

Question I.

En **janvier 2019**, l'intercommunale EAUPURE, dont l'objet social comporte principalement la distribution d'eau potable aux particuliers et aux entreprises établies sur le territoire de ses communes associées, subit de lourdes pertes d'eau dans le réseau de distribution qui est vétuste. Elle envisage de réaliser des travaux de réparation en urgence de son réseau afin de limiter les pertes.

- A. Quelle est la procédure la plus appropriée dans cette hypothèse ? Justifiez votre réponse (arguments + dispositions normatives)
- B. Afin de combler la perte d'eau, elle envisage un marché exceptionnel d'achat d'eau potable avec son fournisseur habituel sans organiser une procédure de passation de marché public. Elle vous demande conseil. Quelle serait votre analyse ?

A.

L'intercommunale, compte tenu de son **activité principale**¹ (la distribution d'eau potable – article 98, §1^{er}, 1° L2016.), est une entité adjudicatrice (article 2, 4° L2016).

Le choix de la procédure adéquate doit dès lors s'effectuer sur base des principes du chapitre 2 du TITRE 3 de la L2016 (et non en vertu du titre 2).

Dans les secteurs spéciaux, la **procédure négociée avec mise en concurrence préalable** est une procédure ordinaire (article 117, §1^{er}, 3° LOI 2016), elle permet parfois d'aller plus vite.

Si l'évocation de l'**urgence** dans le casus peut faire penser à la possibilité d'utiliser la **procédure négociée sans mise en concurrence** (article 124, §1^{er}, 5° L2016), cette procédure est exceptionnelle. La jurisprudence interprète strictement cette hypothèse. La procédure négociée sans publicité est exceptionnelle. La disposition précise, *in fine*, qu'elle ne peut être utilisée lorsque le pouvoir adjudicateur est à l'origine de la situation d'urgence. La vétusté² résulte nécessairement d'un défaut d'entretien, de maintenance ou d'investissement, ce qui exclut la possibilité d'utiliser cette procédure.

B.

L'article III L2016, précise que le titre 3 ne s'applique par aux **marchés**³ pour l'achat d'eau - pour autant qu'ils soient passés par des entités adjudicatrices exerçant une ou les deux activités relatives à l'eau potable visée à l'article 98, § 1^{er}, ce qui est précisément le cas de l'intercommunale⁴.

Dès lors, l'intercommunale ne doit pas appliquer la loi de 2016 pour l'achat d'eau. Ceci étant, les marchés restent régis par les principes généraux de droit communautaire (s'il présente un intérêt transfrontalier) et par les principes généraux du droit belge . Cela implique de se poser la question de savoir s'il ne faut pas organiser une procédure de mise en concurrente. Il est cependant fréquent

¹ Ce n'est dès lors pas l'objet du marché qui dicte l'application du régime des secteurs classiques ou spéciaux (erreur fréquente).

² La vétusté et le défaut d'investissement ou d'entretien a été présenté au cours oral pour illustrer cette réserve.

³ Il était dès lors erroné de considérer que ce marché retombait dans le champ des secteurs classiques (erreur fréquente).

⁴ L'achat d'eau a été évoqué au cours oral, comme exemple de la difficulté de choisir le bon régime applicable (secteur classique, secteur spéciaux , avec les nécessités de vérifier pour chaque hypothèse, les exclusions spécifiques).

que l'achat d'eau se réalise près du réseau (point de captage ou de traitement) ce qui peut limiter les possibilités de mise en concurrence.

Question 2.

En mars 2019, L'OTAN envisage des travaux de rénovation de divers bâtiments situés à Bruxelles dont elle est propriétaire et qui servent à héberger sur des courtes durées des fonctionnaires et dignitaires étrangers en visite pour les besoins de son activité. Le marché de travaux s'élève à 6.000.000 €. Quelle est la procédure de passation que vous pourriez lui conseiller sachant que l'OTAN veut faire des économies et qu'elle sait parfaitement les travaux à réaliser ?

L'OTAN⁵ est une **organisation internationale**, ses marchés sont passés en vertu de règles internationales au sens de l'article 27 L2016. La loi ne s'applique donc pas en principe, d'autant que le présent marché ne présente au surplus aucun aspect militaire (article 34).

Si les procédures de passation ne sont pas applicables, certains aspects de celle-ci peuvent inspirer un processus pertinent : choix d'un critère d'attribution relatif au prix, possibilité d'introduire des variantes pour réduire les coûts, alternative entreprise générale ou marché à lots, etc.

Question 3.

Le 15 décembre 2019, le bourgmestre de la ville d'ANVERS est confronté à un abandon de chantier : une entreprise qui était censée mettre en place le marché de Noël lui fait savoir qu'elle ne pourra le faire sans explication si ce n'est que la société « est confrontée à des circonstances indépendantes de sa volonté ». Le service juridique de la commune ne lui offrant pas de solution, il décide de consulter un avocat en vue d'introduire une action judiciaire. Sans attendre, sur base d'une décision du collège qui le suit, il appelle personnellement l'avocat XR, en qui il a toute confiance et lui demande de lui remettre une consultation dans les 48 heures en vue d'introduction d'une action en justice. L'avocat XR se méfiant un peu du contexte, exige le paiement intégral des honoraires relatifs à la consultation, soit la somme de 3500 €, dans les 24 heures comme condition à son intervention.

A. Le collège pouvait-il consulter uniquement l'avocat XR sans rédiger de cahier des charges et sans exiger de lui la remise d'une offre formelle ?

BL'avocat est-il en droit d'exiger le paiement de l'intégralité de sa prestation avant de l'avoir réalisée ?

