : S. ARROWSMITH, « An Assessment of the New Legislative on Public Procurement », *op. cit.*, 1285.

⁷¹ Dans le même sens, S. ARROWSMITH, « An Assessment of the New Legislative on Public Procurement », *op. cit.*, 1285.

⁷² Art. 29, § 5, de la Directive 2004/18/CE.

d'autant plus évident que c'est au pouvoir adjudicateur qu'il incombe de conclure le dialogue.

La quatrième étape suppose la demande formelle de remettre une offre aux participants, suite logique de la conclusion du dialogue.

À nouveau, les dispositions suscitent des difficultés d'interprétation. Le texte prévoit, en effet, que les participants peuvent être invités à remettre une offre *pour une ou plusieurs solutions choisies*.

S'agit-il d'ouvrir la faculté de rédiger un seul cahier des charges (avec une seule solution ou plusieurs solutions finalement retenues), tous les participants devant remettre une offre (et des variantes) ? Ou s'agit-il de rédiger autant de cahiers des charges que de soumissionnaires (méthode dite du tunnel intégral), le dialogue étant conduit avec chaque soumissionnaire par rapport à sa seule approche⁷³ ? En toute hypothèse, il nous semble délicat d'admettre que la solution finalement retenue puisse être une sorte de combinaison des meilleures propositions faites par les uns ou les autres, sous peine de violer le dogme du respect de la confidentialité des offres (la solution mystérieusement qualifiée comme telle contenant, dans les faits, l'offre en germe). D'aucuns pourraient soutenir que tel pourrait être le cas si la solution retenue est formulée de manière suffisamment générale pour qu'elle puisse être rencontrée par tous. À notre sens, cette hypothèse met à mal la complexité qui fonde le dialogue compétitif. Si celui-ci conduit à des solutions universelles, on peut douter de la réelle complexité du marché.

D'autres difficultés surgissent encore rapidement. Le droit dérivé précise que les offres doivent comprendre « tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du projet »⁷⁴. Elles peuvent être clarifiées, précisées ou complétées, sauf si cela a pour effet « de modifier les éléments fondamentaux de l'offre ou de l'appel d'offres »⁷⁵, dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire ». Le pouvoir adjudicateur doit comparer les offres avant de choisir celle qui est la plus avantageuse (au sens de l'art. 53). Si l'offre en question n'est pas claire, le soumissionnaire peut encore la clarifier ou confirmer des engagements avec la même réserve, la clarification et la confirmation ne pouvant avoir pour effet « de modifier les éléments fondamentaux de l'offre ou de l'appel d'offres, dont la variation est susceptible de fausser la

⁷³ Y.-R. GUILLOU, « Négociation et protection de la propriété intellectuelle et des secrets commerciaux », *A.C.C.P.*, 2004, 49-55, n° 35.

⁷⁴ Art. 29, § 6, de la Dir. 2004/18/CE.

⁷⁵ Sans doute s'agit-il des documents établis par le pouvoir adjudicateur après clôture du dialogue et demandant aux entreprises de remettre une offre.

concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire »⁷⁶. Après tout cela, l'on comprend mieux que le texte précise également que les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir l'indemnisation des participants⁷⁷.

Formellement, la phase d'attribution est en quatre temps : 1) la remise d'offres ; 2) le temps des clarifications ; 3) le temps de la comparaison formelle des offres, qui doit conduire au choix final d'une offre ; 4) une dernière phase de mise au point.

Que peut signifier, dans pareil contexte, l'exigence d'une offre complète dès le premier instant ?

Le sujet est sensible et controversé⁷⁸.

Les hésitations sur la marche à suivre pour respecter le prescrit se multiplient.

À quel moment s'applique l'exigence posée par l'article 44 (au moins trois participants) : lors de la conduite du dialogue ou lors de la demande de remise formelle d'offres ? Les coûts de participation à des procédures complexes étant particulièrement lourds pour les entreprises et la concurrence précieuse pour obtenir le meilleur arrangement, comment trancher cette question de manière équilibrée pour les uns et les autres, dans pareil contexte ?

L'exigence d'une offre complète pose une série de difficultés sous l'angle opérationnel. Les engagements pris par les uns et les autres dans le cadre d'un montage juridico-financier complexe (par définition, il y a plusieurs opérateurs économiques impliqués) ne deviennent souvent définitifs et entièrement définis qu'au moment où les accords sont signés. Dès lors, juridiquement, il y a rarement des offres, au sens technique du terme. La mise au point de l'offre après le choix porte souvent sur des problèmes de répartition des risques et de définition fine des engagements des uns et des autres⁷⁹.

⁷⁶ Art. 29, § 6, de la Dir. 2004/18/CE.

⁷⁷ Art. 29, § 8, de la Dir. 2004/18/CE.

⁷⁸ S. ARROWSMITH, « An Assessment of the New Legislative on Public Procurement », *op. cit.*, 1286.

⁷⁹ Il s'agit d'une chose connue de tous, notamment de la Commission européenne, puisque ces faits étaient au cœur de la procédure menée dans le cadre de la modernisation du métro londonien, comme le souligne justement S. ARROWSMITH, « An Assessment of the New Legislative on Public Procurement », *op. cit.*, 1287.

Ce genre de mise au point a été admis dans le cadre de la procédure négociée (mais dans le cadre d'une procédure en manquement). Le texte n'étant pas très explicite, deux interprétations restent possibles : soit l'assimilation à la procédure négociée ; soit une interprétation de l'exigence de remise d'offre complète comme exprimant précisément la volonté de rendre le dialogue compétitif moins souple que la procédure négociée. Si cette dernière interprétation est retenue, le dialogue compétitif restera une nouveauté bien peu utile pour les opérateurs publics et privés lorsque la complexité des montages est réelle. La porte ouverte réside-t-elle dans la faculté prévue par le texte de proposer des améliorations aux offres ? Pourquoi alors la refermer immédiatement en prévoyant que ces améliorations ne peuvent porter sur des éléments substantiels de l'offre ou de l'appel d'offres ?

En fait, l'étendue de la négociation qui peut se dérouler lors de la phase de comparaison des offres n'est pas très clairement précisée. Les limites posées sont de nature à limiter quasi tout processus de négociation lors de la remise d'offres, rendant le dialogue compétitif finalement plus rigide que la procédure négociée. Quel intérêt peut-il y avoir à discuter de l'accessoire dans pareil contexte ?

En formalisant les contours d'un dialogue compétitif, les auteurs du texte et les parlementaires qui l'ont voté ont fait quelques pas dans la compréhension de la procédure négociée et touché du bout des doigts les contraintes paradoxales auxquelles sont confrontés les pouvoirs adjudicateurs. Par l'encadrement donné au dialogue compétitif, le droit dérivé semble clairement percevoir les dérives induites d'une souplesse qui, après avoir été vivement combattue, serait subitement mise sur un piédestal.

Le Professeur Arrowsmith émet de très sérieux doutes, que nous partageons, sur l'adéquation de la procédure telle qu'elle a été conçue pour la passation des marchés complexes (P.P.P.)⁸⁰, contrairement au discours satisfait tenu par la Commission européenne dans son livre vert sur le P.P.P. Or, l'enjeu de cette nouvelle procédure est immense. La complexité permettant de recourir au dialogue compétitif peut être d'ordre technique ou d'ordre juridico-financière⁸¹, la *nouvelle* procédure a pour ambition de faciliter les montages juridiques complexes pour lesquels le droit dérivé avait montré toutes ses limites. Ce faisant, le droit dérivé a opté résolument pour son application aux P.P.P.⁸², dont tout le monde parle sans jamais les définir,

⁸⁰ S. ARROWSMITH, « An Assessment of the New Legislative on Public Procurement », *op. cit.*, 1291.

⁸¹ Le 31^e consid. de la Dir. 2004/18/CE est sans ambiguïté sur ce point.

⁸² Y.-R. GUILLOU, « Comment organiser la passation d'un contrat de PPP ? », *A.C.C.P.*, 2004, 47-53, n° 36.

mais qui, en définitive, sont toujours des projets qui demandent une structuration juridique plus complexe qu'un marché public au sens strict de l'expression : un contrat unique portant sur une prestation économique contre paiement d'un prix. À notre sens, l'objectif poursuivi par la nouvelle procédure n'est pas atteint.

Cependant, le dialogue compétitif fait naître d'autres problèmes, puisque le texte doit être transposé en l'état. Il n'est pas certain que tous les États membres tirent toutes les conséquences de cette extension implicite du champ d'application du droit dérivé. Ainsi, le droit belge reste marqué par une interprétation étroite du concept de marché public. Cette interprétation étroite peut être déduite des règles de comparaison des offres et des règles du C.G.C. qui s'appliquent à l'exécution des marchés publics. Si la section contentieuse du Conseil d'État semble s'orienter vers une interprétation large du concept de marché public⁸³, sa section législation semble peu consciente des implications pratiques de cette interprétation lorsqu'elle rend ses avis sur les textes : comment respecter le C.G.C. qui s'applique à l'exécution d'un marché public, à un projet qui demande la conclusion de plusieurs conventions aussi différentes que des statuts, un pacte d'actionnaire et éventuellement des contrats adossés en vue d'équilibrer des recettes d'exploitation ? L'impasse est entière pour les acteurs publics et privés, sauf à prendre le pari d'une dérogation intégrale au C.G.C., qui, compte tenu de la jurisprudence des cours et tribunaux judiciaires sur le sujet, est un pari risqué. Sur ce point encore, des réformes du droit interne semble indispensable à sa modernisation et à sa praticabilité.

Est-il impossible de concevoir des règles du jeu qui combinent souplesse et rigueur dans le traitement des soumissionnaires de manière plus simple, et donc nécessairement avec plus d'efficacité ?

2. La procédure négociée

2.1. La procédure négociée

2.1.1. Présentation générale

18. Des procédures négociées

⁸³ Notamment dans son arrêt rendu en suspension du 30 mai 2005, *CNIM c/ Intradel*, n° 145.163.

Il est vain de vouloir considérer « la » procédure négociée sans autre précision. En effet, les règles qui président à la passation des marchés par procédure négociée varient dans leurs principes et modalités selon que ceux-ci sont passés par des pouvoirs adjudicateurs au sens de la directive 2004/18/CE⁸⁴ ou par des entités adjudicatrices au sens de la directive 2004/17/CE⁸⁵.

Pour ne rien simplifier, les deux directives ont défini de la même manière la procédure négociée comme « *une procédure qui permet* » au pouvoir adjudicateur⁸⁶ ou à l'entité adjudicatrice⁸⁷, « *de consulter les opérateurs économiques de leur choix et de négocier les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux* ».

Le législateur a transposé ces textes d'abord dans la loi de 1993 pour les pouvoirs adjudicateurs dans les secteurs classique⁸⁸, dans les secteurs spéciaux⁸⁹ et pour les entités adjudicatrices des secteurs spéciaux⁹⁰ et ensuite dans la loi de 2006⁹¹, en reprenant les mêmes expressions.

Cette définition d'une apparente simplicité présente bien des pièges pour les acteurs. D'une part, les modalités procédurales varient selon que le marché relève de la directive générale ou de la directive secteurs spéciaux. D'autre part, le droit primaire et les principes généraux restant applicables à tous les marchés au dessus et en dessous des seuils européens⁹², de multiples contraintes indirectes et implicites restent, selon nous d'application en dépit du silence du droit dérivé. Enfin, le droit belge ajoute encore des précisions spécifiques qui influencent la méthodologie qui doit finalement être appliquée dans le cadre des procédures négociées. Pour finir, de manière surprenante, le Conseil d'Etat a récemment précisé, que le législateur belge n'avait pas exigé qu'il soit procédé à des négociations *effectives* dans le

⁸⁴ 31 mars 2004 - DIRECTIVE n° 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services. (J.O. L 134, 30 avril 2004; Rect. J.O. L 351, 26 novembre 2004).

⁸⁵ 31 mars 2004 - DIRECTIVE n° 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. (J.O. L 134, 30 avril 2004).

⁸⁶ Art. 11.d, directive 2004/18/CE

⁸⁷ Art.9.c, directive 2004/17/CE

⁸⁸ Art. 17, §1 Loi 1993

⁸⁹ Art. 39, §1 Loi 1993

⁹⁰ Art. 48 in fine Loi 1993 et art 59,§1 Loi 1993

⁹¹ Art. 3, 7° (procédure négociée sans publicité) et art. 3.8° (procédure négociée avec publicité), les hypothèses étant précisées dans les articles 26, 53 et 66.

⁹² Rappelé par le 9^{ème} considérant de la directive 2004/17/CE notamment.

cadre d'une procédure négociée⁹³, adoptant une interprétation contraire au droit dérivé et au droit interne le transposant.

19. Le procédure négociée avec publicité dans les secteurs spéciaux est une procédure ordinaire

Il résulte sans ambiguïté des textes de droit européen et de droit belge que la procédure négociée avec publicité est une procédure ordinaire pour passer les marchés publics (et privés) dans les secteurs spéciaux.

La raison de cette souplesse est bien connue⁹⁴, il s'agissait de ne pas mettre en péril les entités publiques actives dans ces secteurs en concurrence avec des entreprises privées qui refusaient radicalement de voir leurs marchés enserrés par des « règles bureaucratiques et inefficaces », la flexibilité étant considérée comme un gage d'efficacité. Exit donc des procédures ordinaires « rigides » dans les secteurs spéciaux pour les raisons qu'expriment parfaitement le 9^{ème} le considérant 9, *in fine*, de la Directive sur les secteurs spéciaux : « Compte tenu de la nature des secteurs concernés par cette coordination, celle-ci devrait, tout en sauvegardant l'application des principes en question, créer un cadre pour des pratiques commerciales loyales et permettre un maximum de flexibilité ». Il est délicat de percevoir les raisons pour lesquelles, les liens entre efficacité et flexibilité ne seraient pas pertinents pour les marchés publics des secteurs classiques, la procédure négociée lorsqu'elle est entourée de mesures de publicité et de gardes fous contraignants lors de la comparaison des offres offrant toutes les garanties contre l'arbitraire.

20. La procédure négociée avec publicité dans les secteurs classiques

⁹³ C.E., 17 novembre 2009, n°197.862, N.V. Aqua-Reno c./ NMBS Holding ; inédit, commenté infra.

⁹⁴ M.G. HENUSET, « Le secteur public et l'offre négociée », in *Le droit des affaires en évolutions : le juriste dans la négociation*, Anvers, Kluwer, 1998, 31.

La doctrine, notamment le professeur Sue Arrowsmith⁹⁵ et d'autres⁹⁶, considère que la procédure négociée avec publicité, telle que conçue dans le droit européen (et la législation belge le transposant) implique un degré de mise en concurrence équivalent aux procédures ouvertes et restreintes. Cette procédure ne déroge pas aux principes généraux de passation des marchés publics, elle implique seulement des modalités d'application différentes de ces principes, en tenant compte de circonstances particulières liées à certains marchés. Partant, la règle de stricte interprétation ne devrait pas s'appliquer afin de permettre l'application la plus large possible de cette procédure.

Les modalités de mises en œuvre de procédure négociée avec publicité dans les secteurs classiques ont été précisées par la directive 2004/18/CE.

21. La procédure négociée sans publicité : procédure exceptionnelle

La procédure négociée sans publicité est entamée, en principe, à l'initiative du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice qui négocient alors avec des opérateurs économiques.

Tant dans les secteurs spéciaux⁹⁷ que dans les secteurs classiques, la procédure négociée sans publicité est considérée comme une procédure exceptionnelle, même si elle impose la consultation en principe d'au moins trois soumissionnaires potentiels. L'appel à concurrence est réalisé selon des modalités différentes par rapport aux procédures ordinaires : les règles de sélection qualitative peuvent être réduites à leur plus simple expression et les règles qui président à la comparaison des offres et à l'analyse des offres peuvent être plus flexibles, si le pouvoir adjudicateur le décide.

Les hypothèses dans lesquelles cette procédure négociée sans publicité est permise sont interprétées strictement par le Conseil d'Etat⁹⁸ et par la Cour de Justice⁹⁹, qui estiment qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de

⁹⁵ *The Law of Public and Utilities procurement*, London, Swett & Maxwell, 2005, 560, n°8.3.

⁹⁶ PH. FLAMME, M.A. FLAMME, CL. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges*, Bruxelles, Larcier, 2009, 192, n°156; D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, 247, n°386.

⁹⁷ D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, 244, n°380, *in fine*.

⁹⁸ Voy., not. C.E., 11 octobre 2006, n° 163.472 ; C.E., 1^{er} février 2007, n° 167.381 ; C.E., 15 juillet 2008, n° 185.406.

⁹⁹ Voy., not. C.J.C.E, aff. C-199/85, Commission/ Italie, 1987, *Rec.*, 1039 ; aff. C-71/92, Commission/ Espagne, 1993, *Rec.* I-5923 ; aff. C-328/92, Commission/Espagne, 1994,

démontrer que les circonstances et conditions permettant l'utilisation de la procédure négociée sans publicité sont réunies¹⁰⁰.

Le choix de recourir à une procédure négociée sans publicité doit faire l'objet d'une décision motivée formellement en vertu de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs¹⁰¹.

Si l'examen de l'existence des conditions d'application de cette procédure doit logiquement être réalisé avant le lancement de la procédure¹⁰², qu'en est-il de l'exigence de motivation formelle de la décision de recourir à une procédure négociée sans publicité ?

L'article 65/4 de la loi du 23 décembre 2009 énonce les cas dans lesquels l'autorité adjudicatrice (soit les entités soumises à la loi de 2006, secteurs classiques et spéciaux) est tenue d'établir une décision motivée. Il s'agit d'instaurer désormais un régime particulier dérogeant à la loi du 27 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, qui s'applique à l'ensemble des autorités adjudicatrices, qu'il s'agisse d'une autorité administrative ou non¹⁰³. Parmi ces cas, figure la décision de recourir à une procédure négociée sans publicité (ou avec publicité dans les secteurs classiques).

Reste à déterminer le moment où la décision doit être établie. En principe, la décision motivée doit être établie au moment où se forme la résolution de l'autorité adjudicatrice – ou exprimé plus simplement – au moment de la prise de décision. La loi de 2009 prévoit cependant certaines hypothèses dans lesquelles, la décision motivée peut être établie *a posteriori*¹⁰⁴ - et au plus tard au moment de la décision d'attribution - les motifs devant impérativement exister au moment de la décision. En particulier, il est prévu que la décision motivée peut être établie *a posteriori* dans certains cas

Rec., I-1569 ; aff. C-57/94, Commission/Italie, 1995, *Rec.* I-1249 ; Aff. C-318/94, Commission/ Allemagne, 1996, *Rec.* I-1949.

¹⁰⁰ *ibid.* ; voy., not.C.E. 1^{er} février 2007, n° 167.381 ; C.E., 22 août 2007, n° 174.070 ; C.E., 23 avril 2008, n° 182.272.

¹⁰¹ D. D'HOOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Charte, 2009, 245, n°381, *in fine*.

¹⁰² Voy., not., C.E., 30 janvier 2003, n° 115.266 ; C.E., 15 juillet 2008, n° 185.406 ; C.E., 1 octobre 2006, n° 163.472, ce dernier arrêt précisant toutefois que cette vérification pouvait avoir lieu alors que la procédure est entamée, souligné par D. D'HOOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Charte, 2009, 245, n°381.

¹⁰³ E. THIBAUT, S. WAUTHIER, « Le nouveau régime du contentieux des marchés publics après la loi du 23 décembre 2009 », à paraître, *Chronique des marchés publics*, 2009-2010

¹⁰⁴ Article 65/4 alinéa 2 et 3 de la loi du 23 décembre 2009.

de procédure négociée¹⁰⁵. Il s'agit de rencontrer de manière pragmatique les nécessités de la pratique, la rédaction d'une décision motivée d'attribution préalable à la conclusion peut parfois s'avérer difficile en cas d'urgence impérieuse ou, dans les secteurs spéciaux, d'achats en bourse ou encore d'achats d'opportunité se présentant dans une période de temps très brève. Partant, si les circonstances de fait rendent objectivement impossible l'établissement immédiat de la décision, la décision motivée pourra être établie dans les quinze jours¹⁰⁶.

Lorsque le marché dépasse les seuils européens, les pouvoirs adjudicateurs veilleront en outre à rédiger un procès-verbal reprenant notamment les conditions d'utilisation de la procédure négociée sans publicité¹⁰⁷.

2.2.2. Modalités procédurales

22. La procédure négociée avec publicité dans les secteurs spéciaux

La directive secteurs spéciaux contient indirectement des précisions relatives aux modalités procédurales de la procédure négociée avec publicité, procédure ordinaire¹⁰⁸. Elle précise en effet, que la liberté de choix est subordonnée à une mise en concurrence en vertu de l'art. 42, soit des avis de marchés¹⁰⁹. De l'obligation de publier un avis naît toute une série d'autres obligations prévues par la directive, comme les règles en matière de délais, de réception des demandes de participation et de réception des offres¹¹⁰, les règles en matière d'invitation à présenter une offre ou à négocier¹¹¹ comportant l'obligation de communiquer les critères d'attribution du marché et leur pondération¹¹². Plus généralement, la directive comporte toute une série de dispositions applicables aux marchés visés, sans référence au mode de passation qui servent à les attribuer¹¹³.

¹⁰⁵ Soit les hypothèses visées aux articles 17, § 2, 1^o, b, alinéa 2, 2^e tiret, et c, 39, § 2, 1^o, c, et 3^o, b et c, et 59, § 2, 1^o, d, et 4^o, b et c de la loi de 1993.

¹⁰⁶ E. THIBAUT, S. WAUTHIER, déjà cité.

¹⁰⁷ Art. 9, 35 et 61 de l'A.R. du 8 janvier 1996. Comp. l'art. 12 de l'A.R. du 10 janvier 1996 et de l'A.R. du 18 juin 2006.

¹⁰⁸ En vertu de l'art. 40.2 de la directive 2004/17/CE qui autorise les entités adjudicatrice à utiliser les procédures décrites à l'art. 9, a à c, soit les procédures ouvertes, restreintes et négociée.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Art. 45 de la directive 2004/17/CE.

¹¹¹ Art. 47 de la directive 2004/17/CE.

¹¹² Art. 47.4, e et f de la directive 2004/17/CE.

¹¹³ Par exemple, les règles en matière de spécifications techniques, celles relatives au système de qualification des entreprises, d'offres anormalement basses, etc.

La directive prévoit également la possibilité de réduire, dans le cadre d'une procédure négociée avec publicité, le nombre des candidats retenus¹¹⁴, en application des modalités prévues par l'article 54, soit la disposition relative à la sélection qualitative. Le nombre peut être réduit à un niveau justifié par la nécessité d'équilibre entre les caractéristiques spécifiques de la procédure de passation de marché et les moyens qui requiert son accomplissement, le nombre devant toujours assurer une « concurrence suffisante »¹¹⁵, *sans minima déterminé*. Les règles appliquées en matière de sélection qualitative sont identiques à celles prévues pour les procédures restreintes.

Plus fondamentalement, l'attribution des marchés doit se fonder sur les mêmes critères que pour les procédures ouvertes et restreintes, le critère du prix le plus bas ou de l'offre économiquement la plus avantageuse déterminée en application de critères en principe pondérés¹¹⁶, sauf si la pondération n'est pas possible pour des raisons démontrables. Par conséquent, les règles en matière de variante libre sont également d'application¹¹⁷.

Si la procédure négociée avec publicité est une procédure ordinaire, elle est entourée de diverses obligations précises, soit en vertu de dispositions visant spécifiquement la procédure négociée avec publicité, soit implicitement lorsque les règles visent les « marchés » sans autre précision ou qu'elles sont énoncées sans aucune restriction (relative à la procédure), soit en vertu des principes généraux de droit communautaire (égalité de traitement et transparence).

Le droit interne a intégré l'ensemble de ces obligations dans les dispositions relatives à la procédure négociée, sous réserve de la technique de la variante libre qui n'est formellement prévue que dans le cadre de l'appel d'offres¹¹⁸. A l'instar de ce qui est prévu dans le cadre dans les secteurs classiques, des modalités particulières sont prévues pour la procédure négociée avec publicité et sont limitées aux modalités de constatation du marché¹¹⁹, à l'imposition de certaines dispositions périphériques¹²⁰ et à la pondération des critères d'attribution pour les marchés européens à passer par procédure négociée avec ou sans

¹¹⁴ Art. 51 de la directive 2004/17/CE.

¹¹⁵ Art.54.3 de la directive 2004/17/CE.

¹¹⁶ Art. 55 de la directive 2004/17/CE.

¹¹⁷ Art. 36 de la directive 2004/17/CE.

¹¹⁸ AR du 10.01.1996, en particulier le titre VIII soit des articles 108 à 110 bis.

¹¹⁹ Art. 110 de l'AR du 10.01.1996.

¹²⁰ Art. 78, 79, 81, §2 de l'AR du 10.01.1996.

publicité¹²¹. Le Conseil d'Etat a estimé que dès lors que le marché a été attribué sur la base d'une évaluation fondée notamment sur des sous-critères qui n'étaient pas mentionnés dans le cahier spécial des charges, et qui n'ont pas non plus été communiqués ultérieurement aux soumissionnaires avant que ceux-ci ne remettent leurs offres BAFO, l'attribution du marché doit être suspendue pour violation de l'article 110 bis de l'Arrêté Royal du 10 janvier 1996, ainsi que du principe de précaution¹²² : « *De opdracht blijkt bijgevolg te zijn toegewezen na een evaluatie, mede gesteund op subcriteria die niet uitdrukkelijk in het bestek zijn vermeld en evenmin later aan de inschrijvers zijn meegedeeld alvorens zij hun BAFO-offerte moesten indienen. De verwerende partij erkent nochtans in haar nota dat zij op grond van de eerste offertes vanwege de inschrijvers vier volgens haar relevant geachte diensten heeft gedistilleerd zodat zij minstens op dat ogenblik in staat lijkt te zijn geweest om deze subcriteria op gelijke wijze mee te delen aan alle inschrijvers.* ». Est-ce à dire que le Conseil d'Etat admettrait la modification d'un critère ou d'une pondération en cours de procédure pour autant que ces modifications soient communiquées avant la remise de la BAFO ? Certains arrêts du Conseil d'Etat semblent indiquer le contraire.

23. La procédure négociée avec publicité dans les secteurs classiques

Dans la directive générale, les modalités procédurales relatives à la procédure négociée avec publicité ont été énoncées de manière spécifique, logiquement à vrai dire puisque la procédure n'est pas ici présentée par les textes comme une procédure ordinaire¹²³.

¹²¹ Art. 110 bis de l'AR du 10.01.1996.

¹²² C.E., 15 décembre 2009, n°198.917, *N.V. Eurobussing Vlaanderen c./ Belgocontrol*; inédit. Afin d'assurer le transfert de son personnel, pendant une durée de 36 mois, entre la gare de l'aéroport de Bruxelles National et de son site de Steenokkerzeel, Belgocontrol a lancé un marché public, par voie de procédure négociée avec publicité.

¹²³ Art. 30.2 de la directive 2004/18/CE ; voy. art. 120 ter de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ainsi inséré par l'A.R. du 29 septembre 2009, art. 65, qui entre en vigueur le 1^{er} novembre 2009 en vertu de son art. 131, première phrase. Toutefois, l'art. 131, deuxième phrase dudit A.R. dispose que: « Les marchés publics, les marchés et les concours de projet, publiés avant cette date (*lire le 1^{er} novembre 2009*) ou pour lesquels, à défaut de publication d'un avis, l'invitation à présenter une candidature ou à remettre offre est lancée avant cette date, demeurent soumis aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur au moment de l'avis ou de l'invitation. »

Les modalités procédurales prévues dans la directive générale et la directive secteurs spéciaux se rejoignent sans toutefois être entièrement identiques.

Il est désormais prévu que les pouvoirs adjudicateurs négocient avec les soumissionnaires les *offres* soumises par ceux-ci afin de les adapter aux exigences qu'ils ont indiquées dans l'avis de marché, dans le cahier des charges et dans les documents complémentaires éventuels et afin de rechercher la meilleure offre conformément à l'article 53, paragraphe 1¹²⁴, à savoir sur base du critère du prix le plus bas ou du « critère de l'offre économiquement la plus avantageuse déterminée en fonction de critères en principe pondérés sauf si la pondération est impossible pour des raisons démontrables. A l'instar de ce qui a été précisé, la technique de la variante est également applicable et fort utile dans la procédure négociée avec publicité puisque seule les offres peuvent être négociées dans une interprétation littérale de la disposition¹²⁵. En d'autres termes, le droit européen limite, à notre sens clairement, l'objet de la négociation aux offres des soumissionnaires, à l'exclusion du contenu du cahier spécial des charges, diminuant ce faisant la flexibilité du processus.

Le droit interne a transposé cette disposition¹²⁶ en étendant l'obligation aux procédures négociées sans publicité ayant pour objet des marchés au dessous des seuils européens.

La directive prévoit encore que dans le cadre de la négociation, les pouvoirs adjudicateurs doivent assurer le respect de l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires et ne peuvent donner « *de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres* »¹²⁷. Cette précision est très largement superflue, puisqu'il n'est pas nécessaire qu'un texte de droit dérivé précise que le droit

¹²⁴ Art. 30, 2 à 4 de la directive 2004/18/CE.

¹²⁵ *Contra*, D. D'HOOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Charte, 2009, 291-292, n°496 et 497. Les auteurs ne font cependant valoir aucun argument à l'appui de leur affirmation.

¹²⁶ « En cas de procédure négociée avec publicité, et en cas de procédure négociée sans publicité lorsque plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services sont consultés, lorsque le montant du marché atteint le montant pour la publicité européenne et que l'attribution se fait au soumissionnaire qui a remis l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, ce dernier précise la pondération relative de chacun des critères d'attribution. Cette pondération peut éventuellement être exprimée dans une fourchette dont l'écart maximal doit être approprié. Si une telle pondération n'est pas possible pour des raisons démontrables, les critères sont mentionnés dans un ordre décroissant d'importance » (Art. 122*bis* de l'AR du 8.01.1996. Ainsi inséré par l'A.R. du 12 janvier 2006, art. 17, qui entre en vigueur le 1^{er} février 2006 en vertu de son art. 62 et modifié par l'A.R. du 23 novembre 2007, art. 28.).

¹²⁷ Art. 30, §3, Directive 2004/18/CE, transposé en droit belge par l'article 122 ter de l'AR du 8.01.1996, inséré par l'art. 65 de l'AR du 29.09.2009.

primaire et les principes généraux de droit communautaire s'appliquent. Elle semble au demeurant inutilement vague et susceptible d'entraîner une nouvelle diminution de la flexibilité de la procédure tout en suscitant inévitablement de multiples procès d'intention. En effet, une négociation efficace suppose nécessairement une part de jeu entre les acteurs qui supposent de se servir d'une foule d'informations complexes émanant des uns et des autres. Le plus malin percevra l'implicite et le mauvais perdant se plaindra que telle information a été diffusée à celui qui aura su l'exploiter.

Les pouvoirs adjudicateurs¹²⁸ peuvent prévoir que la procédure négociée se déroule en phases successives de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en application des critères d'attribution indiqués dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges¹²⁹, imposant de cette manière implicitement que ces critères d'attribution n'évoluent pas en cours de négociation. Le recours à cette faculté doit être indiqué dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges. A défaut, la réduction du nombre des offres à négocier n'est pas possible.

La réduction peut prendre la forme d'une négociation momentanée avec un seul soumissionnaire les autres étant placés dans « une salle d'attente ». La décision d'entamer des négociations préférentielles et de placer une société dans une salle d'attente (wachtkamer) n'est pas un acte attaquant à défaut de faire définitivement grief à cette dernière¹³⁰.

Les règles en matière de publication d'avis, de délais de réception des offres et demandes de participation, les règles relatives au contenu et aux moyens de transmission des informations (invitation à négocier)¹³¹ applicables à la procédure négociée sans publicité sont généralement celles prévues pour les procédures restreintes. En fait, le déroulement de la procédure négociée avec publicité est très semblable à celle d'une procédure restreinte, avec quelques spécificités.

La directive prévoit ainsi que les pouvoirs adjudicateurs peuvent restreindre le nombre de candidats appropriés qu'ils inviteront négocier (la règle valant pour les procédures restreintes et le dialogue compétitif) à condition qu'un nombre suffisant de candidats appropriés soit disponible. Les pouvoirs adjudicateurs doivent indiquer alors dans l'avis de marché les critères ou

¹²⁸ Art. 30, §3, Directive 2004/18/CE.

¹²⁹ Art. 30, §3, Directive 2004/18/CE

¹³⁰ CE., 30 juin 2009, n°194.903, N.V. Vinci Park Belgium, N.V. Interparking, N.V. Parkeerbeheer c./ Stad Roeselare; inédit; C.E., 9 avril 2009, n°192.282, Barclays Private Equity Ltd, Meridiam Infrastructure Finance SARL en NIBC Infrastructure BV c./ AGION en Vlaamse Gemeenschap; inédit.

¹³¹ Art. 35, 36, 37, 38, 40 de la directive 2004/18/CE.

règles objectifs et non discriminatoires qu'ils prévoient d'utiliser, le nombre minimal de candidats qu'ils prévoient d'inviter et, le cas échéant, le nombre maximal.

Dans la procédure négociée avec publication d'un avis de marché et le dialogue compétitif, le nombre minimum est de trois (il est de 5 en cas de procédure restreinte), le nombre de candidats invités devant, en tout état de cause, être suffisant pour assurer une concurrence réelle.

Il est important de déterminer le moment où ce minimum requis de 3 candidats admis à négocier doit être déterminé compte tenu de la faculté de réduire en cours de négociation, le nombre des participants.

La province d'Anvers a lancé une procédure négociée avec publicité sur base de l'art. 17 § 3, 4° de la loi du 24 décembre 1993 en vue d'attribuer un marché de service portant sur le développement et l'implémentation d'un « *système intelligent de business* », arguant de la complexité de la matière et du nombre élevé de possibilités techniques.

Le Conseil d'Etat¹³² a rappelé à cette occasion qu'afin d'examiner si la procédure négociée a violé l'article 68 5° de l'Arrêté Royal du 8 janvier 1996 (selon lequel le nombre de candidats admis à négocier ne peut être inférieur à trois), il convenait de répondre à la question de savoir quand les négociations avaient effectivement commencé. En l'espèce, il n'était pas contesté que les parties requérantes avaient ajouté à leur offre, un serveur MS SQL, à la demande du pouvoir adjudicateur, dans le cadre du premier tour des négociations. Aussi, au vu du contenu réel de ce premier tour emportant de véritables négociations, et dès lors que celui-ci s'était déroulé en présence de plus de trois candidats, il n'était pas démontré que l'article 68 5° de l'Arrêté Royal du 8 janvier 1996 avait été violé, ni en quelle façon cette prétendue violation aurait porté préjudice à la partie requérante : *«De verzoekende partij lijkt door haar eerste grief - niet aan de tweede ronde te mogen deelnemen - enkel één bepaling van de specifieke regelgeving betreffende de overheidsopdrachten geschonden te achten, namelijk artikel 68, vijfde lid, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996. Die bepaling lijkt te dezen toepasselijk en zij houdt in dat het aantal gegadigden dat tot de onderhandelingen wordt toegelaten niet kleiner mag zijn dan drie, voor zover er voldoende geschikte gegadigden zijn. De vraag rijst op welk ogenblik in de in het geding zijnde procedure “onderhandelingen” zijn aangevat. Het hiervoor aangehaalde bestek maakt bij de beschrijving van*

¹³² C.E., 31 janvier 2008, n°179.202, N.V. Solid Partners c./ Provincie Antwerpen, T.B.P., 2009, 558.

de eerste ronde enkel gewag maakt van de mogelijkheid om daarin de inschrijvers uit te nodigen om één of meer “toelichtingen” te geven, hetgeen niet op onderhandelingsmarge lijkt te wijzen. De verzoekende partij lijkt echter zelf aan te geven dat de toevoeging van de MS SQL-server op vraag van de verwerende partij is gebeurd. Zulks lijkt te betekenen dat er de eerste ronde reeds wezenlijk - en hier in het voordeel van de verzoekende partij - werd onderhandeld, hetgeen ook het standpunt van de verwerende partij is. Niet betwist lijkt dat de verzoekende partij samen met vier andere inschrijvers tot de eerste ronde werd toegelaten zodat, rekening houdend met het reële verloop van de eerste ronde, de verzoekende partij geen manifeste schending van artikel 68, vijfde lid, lijkt aan te tonen, en nog minder dat, indien die schending zou worden aangenomen, op welke wijze ze de belangen van de verzoekende partij heeft geschaad.»

Les pouvoirs adjudicateurs doivent inviter un nombre de candidats au moins égal au nombre minimum prédéfini. Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection et aux niveaux minimaux est inférieur au nombre minimal, le pouvoir adjudicateur peut continuer la procédure en invitant le ou les candidats ayant les capacités requises. Dans le cadre de cette même procédure, le pouvoir adjudicateur ne peut pas inclure d'autres opérateurs économiques n'ayant pas demandé de participer ou des candidats n'ayant pas les capacités requises.

Enfin, lorsque les pouvoirs adjudicateurs recourent à la faculté de réduire d'offres à négocier (ou le nombre de solutions à discuter dans le cadre d'un dialogue), ils effectuent cette réduction en appliquant les critères d'attribution qu'ils ont indiqués dans l'avis de marché, dans le cahier des charges ou dans le document descriptif. Dans la phase finale, ce nombre doit permettre d'assurer une concurrence réelle, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant de solutions ou de candidats appropriés¹³³.

Ces précisions renforcent les similitudes entre la procédure négociée avec publicité et les procédures restreintes, dans un cadre plus flexible certes¹³⁴ : l'avis de marché préalable assure la mise en concurrence la plus large possible, les principes généraux de transparence et d'égalité de traitement sont une garantie pour les opérateurs économiques pendant toute la procédure.

Si la procédure négociée avec publicité n'est pas présentée en droit européen comme une procédure ordinaire, au fur et à mesure des réformes,

¹³³ Art. 30, §4, Directive 2004/18/CE.

¹³⁴ D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, 247, n°387.

elle est entourée de plus en plus obligations précises, soit en vertu de dispositions visant spécifiquement la procédure négociée avec publicité, soit implicitement lorsque les règles visent les « marchés » sans autre précision ou qu'elles sont énoncées sans aucune restriction (relative à la procédure), soit encore lorsque toutes les conséquences du droit primaire et des principes généraux, singulièrement d'égalité et de non discrimination et de transparence, sont appliquées *in concreto* à une procédure.

Le principe d'égalité implique des obligations très précises dans le chef du pouvoir adjudicateur. Dans le cadre de la passation d'un marché de travaux portant notamment sur la construction d'un parking souterrain, d'un hangar à vélo, d'un hall de gare, de quais, etc à la gare de Brugge, la S.N.C.B. Holding a choisi de procéder à la procédure négociée avec publicité. Les dispositions du cahier spécial des charges prévoyait notamment ce qui suit : le libre accès devait être assuré pour les passagers, via le couloir souterrain existant et les variantes libres ne pouvaient être acceptées.

Le marché a été attribué à l'association momentanée De Meyer – CEI – Interbuild, dont l'offre initiale prévoyait un mode d'exécution différent de celui imposé par le cahier des charge, (et donc une variante) consistant en la construction d'une passerelle temporaire. Après la réunion de négociation du 28 mai 2004, l'association momentanée avait indiqué exécuter les travaux avec une méthode prévoyant un accès aux voyageurs via le passage souterrain existant, pour le même prix et dans le même délai d'exécution. Le requérant, soumissionnaire évincé, qui prévoyait également l'exécution de travaux, avec la construction d'une passerelle temporaire, et qui a néanmoins vu son offre rejetée pour non-conformité, a critiqué la décision de la S.N.C.B. Holding, sur la base notamment de la rupture de principe d'égalité. Le Conseil d'Etat a censuré le comportement du pouvoir adjudicateur : « *le principe d'égalité de traitement des offres est méconnu, dès lors qu'une offre initialement non conforme a été admise aux négociations, parallèlement au refus d'une variante similaire émise par le soumissionnaire évincé* »¹³⁵. Il considère encore que le fait que cette offre initialement non conforme soit devenue conforme dans le cours des négociations a compromis la comparaison objective des offres. Si la prohibition du traitement inégalitaire de deux soumissionnaires dans les circonstances de l'espèce semble inadmissible, par contre, considérer qu'une offre non conforme devienne conforme dans le cours des négociations empêche la comparaison objective ne nous semble pas aller de soi. En effet, si le Conseil d'Etat a entendu condamner la régularisation des offres en cours de négociation, il supprime toute flexibilité à la procédure négociée et

¹³⁵ C.E., 18 juin 2009, n°194.337, N.V. Franki Construct, N.V. Willemen General Contractor, N.V. Strabag Belgium c/ S.N.C.B. Holding ; R.A.B.G., 2009, 1129.

lui fait perdre toute spécificité. Gageons que la précision du défaut de comparaison objective en raison de la régularisation de l'offre soit liée aux circonstances de l'espèce, à savoir qu'une autre offre aurait dû également être intégrée au processus de négociation.

24. La procédure négociée sans publicité

Par opposition à la procédure négociée avec publicité, la procédure négociée sans publicité serait-elle celle qui s'affranchit de toute contrainte ?

La réponse à apporter à cette question est négative, l'administration ne jouit jamais de la même liberté d'un particulier dans ce contexte¹³⁶

D'une part, les champs d'application des deux directives sont rédigés en visant clairement des « marchés », elles énoncent de nombreuses dispositions qui s'appliquent aux marchés ou à la passation des marchés sans autre précision. Partant, sous la seule restriction des dispositions relatives aux modalités de publicité, par définition non applicables à la procédure négociée sans publicité, il s'impose de conclure que toutes les dispositions énoncées par le droit dérivé sont bien applicables aux procédures négociées sans publicité, sauf exception énoncées clairement.

Ainsi, l'obligation d'attribuer le marché sur base du prix le plus bas ou sur base de l'offre économiquement la plus avantageuse déterminée en fonction de critères d'attribution en principe pondérés (sauf si la pondération est impossible pour des raisons démontrables), les modalités imposées pour la prise en compte des variantes libres, ainsi par exemple, des modalités de vérification des offres anormalement basses s'appliquent également dans le cadre d'une procédure négociée sans publicité régie par le droit européen.

D'autre part, le droit primaire, les principes généraux, de droit communautaire au dessus et en dessous des seuils, et de droit administratif nous semblent devoir impliquer des précautions équivalentes à celles généralement appliquées dans le cadre des procédures ordinaires ou à tout le moins dans le cadre de la procédure négociée avec publicité.

Partant, le droit belge ne nous semble pas parfaitement conforme au droit européen dans son état actuel¹³⁷.