Le marché relève de manière évidente des secteurs classiques (la commune étant un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2, 1^o, b) de la L2016, le casus ne mentionnant aucun élément renvoyant aux secteurs spéciaux. Il s'agit de manière toute aussi évidente d'un marché public de service juridique. Toutefois, l'article 28 L2016 comporte des exclusions spécifiques pour les marchés de services, en particulier le §1^{er}, 4^o, b) (et non a) ; soit « le conseil juridique fourni en vue de la préparation de toute procédure visée au point a), ou lorsqu'il existe des signes tangibles et de fortes probabilités selon lesquels la question sur laquelle porte le conseil fera l'objet d'une telle procédure,

⁵ A nouveau, j'ai évoqué l'OTAN (et le chantier relatif à la construction de son siège) à plusieurs reprises pour évoquer à la fois l'exception (ART. 27) et l'impact des procédures de sécurité sur la bonne exécution du chantier.....

pour autant que le conseil émane d'un avocat au sens de l'article 1^{er} de la directive 77/249/CEE précité ».

Cette disposition est exécutée par l'article 125 de l'AR du 18 avril 2017 qui précise notamment que « Ces marchés publics sont passés après consultation si possible des conditions de plusieurs avocats, mais sans obligation de demander l'introduction d'offres. La preuve de cette consultation doit pouvoir être fournie par le pouvoir adjudicateur ».

Dès lors, s'il n'est pas exigé de déposer une offre, la ville ne pouvait pas se contenter de consulter un seul avocat . Aucune donnée du casus ne laisse à penser que l'urgence était telle qu'il était impossible d'envoyer trois fax – un coup de téléphone ne suffisant pas

B.L'article 125 de l'AR du 18 avril 2017, précise également que « les marchés pour la désignation d'un avocat dans le cadre de la représentation légale ou en vue de la préparation d'une procédure judiciaire, visés à l'article 28, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4^o, a) et b), de la loi, sont soumis aux principes du titre 1 de la loi, à l'exception des articles 12 et 14 de la loi (...). Les marchés visés à l'alinéa 1^{er} ne peuvent être conclus par facture acceptée, sauf lorsque leur montant estimé est inférieur au montant visé à l'article 92, alinéa 1^{er}, de la loi.

La règle du paiement pour service fait et accepté (article 12 L2016) n'est dès lors pas applicable, l'AR du 14 janvier 2013 relative aux marchés publics ne s'applique pas non plus (article 6, §3, alinéa 2 du RGE précise en effet que « Le présent arrêté n'est pas d'application aux marchés de désignation d'un avocat dans le cadre de la représentation légale ou en vue de la préparation d'une procédure judiciaire, visés à l'article 28, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4^o, a) et b), de la loi ».

Partant, l'article 67 du RGE relatif aux avances n'est pas d'application.

En conclusion, il n'existe aucun principe dans la réglementation relative aux marchés publics qui interdit d'exiger le paiement intégral. La question doit dès lors est régie par la TGO et la liberté contractuelle.

Si l'avocat peut l'exiger, cela n'implique aucune obligation pour la commune d'accepter....

Question 4.

La communauté française envisage de procéder à une vaste opération de rénovation de tous ses bâtiments scolaires en faisant un seul marché par province concernée, espaçant lesdits marchés d'une période de 5 ans, pour des raisons budgétaires. Elle souhaite commencer par les établissements de la province du Hainaut qui sont les plus vétustes. Elle souhaite que le marché intègre des dispositifs innovants en matière de construction durable et d'économie d'énergie et des processus innovants pour le financement (par exemple, en prévoyant qu'une partie du prix serait liée aux performances énergétiques des bâtiments rénovés). Elle ne dispose pas en interne des ressources pour élaborer le cahier des charges ni sous l'angle juridique ni sous l'angle des solutions techniques. Elle ne souhaite cependant pas faire réaliser des études préalables trop longues et souhaite d'un seul opérateur économique supporte in fine l'ensemble des risques du marché.

Quelle(s) procédure(s) est/ sont susceptible(s) de rencontrer ses objectifs ?

L'utilisation du présent dans le casus est bien une indication temporelle si l'on se réfère aux règles élémentaires de conjugaison. Les solutions autorisées par la loi de 2016 (le droit positif) devaient donc être cernées.

La communauté française étant de manière évidente un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2, 1° ; b) L2016, l'enseignement étant clairement un secteur classique...

Trois procédures pouvaient être envisagée, le dialogue compétitif (article 39 L2016), la procédure concurrentielle avec négociation (article 38 L2016) et le partenariat d'innovation (article 40 L2016).

Le **dialogue compétitif** peut être utilisé dans des hypothèses communes à la **procédure concurrentielle avec négociation** (l'article 39 renvoyant à l'article 38, §1^{er}, 1°, a) à d), et 2°.

Tous ces cas sont à rapprocher du casus,

1° pour les travaux (il s'agit bien d'un marché de travaux) , (...)remplissant un ou plusieurs des critères suivants:

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

b)ils incluent la conception ou les solutions innovantes;

c)le marché ne peut être attribué sans négociations préalables du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent;

d)le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou une référence technique au sens de l'article 2, 45° à 48°;

Il a été expliqué au cours oral (et souligné dans le manuel) que l'encadrement du dialogue compétitif comportait quelques incertitudes de nature à engendrer des éléments d'insécurité juridique (difficultés d'interpréter certaines normes notamment sur le processus de choix des solutions multiples lorsqu'une seule n'était pas retenue au terme du dialogue).

Il a été également expliqué que le dispositif normatif du partenariat d'innovation ne comportait aucune spécificité par rapport à ce qui était possible dans le cadre d'une procédure de négociation concurrentielle classique, partant, le choix le plus raisonnable est bien la procédure concurrentielle avec négociation (article 39 L2016).