¹³⁶ *Contra*, à tort, C.E., 15 février 2006, n°155.076 ; souligné également par PH. FLAMME, *Les marchés publics européens et belges*, 2009, déjà cité, 213.

¹³⁷ Soit la loi de 1993 et ses arrêtés d'exécution.

En effet, le droit interne ne comporte que très peu de dispositions relatives à la procédure négociée en générale et en particulier sans publicité.

Il prévoit seulement qu'en cas de procédure négociée sans publicité¹³⁸ lors du lancement de la procédure au sens de l'article 17, § 2, de la loi, lorsque le montant estimé du marché public de travaux, de fournitures ou de services *est égal ou supérieur*, hors taxe sur la valeur ajoutée, aux seuils européens, et si plusieurs candidats sont retenus, ils sont invités simultanément et par écrit à présenter une offre. Cette invitation comporte au moins : le cahier spécial des charges et, éventuellement, les documents complémentaires y annexés; s'il y a lieu, l'adresse du service auprès duquel les documents complémentaires peuvent être demandés et la date limite pour effectuer cette demande, ainsi que le montant et les modalités de paiement de la somme qui doit éventuellement être versée pour obtenir ces documents; la date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle elles doivent être envoyées et la ou les langues dans lesquelles elles doivent être rédigées; l'indication des documents à joindre éventuellement; le cas échéant, et sans préjudice des dispositions législatives, réglementaires ou administratives relatives à la rémunération de certains services, les critères d'attribution du marché.

Il est généralement admis que le pouvoir adjudicateur doit au moins inviter trois soumissionnaires à remettre une offre, pour des raisons pertinentes tenant à leur capacité et expérience¹³⁹, sauf décision dûment motivée énonçant les raisons pour lesquelles la consultation de trois soumissionnaires n'est pas possible. Le pouvoir adjudicateur jouit d'un large pouvoir discrétionnaire pour choisir ces trois prestataires. Les prestataires économiques ne jouissent pas d'un droit à être invité à la procédure négociée¹⁴⁰.

Le droit interne précise également les modalités de constatation du marché passé par procédure négociée¹⁴¹ : soit par simple facture acceptée, lorsque le montant du marché à approuver ne dépasse pas, hors taxe sur la valeur ajoutée, 5.500 € ; soit par la correspondance, selon les usages du commerce, dans les cas de procédure négociée sans publicité lors du lancement de la procédure au sens de l'article 17, § 2, de la loi, lorsque le montant estimé du marché est inférieur, hors taxe sur la valeur ajoutée, aux seuils européens ; soit par la notification à l'adjudicataire de l'approbation de son offre, telle qu'éventuellement modifiée après négociation entre les parties ; soit par le contrat signé entre les parties.

¹³⁸ Art. 121 de l'AR du 8.01.1996, ainsi modifié par l'A.R. du 25 mars 1999, art. 47, 2°.

¹³⁹ C.E. 12 mars 2003, n°116.962.

¹⁴⁰ C.E. 11 août 1998, n°75.584.

¹⁴¹ Art. 122 de l'AR du 8.01.1996.

Il rend applicable les articles relatifs au contenu des offres et à l'engagement de non participation à une entente par le simple dépôt de l'offre¹⁴² aux marchés à passer par procédure négociée avec ou sans publicité lors du lancement de la procédure.

L'article 90 n'est toutefois d'application pour ces marchés que pour autant que le montant de ceux-ci dépasse 5.500 euros hors taxe sur la valeur ajoutée.

L'article relatif à la remise d'offre par une société momentanée composée d'un associé non sélectionné¹⁴³ est également rendu applicable aux marchés à passer par procédure négociée avec publicité lorsqu'ils sont constatés par la correspondance selon les usages de commerce ou par le contrat signé entre les parties¹⁴⁴.

Pour le reste, le droit interne prévoit seulement que le pouvoir adjudicateur peut rendre d'autres dispositions du titre VI applicables à un marché déterminé, soit le titre intitulé « des offres et de l'attribution en adjudication et en appel d'offres » comportant les règles détaillées de comparaison des offres, passer selon une procédure négociée¹⁴⁵.

25. Conseils méthodologiques

Le pouvoir adjudicateur a tout intérêt compte tenu des contraintes procédurales diverses à choisir une méthodologie précise de négociation qu'il indiquera dans le cahier spécial des charges afin d'une part, de pouvoir exploiter la relative "souplesse" de la procédure négociée sans tomber dans les multiples pièges de la réglementation et d'une part, d'informer parfaitement les opérateurs économiques. Il jouit d'un large pouvoir discrétionnaire dans l'organisation d'une procédure négociée¹⁴⁶. En réalité, la procédure négociée a de nombreux points communs avec la procédure restreinte.

¹⁴² Art. 90 et 91 de l'AR du 8.01.1996.

¹⁴³ Art. 93 de l'AR du 8.01.1998.

¹⁴⁴ Reste trouver une raison logique et rationnelle à ce particularisme procédural...

¹⁴⁵ Art.122, al. 4 de l'Ar du 8.01.1996. De manière plus anecdotique, la même disposition dispose que « Sauf décision contraire du pouvoir adjudicateur, le titre IIIbis (relatif aux conditions d'utilisation des moyens électroniques, n'est pas applicable aux marchés à passer par procédure négociée sans publicité au sens de l'article 17, § 2, de la loi. ».

¹⁴⁶ D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, 289, n°491.

La méthodologie de négociation doit comporter des règles relatives à la conduite de celle-ci, à la sélection qualitative, à la comparaison des offres proprement dite, à la possibilité de faire évoluer le contenu des offres, l'objet des négociations.

Il s'impose sans doute de tenir compte des controverses afin de concevoir une méthode la plus susceptible de ne pas être critiquée. Cet exercice se révèle cependant parfois délicat.

Par exemple, la possibilité de **négocier avec un seul candidat** a été contestée par une partie de la Doctrine¹⁴⁷. Avec d'autres, cette limitation ne nous semble pas pertinente, le droit dérivé ne comportant pas pareille limitation¹⁴⁸, tout dépend du moment où cette négociation avec un seul soumissionnaire intervient et les alternatives dont dispose le pouvoir adjudicateur.

Il était de pratique courante que la **négociation ait lieu en plusieurs tours**, pratique aujourd'hui mentionnée de manière expresse par les directives. Reste à définir les modalités précises de ces différentes étapes et de prévoir ou pas, la rédaction de rapport intermédiaire (après un premier tour de négociation par exemple).

La rédaction de rapport ou documents intermédiaires n'est pas légalement prescrite, si elle est utile au comité de négociation, elle ne doit pas nécessairement pour autant être intégrée dans la méthodologie prévue dans le cahier spécial des charges.

Le droit communautaire impose cependant qu'il y ait une concurrence suffisante avant la remise de la "best and final offer" (BAFO pour les initiés...), il semble délicat de descendre sous le nombre de 3, sauf motivation spéciale. Après la BAFO, le pouvoir adjudicateur peut soit désigner l'adjudicataire, soit désigner un offrant préférentiel, en invitant les autres à patienter dans une salle d'attente¹⁴⁹. Cette technique permet une dernière mise au point de l'accord, tout en réservant des alternatives au pouvoir adjudicateur en cas d'échec de la négociation finale. A nouveau, il est prudent que l'objet de cette mise au point soit précisée dans le cahier des

¹⁴⁷ B. SCHUTYSER et T. VILLE, « De gunning van overheidsopdrachten na onderhandelingen tussen de partijen », in *Jaarboek overheidsopdrachten*, 2008, 589, n° 81.

¹⁴⁸ D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, 289, n°492, note 218.

¹⁴⁹ *Ibid.*, 293, n°498.

charges. A défaut, compte tenu du flou des positions des uns et des autres¹⁵⁰, la mise au point sera susceptible d'être critiquée devant un juge.

Elle doit également garantir l'impartialité du processus d'analyse, par exemple en garantissant l'intégrité du contenu des offres outre la discrétion usuelle des uns et des autres sur le projet, la confidentialité du contenu des offres devant être garantie¹⁵¹.

Plus fondamentalement, compte tenu de l'interdiction de faire évoluer le cahier des charges posée en droit communautaire (dans le cadre de la procédure négociée avec publicité dans les secteurs classiques – dont la Cour de Justice est susceptible de déduire la même interdiction pour les procédures négociées sans publicité dans les mêmes secteurs), il s'imposera de prévoir une maximum de flexibilité au processus par le biais de variante, de spécifications techniques fonctionnelles.

L'utilisation des options prévues par le cahier spécial des charges peut se révéler également particulièrement intéressante dans le cadre d'une procédure négociée, comme l'illustre une affaire tranchée par le Conseil d'Etat¹⁵².

Dans le cadre de l'attribution par procédure négociée d'un marché portant sur l'exécution d'opérations de remorquage et d'assistance à l'amarrage et à l'appareillage de navires de mer annoncé en septembre 1997, seul deux candidatures ont été reçues, le requérant ne s'étant pas porté candidat, ce qui lui fait perdre tout intérêt au recours. Dans le cours des négociations, la partie intervenante propose, en guise d'option complémentaire, notamment la réalisation de travaux de dragage, conformément au cahier spécial des charges, qui autorisait les candidats à remettre diverses options, pour autant que celles-ci n'affectent pas la stabilité du marché pour le remorquage et l'assistance des navires, permettent des tarifs avantageux et présentent un lien avec l'objet du marché : « *In dat bestek was onder III, punt 5, vermeld : "Het staat de kandidaat vrij om, binnen het territorium van [de verwerende partij], aanvullende uitgewerkte voorstellen te formuleren, voor zover zij de financiële stabiliteit van de opdracht voor het slepen en meren verbeteren en toelaten de tarieven aan te houden en voor zover zij met de opdracht voor het slepen en meren een samenhang hebben,*

¹⁵⁰ Les approches souples, C.E., 19 novembre 2003, n°125.482 coexistent avec des approches plus strictes de la Commission européenne.

¹⁵¹ Voy., rapport de la cour des comptes sur la concession relative à la centrale d'épuration de Bruxelles Nord, septembre 2003.

¹⁵² C.E., 17 avril 2008, n°182.119, *N.V. Antwerp Dredging c./ N.V. Zeekanaal en Watergebonden Grondbeheer Vlaanderen; C.D.P.K.*, 2009 (sommaire), 333.

[...] Meer bepaald kan het hier handelen over opdrachten inzake onderhoud en herstelling”» .

Le Conseil d'Etat a estimé que dès lors que les travaux de dragage proposés constituent également un marché de service (comme le remorquage et l'assistance des navires) et présentent un lien avec ces tâches de base, l'acceptation de cette proposition complémentaire, dans le cadre des négociations, et l'attribution de celle-ci, n'a aucunement dénaturé le marché, la concurrence était en effet bien présente : « *De tussenkomen de partijen aan wie de opdracht is toegewezen, hebben ter zake voorstellen gedaan en er is onderhandeld, hetgeen de bepaalde gunningswijze, de onderhandelingsprocedure, toeliet zonder dat de opdracht is “gedenatureerd” zoals de verwerende partij stelt. Daarbij is ook mededinging geweest. Niet is aangetoond op welke wijze aldus artikel 1 van de meervermelde wet van 24 december 1993 of enige andere bepaling van de regelgeving inzake de overheidsopdrachten zou zijn geschonden.* ».

La dernière difficulté qui devra être rencontrée par le cahier spécial des charges réside dans la faculté d'accepter ou non dans la suite de la négociation, une offre affectée d'une irrégularité relative ou absolue ou d'admettre que la négociation porte sur les causes d'irrégularité des offres. En effet, la doctrine est à nouveau divisée sur ce point et la jurisprudence a rendu des arrêts dont des enseignements généraux sont délicats à tirer. Les uns¹⁵³ admettent la régularisation des offres en cours de procédure (par exemple, si une offre n'est pas signée, alors qu'en procédure ordinaire, le Conseil d'Etat interprète cette hypothèse comme une absence d'offre, compte tenu de l'absence d'engagement juridique¹⁵⁴). D'autres sont plus réticents à admettre pareille régularisation¹⁵⁵. La jurisprudence est délicate à interpréter de manière ferme¹⁵⁶. La seule manière de sortir de ces incertitudes est de se donner une ligne de conduite à cet égard dans le cahier spécial des charges, par exemple en énonçant des conditions de recevabilité impératives de l'offre qui permettent d'être invité à la négociation, cette précaution minimale permettant de clarifier l'essentiel. Si l'on entend privilégier la

¹⁵³ J. VERMANDER, *Overheidsopdrachten in de klassieke sectoren*, Bruxelles, 1997, 45 ; FLAMME, M.A. FLAMME et C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Bruxelles, Larcier, 2005, 169.

¹⁵⁴ C.E., 9 mars 2010, S.A. Constructions électriques Schreder C/ Région wallonne, n°201.744.

¹⁵⁵ R. LOSCH, *Competitive dialogue and negotiated procedure in the public sector directive 2004/18/EC*, 10 ; voy. également T.P.I.C.E., Scan office c. Commission, T-40/01.

¹⁵⁶ C.E., 19 juin 2001, n°96.667 (cahier spécial des charges n'exigeait rien à peine de nullité) ; C.E. 6 mars 2008, n°180.547 (pas de base juridique pour considérer que le concept d'irrégularité substantielle puisse être appliqué à une procédure négociée) ; C.E., 21 janvier 2008, n°179.202 (absence d'intérêt du requérant).

souplesse du processus de négociation, il est prudent d'indiquer qu'aucune des prescriptions du cahier des charges, à l'exception des conditions de recevabilité des offres, ne doit être considérée comme impérative.

2.2. Hypothèses

2.2.1 Les hypothèses de procédure négociée avec publicité

26. L'art 30 directive 2004/18/CE

L'art. 30 énonce les cas pour lesquels, le recours à la procédure négociée avec publication d'un avis de marché est autorisé. Il s'agit des cas suivants :

« a) en présence d'offres irrégulières ou en cas de dépôt d'offres inacceptables au regard des dispositions nationales compatibles avec les prescriptions des articles 4, 24, 25, 27 et celles du chapitre VII, soumises en réponse à une procédure ouverte ou restreinte ou à un dialogue compétitif, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent ne pas publier un avis de marché s'ils incluent dans la procédure négociée tous les soumissionnaires et les seuls soumissionnaires qui satisfont aux critères visés aux articles 45 à 52 et qui, lors de la procédure ouverte ou restreinte ou du dialogue compétitif antérieur, ont soumis des offres conformes aux exigences formelles de la procédure de passation;

b) dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de travaux, de fournitures ou de services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix;

c) dans le domaine des services, notamment au sens de la catégorie 6 de l'annexe II A, et pour des prestations intellectuelles, telles que la conception d'ouvrage, dans la mesure où la nature de la prestation à fournir est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre l'attribution du marché par la sélection de la meilleure offre, conformément aux règles régissant la procédure ouverte ou la procédure restreinte;

d) dans le cas des marchés publics de travaux, pour les travaux qui sont réalisés uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation

ou de mise au point et non dans le but d'assurer une rentabilité ou le recouvrement des coûts de recherche et de développement. »

Il est en outre prévu que dans ces cas, les pouvoirs adjudicateurs négocient avec les soumissionnaires les offres soumises par ceux-ci afin de les adapter aux exigences qu'ils ont indiquées dans l'avis de marché, dans le cahier des charges et dans les documents complémentaires éventuels et afin de rechercher la meilleure offre conformément à l'article 53, paragraphe 1¹⁵⁷. Au cours de cette négociation, ils doivent assurer le respect du principe d'égalité de traitement de tous les soumissionnaires, en veillant notamment à ne pas donner de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres¹⁵⁸. Enfin, les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir que la procédure négociée se déroule en phases successives de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution indiqués dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Le recours à cette faculté est indiqué dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges¹⁵⁹.

27. L'article 26, §2 de la loi 2006

L'article 26§ 2 de la loi 2006 transpose l'article 30 ci-dessus, en prévoyant les cas dans lesquels, la procédure négociée avec publicité peut être suivie. Il s'agit des cas suivants :

« 1° dans le cas d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services, lorsque:

- a) seules des offres irrégulières ou des offres inacceptables ont été déposées à la suite d'une adjudication, d'un appel d'offres ou d'un dialogue compétitif, pour autant que:*
 - les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et que*
 - le pouvoir adjudicateur ne consulte pas tous les soumissionnaires qui répondaient aux exigences en matière de sélection qualitative et ont remis une offre formellement régulière lors de la première procédure;*

¹⁵⁷ Article 30, §2 directive 2004/18/CE.

¹⁵⁸ Article 30, §3 directive 2004/18/CE.

¹⁵⁹ Article 30, §4 directive 2004/18/CE.

- b) dans des cas exceptionnels, il s'agit de travaux, de fournitures ou de services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix;*
- c) l'accès du marché est réservé en application de l'article 22 et que le montant estimé du marché n'atteint pas le montant fixé pour la publicité européenne;*
- d) le montant estimé du marché hors taxe sur la valeur ajoutée n'atteint pas les montants fixés par le Roi, lesquels, en toute hypothèse, doivent être inférieurs à ceux fixés pour la publicité européenne;*

2° dans le cas d'un marché public de travaux, lorsque les travaux sont réalisés uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation ou de mise au point et non dans le but d'assurer une rentabilité ou le recouvrement des coûts de recherche et de développement;

3° dans le cas d'un marché public de services, dans la mesure où la nature de la prestation à fournir est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre l'attribution du marché par procédure ouverte ou restreinte. »

Pour finir, le législateur rappelle que le pouvoir adjudicateur doit assurer l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. En particulier, il ne donne pas d'information discriminatoire, susceptible d'avantager certains soumissionnaires¹⁶⁰.

28. L'article 17, §3 de la Loi 1993

Dans l'attente de l'entrée en vigueur de la loi de 2006, les hypothèses prévues par l'article 17, §3 de la loi de 1993 restent d'application, à savoir :

- 1° dans le cas d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services:*
 - seules des offres irrégulières ont été déposées à la suite d'une adjudication ou d'un appel d'offres, ou qu'il n'a été proposé que des prix inacceptables, pour autant que:*
 - les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et que*
 - le pouvoir adjudicateur ne consulte pas tous les soumissionnaires qui répondaient aux conditions minimales de caractère*

¹⁶⁰ Art 26, § 3 de la Loi de 2006.

professionnel, économique et technique déterminées par le Roi et qui ont déposé une offre conforme aux exigences formelles de la première procédure;

*2° dans le cas d'un marché public de travaux ou de services:
– il s'agit, dans des cas exceptionnels, de travaux ou de services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix;*

*3° dans le cas d'un marché public de travaux:
-les travaux sont réalisés uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation ou de mise au point et non dans le but d'assurer une rentabilité ou le recouvrement des coûts de recherche et de développement;*

*4° dans le cas d'un marché public de services:
– la nature des services est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre son attribution selon la procédure d'adjudication ou d'appel d'offres.*

29. Les travaux de recherche et d'expérimentation et les services dont il est impossible d'établir les spécifications avec une précision suffisante pour permettre l'organisation d'une procédure ordinaire

Les hypothèses de **travaux réalisés afin de recherche et d'expérimentation**¹⁶¹, de **services dont il est impossible d'établir les spécifications avec une précision suffisante pour organiser une procédure ordinaire**¹⁶² sont identiques dans le droit européen, la loi de 2006 et la loi de 1993, si ce n'est pour cette dernière hypothèse que le droit européen donne des illustrations en vue de son application.

La seconde hypothèse (impossibilité d'établir des spécifications avec une précision suffisante pour organiser une procédure ordinaire) est très souvent utilisée dans les marchés de services financier (et montages P.P.P¹⁶³ en

¹⁶¹ Art. 30, d de Directive 2004/18/CE, art. 26, §2, 2° de la Loi de 2006, art. 17, §3, 3° de la Loi de 1993.

¹⁶² Art. 30, c de la Directive 2004/18/CE, art. 26, §2, 3° de la Loi de 2006, art. 17, §3, 4° de la Loi de 1993.

¹⁶³ Sur l'astuce de la requalification en service des opérations P.F.I., voy. AL DURVIAUX, *Logique de marche et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier 2006, 123, n°109.

Région flamande¹⁶⁴) et des prestations intellectuelles (notamment des missions d'auteur de projet)¹⁶⁵. Le Conseil d'Etat a rappelé qu'il appartenait au pouvoir adjudicateur d'apporter la preuve que les conditions d'application de cette hypothèse étaient bien remplies, celles-ci devant ressortir soit du dossier administratif, soit d'une délibération motivée relative au choix de ce mode de passation¹⁶⁶. Dans cette affaire, il s'agissait d'apprécier la légalité du marché relatif à la désignation d'un partenaire immobilier chargé de constituer avec l'Etat belge, une Sicafi détenant les biens essentiellement loués à des pouvoirs publics. Le Conseil d'Etat s'est estimé dans l'impossibilité de vérifier la légalité du mode de passation. Cette décision, rendue dans le cadre de l'extrême urgence, nous semble particulièrement sévère. En effet, le cahier spécial des charges nous semblait établir à suffisance la complexité du marché et notamment les inconnues rendant une procédure ordinaire impossible à appliquer.

Le Conseil d'Etat reste particulièrement vigilant et censure régulièrement le recours à cette disposition, par exemple pour la publication d'un périodique au format particulier¹⁶⁷, très souvent en raison de l'absence de soin pris par les pouvoirs adjudicateurs à justifier les conditions d'application¹⁶⁸. Encore faut-il, pour le requérant, pouvoir justifier d'un intérêt utile à cette critique dans le cadre d'une demande de suspension, tel n'est pas le cas lorsqu'il est sélectionné pour participer à la procédure¹⁶⁹. La justification d'un intérêt utile à la critique est délicate également dans le cadre d'un recours en annulation lorsque le candidat sélectionné a participé à la procédure négociée sans émettre la moindre critique¹⁷⁰.

L'introduction de la procédure de dialogue compétitif valant pour les travaux, les fournitures et les services, compliquera singulièrement le recours à cette hypothèse. En effet, l'objet du dialogue est bien de permettre de préciser les spécifications qui seront finalement choisies par le pouvoir adjudicateur pour la suite de la procédure. Il sera d'autant plus délicat de justifier qu'il est impossible d'établir des spécifications avec une précision suffisante.

¹⁶⁴ CE, 6 mars 2008, n°180.547, N.V. Brasschaat Financial c/ Autonomo Gemeentebedrijf Brasschaat (AGBB) ; inédit.

¹⁶⁵ FLAMME, M.A., FLAMME, PH., DARDENNE, CL., *Les marchés publics européens et belges*, déjà cité, spéc. p. 213, n°158.5.

¹⁶⁶ C.E., 11 octobre 2006, n°163.472.

¹⁶⁷ C.E., 22 août 2007, n°174.070, N.V. Verheyen Graphics / Stad Antwerpen, *T.B.P.*, 2009, 58.

¹⁶⁸ C.E., 7 avril 2009, n°192.241.

¹⁶⁹ C.E., 24 janvier 2008, n°178.884, N.V. Brasschaat Financial Holding c/ Autonomo Gemeentebedrijf Brasschaat; *C.D.P.K.*, 2009, 160; *R.W.*, 2009-2010 (sommaire), 366.

¹⁷⁰ C.E., 31 janvier 2008, n°179.202, N.V. Solid Partners c/ Provincie Antwerpen; *T.B.P.*, 2009, 558.

En outre, il faut bien admettre qu'il est toujours possible de rédiger des spécifications par rapport à un marché, qu'elles soient fonctionnelles ou rédigées sous forme d'objectifs ou de niveaux de performance à atteindre¹⁷¹. De telles spécifications compliquent cependant parfois la comparaison des offres¹⁷². La négociation est censée permettre au pouvoir adjudicateur de préciser suffisamment sa demande pour pouvoir comparer et choisir entre diverses solutions. Il reste encore des hypothèses marginales, où la part de créativité des prestataires est telle, qu'il est impossible d'établir des spécifications de manière précise¹⁷³.

30. Les prestations dont la nature et les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix, dans des cas exceptionnels

L'hypothèse des **prestations dont la nature et les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix, dans des cas qui doivent rester exceptionnels**¹⁷⁴, sera parfaitement transposée dès l'entrée en vigueur de la loi de 2006, puisque désormais les travaux, services et fournitures sont visées dans la loi¹⁷⁵.

Cette disposition, controversée¹⁷⁶, a été utilisée par les pouvoirs adjudicateurs du Royaume-Uni dans le cadre de leurs projets P.F.I. et dans le cadre de vaste projet de privatisation de certains services publics. En réalité, dans le cadre de projets complexes, le pouvoir adjudicateur n'est pas toujours en mesure de fixer de manière unilatérale dans le cahier spécial des charges, le système de répartition des risques susceptibles d'être acceptés par les opérateurs économiques. Une inclinaison naturelle teintée de naïveté dans les vertus des P.P.P., pousse le pouvoir adjudicateur à tenter d'externaliser un maximum de risques au secteur privé, alors que ce dernier, ne peut raisonnablement accepter de prendre tous les risques d'une opération. La négociation (ou le dialogue) est indispensable au

¹⁷¹ D. D'HOOGE E.A., *De gunning van overheidsopdrachten*, 2009, 285, n°481.

¹⁷² CE, 22 août 2007, n° 174.070, N.V. Verheyen Graphics / Stad Antwerpen, *T.B.P.*, 2009, 58.

¹⁷³ P. TREPTE, *Public procurement in the EU. A practitioner's guide*, Oxford, OUP, 2006, 431, n° 7.145.

¹⁷⁴ Art. 30, b de la Directive 2004/18/CE, art. 26, §2, 1°, b de la Loi de 2006, art. 17, §3, 2° de la Loi de 1993.

¹⁷⁵ La loi 1993 n'avait pas prévu l'hypothèse pour les fournitures.

¹⁷⁶ AL DURVIAUX, *Logique de marche et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier 2006, 505, n°453.

rapprochement des deux parties et portera sur cette question fondamentale de répartition des risques¹⁷⁷.

En Région flamande, de nombreux partenariats public privé relatifs à des projets de construction dans le logement social combinant apport de terrain, conception et construction ont été passés sur base de cette procédure¹⁷⁸.

L'impossibilité d'établir ou la difficulté de fixer un prix global pour le marché ne peut être imputable au pouvoir adjudicateur¹⁷⁹. Puisque diverses modalités de fixation de prix sont prévues par la réglementation¹⁸⁰, la procédure négociée avec publicité ne peut être justifiée par le fait que les quantités définitives ne seront connues qu'au terme de l'exécution, situation très fréquente dans les projet de construction avec terrassement ou lorsque la nature du sol est délicate¹⁸¹.

L'introduction du dialogue compétitif compliquera singulièrement le recours à cette hypothèse, la complexité de certains projets ayant nécessaire des conséquences sur les modalités de fixation du prix. Dans son livre vert sur les P.P.P., la Commission européenne a adopté une approche très restrictive de cette disposition¹⁸², qui ne peut viser que des « *situations exceptionnelles dans lesquelles des incertitudes pèsent a priori sur la nature ou l'étendue des travaux à effectuer, mais ne vise pas les situations dans lesquelles les incertitudes résultent d'autres causes, telle la difficulté de fixer préalablement le prix en raison de la complexité du montage juridique et financier mis en place* », par exemple des travaux effectués dans une zone géologiquement instable ou archéologique.

¹⁷⁷ A. BROWN, « The impact of the new procurement directive on large public infrastructure project : competitive dialogue or better the devil you know », *P.P.L.R.*, 2004, 106 ; E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND et J.F. NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse aanbestedingsrecht*, La Haye, Sdu Uitgevers, 2004, 145.

¹⁷⁸ Pour un exemple, C.E., 21 décembre 2006, n°166.264 ; FLAMME, M.A., FLAMME, PH., DARDENNE, CL., *Les marchés publics européens et belges*, déjà cité, 211, n°158.2 ; D. D'HOOGHE et F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Bruges, La Chartre, 2003, 102 et s. ; E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND et J.F. NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse aanbestedingsrecht*, La Haye, Sdu Uitgevers, 2004, 145 ; S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Londres, Sweet & Maxwell, 2005, 568.

¹⁷⁹ D. D'HOOGHE E.A., *De gunning van overheidsopdrachten*, 2009, 282, n°476.

¹⁸⁰ Art. 86 de l'AR du 8 janvier 1996.

¹⁸¹ D. D'HOOGHE E.A., *De gunning van overheidsopdrachten*, 2009, 282, n°476

¹⁸² *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, Bruxelles, 30 avril 2004, COM (2004) 327 final.

Cette interprétation est critiquée par la Doctrine¹⁸³. A tort, la Commission semble opérer une scission étanche entre d'une part, les conditions de réalisation des travaux, et d'autre part, les modalités de leur financement. En réalité, ces deux aspects sont la plupart du temps indissociable, le risque de la réalisation des travaux augmentant avec la part de conception qui est externalisée au privé dans le cadre d'un projet.

Le Conseil d'Etat a, semblerait-il, une approche plus pragmatique. Il a admis expressément l'utilisation de cette base juridique pour le projet de PPP pour la liaison Oosterweel¹⁸⁴. Il a récemment encore estimé que le souci de transparence des pouvoirs adjudicateurs qui élaboraient des directives (Leidraad) afin d'informer les participants ne devait pas se retourner contre eux, en précisant que ces directives ne devaient pas être considérées en chacun de ses points comme substantiels, à l'occasion de la passation par la société De Lijn, d'une convention DBFM en vue de la réalisation d'un projet de ligne de trams et de bus Bravo I¹⁸⁵.

En vue d'attribuer un marché public portant sur des assurances tous risques chantiers (lot 1) et responsabilité civile (lot 2) pour la réalisation du projet de liaison du Ring d'Anvers, le pouvoir adjudicateur avait choisi une procédure négociée sur base de l'article 17, §3, 4° de la loi de 1993.

Le Conseil d'Etat¹⁸⁶ a estimé que dès lors qu'il est évident que les spécifications du marché ne pourront être déterminées que sur la base du projet de liaison du Ring d'Anvers lui-même, ce qui augmente la complexité financière et juridique du marché en cause, le recours à la procédure négociée sur la base de l'article 17 § 3 4° de la loi du 24 décembre 1993 paraît justifié : « *Overwegende dat er in casu wel uitdrukkelijk een beslissing is genomen om de onderhandelingsprocedure toe te passen; dat de motieven zich lijken in te passen in de mogelijkheid van artikel 17, § 3, 4/, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en*

¹⁸³ E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND et J.F. NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse aanbestedingsrecht*, La Haye, Sdu Uitgevers, 2004, 145 ; S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Londres, Sweet & Maxwell, 2005, 568, n° 8.11.

¹⁸⁴ C.E., 21 décembre 2006, n° 166.264.

¹⁸⁵ C.E., 11 septembre 2008, n°186.230, N.V. Aannemingsmaatschappij CFE, N.V. Fabricom GTI, N.V. Aannemingen Van Wellen, N.V. Engema c./ Vlaamse Vervoersmaatschappij De Lijn; *T.B.O.*, 2009, (sommaire), p. 261.

¹⁸⁶ C.E., 31 juillet 2007, n°173.795, N.V. Fortis Corporate Insurance / N.V. Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel (B.A.M.); *Entr. et dr.*, 2008, p. 262 et note Ph. FLAMME, « Réflexions sur l'utilisation de la procédure négociée avec publicité spécialement dans le cas repris sous l'article 17, par. 3, 4° de la loi du 24 décembre 1993 » ; *T.B.O.*, 2008, (sommaire), p. 161.

diensten; dat het evident lijkt dat specificaties van de opdracht slechts zullen kunnen bepaald worden als men zicht heeft op de achterliggende opdracht van het project Oosterweelverbinding zelf, wat de financiële en/of juridische complexiteit overstijgt; dat de verwijzing naar het arrest S.A. AXA BELGIUM, nr. 163.472 van 11 oktober 2006 niet helemaal opgaat nu in de zaak van dit arrest er helemaal geen beslissing voorhanden leek om de onderhandelingsprocedure als gunningswijze te hanteren; dat de mogelijkheid dat de onderhandelingsprocedure zou vervangen kunnen worden door de procedure van de concurrentiegerichte dialoog niets afdoet aan de overwegingen van voormeld tussenarrest; dat dienvolgens in casu het tweede middel evenmin dienstig kan worden ingeroepen.....».

Le Conseil d'Etat avait rejeté le recours en suspension visant ce même marché alors que la partie requérante, afin de critiquer la décision de non sélection de sa candidature, invoquait l'irrégularité de l'application de la procédure négociée, dès lors que celle-ci n'était pas motivée, ni dans l'avis de marché, ni dans le dossier de sélection. Le Conseil d'Etat a rappelé à cette occasion qu'étant donné qu'il devait limiter son examen à l'objet de la demande, ainsi qu'au préjudice allégué, il devait constater que, dès lors que l'objectif de la partie requérante étant de se voir attribuer le marché, le moyen invoqué de nullité du recours à la procédure négociée n'est pas de nature à atteindre cet objectif et réparer le préjudice allégué : *«Te dezen betoogt verzoekende partij in het middel dat ten onrechte een beroep is gedaan op de onderhandelingsprocedure. Het ernstig en later gegrond bevinden van dit middel zou echter de tot hiertoe doorlopen gunningsprocedure tenietdoen zodat het voordeel dat verzoekende partij met de huidige vordering beoogt - om uiteindelijk de in het geding zijnde opdracht toegewezen te krijgen en daartoe eerst de beslissing tot niet-selectie ongedaan te maken - voor allicht een hele periode buiten het bereik van verzoekende partij komt. In het licht van het concrete voorwerp van de vordering en het aangevoerde nadeel is het middel dienvolgens niet dienstig.»*¹⁸⁷.

La ville d'Anvers s'est par contre vue reprocher de ne pas avoir suffisamment motivé formellement sa décision de fonder l'attribution du marché relatif à l'impression du journal municipal "de Antverpenaar", notamment en ne démontrant pas pourquoi les spécifications du marché ne pouvaient être définies que dans le cadre d'une procédure négociée (art. 17, §3, 4° de la loi du 24 décembre 1993)¹⁸⁸.

¹⁸⁷ C.E., 12 juillet 2007, n°173.471, N.V. Fortis Corporate Insurance / N.V. Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel (B.A.M.); *Entr. et dr.*, 2008, p. 256 ; *T.B.O.*, 2008, (sommaire), p. 161 ; *T.B.P.*, 2009, p. 49.

¹⁸⁸ C.E., 22 août 2007, n°174.070, N.V. Verheyen Graphics / Stad Antwerpen; *T.B.P.*, 2009, p. 58.

La ville de Mons a commis les mêmes maladresses à l'occasion de l'attribution du marché d'auteur de projet pour l'étude des travaux de rénovation de l'ancienne Académie des Beaux-arts à Mons. Au terme d'une procédure de sélection, seuls deux candidats ont été retenus, dont le requérant, pour défendre et améliorer leur offre devant le comité de sélection. Le Conseil d'Etat¹⁸⁹ a considéré que l'absence de décision de recourir à la procédure négociée ou absence de motivation constituait une décision préalable, et non une décision purement préparatoire, à l'égard du soumissionnaire évincé ayant participé à cette procédure négociée puisqu'elle emportait des effets juridiques définitifs. Il a rappelé que le moyen critiquant la mode de passation était d'ordre public : « (...) *la procédure négociée avec publicité est exceptionnelle, en ce qu'elle n'est autorisée que dans des cas limitativement énumérés à l'article 17, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 précitée, et déroge à un principe fondamental, celui de la concurrence, affirmé par l'article 1^{er} de la même loi* ». La charge de la preuve de ces hypothèses d'application, d'interprétation stricte d'une procédure négociée repose sur la partie qui s'en prévaut.

31. Offres irrégulières ou inacceptables

L'hypothèse des offres irrégulières ou inacceptables¹⁹⁰ suite à une procédure ordinaire ou à un dialogue compétitif¹⁹¹ pour autant que les conditions du marché ne soient pas modifiées substantiellement et que le pouvoir adjudicateur ne consulte pas tous les soumissionnaires qui répondaient aux exigences en matière de sélection qualitative et qui ont remis une offre formellement régulière (Loi 2006) ou des offres conformes aux exigences formelles (Directive 2004 et Loi 1993) est pose plus de difficulté.

D'une part, le texte de la directive est à bien des égards mystérieux, ou dans un langage plus directe, incohérent. Il semble en effet poser des conditions cumulatives qui sont contradictoires¹⁹².

¹⁸⁹ C.E., 7 avril 2009, n°192.241, Association momentanée Gauthier Coton, Architectures, Nottebaert et Lelion c./ Communauté française.

¹⁹⁰ L'expression est nouvelle, avant seuls les prix inacceptables étaient visés.

¹⁹¹ Est-ce l'indice de la volonté du législateur européen de considérer celui-ci comme une procédure ordinaire ? La question aurait mérité une réponse plus franche. Il s'agit d'un ajout de la directive 2004/18/CE et de la loi de 2006.

¹⁹² AL DURVIAUX, *Logique de marche et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier 2006, 506, n°453.

D'autre part, il est dommage que le législateur belge, sur un sujet aussi sensible n'est pas transposé littéralement l'hypothèse en précisant dans les travaux préparatoire ce que recouvrait précisément l'expression, la théorie des irrégularités des offres étant, en droit belge, pour le moins sophistiquée. Si le pouvoir adjudicateur consulte tous les soumissionnaires qui satisfaisaient aux exigences minimales de capacité et qui ont remis une offre formellement conforme, il peut procéder par procédure négociée *sans* publicité¹⁹³.

Le Conseil d'Etat interprète de manière très stricte la condition d'absence de modification substantielle des conditions du marché. Il considère que l'introduction d'un critère d'attribution ou d'une pondération constitue une modification substantielle¹⁹⁴. Dans cette affaire, après avoir procédé à un appel d'offres général pour un marché de service portant sur l'exécution de mesures de courant au large de Zeebrugge et sur l'établissement d'un atlas de ces courants, la Région Flamande, n'ayant reçu qu'une seule offre, décide, le 12 mars 2009, de ne pas attribuer le marché, au vu du caractère anormalement élevé de cette soumission et de procéder, conséquemment, à l'attribution du marché par procédure négociée. Trois candidats déposent une offre. Au terme d'une première réunion de négociation, la Région Flamande adresse, par courrier du 2 octobre 2009, à l'ensemble des candidats, une note, par laquelle elle ajoute un quatrième critère et adapte également la pondération de l'ensemble des critères. Elle précise que les offres finales doivent être déposées au plus tard pour le 15 octobre 2009 à 11 heures. Ce nouveau critère porte, non plus sur une « version pdf » (*pdf-weergave*) de la version papier de l'atlas, mais bien désormais sur les possibilités de navigation avec une interface active : « (...) op het eerste gezicht is er een markant verschil tussen de eerst gevraagde - in de eigen bewoordingen van de verwerende partij - “pdf-weergave” van de papieren versie van de atlas, terwijl in de nieuwe opties in navigatiemogelijkheid en actieve bevraging wordt voorzien.» Le Conseil d'Etat estime, avec sévérité, que l'augmentation de l'objet du marché par l'ajout d'un critère d'attribution, ainsi que par la modification de la pondération de ces critères d'attribution doit être considéré comme une modification substantielle des conditions originaires du marché ; le recours à la procédure négociée ne peut donc être fondée sur la base de l'article 17 §3 1° de la loi du 24 décembre 1993 : «*Op het eerste gezicht dienen aldus de uitbreiding van het voorwerp van de opdracht door de toevoeging van een gunningscriterium en de wijziging van de weging van de gunningscriteria te dezen als een*

¹⁹³ Art. 17, §2, 1°, de la Loi de 1993 ; art. 26, §2, 1° de la Loi de 2006 (secteurs classiques).

¹⁹⁴ C.E., 26 janvier 2010, n°200.069, N.V. Gems International c./ Vlaamse Gewest; inédit.

wezenlijke wijziging van de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht te worden aangemerkt. Aldus lijkt de besteden beslissing te zijn genomen met schending van het in het middel geschonden geacht en voormeld artikel 17, § 3, 1 ».

32. Les marchés de « faible importance » et les marchés « réservés »

Enfin, deux nouvelles hypothèses strictement « belges » ont été ajoutées dans la loi de 2006. D'une part, il s'agit d'une **nouvelle catégorie « de marchés de faible importance »**, plus important que le seuil qui autorise la procédure négociée *sans* publicité et moins important que les seuils européens¹⁹⁵. Les seuils de 600.000 € pour les travaux et de 206.000 € pour les fournitures et services ont déjà été évoqués¹⁹⁶.

D'autre part, il s'agit des marchés **attribués aux entreprises d'économie sociale d'insertion (sous les seuils européens) et aux ateliers protégés** (également au dessus des seuils européens), soit sur base de la réservation d'accès prévue à l'article 22 de la loi 2006). A vrai dire, ce n'est pas tant une procédure négociée avec publicité qui aurait été utile pour la passation de ces marchés, mais bien des règles dérogatoires aux mécanismes d'attribution proprement dit (attribution sur base du critère du prix le plus bas ou sur base de critères multiples), dans la mesure où ces opérateurs n'ont pas pour objectif principal d'être des « opérateurs économiques compétitifs » mais bien, au travers d'une activité économique, de permettre à des personnes fragilisées d'accomplir une activité professionnelle.

2.2.2 Les hypothèses de procédure négociée sans publicité

33. L'art 31 de la directive 2004/18/CE

L'art. 31 de la directive énonce les cas justifiant le recours à la procédure négociée sans publication d'un avis de marché.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés publics en recourant à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché dans les cas suivants:

¹⁹⁵ Art. 26, §2, 1°, d de la Loi de 2006.

¹⁹⁶ FLAMME, M.A., FLAMME, PH., DARDENNE, CL., *Les marchés publics européens et belges*, déjà cité, 211-213, n°158.4.

1) dans le cas des marchés publics de travaux, de fournitures et de services:
a) lorsqu'aucune offre ou aucune offre appropriée ou aucune candidature n'a été déposée en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et qu'un rapport soit communiqué à la Commission à sa demande;

b) lorsque, pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité, le marché ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé;

c) dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse, résultant d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs en question, n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures ouvertes, restreintes ou négociées avec publication d'un avis de marché visées à l'article 30. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs;

2) dans le cas des marchés publics de fournitures:

a) lorsque les produits concernés sont fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, cette disposition ne comprenant pas la production en quantités visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les frais de recherche et de développement;

b) pour les livraisons complémentaires effectuées par le fournisseur initial et destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées; la durée de ces marchés, ainsi que des marchés renouvelables, ne peut pas, en règle générale, dépasser trois ans;

c) pour les fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières;

d) pour l'achat de fournitures à des conditions particulièrement avantageuses, soit auprès d'un fournisseur cessant définitivement ses activités commerciales, soit auprès des curateurs ou liquidateurs d'une faillite, d'un concordat judiciaire ou d'une procédure de même nature prévue par les législations ou réglementations nationales;

3) dans le cas des marchés publics de services, lorsque le marché considéré fait suite à un concours et doit, conformément aux règles applicables, être attribué au lauréat ou à un des lauréats du concours; dans ce dernier cas, tous les lauréats du concours doivent être invités à participer aux négociations;

4) dans le cas des marchés publics de travaux et marchés publics de services:

a) pour les travaux ou services complémentaires qui ne figurent pas dans le projet initialement envisagé ni dans le contrat initial et qui sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de l'ouvrage ou du service tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui exécute cet ouvrage ou ce service:

– lorsque ces travaux ou services complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché initial sans inconvénient majeur pour les pouvoirs adjudicateurs,

ou

– lorsque ces travaux ou services, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement.

Toutefois, le montant cumulé des marchés passés pour les travaux ou services complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché initial;

b) pour de nouveaux travaux ou services consistant dans la répétition de travaux ou de services similaires confiés à l'opérateur économique adjudicataire du marché initial par les mêmes pouvoirs adjudicateurs, à condition que ces travaux ou ces services soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un marché initial passé selon la procédure ouverte ou restreinte.

La possibilité de recourir à cette procédure est indiquée dès la mise en concurrence de la première opération et le montant total envisagé pour la suite des travaux ou des services est pris en considération par les pouvoirs adjudicateurs pour l'application de l'article 7.

Il ne peut être recouru à cette procédure que pendant une période de trois ans suivant la conclusion du marché initial.

34. L'article 40. 3 de la directive 2004/17/CE

L'art. 40. 3 de la directive dispose que : « Les entités adjudicatrices peuvent recourir à une procédure sans mise en concurrence préalable dans les cas suivants:

a) lorsqu'aucune offre ou aucune offre appropriée ou aucune candidature n'a été déposée en réponse à une procédure avec mise en concurrence préalable, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées;

b) lorsqu'un marché est passé uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement et non dans le but d'assurer une rentabilité ou de récupérer les coûts de recherche et de développement

et dans la mesure où la passation d'un tel marché ne porte pas préjudice à la mise en concurrence des marchés subséquents qui poursuivent notamment ces buts;

c) lorsque, en raison de sa spécificité technique, artistique ou pour des raisons tenant à la protection des droits d'exclusivité, le marché ne peut être exécuté que par un opérateur économique déterminé;

d) dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour les entités adjudicatrices ne permet pas de respecter les délais exigés par les procédures ouvertes, restreintes et négociées avec mise en concurrence préalable;

e) dans le cas de marchés de fournitures pour des livraisons complémentaires effectuées par le fournisseur initial et destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait l'entité adjudicatrice à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés d'utilisation et d'entretien disproportionnées;

f) pour les travaux ou les services complémentaires ne figurant pas dans le projet initialement adjugé ni dans le premier marché conclu et devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de ce marché, à condition que l'attribution soit faite à l'entrepreneur ou au prestataire de services qui exécute le marché initial:

– lorsque ces travaux ou services complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour les entités adjudicatrices, ou

– lorsque ces travaux ou services complémentaires, quoique séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement;

g) dans le cas de marchés de travaux, pour de nouveaux travaux consistant dans la répétition d'ouvrages similaires confiés à l'entreprise titulaire d'un premier marché attribué par les mêmes entités adjudicatrices, à condition que ces travaux soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un premier marché passé après mise en concurrence; la possibilité de recourir à cette procédure est indiquée dès la mise en concurrence de la première opération et le montant total envisagé pour la suite des travaux est pris en considération par les entités adjudicatrices pour l'application des articles 16 et 17;

h) lorsqu'il s'agit de fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières;

i) pour les marchés à passer sur la base d'un accord-cadre, pour autant que la condition mentionnée à l'article 14, paragraphe 2, soit remplie;

j) pour les achats d'opportunité, lorsqu'il est possible d'acquérir des fournitures en profitant d'une occasion particulièrement avantageuse qui s'est présentée dans une période de temps très courte et pour lesquelles le

prix à payer est considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché;

k) pour l'achat de fournitures dans des conditions particulièrement avantageuses, soit auprès d'un fournisseur cessant définitivement ses activités commerciales, soit auprès des curateurs ou liquidateurs d'une faillite, d'un concordat judiciaire ou d'une procédure de même nature existant dans les législations ou réglementations nationales;

l) lorsque le marché de services considéré fait suite à un concours organisé conformément à la présente directive et est, conformément aux règles applicables, attribué au lauréat ou à un des lauréats de ce concours; pour ce dernier cas, tous les lauréats du concours sont invités à participer aux négociations.

35. Les articles 26, 53, §2 et 66, §2 de la Loi de 2006

L'art. 26 de la loi de 2006 dispose que :

§ 1^{er}. Il ne peut être traité par procédure négociée sans publicité, mais si possible après consultation de plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services, que dans les cas suivants:

1° dans le cas d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services, lorsque:

a) la dépense à approuver ne dépasse pas, hors taxe sur la valeur ajoutée, les montants fixés par le Roi;

b) le marché a pour objet des travaux, des fournitures ou des services déclarés secrets ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité, conformément à des dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur, ou lorsque la protection des intérêts essentiels du pays l'exige. Cette disposition s'applique également aux marchés publics de fournitures et de services auxquels s'applique l'article 296 du traité instituant la Communauté européenne et aux marchés publics de services en matière de transport aérien ou maritime pour les besoins du ministère de la défense;

c) dans la mesure strictement nécessaire, l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur ne permet pas de respecter les délais exigés par la procédure ouverte, restreinte ou négociée avec publicité. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent, en aucun cas, être imputables au pouvoir adjudicateur;

d) aucune demande de participation ou demande de participation appropriée, aucune offre ou offre appropriée n'a été déposée à la suite

d'une adjudication ou d'un appel d'offres, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et, pour les marchés atteignant les montants fixés pour la publicité européenne, qu'un rapport soit communiqué à la commission européenne à sa demande;

e) seules des offres irrégulières ou des offres inacceptables ont été déposées en réponse à une adjudication, un appel d'offre ou un dialogue compétitif, pour autant que le pouvoir adjudicateur consulte tous les soumissionnaires qui répondaient aux exigences en matière de sélection qualitative et ont remis une offre formellement régulière lors de la première procédure et que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées. Lorsque la première procédure a été obligatoirement soumise à la publicité européenne, seuls les soumissionnaires répondant aux exigences et conditions précitées peuvent être consultés.

Lorsque la première procédure n'a pas été obligatoirement soumise à la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur peut, en vue d'élargir la concurrence, consulter en outre des entrepreneurs, des fournisseurs ou des prestataires de services qui, selon lui, peuvent répondre aux exigences en matière de droit d'accès et de sélection qualitative, que ceux-ci aient remis ou non une offre dans le cadre de la première procédure;

f) les travaux, fournitures ou services ne peuvent, pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité, être confiés qu'à un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services déterminé;

2° dans le cas d'un marché public de travaux ou de services, lorsque:

a) des travaux ou des services complémentaires ne figurant pas dans le projet initialement envisagé ni dans le marché initial sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de l'ouvrage ou du service tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'adjudicataire qui exécute ledit ouvrage ou les services et que le montant cumulé des marchés passés pour les travaux ou services complémentaires n'excède pas cinquante pour cent du montant du marché principal:

– lorsque ces travaux ou services complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur;

– lorsque ces travaux ou services, quoique séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement;

b) des travaux ou services nouveaux consistant dans la répétition de travaux ou services similaires sont attribués à l'adjudicataire du marché initial par le même pouvoir adjudicateur, à condition que ces travaux ou services soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet du marché initial passé par adjudication ou par appel d'offres. Toutefois, la possibilité de recourir à cette procédure doit être indiquée dès la mise en concurrence du premier marché. La décision d'attribution des marchés

répétitifs doit en outre intervenir dans les trois ans après la conclusion du marché initial;

3° dans le cas d'un marché public de fournitures, lorsque:

a) les produits concernés sont fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, cette disposition ne comprenant pas la production en quantités visant à établir la viabilité commerciale du produit ou d'amortir les frais de recherche et de développement;

b) des fournitures complémentaires sont à effectuer par le fournisseur initial et sont destinées, soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées. La durée de ces marchés, ainsi que des marchés renouvelables, ne peut pas, en règle générale, dépasser trois ans;

c) des fournitures complémentaires de même nature et présentant les mêmes caractéristiques qui, à la suite d'une circonstance imprévue, sont attribuées au fournisseur du marché initial, à condition que le montant cumulé des marchés de fournitures complémentaires n'excède pas cinquante pour cent du montant du marché initial et que le montant cumulé de tous les marchés n'atteigne pas les montants fixés pour la publicité au niveau européen. La durée de ces marchés, ainsi que des marchés renouvelables, ne peut pas, en règle générale, dépasser trois ans;

d) il s'agit de fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières;

e) des fournitures sont achetées à des conditions particulièrement avantageuses, soit auprès d'un fournisseur cessant définitivement ses activités commerciales, soit auprès des curateurs ou liquidateurs d'une faillite, d'un concordat judiciaire ou d'une procédure de même nature existant dans les législations ou réglementations nationales;

4° dans le cas d'un marché public de services, lorsque le marché de services considéré fait suite à un concours de projets et doit, conformément aux règles y applicables, être attribué au lauréat ou à un des lauréats de ce concours. Dans ce dernier cas, tous les lauréats doivent être invités à participer aux négociations.

L'art. 53 § 2 dispose que : « *Il ne peut être traité par procédure négociée sans publicité mais si possible après consultation de plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services que dans les cas suivants:*

1° dans le cas d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services, lorsque:

- a) la dépense à approuver ne dépasse pas, hors taxe sur la valeur ajoutée, les montants fixés par le Roi;
 - b) le marché a pour objet des travaux, des fournitures ou des services déclarés secrets par l'autorité ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément à des dispositions législatives, réglementaires ou administratives en vigueur, ou lorsque la protection des intérêts essentiels du pays l'exige;
 - c) dans la mesure strictement nécessaire, l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur ne permet pas de respecter les délais exigés par la procédure ouverte, restreinte ou négociée avec publicité. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent, en aucun cas, être imputables au pouvoir adjudicateur ou à l'entreprise publique;
 - d) aucune demande de participation ou demande de participation appropriée, aucune offre ou offre appropriée n'a été déposée en réponse à une procédure ouverte, restreinte ou négociée avec publicité, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées;
 - e) les travaux, fournitures ou services ne peuvent, en raison de leur spécificité technique, artistique ou pour des raisons tenant à la protection des droits d'exclusivité, être confiés qu'à un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services déterminé;
 - f) le marché est passé uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement et non dans le but d'assurer une rentabilité ou de récupérer les coûts de recherche et de développement et dans la mesure où la passation d'un tel marché ne porte pas préjudice à la mise en concurrence des marchés subséquents qui poursuivent notamment ces buts;
 - g) le marché est à passer sur la base d'un accord-cadre, pour autant que cet accord-cadre ait été passé selon une des procédures visées au § 1^{er};
- 2° dans le cas d'un marché public de travaux ou de services, pour des travaux ou des services complémentaires ne figurant pas dans le projet initialement adjugé ni dans le premier marché conclu et qui sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de ce marché, à condition que l'attribution soit faite à l'entrepreneur ou au prestataire de services qui exécute le marché initial:
- lorsque ces travaux ou services complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur ou l'entreprise publique,
 - ou
 - lorsque ces travaux ou services complémentaires, quoique séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement;

3° dans le cas d'un marché public de travaux, pour des travaux nouveaux, consistant dans la répétition d'ouvrages similaires qui sont attribués à l'adjudicataire du marché initial par le même pouvoir adjudicateur ou la même entreprise publique, à condition que ces travaux soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un premier marché passé par adjudication, par appel d'offres ou par procédure négociée avec publicité. Toutefois, la possibilité de recourir à cette procédure doit être indiquée dès la mise en concurrence du premier marché;

4° dans le cas d'un marché public de fournitures, lorsque:

a) des fournitures complémentaires sont à effectuer par le fournisseur initial et sont destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur ou l'entreprise publique à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées;

b) des fournitures complémentaires de même nature et présentant les mêmes caractéristiques sont attribuées, à la suite d'une circonstance imprévue, au fournisseur du marché initial, à condition que le montant cumulé des marchés de fournitures complémentaires n'excède pas cinquante pour cent du montant du marché initial et que le montant cumulé de tous les marchés n'atteigne pas les montants fixés pour la publicité au niveau européen;

c) il s'agit de fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières;

d) il s'agit d'achats d'opportunité, s'il est possible d'acquérir des fournitures en profitant d'une occasion particulièrement avantageuse qui s'est présentée dans une période de temps très courte et pour lesquelles le prix à payer est considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché;

e) des fournitures sont achetées à des conditions particulièrement avantageuses soit auprès d'un fournisseur cessant définitivement ses activités commerciales, soit auprès des curateurs ou liquidateurs d'une faillite, d'un concordat judiciaire ou d'une procédure de même nature existant dans les législations ou réglementations nationales;

5° dans le cas d'un marché public de services, lorsque le marché fait suite à un concours de projets et doit, conformément aux règles y applicables, être attribué au lauréat ou à un des lauréats de ce concours. Dans ce dernier cas, tous les lauréats doivent être invités à participer aux négociations;

6° dans le cas d'un marché public de services dont le montant total n'atteint pas le montant fixé pour la publicité européenne, lorsque:

a) les services ne peuvent, en raison des nécessités techniques ou d'investissements préalables importants, être confiés qu'à un prestataire de services déterminé;

b) des services nouveaux, consistant dans la répétition de services similaires, sont attribués à l'adjudicataire du marché initial par le même pouvoir adjudicateur ou la même entreprise publique, à condition que ces services soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un premier marché passé après mise en concurrence. La possibilité de recourir à cette procédure doit être indiquée dès la mise en concurrence de la première opération.

L'art. 66 § 2 dispose que : « *Les marchés ne peuvent être passés par procédure négociée sans publicité que dans les cas suivants:*

1° dans le cas d'un marché de travaux, de fournitures ou de services lorsque:

a) dans la mesure strictement nécessaire, l'urgence impérieuse résultant d'évènements imprévisibles pour les entités adjudicatrices ne permet pas de respecter les délais exigés par la procédure ouverte, restreinte ou négociée avec publicité. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables à l'entité adjudicatrice;

b) aucune demande de participation ou candidature appropriée, aucune offre ou offre appropriée n'a été déposée en réponse à une procédure avec mise en concurrence préalable, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées;

c) les travaux, fournitures ou services ne peuvent en raison de leur spécificité technique, artistique ou pour des raisons tenant à la protection des droits d'exclusivité être confiés qu'à un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services déterminé;

d) le marché est passé uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement et non dans le but d'assurer une rentabilité ou de récupérer les coûts de recherche et de développement et dans la mesure où la passation d'un tel marché ne porte pas préjudice à la mise en concurrence des marchés subséquents qui poursuivent notamment ces buts;

e) pour les marchés à passer sur la base d'un accord-cadre, pour autant que cet accord-cadre ait été passé selon une des procédures prévues au § 1^{er};

2° dans le cas d'un marché de travaux ou de services pour des travaux ou des services complémentaires ne figurant pas dans le projet initialement adjugé ni dans le premier marché conclu et qui sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de ce marché, à condition que l'attribution soit faite à l'entrepreneur ou au prestataire de services qui exécute le marché initial:

– lorsque ces travaux ou services complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour les entités adjudicatrices,

ou

– lorsque ces travaux ou services complémentaires, quoique séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement;

3° dans le cas d'un marché de travaux, pour des travaux nouveaux, consistant dans la répétition d'ouvrages similaires, qui sont attribués à l'entreprise titulaire du marché initial par la même entité adjudicatrice, à condition que ces travaux soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un premier marché passé après mise en concurrence. Toutefois, la possibilité de recourir à cette procédure doit être indiquée dès la mise en concurrence du premier marché;

4° dans le cas d'un marché de fournitures lorsque:

a) des fournitures complémentaires sont à effectuer par le fournisseur initial et sont destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait l'entité adjudicatrice à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés d'utilisation et d'entretien disproportionnées;

b) il s'agit de fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières;

c) il s'agit d'achats d'opportunité, s'il est possible d'acquérir des fournitures en profitant d'une occasion particulièrement avantageuse qui s'est présentée dans une période de temps très courte et pour lesquelles le prix à payer est considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché;

d) des fournitures sont achetées dans des conditions particulièrement avantageuses soit auprès d'un fournisseur cessant définitivement ses activités commerciales, soit auprès des curateurs ou liquidateurs d'une faillite, d'un concordat judiciaire ou d'une procédure de même nature existant dans les législations ou réglementations nationales;

5° dans le cas d'un marché de services lorsque le marché fait suite à un concours de projets et doit, conformément aux règles y applicables, être attribué au lauréat ou à un des lauréats de ce concours. Dans ce dernier cas, tous les lauréats doivent être invités à participer aux négociations.

36. Les articles, 17, §2, 39, §2 et 59, §2 de la Loi de 1993

L'art. 17, § 2 dispose que : « Il peut être traité par procédure négociée sans respecter de règle de publicité lors du lancement de la procédure, mais si possible après consultation de plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de service lorsque:

1° dans le cas d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services:

a) la dépense à approuver ne dépasse pas, hors taxe sur la valeur ajoutée, les montants fixés par le Roi;

b) le marché a pour objet des travaux, fournitures ou services déclarés secrets ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité, conformément à des dispositions légales ou réglementaires en vigueur, ou lorsque la protection des intérêts essentiels du pays l'exige.

Ce cas s'applique également:

– aux marchés publics de fourniture et de services auxquels s'applique l'article 296 du traité instituant la Communauté européenne;

– aux marchés publics de services en matière de transport aérien et maritime pour les besoins du ministère de la défense.

c) dans la mesure strictement nécessaire, l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles ne permet pas de respecter les délais exigés par les autres procédures;

d) seules des offres irrégulières ont été déposées à la suite d'une adjudication ou d'un appel d'offres, ou qu'il n'a été proposé que des prix inacceptables, pour autant que:

– les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et que

– le pouvoir adjudicateur consulte tous les soumissionnaires qui répondaient aux conditions minimales de caractère professionnel, économique et techniques déterminées par le Roi et qui ont déposé une offre conforme aux exigences formelles de la première procédure;

e) aucune offre n'a été déposée à la suite d'une adjudication ou d'un appel d'offres, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées;

f) les travaux, fournitures ou services ne peuvent en raison de leur spécificité technique, artistique ou tenant à la protection des droits d'exclusivité, être confiés qu'à un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services déterminé;

2° dans le cas d'un marché public de travaux ou de services:

a) des travaux ou services complémentaires ne figurant pas au projet initial adjugé ni au premier contrat conclu sont, à la suite d'une circonstance imprévue, devenus nécessaires à l'exécution de l'ouvrage ou du service tel qu'il y est décrit, pour autant que l'attribution soit faite à l'adjudicataire qui exécute ledit ouvrage ou service et que le montant cumulé des marchés passés pour les travaux ou services complémentaires n'excède pas 50 p.c. du montant du marché principal:

– lorsque ces travaux ou services ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur;

– lorsque ces travaux ou services, quoique séparables de l'exécution du marché principal, sont strictement nécessaires à son perfectionnement;

b) des travaux ou services nouveaux consistant dans la répétition d'ouvrages ou services similaires sont attribués à l'adjudicataire d'un premier marché par le même pouvoir adjudicateur, à condition que ces travaux ou services soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un premier marché passé par adjudication ou sur appel d'offres. Toutefois, la possibilité de recourir à cette procédure doit être indiquée dès la mise en concurrence du premier marché. Elle est en outre limitée à une période de trois ans après la conclusion du marché initial;

3° dans le cas d'un marché public de fournitures:

a) les articles concernés sont fabriqués uniquement à titre de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, cette disposition ne comprenant pas la production en grandes quantités en vue d'établir la viabilité commerciale du produit ou d'amortir les frais de recherche et de développement;

b) des fournitures complémentaires sont à effectuer par le fournisseur initial et sont destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, si le changement de fournisseur obligeait le pouvoir adjudicateur d'acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées. La durée de ces marchés, ainsi que des marchés renouvelables, ne peut en règle générale dépasser trois ans;

4° dans le cas d'un marché public de services:

– le marché de services fait suite à un concours de projet et doit, conformément aux règles y applicables, être attribué au lauréat ou à un des lauréats de ce concours. Dans ce dernier cas, tous les lauréats doivent être invités à participer aux négociations.

L'article 39 § 2 dispose que : « *Les marchés publics peuvent également être passés par procédure négociée sans respecter de règle de publicité lors du lancement de la procédure mais si possible après consultation de plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services lorsque:*

1° dans le cas d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services:

a) la dépense à approuver ne dépasse pas, hors taxe sur la valeur ajoutée, les montants fixés par le Roi;

b) le marché a pour objet des travaux, fournitures ou services déclarés secrets ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément à des dispositions législatives ou réglementaires en vigueur, ou lorsque la protection des intérêts essentiels de la sécurité du pays l'exige;

c) dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles ne permet pas de respecter les délais exigés par les procédures ouvertes ou restreintes;

d) aucune offre ou aucune offre appropriée n'a été déposée en réponse à une procédure avec mise en concurrence préalable, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées;

e) les travaux, fournitures ou services ne peuvent, en raison de leur spécificité technique, artistique ou tenant à la protection des droits d'exclusivité, être confiés qu'à un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services déterminé;

f) le marché est passé uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement. Lorsqu'il s'agit d'un marché de travaux ou de fournitures, il ne peut avoir pour but d'assurer une rentabilité ou de récupérer les coûts de recherche et de développement.

Pour les marchés publics visés à l'article 41bis, cette disposition s'applique dans la mesure où la passation d'un tel marché ne porte pas préjudice à la mise en concurrence des marchés subséquents qui poursuivent notamment ces buts;

g) pour les marchés à passer sur la base d'un accord-cadre, pour autant que cet accord-cadre ait été pris selon une des procédures visées au § 1^{er};

2° dans le cas d'un marché public de travaux:

a) des travaux complémentaires ne figurant pas dans le projet initialement adjugé ni dans le premier marché conclu sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de ce marché, à condition que l'attribution soit faite à l'entrepreneur qui exécute le marché initial:

– lorsque ces travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur,

ou

– lorsque ces travaux complémentaires, quoique séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement;

b) des travaux nouveaux, consistant dans la répétition d'ouvrages similaires, sont attribués à l'entrepreneur titulaire d'un premier marché par le même pouvoir adjudicateur, à condition que ces travaux soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un premier marché passé après mise en concurrence. La possibilité de recourir à cette procédure doit être indiquée dès la mise en concurrence de la première opération;

3° dans le cas d'un marché public de fournitures:

a) des livraisons complémentaires sont à effectuer par le fournisseur initial et sont destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés d'utilisation et d'entretien disproportionnées;

b) il s'agit de fournitures cotées et achetées en bourse;

c) il s'agit d'achats d'opportunité, lorsqu'il est possible d'acquérir des fournitures en profitant d'une occasion particulièrement avantageuse qui s'est présentée dans une période de temps très courte et pour lesquelles le prix à payer est considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché;

d) l'achat de fournitures dans des conditions particulièrement avantageuses est possible soit auprès d'un fournisseur cessant définitivement ses activités commerciales, soit auprès des curateurs ou liquidateurs d'une faillite, d'un concordat judiciaire ou d'une procédure de même nature existant dans les législations ou réglementations nationales;

4° dans le cas d'un marché public de services:

a) il s'agit d'ouvrages et objets d'art ou de précision dont l'exécution ne peut être confiée qu'à des artistes ou techniciens éprouvés;

b) des services complémentaires ne peuvent techniquement être séparés du marché principal ou lorsque le coût n'excède pas 20 p.c. de celui-ci;

c) les services ne peuvent en raison des nécessités techniques ou d'investissements préalables importants, être confiés qu'à un prestataire de services déterminé;

d) les prix sont, en fait, soustraits au jeu normal de la concurrence;

e) il s'agit de services qu'il s'impose d'adjuger en dehors des territoires des États membres de la Communauté européenne en raison de leur nature ou de leurs conditions particulières;

5° dans le cas d'un marché public de services atteignant le montant fixé par le Roi pour la publicité européenne lors du lancement de la procédure, le marché fait suite à un concours de projets et doit, conformément aux règles y applicables, être attribué au lauréat ou à un des lauréats de ce concours. Dans ce dernier cas, tous les lauréats doivent être invités à participer aux négociations;

6° dans le cas d'un marché public de services atteignant le montant fixé par le Roi pour la publicité européenne, lors du lancement de la procédure, des services complémentaires ne figurant pas dans le projet initialement adjugé ni dans le premier marché conclu sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de ce marché, à condition que l'attribution soit faite au prestataire de services qui exécute le marché initial:

– lorsque ces services complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur;

ou

– lorsque ces services complémentaires, quoique séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement.

L'article 59 § 2 dispose que : « Les marchés peuvent également être passés par procédure négociée sans mise en concurrence préalable lorsque :

1° dans le cas d'un marché de travaux, de fournitures ou de services:

a) aucune offre ou aucune offre appropriée n'a été déposée en réponse à une procédure avec mise en concurrence préalable, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées;

b) le marché est passé uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement et non dans le but d'assurer une rentabilité ou de récupérer les coûts de recherche et développement et dans la mesure où la passation d'un tel marché ne porte pas préjudice à la mise en concurrence des marchés subséquents qui poursuivent notamment ces buts;

c) l'exécution du marché ne peut être confiée qu'à un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services déterminé en raison de sa spécificité technique, artistique ou pour des raisons tenant à la protection des droits d'exclusivité;

d) dans la mesure strictement nécessaire lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour les entités adjudicatrices ne permet pas de respecter les délais exigés par les procédures ouvertes ou restreintes;

e) pour les marchés à passer sur la base d'un accord-cadre, pour autant que cet accord-cadre ait été passé selon une des procédures prévues au § 1^{er} du présent article;

2° dans le cas d'un marché de travaux ou de services:

– des travaux ou des services complémentaires ne figurant pas dans le projet initialement adjudgé ni dans le premier marché conclu sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de ce marché, à condition que l'attribution soit faite à l'entrepreneur ou au prestataire de services qui exécute le marché initial;

– lorsque ces travaux ou services complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour les entités adjudicatrices, ou

– lorsque ces travaux ou services complémentaires, quoique séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement;

3° dans le cas d'un marché de travaux:

– des travaux nouveaux, consistant dans la répétition d'ouvrages similaires, sont confiés à l'entreprise titulaire d'un premier marché attribué par la même entité adjudicatrice, à condition que ces travaux soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un premier marché passé après mise en concurrence. La possibilité de recourir à cette procédure doit être indiquée dès la mise en concurrence de la première opération;

4° dans le cas d'un marché de fournitures:

a) des livraisons complémentaires sont à effectuer par le fournisseur initial et sont destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension de fournitures ou

d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait l'entité adjudicatrice à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés d'utilisation et d'entretien disproportionnées;

b) il s'agit de fournitures cotées et achetées en bourse;

c) il s'agit d'achats d'opportunité, s'il est possible d'acquérir des fournitures en profitant d'une occasion particulièrement avantageuse qui s'est présentée dans une période de temps très courte et pour lesquelles le prix à payer est considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché;

d) l'achat de fournitures dans des conditions particulièrement avantageuses est possible soit auprès d'un fournisseur cessant définitivement ses activités commerciales, soit auprès des curateurs ou liquidateurs d'une faillite, d'un concordat judiciaire ou d'une procédure de même nature existant dans les législations ou réglementations nationales;

5° dans le cas d'un marché de services:

– le marché fait suite à un concours de projets et doit, conformément aux règles y applicables, être attribué au lauréat ou à un des lauréats de ce concours. Dans ce dernier cas, tous les lauréats doivent être invités à participer aux négociations.

37. Commentaires synthétiques

L'analyse de cette partie de la réglementation n'est guère aisée. La multiplication d'hypothèses communes ou spécifiques aux secteurs classiques et aux secteurs spéciaux, d'hypothèses visant globalement ou spécifiquement les travaux, les fournitures et les services, nécessite un effort de synthèse particulier.

La Loi de 2006 reprendra à terme, les hypothèses visées par les deux directives sans plus ajouter à celles-ci. Disparaîtront ainsi dès l'entrée en vigueur de la loi 2006, différentes hypothèses figurant actuellement encore dans la loi de 1993, sous les seuils européens¹⁹⁷ : premièrement, les ouvrages et objets d'art ou de précision dont l'exécution ne peut être confiée qu'à des artistes ou techniciens éprouvés¹⁹⁸ ; deuxièmement, pour les services complémentaires qui ne peuvent techniquement être séparés du marché principal ou lorsque le coût n'excède pas 20% de celui-ci ; troisièmement, lorsque les services ne peuvent, en raison des nécessités techniques ou d'investissements préalables importants (effectués par le

¹⁹⁷ D. D'HOOGHE E.A., *De gunning van overheidsopdrachten*, 2009, 275-277, n°460 à 461.

¹⁹⁸ Qui était appliquée dans des cas très exceptionnels, D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 1997, 297, n° 751.

prestataire), être confiés qu'à un prestataire de services déterminé¹⁹⁹; quatrièmement, lorsque les prix sont, en fait, soustraits au jeu normal de la concurrence, soit en cas d'entente constatées, les négociation servant à tenter de les briser, lorsqu'il n'existe pas de concurrence normale²⁰⁰; enfin, lorsqu'il s'agit de services qu'il s'impose d'adjuger en dehors des territoires des Etats membres de la Communauté européenne en raison de leur nature ou de leurs conditions particulières²⁰¹.

Seule la troisième hypothèse est reprise dans la loi de 2006²⁰², soit les services qui ne peuvent, en raison des nécessités techniques ou d'investissements préalables importants, être confiés qu'à un prestataire de services déterminé.

La seule spécificité du droit belge par rapport aux directives européennes réside désormais dans cette « catégorie de marchés de faible importance », commune aux secteurs classiques et spéciaux (à l'exception des entités adjudicatrices des secteurs spéciaux).

En définitive, il existe deux catégories structurantes après analyse, deux hypothèses spécifique, l'une aux secteurs classiques et l'autre aux secteurs spéciaux et de nombreuses hypothèses communes aux secteurs classiques et spéciaux, sachant que toutes les hypothèse ne sont pas nécessairement applicables aux entités adjudicatrices.

2.2.2.1. Les hypothèses spécifiques

38. Pour les secteurs classiques : absence d'offre régulière ou remise de prix inacceptables dans le cadre de marchés de travaux, de fournitures et de services

La directive générale prévoit l'hypothèse où aucune offre ou aucune offre appropriée ou aucune candidature n'a été déposée en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et qu'un rapport soit

¹⁹⁹ *Ibid.* 299, n° 756.

²⁰⁰ *Ibid.* 300, n° 758.

²⁰¹ Cette disposition aurait été reprise dans la loi parce qu'il n'est pas toujours possible ou approprié de faire exécuter des marchés qui doivent être passés hors du territoire de la Communauté européenne en respectant strictement les règles en vigueur en Belgique, *Ibid.* 300, n° 760.

²⁰² Art. 53, § 1 6°, a) et b) de la Loi de 2006 sur les marchés publics.

communiqué à la Commission européennes²⁰³. Il faut mettre en relation cette disposition avec l'art. 30, a) de la même directive (cas de procédure négociée avec publicité) pour comprendre l'intention du législateur européen. Cette dernière hypothèse évoque des offres irrégulières, des offres inacceptables déposées dans le cadre de procédures ordinaires ou d'un dialogue compétitif autorisant une procédure négociée avec publicité et, en incise, une précision qui renvoi à une hypothèse de procédure négociée sans publicité, soit le cas où le pouvoir adjudicateur invite tous les soumissionnaires sélectionnés qui ont remis une offre conforme aux exigences formelles de la procédure de passation initiale (du moins dans une interprétation raisonnable d'un texte mal écrit).

Cette hypothèse est transposée en droit belge²⁰⁴.

La loi de 2006 a transposé dans son principe la disposition en indiquant que la procédure négociée sans publicité était autorisée lorsque seules des offres irrégulières ou des offres inacceptables ont été déposées en réponse à une adjudication, un appel d'offre ou un dialogue compétitif, *pour autant que le pouvoir adjudicateur consulte tous les soumissionnaire²⁰⁵s qui répondaient aux exigences en matière de sélection qualitative et ont remis une offre formellement régulière lors de la première procédure* et que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées.

Elle fait une distinction supplémentaire entre les marchés à passer au dessus ou en dessous du seuil européen. Dans la seconde hypothèse (publicité européenne obligatoire), seuls les soumissionnaires qui répondaient aux exigences en matière de sélection qualitative et ont remis une offre formellement régulière lors de la première procédures peuvent être consultés. Dans la première hypothèse (publicité européenne non obligatoire), le pouvoir adjudicateur peut, en vue d'élargir la concurrence, consulter en outre des entrepreneurs, des fournisseurs ou des prestataires de services qui, selon lui, peuvent répondre aux exigences en matière de droit d'accès et de sélection qualitative, que ceux-ci aient remis ou non une offre dans le cadre de la première procédure.

L'hypothèse telle que prévue par la loi de 1993²⁰⁶ avait été précisée par l'arrêté qui prévoyait que *seuls* les soumissionnaires dont l'offre répond aux conditions et exigences prévues à cet article peuvent être consultés²⁰⁷.

²⁰³ Art. 31, 1, a de la directive 2004/18/CE.

²⁰⁴ Art. 17, §2, 1°, d de la loi de 1993 et art. 26, §1, 1°, e de la loi de 2006.

²⁰⁵ S'il décidait de ne pas les consulter tous, il peut éventuellement se fonder sur l'article 17, §3, 1° de la loi de 1993 pour relancer la procédure.

²⁰⁶ Art. 17, §2, 1°, d de la loi de 1993.

Le Conseil d'Etat a précisé la manière dont il interprétait la condition *d'offre formellement régulière lors de la première procédure*²⁰⁸, il s'agit d'une offre formellement recevable qui peut, par ailleurs être irrégulière sans compromettre la participation de son auteur à la procédure négociée sans publicité.

Le Conseil d'Etat considère qu'un critère d'attribution du marché ne peut être abandonné²⁰⁹ ou qu'une modification de l'objet²¹⁰ du marché ne intervenir dans le cadre de la procédure négociée sans violer l'interdiction d'apporter des modifications substantielles aux conditions initiales du marché.

L'appréciation du caractère inacceptable du prix est très largement discrétionnaire dans le chef du pouvoir adjudicateur qui se réfèrera souvent à son estimation²¹¹ pour le justifier, le Conseil d'Etat ne censurant guère que l'erreur manifeste d'appréciation, mais exigeant que le pouvoir adjudicateur prenne en compte les éléments concrets du dossier²¹². Le pouvoir adjudicateur peut également procéder par comparaison avec des marchés comparables, récents²¹³. Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'interroger les soumissionnaires comme s'ils avaient remis des prix anormaux, pour pouvoir considérer que leurs prix sont inacceptables, les deux notions étant distinctes et poursuivant des objectifs différents²¹⁴.

La directive évoque les *offres* inacceptables et non des prix inacceptables, soit selon la Commission, des offres tardives ou émanant de candidats n'ayant pas les qualifications requises ou dont le prix est trop élevé par

²⁰⁷ Art. 120 bis de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, inséré par l'A.R. du 23 novembre 2007, art. 27, qui entre en vigueur le 1^{er} février 2008 en vertu de son art. 55.

²⁰⁸ C.E., 15 mars 2006, n° 156.427 ; CE, 16 août 2007, n° 173.992 ; C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachtenrecht. Boek I*, Anvers, Maklu, 2004, 98 ; Voy. une approche différente, D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 1997, 280, n° 687.

²⁰⁹ CE, 23 avril 2008, n° 182.272, pour une critique de cet arrêt, voy. A.L. DURVIAUX, « La procédure négociée entre art et méthode », *Rev. Dr. Communal*, 2008/4, pp.27-31.

²¹⁰ D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, 272, n° 452.

²¹¹ CE, 16 août 2007, n° 173.992 ; CE, 1^{er} février 2007, n° 167.381.

²¹² C.E., 1^{er} février 2007, n° 167.381, S.A. Entreprise Gilles Moury et autres formant la société momentanée Triangle c./ S.L.R.B.

²¹³ D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 1997, 280, n° 689 et les références.

²¹⁴ C.E., 16 août 2007, n° 173.992, Kumpen ; D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, 273, n° 453.

rapport au budget²¹⁵. La doctrine souligne que cette approche est plus large que celle adoptée par le législateur belge en suggérant, en cas d'offre tardive, le recours à l'hypothèse d'absence d'offre plutôt qu'à cette disposition²¹⁶.

39. Pour les secteurs spéciaux, les achats d'opportunité pour les fournitures

L'hypothèse des achats d'opportunité, lorsqu'il est possible d'acquérir des fournitures en profitant d'une occasion particulièrement avantageuse qui s'est présentée dans une période de temps très courte et pour lesquelles le prix à payer est considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché est prévu uniquement pour les secteurs spéciaux²¹⁷.

Elle a été transposée littéralement dans la loi de 2006 pour les secteurs spéciaux, pouvoir adjudicateur et entreprise publique²¹⁸ et entités adjudicatrices²¹⁹. Elle existait déjà dans la loi de 1993²²⁰ dans les mêmes conditions.

La raison pour laquelle cette exception n'est prévue que pour les secteurs spéciaux ne nous pas évidente²²¹. Pourquoi les pouvoirs adjudicateurs et autres entités soumises au régime général (secteur classique) ne pourraient-ils pas faire de bonnes affaires ?

2.2.2.2 Les hypothèses communes aux secteurs classiques et spéciaux

40. Les travaux, fournitures et services, lorsque la dépense à approuver ne dépasse pas un montant déterminé²²²

²¹⁵ COMMISSION EUROPEENNE, *Guide sur les règles applicables aux procédures de passation de marchés publics de travaux*, Bruxelles.

²¹⁶ D. D'HOOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Charte, 2009, 273, n°454.

²¹⁷ Art. 40, 3, j de la directive 2004/17/CE.

²¹⁸ Art. 53, §2, 4°, d de la loi de 2006.

²¹⁹ Art. 66, §2, 4° c de la loi de 2006.

²²⁰ Art. 39, §2, 3°, c et 59, §2, 4°, c de la loi de 1993.

²²¹ Contra, D. D'HOOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Charte, 2009, 275, n°459

²²² Art. 17, §2, 1°, a et 39, §2, 1°, a Loi 1993 ; art. 26, §1, 1° a et 53, §2, 1° a Loi 2006, respectivement pour les secteurs classiques et les secteurs spéciaux

Pour l'instant, les seuils sont fixés à 67.000 € htva (secteurs classiques) et 135.000 € htva (secteurs spéciaux). Pour certains marchés spécifiques, en particulier les services juridiques, les services financiers et les services de recherche et développement, le seuil est plus élevé au seuil de publicité dans les secteurs classiques²²³ et à 270.000 EUR dans les secteurs spéciaux²²⁴.

Le montant de ces marchés est à apprécier, selon le cas, en fonction des règles fixées par les articles 2, 28 ou 54 de l'arrêté du 8 janvier 1996²²⁵.

Cette faculté n'existe pas pour les entités adjudicatrices des secteurs spéciaux.

Il s'agit avant tout d'un principe d'économie de gestion, les procédures de passation coûtent aux pouvoirs adjudicateurs et aux opérateurs économiques²²⁶. Les règles d'estimation pour le calcul des seuils s'appliquent, sachant que c'est bien la dépense à approuver (résultant de la mise en concurrence informelle, soit le montant de l'offre de l'adjudicataire) et non l'estimation du marché qui doit être vérifiée²²⁷. Les pouvoirs adjudicateurs veilleront donc à estimer correctement les marchés afin de ne pas perdre du temps.

Le Conseil d'Etat censure les estimations fantaisistes ou la scission artificielle du marché en vue de demeurer en dessous des seuils autorisant la procédure négociée sans publicité²²⁸. Les considérations techniques donnent parfois lieu à des appréciations délicates de la haute juridiction administrative²²⁹. Le Conseil d'Etat critique également les estimations qui ne permettent pas de s'assurer que les seuils invoqués seront bien respectés²³⁰.

²²³ Art. 120 de l'A.R. du 8 janvier 1996.

²²⁴ Art. 108 de l'A.R. du 10 janvier 1996.

²²⁵ Lorsque des lots sont prévus dans un marché public de travaux ou de services dont le montant estimé, hors taxe sur la valeur ajoutée, est inférieur, pour les travaux, à 550.000 € et, pour les services, au montant prévu à l'article 53, il peut également être traité par procédure négociée sans publicité lors du lancement de la procédure pour ceux des lots dont la dépense individuelle à approuver ne dépasse pas 13.500 € hors taxe sur la valeur ajoutée, mais pour autant que leur montant cumulé n'excède pas vingt p.c. du montant cumulé de tous les lots.

²²⁶ D. D'HOOGHE E.A., *De gunning van overheidsopdrachten*, 2009, 252, n°396 et 397.

²²⁷ D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 1997, 276, n° 678.

²²⁸ C.E., 14 octobre 1998, n° 76.392 ; C.E., 30 janvier 2003, n° 115.270.

²²⁹ C.E., 14 octobre 1998, n° 76.392, *Entr. et droit*, 2002, 278 avec un avis contraire du premier auditeur DEROUAUX.

²³⁰ C.E., 29 janvier 2010, n°200.246, SPRL Ghysseels et Verbeken c./ I.B.D.E (marché de service d'avocat dans les secteurs spéciaux).

41. Marchés de travaux, fournitures et services qui doivent demeurer secrets²³¹

Cette hypothèse n'est logiquement pas prévue pour les entités adjudicatrices des secteurs spéciaux. Elle comporte une spécificité pour les secteurs classiques pour les marchés publics de fournitures et de services auxquels s'applique l'article 296 du Traité instituant la Communauté européenne et pour les marchés publics de services en matière de transport aérien et maritime pour les besoins du ministère de la Défense. L'utilisation de l'article 296 du Traité doit tenir compte de l'approche des « biens dits à double usage », la Cour de Justice a jugé qu'il ressort de la formulation de cette disposition que les produits concernés doivent être destinés à des *finalités spécifiquement militaires*. Si cette fin n'est pas certaine, le respect des règles de passation des marchés publics s'impose²³².

Cette hypothèse ne figure pas plus dans les directives européennes et la Cour de Justice ne la considère pas avec bienveillance²³³. S'il est aisé de comprendre que de tels marchés peuvent requérir des mesures spécifiques de sécurité, ces dernières n'empêchent pas nécessairement toute mise en concurrence. Il en va de même pour les marchés qui nécessitent un traitement confidentiel de certaines données²³⁴.

42. Les marchés de travaux, de fournitures et de services, en cas d'urgence impérieuse²³⁵

Cette hypothèse vaut également pour les entités adjudicatrices des secteurs spéciaux²³⁶. Elle est prévue par les directives²³⁷ avec certaines nuances.

²³¹ Art. 17, §2, 1^o, b et 39, §2, 1^o, b de la Loi de 1993 ; art. 26, §1, 1^o, b et 53, §2, 1^o, b de la loi de 2006.

²³² Ainsi, la fourniture d'hélicoptères à des corps militaires en vue d'une utilisation civile doit respecter les règles relatives aux marchés publics, C.J.C.E., 8 avril 2008, *Commission c/République italienne*, aff. C-337/05, *Rec.*, I-2173 et C.J.C.E., 2 octobre 2008, aff. C-157/06.

²³³ Voy. toutefois, un cas pour lequel la Cour a laissé une grande latitude à l'Etat membre pour définir les moyens permettant d'assurer la sécurité des installations nationales, C.J.C.E., 16 octobre 2003, *Commission c/ Royaume de Belgique*, aff. C-252/01, *Rec.*, I-11859, affaire relative à un certificat de sécurité militaire pour des photos aériennes ; voy. encore, C.J.C.E., 2 octobre 2008, C-157/06.

²³⁴ C.J.C.E., 8 avril 2008, *Commission c/République italienne*, aff. C-337/05, *Rec.*, I-2173 ; et C.J.C.E., 2 octobre 2008, aff. C-157/06.

²³⁵ Art. 17, §2, 1^o, c et 39, §2, 1^o, c de la loi de 1993 ; art. 26, §1, 1^o, c et 53, §2, 1^o, c de la Loi 2006.

²³⁶ Art. 59, §2, 1^o, d de la loi de 1993 et art. 66, §2, 1, a de la loi de 2006.

²³⁷ Art. 31, 1, c de la directive 2004/18/CE ; art. 40, §3, d de la directive 2004/17/CE.

D'une part, si l'urgence impérieuse ne peut être imputable au pouvoir adjudicateur (dans les secteurs classiques), la directive intégrant une précision bien connue de la Cour de Justice²³⁸, est-ce à dire qu'il en est autrement dans les secteurs spéciaux ? D'autre part, il est désormais prévu que l'urgence résultant d'événements imprévisibles est celle qui n'est pas compatible avec les délais exigés pour les procédures ouvertes ou restreintes *ou négociée avec publicité*, dans les secteurs spéciaux, ce qui est logique puisqu'il s'agit d'une procédure ordinaire, mais également dans les secteurs classiques, ce qui l'est moins.

La Cour de Justice²³⁹ a mis en avant les conditions à remplir pour pouvoir invoquer cette hypothèse : il faut démontrer l'existence d'un événement imprévisible créant une situation d'urgence qui ne peut se concilier avec les délais des procédures ouvertes, restreintes et négociées avec publicité. La Commission européenne en a une vision très restrictive, n'envisageant que les catastrophes²⁴⁰ (inondations, séismes), le marché passé dans le cadre de cette hypothèse devant se limiter à rencontrer les besoins urgents liés à celle-ci, le moyen et le long terme pouvant être géré par l'intermédiaire de procédures classiques. L'imprévisibilité et l'urgence sont appréciées sévèrement²⁴¹. Le Conseil d'Etat adopte le même système d'interprétation²⁴²

43. Travaux, fournitures et services pour lesquels aucune offre appropriée n'a été introduite²⁴³

L'hypothèse est également prévue pour les entités adjudicatrices des secteurs spéciaux²⁴⁴. Par offre inappropriée²⁴⁵, la Commission européenne entend les offres inacceptables, irrégulières ou simplement non pertinentes, situations assimilables à l'absence d'offres²⁴⁶, un rapport devant être

²³⁸ La Cour de Justice avait déjà eu l'occasion de préciser que l'imprévisibilité ne pouvait résulter d'un manque de prévoyance du pouvoir adjudicateur (C.J.C.E., 28 mars 1996, aff. C-318/94) ni être la conséquence de son intervention (C.J.C.E., 14 septembre 2004, aff. C-385/02).

²³⁹ C.J.C.E., 2 juin 2005, aff. C-394/02 ; C.J.C.E., 18 novembre 2003, aff. C-126/03.

²⁴⁰ COMMISSION EUROPEENNE, *Guide sur les règles applicables aux procédures de passation des marchés publics de fourniture*, Bruxelles.

²⁴¹ C.J.C.E., 28 mars 1996, aff. C-318/94 ; C.J.C.E., 2 juin 2005, ff. C-394/02.

²⁴² C.E., 31 mars 1983, n°23.106 (mis en avant par PH. FLAMME, *Les marchés publics européens et belges*, 2009, déjà cité, 197-198).

²⁴³ Art. 17, §2, 1°, e et 39, §2, 1° d de la loi de 1993 ; art. 26, §1, 1° d et 53, §2, 1° d de la loi de 2006.

²⁴⁴ Art. 59, §2, 1° a de la loi de 2006 et art. 66, §2, 1°, a de la loi de 1993.

²⁴⁵ Voy., sur cette notion, les conclusions de l'avocat général P. Maduro, dans l'affaire C-250/07.

²⁴⁶ COMMISSION EUROPEENNE, *Guide sur les règles applicables aux procédures de passation des marchés publics de fourniture*, Bruxelles.

communiqué à la Commission en cas d'utilisation de cette procédure au dessus des seuils européens. En effet, cet « d'échec de marché » peut révéler des dysfonctionnements du point de vue concurrentiel.

La loi de 2006 ajoute au texte en prévoyant l'hypothèse où aucune demande de participation ou demande de participation appropriée n'a été déposée, soit un échec au stade de la sélection qualitative. A notre sens, il ne s'agit pas à proprement parler d'une hypothèse supplémentaire par rapport à ce qui est prévu par les directives, dans la mesure où elle recoupe l'hypothèse de l'absence d'offre appropriée. En effet, pour qu'une offre soit pertinente, régulière ou appropriée, il faut impérativement que son auteur ait passé le cap de la sélection qualitative²⁴⁷.

Le Conseil d'Etat a récemment rendu un arrêt faisant application surprenante de cette hypothèse²⁴⁸. Dans un premier temps, le pouvoir adjudicateur a lancé une adjudication pour la construction d'une couverture des quais ainsi qu'un abri à vélo couvert pour la gare d'Oostende. La SNCB Holding a renoncé à cette procédure d'adjudication au vu des prix remis par les soumissionnaires, et décidé de procéder à une procédure négociée sans publicité, avec les sociétés ayant remis une offre. La SNCB Holding estimait, en effet, qu'aucun de ces soumissionnaires n'avait remis d'offre valable (« *ingevolge vermeende vaststelling dat de eerste procedure met voorafgaande mededeling geen enkele passende offerte opleverde* »). Dans le cadre de la seconde analyse des offres, la SNCB s'était toutefois abstenue de négocier les offres remises. Le Conseil d'Etat n'a pas censuré cette approche, estimant que l'article 39 § 2 1^{er} alinéa de la loi du 24 décembre 1993 n'exige pas qu'il soit procédé à des négociations effectives (« *dadewerkelijke onderhandelingen* »), de sorte que le pouvoir adjudicateur est autorisé à procéder par analogie des principes régissant l'adjudication publique et ainsi attribuer le marché à l'offre régulière la plus basse ou la plus avantageuse : « *Het genoemde artikel bepaalt dat bij de onderhandelingsprocedure de opdracht mag worden gegund "indien mogelijk, na raadpleging van meerdere aannemers". Uit die bepaling kan niet worden afgeleid dat "dadewerkelijk[e] onderhandelingen" steeds verplicht zijn : te dezen mag het de opdrachtgevende overheid niet als een schending van de voornoemde bepaling worden aangerekend, doordat zij bij analogie toepassing heeft gemaakt van de principes die de openbare aanbesteding beheersen en aldus de laagste regelmatige offerte als de voordeligste aanbidding heeft beschouwd. Het voeren van eigenlijke*

²⁴⁷ Pour une interprétation différente, voy., D. D'HOOGHE E.A., *De gunning van overheidsopdrachten*, 2009, 258, n°415.

²⁴⁸ C.E., 17 novembre 2009, n°197.862, N.V. Aqua-Reno c./ NMBS Holding ; inédit.

onderhandelingen was vanuit deze optiek dan ook overbodig, minstens niet vereist”.

44. Travaux, fournitures et services qui ne peuvent, en raison de leur spécificités techniques, artistiques ou tenant à la protection des droits d'exclusivité, être confiés qu'à un entrepreneur, fournisseur et prestataires de services déterminés²⁴⁹

L'hypothèse est également prévue pour les entités adjudicatrices dans les secteurs spéciaux²⁵⁰. Elle est reprise dans les deux directives²⁵¹.

La protection des droits d'exclusivité (monopole de droit) vise en fait la protection des droits de propriété industrielle et intellectuelle²⁵². Elle ne vise pas le droit de propriété mobilière ou immobilière²⁵³. L'interprétation de cette disposition est très stricte, puisque la Cour de Justice exige non seulement la démonstration de l'existence du droit d'exclusivité mais surtout la démonstration de la nécessité absolue de recourir au procédé protégé²⁵⁴. Partant, l'invocation de cette disposition se justifiera dans de très rares hypothèses.

La spécificité technique, ou monopole de fait, ne peut résulter de spécifications techniques discriminatoires imposées dans le cadre d'un marché précédant. L'existence de cette spécificité technique doit être démontrée concrètement²⁵⁵, tout comme la nécessité de confier, pour cette raison, le marché à un opérateur économique déterminé²⁵⁶. Il faut démontrer que seule une entreprise est capable de faire le marché²⁵⁷, ce qui est quasiment un cas d'école puisqu'il ne suffit pas de démontrer qu'elle est la plus indiquée²⁵⁸. Le Conseil d'Etat se montre aussi sévère que la Cour de Justice²⁵⁹.

²⁴⁹ Art. 17, §2, 1° f et 39, §2, 1°, e de la loi de 1993 ; art. 26, §1, 1°, f et 53, §2, 1° de la loi de 2006.

²⁵⁰ Art. 59, §2, 1°, d de la loi de 1993 et art. 66, §2, 1°, c de la loi de 2006.

²⁵¹ Art. 31, 1, B de la directive 2004/18/CE et art. 40, §3, C de la directive 2004/17/CE.

²⁵² D. D'HOOGHE E.A., *De gunning van overheidsopdrachten*, 2009, 259, n°418.

²⁵³ E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND et J.F. NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse aanbestedingsrecht*, La Haye, Sdu Uitgevers, 2004, 155.

²⁵⁴ *Ibid*, 156.

²⁵⁵ C.J.C.E., 2 juin 2005, aff. C-394/02, Commission c/ Grèce ; C.J.C.E., 8 avril 2008, aff. C-337/05.

²⁵⁶ C.J.C.E., 18 mai 1995, aff. C-57/94 ; C.J.C.E., 18 mai 2005, aff. C-57/94 ; C.J.C.E., 14 septembre 2004, aff. C-385/02 ; C.J.C.E., 10 avril 2003, aff. C-20/01 et aff. C-28/01.

²⁵⁷ C.J.C.E., 5 octobre 2000, aff. C-337/98.

²⁵⁸ C.J.C.E., 10 mars 1987, aff. C-199/85.

²⁵⁹ C.E., 15 juillet 2008, n° 185.406.

La spécificité artistique est nécessairement appréciée avec plus de subjectivité²⁶⁰. La difficulté résidera dans la motivation apportée par le pouvoir adjudicateur soutenant sa décision d'acquiescer à une œuvre d'art en particulier ou de promouvoir un artiste déterminé. Il ne suffira pas d'invoquer la dimension artistique d'un travail.

De manière générale, la jurisprudence offre peu d'exemple concret ayant résisté à sa censure, la ville de Genk en a encore fait l'expérience récemment²⁶¹. A la recherche de solutions pour la création et le développement d'un système géographique intégré pour ses divers services communaux (urbanisme, environnement, etc), la Ville de Genk a décidé de fonder une procédure négociée sur l'article 17 § 2 1° f de la loi du 24 décembre 1993. Elle souhaitait faire directement appel à la société Smallworld, en raison de la circonstance que seuls les « *G@lileo modules* » répondaient aux besoins du système intégré GIS et que le logiciel Smallworld était nécessaire pour utiliser ces « *G@lileo modules* ».

Le Conseil d'Etat ne s'est pas laissé convaincre et a rappelé que la procédure négociée étant une procédure exceptionnelle dont les dérogations aux principes généraux régissant la procédure d'attribution et d'adjudication doivent être interprétées strictement ; dans cette optique, l'examen de l'applicabilité de la procédure négociée doit avoir lieu avant la prise de décision, et non pas *post factum*. En l'espèce, il appartenait à la Ville de Genk de démontrer tant la nécessité de recourir aux « *modules G@lileo* », que la nécessité d'utiliser, pour ce faire, le logiciel Smallworld : « *De onderhandelingsprocedure is een uitzonderingsprocedure en de afwijkingen op de algemene regels betreffende offerte en aanbesteding dienen strikt te worden geïnterpreteerd. Bovendien moet het onderzoek naar de toepasbaarheid vóór het nemen van een beslissing plaatsgrijpen en niet post factum. Om de mogelijke toepasselijkheid van artikel 17, § 2, 1, f), te beoordelen dienden zowel de noodzakelijkheid van de G@lileo-modules als de noodzakelijkheid van de Smallworld software te worden beoordeeld.* ». Dès lors que le pouvoir adjudicateur ne démontrait pas, de façon incontestable, que l'emploi de « *modules G@lileo* » constituait la seule manière de répondre aux besoins du système intégré GIS, ni que l'utilisation du logiciel Smallworld était la seule technique informatique possible, les conditions relatives à l'article 17 § 2 1° f de la loi du 24 décembre 1993

²⁶⁰ C. Rossi, « La passation des marchés publics de services culturels », *A.C.C.P.*, février 2008, 50.

²⁶¹ C.E., 15 juillet 2008, n°185.406, N.V. Esri Belux c/ Stad Genk; *C.D.P.K.*, 2009, (sommaire), 549 ; *T.B.O.*, 2009, 231.

n'ont pas été considérées comme démontrées par la haute juridiction administrative.

45. Les travaux et services complémentaires²⁶²

L'hypothèse est également prévue pour les entités adjudicatrices des secteurs spéciaux²⁶³. Elle est reprise dans les deux directives²⁶⁴ avec des nuances, les travaux et services complémentaires ne pouvant dépasser 50% du montant initial du marché pour les secteurs classiques, cette dernière limite n'existant pas pour les secteurs spéciaux. La loi de 2006 a étendu l'hypothèse aux marchés nationaux également alors qu'elle était réservée aux marchés européens dans la loi de 1993.

L'hypothèse est celle des travaux ou des services complémentaires²⁶⁵ ne figurant pas dans le projet initialement envisagé ni dans le marché initial, qui sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de l'ouvrage ou du service tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'adjudicataire qui exécute ledit ouvrage ou les services et que le montant cumulé des marchés passés pour les travaux ou services complémentaires n'excède pas cinquante pour cent du montant du marché principal.

Deux conditions doivent alternativement encore être remplies. Soit ces travaux ou services complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur. Soit ces travaux ou services, quoique séparables de l'exécution du marché initial, doivent être strictement nécessaires à son perfectionnement.

Fondamentalement, il s'agit d'éviter la présence simultanée de plusieurs entreprises sur le même chantier²⁶⁶ et de favoriser les économies d'échelle.

²⁶² Art. 17, §2, 2°, a et 39, §2, 2°, a de la loi de 1993 ; art. 26, §1, 2°, a et 53, §2, 2° de la loi de 2006.

²⁶³ Art. 59, §2, 2° de la loi de 1993 et art. 66, §2, 2° de la loi de 2006.

²⁶⁴ Art. 31, 4, a de la directive 2004/18/CE et art. 40, §3, f de la directive 2004/17/CE.

²⁶⁵ A l'exception des services visés par l'annexe IV de l'AMP soit des services de transports, d'études de marché, de consultance en management, etc., selon S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Londres, Sweet & Maxwell, 2005, 621, n° 9.15.

²⁶⁶ D. D'HOOGHE E.A., *De gunning van overheidsopdrachten*, 2009, 262, n°424.

46. Les nouveaux travaux et services similaires²⁶⁷

La directive générale autorise la procédure négociée sans publicité pour les nouveaux travaux *ou services*²⁶⁸ consistant dans la répétition de travaux ou de services similaires (et on identiques) confiés à l'opérateur économique adjudicataire du marché initial par les mêmes pouvoirs adjudicateurs, à condition que ces travaux soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un marché initial selon une procédure ouverte ou restreinte. La possibilité de recourir à cette procédure doit être indiquée dès la mise en concurrence de la première opération. Le montant total envisagé pour la suite des travaux ou des services est pris en considération par les pouvoirs adjudicateurs pour le calcul des seuils de publicité européenne. Il ne peut être recouru à cette procédure que pendant une période de trois ans suivant la conclusion du marché initial²⁶⁹. La loi de 2006 précise que c'est la décision d'attribution des marchés répétitifs qui doit intervenir dans les trois ans (et non la décision de lancer la procédure négociée)²⁷⁰. Le nombre de marché répétitif pendant la période de trois ans n'est cependant pas limité.

La directive secteurs spéciaux ne vise pas les services et allège les conditions d'application de cette hypothèse : il suffit que le premier marché ait été passé après mise en concurrence (et non plus procédure ouverte ou restreinte), la limite des trois ans disparaissant également²⁷¹. La loi de 2006, pour les pouvoirs adjudicateurs et entreprises publiques des secteurs spéciaux, précise que la mise en concurrence doit consister en une adjudication, un appel d'offres ou une procédure négociée avec publicité, en omettant de rappeler la méthode de calcul du seuil, qui pourra néanmoins être considérée comme directement applicable²⁷². En dessous des seuils européens, la loi de 2006 ajoute l'hypothèse des services similaires²⁷³ pour les mêmes entités.

Pour les entités adjudicatrices des secteurs spéciaux, la loi de 2006 utilise l'expression générique « du premier marché passée après mise en concurrence » et omet également la précision sur le calcul des seuils²⁷⁴.

²⁶⁷ Art. 17, §2, 2°, b et 39, §2, 2° b de la loi de 1993 et l'art. 26, §1, 2°, b et 53, §2, 3° de la loi de 2006.

²⁶⁸ Sur l'éventuelle contrariété avec l'A.M.P., voy. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Londres, Sweet & Maxwell, 2005, 622, n° 9.17.

²⁶⁹ Art. 31, §3, b de la directive 2004/18/CE reprenant la précision apportée par la Cour de Justice (CJCE, 14 septembre 2004, aff. C-385/02, *Rec.*, I-8121).

²⁷⁰ Art. 26, §1, 2°, b de la loi de 2006.

²⁷¹ Art.40, §3, g de la directive 2004/17/CE.

²⁷² Art. 53, §2, 3° de la loi de 2006.

²⁷³ Art. 53, §2, 6°, b de la loi de 2006.

²⁷⁴ Art. 66, §2 de la loi de 2006.

L'indication de la faculté de recourir à cette hypothèse ne crée aucune obligation dans le chef des autorités adjudicatrices et partant, aucun droit ou obligation dans le chef des opérateurs économiques ou de l'adjudicataire du premier marché²⁷⁵.

Le Conseil d'Etat s'est déjà montré bienveillant avec les pouvoirs adjudicateurs qui confondaient les bases juridiques applicables aux secteurs spéciaux et aux secteurs classiques²⁷⁶.

47. Les marchés de recherche²⁷⁷, expérimentation, étude ou développement²⁷⁸

La directive générale vise les fournitures fabriquées uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement et non la production en quantité visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les frais de recherche et de développement²⁷⁹. La loi de 2006 transpose littéralement cette disposition²⁸⁰. Si le but poursuivi est d'établir la viabilité commerciale ou d'amortir des frais de recherches et développement, la procédure négociée avec publicité est prévue²⁸¹. Si le pouvoir adjudicateur souhaite des exemplaires en grande quantité, une procédure ordinaire doit être choisie²⁸².

La directive secteurs spéciaux vise les marchés de travaux, de fournitures et de services passés uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement et non pour assurer une rentabilité ou de récupérer les coûts de recherche et de développement *et dans la mesure où la passation d'un tel marché ne porte pas préjudice à la mise en concurrence des marchés subséquents qui poursuivent notamment ces*

²⁷⁵ Dans le même sens, D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 1997, 287, n° 710.

²⁷⁶ C.E., 2 juillet 2007, n°173.073, S.A. EO Design Partners c./ Société de droit public Port de Bruxelles.

²⁷⁷ Voy, pour les achats publics avant commercialisation, la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions, Bruxelles, 14 décembre 2007, COM/2007/0799 final.

²⁷⁸ Art. 17, §2, 3°, a et 39, §2, 1°, f de la loi de 1993 ; art. 26, §1, 3°, a et 53, 2, 1°, f de la loi de 2006. Pour une critique de l'article 39, §2, 1°, f de la loi de 1993, voy. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, 265-266, n°435.

²⁷⁹ Art. 31, 2, a de la directive 2004/18/CE.

²⁸⁰ Art. 26, §1, 3°, a de la loi de 2006.

²⁸¹ Art. 26, §2, 2° Loi 2006, art. 17, §3, 3° de la Loi 1993 ; *supra*.

²⁸² S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Londres, Sweet & Maxwell, 2005, 611, n° 9.4.

*buts*²⁸³. La loi de 2006 transpose littéralement cette disposition pour les secteurs spéciaux (volet pouvoir adjudicateur et entreprises publiques)²⁸⁴ et les entités adjudicatrices des secteurs spéciaux²⁸⁵.

L'interprétation de la condition spécifique aux secteurs spéciaux « *dans la mesure où la passation d'un tel marché ne porte pas préjudice à la mise en concurrence des marchés subséquents qui poursuivent notamment ces buts* », n'est guère aisée. Pour le professeur ARROWSMITH, il peut s'agir de prévoir dans le cahier spécial des charges du premier marché, des dispositions permettant la communication d'informations y relatives, dans le cadre de mise en concurrence ultérieure²⁸⁶, encore faut-il que ces informations ne soient pas par nature confidentielle.

48. Les fournitures complémentaires²⁸⁷

L'hypothèse des livraisons complémentaires effectuées par le fournisseur initial et destinées soit au renouvellement partiel de fournitures et d'installations d'usage courant, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées. La Cour de Justice apprécie sévèrement cette condition²⁸⁸. La durée de ces marchés, ainsi que des marchés renouvelables, ne peut, en règle générale, dépasser trois ans du moins dans la directive générale²⁸⁹, la directive secteurs spéciaux²⁹⁰ ne contient pas de limitation à trois ans. Elle est transposée littéralement dans la loi de 2006²⁹¹, pour les entités adjudicatrices des secteurs spéciaux également²⁹².

²⁸³ Art. 40, §3, b de la directive 2004/17/CE.

²⁸⁴ Art. 53, 2, 1°, f de la loi de 2006.

²⁸⁵ Art. 66, §2, 1°, d de la loi de 2006.

²⁸⁶ S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Londres, Sweet & Maxwell, 2005, 974.

²⁸⁷ Art. 17, §2, 3°, d et 39, §3, 3°, a de la loi de 1993 ; art. 26, §1, 3° b et 53, 2, 4°, a de la loi de 2006.

²⁸⁸ C.J.C.E., 8 avril 2008, n° 337/05, considérant 59. Il ne suffit pas d'invoquer les avantages d'une interopérabilité des hélicoptères employés par ses différents corps. Il aurait fallu démontrer en quoi un changement de fournisseur l'aurait contraint à acquérir un matériel fabriqué selon une technique différente de nature à entraîner une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation ou d'entretien disproportionnées.

²⁸⁹ Art. 31, 2, b de la directive 2004/18/CE.

²⁹⁰ Art. 40, 3, e de la directive 2004/17/CE.

²⁹¹ Art. 26, §1, 3° b et 53, 2, 4°, a de la loi de 2006.

²⁹² Art. 66, §2, 4°, a de la loi de 2006.

Il est possible de déroger de manière exceptionnelle à la limitation de trois ans pour les secteurs classiques²⁹³, moyennant due motivation.

Une hypothèse spécifique de fournitures complémentaires sous le seuil européen a été ajoutée dans la loi de 2006 pour les marchés publics des secteurs classiques et spéciaux uniquement²⁹⁴, soit celles de même nature et présentant les mêmes caractéristiques qui, à la suite d'une circonstance imprévue, sont attribuées au fournisseur du marché initial, à condition que le montant cumulé des marchés de fournitures complémentaires n'excède pas cinquante pour cent du montant initial et que le montant cumulé de tous les marchés n'atteigne pas le seuil européen. Dans les secteurs classiques uniquement, la durée de ces marchés, ainsi que des marchés renouvelables, ne peut pas, en règle générale, dépasser trois ans²⁹⁵.

49. Achat de fournitures en bourse ou dans le cadre d'une cessation d'activité

Les hypothèses de l'achat de fournitures cotées et achetées à une bourse de matière première²⁹⁶ (bourse de café, cacao, céréales diverses)²⁹⁷ et de l'achat de fournitures à des conditions particulièrement avantageuses, soit auprès d'un fournisseur cessant ses activités commerciales, soit auprès des curateurs ou liquidateurs d'une faillite, d'un concordat judiciaire ou d'une procédure de même nature prévue par les législations ou réglementation nationales²⁹⁸ sont désormais²⁹⁹ prévues par la directive générale qui s'aligne sur la directive secteur spéciaux³⁰⁰. La loi de 2006 a transposé littéralement ces hypothèses pour les secteurs classiques³⁰¹, pour les secteurs spéciaux³⁰², en ce compris pour les entités adjudicatrices des secteurs spéciaux³⁰³.

²⁹³ D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 1997, 288, n° 712 ; S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Londres, Sweet & Maxwell, 2005, 623, n° 9.18.

²⁹⁴ A l'exclusion donc des entités adjudicatrices des secteurs spéciaux.

²⁹⁵ Art., 20, §1, 3°, c et 53, §2, 4°, b de la loi de 2006.

²⁹⁶ Art. 31, 2, c de la directive 2004/18/CE.

²⁹⁷ S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, Londres, Sweet & Maxwell, 2005, 978.

²⁹⁸ Art. 31, 2, d de la directive 2004/18/CE.

²⁹⁹ Elles ne l'étaient auparavant que pour les secteurs spéciaux, art. 39, §2, 3°, b et d de la loi de 1993 et pour les entités adjudicatrices, art. 59, §2, 4°, b et d de la loi de 1993.

³⁰⁰ Art. 40, 3, h et k de la directive 2004/17/CE.

³⁰¹ Art. 26, §1, 3°, d et e de la loi de 2006.

³⁰² Art. 53, §2, 4°, c et e de la loi de 2006.

³⁰³ Art. 66, §2, 4°, b et d de la loi de 2006.

Le but de la première exception est d'éviter aux autorités adjudicatrices de devoir passer par des intermédiaires en les autorisant à acheter directement leurs achats³⁰⁴.

50. Le concours de projet

L'hypothèse des marchés publics de services, lorsque le marché considéré fait suite à un concours et doit, conformément aux règles applicables, être attribués au lauréat ou à un des lauréats du concours, dans ce dernier cas, tous les lauréats doivent être invités à participer aux négociations est prévue par la directive générale³⁰⁵ et la directive secteurs spéciaux³⁰⁶. Elle est transposée littéralement dans la loi de 2006 pour les secteurs classiques et spéciaux, en ce compris pour les entités adjudicatrices³⁰⁷. Elle figurait déjà dans la loi de 1993³⁰⁸.

Il est partant impératif que le cahier des charges ou le règlement du concours prévoient l'attribution à un ou plusieurs lauréats afin que l'hypothèse puisse être invoquée. A défaut, le marché de service devra être attribué selon une procédure ordinaire³⁰⁹.

La Cour de Justice interprète cette hypothèse de manière très restrictive en ce qu'elle la limite au marché ayant un lien fonctionnel direct avec le concours³¹⁰. Concrètement, l'application de cette hypothèse sera très souvent limitée au marché d'architecture au sens strict, et non à tous les contrats portant sur des prestations de services liées soit à la fonction de maître d'ouvrage (assistance maîtrise d'ouvrage) soit à la mission d'auteur de projet au sens large (techniques spéciales, stabilité, techniques spécifiques comme celles liées à l'environnement).

Le Conseil d'Etat a récemment précisé l'étendue de la négociation dans cette hypothèse³¹¹. Dans le cadre d'un appel ouvert ("open oproep") à

³⁰⁴ D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, 268, n°444.

³⁰⁵ Art. 31, 3 de la directive 2004/18/CE.

³⁰⁶ Art. 40, 3, 1 de la directive 2004/17/CE.

³⁰⁷ Art. 26, §1, 4°, 53, §2, 5°, 66, §2, 5° de la loi de 2006.

³⁰⁸ Art. 17, §2, 4°, 39, §2, 5°, 59, §2, 5° de la loi de 1993.

³⁰⁹ D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten et overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, 269, n°446 ; P. TREPTE, *Public procurement in the EU. A practitioner's guide*, Oxford, OUP, 2006, 233.

³¹⁰ C.J.C.E., 14 octobre 2004, *Commission c/ République française*, aff. C-340/02, *Rec.*, I-9845.

³¹¹ C.E., 24 février 2009, n°190.773, B.V. Rapp + Rapp, S.P.L. Vier Architectos c./ Gemeentelijk Haavenbedrijf Antwerpen; inédit.

projet, un jury a désigné 5 lauréats, en vue de la participation à une procédure négociée. L'objet du marché portait sur l'étude complète de la construction d'une nouvelle Maison du Port, à Anvers. Après négociations, le marché a finalement été attribué au bureau londonien Hadid Architects. Le Conseil d'Etat a précisé que « dans le cadre des négociations, il y a place pour des modifications significatives de l'offre. Cette marge de négociation est toutefois limitée par le principe d'égalité ». Il a estimé qu'un surcoût de 3.542.664 EUR sur un budget total de 28.000.000 EUR HTVA ne constituait pas en soi une modification fondamentale, dès lors que le requérant ne démontrait pas que ceci aurait entraîné une adaptation de son concept proposé, ni qu'un tel surcoût n'aurait dû être appliqué à son projet.

Il a, par ailleurs, confirmé que les négociations pouvaient n'être engagées qu'avec un seul lauréat³¹².

51. Marchés de travaux, de fournitures et de services passés sur base d'un accord-cadre

La directive générale prévoit un régime particulier pour les accords-cadres³¹³, technique que les Etats membres ont la faculté d'introduire dans leur législation. L'accord-cadre doit être attribué selon les règles de procédures prévues par la directive, sur base des critères usuels (prix le plus bas ou « offre économiquement la plus avantageuse »). Par contre, les marchés fondés sur un accord-cadre sont passés selon des procédures spécifiques (prévues aux points 3 –un seul opérateur économique - et 4- plusieurs opérateurs économiques - de l'art. 32), pour autant qu'ils se nouent entre les pouvoirs adjudicateurs et opérateurs économiques parties à l'accord-cadre. Lors de la passation des marchés fondés sur l'accord-cadre, les parties ne peuvent en aucun cas apporter des modifications substantielles aux termes fixés dans cet accord-cadre. La durée d'un accord-cadre ne peut pas dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par l'objet de l'accord-cadre. Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent recourir aux accords-cadres de façon abusive ou de manière à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence.

Lorsqu'un accord-cadre est conclu avec un seul opérateur économique, les marchés fondés sur cet accord-cadre sont attribués dans les limites des

³¹² C.E., 12 février 2007, n°167.700, S.A. DE SMEDT et RAMON c./ Commune de Molenbeek-Saint-Jean.

³¹³ Art. 32 de la directive 2004/18/CE.

termes fixés dans l'accord-cadre. Pour la passation de ces marchés, les pouvoirs adjudicateurs peuvent consulter par écrit l'opérateur économique, partie à l'accord-cadre, en lui demandant de compléter, si besoin est, son offre.

Lorsqu'un accord-cadre est conclu avec plusieurs opérateurs économiques, le nombre de ceux-ci doit être au moins égal à trois, dans la mesure où il y a un nombre suffisant d'opérateurs économiques satisfaisant aux critères de sélection et/ou d'offres recevables répondant aux critères d'attribution. L'attribution des marchés fondés sur les accords-cadres conclus avec plusieurs opérateurs économiques peut se faire soit par application des termes fixés dans l'accord-cadre, sans remise en concurrence ; soit, lorsque tous les termes ne sont pas fixés dans l'accord-cadre, après avoir remis en concurrence les parties sur la base des mêmes termes, si nécessaire en les précisant, et, le cas échéant, d'autres termes indiqués dans le cahier des charges de l'accord-cadre, selon la procédure suivante: *a)* pour chaque marché à passer, les pouvoirs adjudicateurs consultent par écrit les opérateurs économiques qui sont capables de réaliser l'objet du marché; *b)* les pouvoirs adjudicateurs fixent un délai suffisant pour présenter les offres relatives à chaque marché spécifique en tenant compte d'éléments tels que la complexité de l'objet du marché et le temps nécessaire pour la transmission des offres; *c)* les offres sont soumises par écrit et leur contenu doit rester confidentiel jusqu'à l'expiration du délai de réponse prévu; *d)* les pouvoirs adjudicateurs attribuent chaque marché au soumissionnaire ayant présenté la meilleure offre sur la base des critères d'attribution énoncés dans le cahier des charges de l'accord-cadre.

Cette disposition est transposée dans son principe dans la loi de 2006³¹⁴, les modalités particulières devant figurer dans les arrêts d'exécution de cette dernière.

Par contre, la directive secteurs spéciaux prévoit la passation par procédure négociée sans publicité des marchés à passer sur la base d'un accord-cadre, pour autant que l'accord-cadre ait été attribué selon une procédure prévue par la directive³¹⁵. La loi de 2006 a littéralement transposé cette hypothèse³¹⁶, en ce compris pour les entités adjudicatrices³¹⁷.

³¹⁴ Art. 32 de la loi de 2006.

³¹⁵ Art. 40, 3, i de la directive 2004/17/CE.

³¹⁶ Art. 59, §2, 1°, g de la loi de 2006.

³¹⁷ Art. 66, §2, 1°, e de la loi de 2006.

3. Conclusions

52. Quatre constats

Les quatre principaux constats résultant de l'analyse qui précède conduisent à des propositions précises de réformes.

En droit interne, l'alternative procédures ordinaires (adjudication et appel d'offres) /procédures exceptionnelles (négociée avec ou sans publicité, la question est controversée), avec comme caractéristique des premières le principe d'intangibilité des offres dans le cours de la procédure de comparaison des offres, a perdu de sa pertinence.

D'une part, les frontières entre les unes et les autres ne sont plus guère étanches. Trois illustrations de ce **premier constat**.

Premièrement, le principe d'intangibilité des offres n'est pas garanti à l'expiration du délai de validité des offres en adjudication et en appel d'offres avec une possibilité d'ajustement des offres relativement en porte à faux avec les principes de concurrence généralement retenus.

Deuxièmement, en appel d'offres, le pouvoir adjudicateur peut juger les offres équivalentes et demander aux soumissionnaires des propositions d'amélioration, première ébauche de négociation limitée certes mais bien réelle.

Troisièmement, une partie de la doctrine flamande défend l'idée que le pouvoir adjudicateur pourrait, dans le cadre des procédures ordinaires, inviter les soumissionnaires à corriger les irrégularités non substantielles de leur offre, seconde ébauche de négociation.

D'autre part, les garanties de transparence de la procédure négociée se sont considérablement accrues en droit dérivé (et en droit interne dans le cadre de sa transposition), l'obligation d'attribuer le marché sur base du prix ou de l'offre économiquement la plus avantageuse, publication d'avis de marché ou principe de mise en concurrence informelle, processus de sélection qualitative. Les observateurs soulignent le rapprochement singulier entre la procédure négociée avec publicité et les procédures

restreintes, voulu comme tel dans le droit dérivé. L'application des principes généraux de droit communautaire (transparence et égalité de traitement) des principes généraux de droit administratif (lorsque le pouvoir adjudicateur est une autorité administrative) implique concrètement la mise en place de procédure négociée très encadrée par un cahier spécial des charges devant garantir l'impartialité du processus d'analyse des offres, l'intégrité du contenu des offres, un minimum d'exigences de recevabilité des offres, afin notamment de s'assurer que la négociation ne sera pas vaine.

Enfin, dans son dernier état le droit dérivé limite la flexibilité de la procédure négociée dans les secteurs classiques en limitant l'objet des négociations au contenu des offres, à l'exclusion du cahier spécial des charges.

Un **second constat** s'impose. Au gré des réformes et sous l'impulsion déterminante du droit dérivé, de nombreux modes de passation particuliers ont été ajoutés aux procédures ordinaires et exceptionnelles. L'octroi des concessions de travaux publics se réalise au moyen d'une procédure négociée « particulière », puisque non intégrée aux hypothèses de procédure négociée et partant, se réalisant selon des modalités spécifiques. L'appel d'offres concours entend intégrer un volet conception pour les marchés de travaux ou de fournitures tandis que le concours de projet est spécialement conçu pour les marchés de services de conception (auteur de projet). La procédure d'acquisition de logements sociaux vise en fait à choisir une équipe qui sera chargée de la conception et de la réalisation des logements sur base de leur réputation et leur compétence. Enfin, le dialogue compétitif est une procédure qui tend à instaurer une phase de discussion (dialogue) sur le contenu du futur projet avec les entreprises intéressées et dûment sélectionnées, censée conduire à des choix du pouvoir adjudicateur, qui feront ensuite l'objet de ce que ressemble à un appel d'offres. Ces modes particuliers ne prétendent pas s'inscrire dans un ensemble de manière cohérente, posant un problème de lisibilité manifeste du « système ».

Un **troisième constat** ne peut échapper aux lecteurs, l'analyse des hypothèses de procédure négociée dans le droit dérivé et sa transposition en droit interne relève du parcours de combattant, ou d'un exercice imposé de maniaquerie !

Enfin, **pour finir**, le champ des incertitudes s'est accru avec les réformes, l'explosion de jurisprudence et de littératures juridiques consacrées aux marchés publics offrent une multitude de points de vue qui s'engouffrent de manière parfois contradictoire dans les imprécisions des textes.

53. Pour une réforme des modes de passation

Le droit de la passation des marchés publics (en parallèle avec le droit de son exécution), nous semble devoir être repensé et ses catégories juridiques reconstruites autour de paramètres concrets : travaux, fournitures, services d'une part, la responsabilité de la définition des spécifications techniques (et partant de l'adéquation des solutions proposées pour satisfaire le besoin poursuivi par l'achat) d'autre part, la négociation doit, selon des modalités variables, être généralisée.

Les principes généraux de transparence et d'égalité de traitement plaident pour une généralisation des mesures de publicité telles qu'elles existent déjà en droit communautaire et dans les droits internes. A l'heure des nouvelles technologies, il devient difficile de soutenir qu'il existerait la moindre raison objective de se passer de la publication d'un avis, notamment pour des raisons liées à l'urgence, les délais de publication pouvant être réduits à peau de chagrin lorsque le système de publication est efficace.

Plus fondamentalement, ces principes imposent des processus de comparaison des offres garantissant l'impartialité de l'analyse et l'intégrité des offres, deux aspects pour l'instant ignorés en droit dérivé.

Le droit dérivé contient les bases de processus de passation de marchés publics standardisés et pragmatiques : tous les acheteurs (publics et privés) posent leur choix en fonction de paramètres liés aux compétences des prestataires (et à leur réputation) et en fonction de paramètres liés à la prestation (critères de choix variables, dont l'importance relative est propre à chaque acheteur, prix, qualité, rapidité d'intervention, réputation, etc.). L'obligation de formaliser les décisions clés du processus d'achat engendre une rationalisation salubre pour l'acheteur et une transparence indispensable pour les prestataires qui peuvent tirer des enseignements stratégiques pour le futur et s'assurer que les règles du jeu ont été respectées.

Pour le reste, les acheteurs privés n'adoptent pas les mêmes méthodes pour faire construire leur maison (sachant qu'un entrepreneur ou un architecte aura des réflexes différents que l'homme ignorant dans ce même projet), pour acheter une voiture ou choisir leur médecin. Au nom de quel argument peut-on soutenir qu'il devrait en aller autrement pour les pouvoirs publics ?

Les quatre modes de passation suivants nous semblent répondre à une certaine rationalité des pratiques d'achat.

La passation **sans négociation sur base de critère unique ou de critères multiples**, pour les marchés publics de travaux, de fournitures et de services pour lesquels les spécifications techniques précises sont définies par le pouvoir adjudicateur (il sait comment le prestataire doit répondre à son besoin et l'indique clairement³¹⁸) ou pour lesquels les spécifications techniques sont standardisées (principalement pour les fournitures³¹⁹). Dans cette hypothèse, les spécifications techniques sont impératives, leur non respect doit nécessairement entraîner le rejet de l'offre.

La passation **avec négociation limitée à une mise au point des offres sur base de critère unique ou de critères multiples**, lorsque les spécifications techniques sont de type fonctionnel³²⁰ (c'est-à-dire que le pouvoir adjudicateur n'indique pas précisément la manière de faire) ou dont une partie de la prestation est définie par le prestataire (sous la forme de variante). La mise au point de l'offre est souvent nécessaire et ne pourra se réaliser qu'à partir d'explications complémentaires à l'offre initialement remise, explications qui généreront souvent des demandes d'ajustement des offres des uns et des autres.

La passation **avec négociation intégrale et attribution sur base de critère unique ou de critères multiples**, lorsque **les spécifications techniques sont précisées par les prestataires** et que le pouvoir adjudicateur doit faire un choix en plusieurs solutions émanant des entreprises.

Enfin, il devrait rester possible de **choisir des prestataires** plutôt que des prestations lorsque la qualité de ces dernières est directement liée à la qualité des premiers. Il en est ainsi de toutes les prestations intellectuelles ou comportant une part de création.

Ces propositions ne contiennent rien de très spectaculaire.

Elles supposent cependant un changement de paradigme. Il s'agit bien de repenser les modes de passation dans une perspective de performance de l'achat public et non dans une perspective de protection des opérateurs économiques.

³¹⁸ Par exemple, un marché de travaux de réfection de façade pour lequel la technique est précisée (hydrofuge), les produits à utiliser étant précisés dans une perspective de protection de l'environnement (demande de produits à base aqueuse et interdiction d'utiliser certains solvants nocifs).

³¹⁹ Achat de voiture : la gamme des produits est définie par les prestataires et est identique à celle vendue aux particuliers.

³²⁰ Marché de service informatique dont l'objectif est d'assurer la maintenance d'un parc existant afin de garantir un résultat décrit.

