

Périodique d'information du site <http://www.marchespublics.be>

Sommaire :	1. Les deux nouvelles lois - introduction
	2. Principes de confidentialité des secrets d'affaires
	3. La conception de la commande
	4. La passation du marché : sélection et réservation
	5. Passation du marché : l'attribution
	6. Les conditions d'exécution du marché
	7. Les recours en référé ou comme en référé autour de l'attribution

Chaussée de la Hulpe, 178 B - 1170 Bruxelles

Tél : 32(02)743.69.00 Fax : 32(02)743.69.01 E-mail : <mailto:patrick.thiel@cms-db.com> – <http://www.cms-db.com>

### 1. LES DEUX NOUVELLES LOIS - INTRODUCTION

Les lois des 15 et 16 juin 2006 apportent plusieurs innovations dans le domaine des marchés publics. La présente Lettre analyse ces deux lois, qui abrogeront l'actuelle loi du 24 décembre 1993 et transposent les directives européennes 2004/18 et 2004/17 relatives aux marchés publics. Les principales évolutions par rapport à la législation actuelle sont les suivantes. À l'heure actuelle, ces deux lois n'ont pas encore été publiées au Moniteur belge. Elles ne sont pas conséquent pas encore entrées en vigueur. Il faudra encore attendre quelques mois – et l'adoption des arrêtés royaux d'exécution – avant que le nouveau régime soit d'application. La loi du 15 juin 2006 contient le corps des dispositions en matière de marchés publics. Elle est destinée à remplacer la loi actuelle du 24 décembre 2003. La loi du 16 juin 2006 concerne elle spécifiquement la problématique des recours en référé ou comme en référé que peuvent introduire les soumissionnaires qui s'estiment irrégulièrement évincés d'une procédure de passation d'un marché public.

### 2. PRINCIPE DE CONFIDENTIALITÉ DES SECRETS D'AFFAIRES

Une première innovation importante concerne l'obligation de confidentialité, désormais expressément inscrite à l'article 11 de la loi. Il paraissait en effet important pour les opérateurs économiques que le pouvoir public agisse, non seulement avec objectivité et dans le respect du principe d'égalité, mais également que ce dernier ne divulgue pas aux concurrents des informations importantes ou des secrets d'affaire. Ce principe est désormais garanti à l'article 11 de la loi, qui interdit au pouvoir adjudicateur qui a connaissance de renseignements confidentiels communiqués par les candidats, soumissionnaires ou opérateurs économiques, de les divulguer. Ces renseignements concernent notamment les secrets techniques ou commerciaux ainsi que les aspects confidentiels des offres.

### 3. LA CONCEPTION DE LA COMMANDE

Plusieurs nouveautés – ou développements – peuvent également être mis en avant à propos de la conception de la commande. Ainsi, lorsque le cahier spécial des charges prévoit différents lots, il ne sera désormais plus obligatoire d'inscrire dans ce cahier spécial que le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de n'attribuer, le cas échéant, que certains. Cette faculté est désormais expressément inscrite à l'article 36 de la loi et s'appliquera donc d'office, ce qui permettra plus de souplesse en pratique pour les pouvoirs adjudicateurs.

Un marché peut également comprendre plusieurs tranches, les unes fermes et les autres conditionnelles, lorsque le pouvoir adjudicateur en démontre la nécessité. La conclusion du marché porte alors sur l'ensemble des tranches, mais n'engage le pouvoir adjudicateur que pour les tranches fermes. L'exécution de chaque tranche conditionnelle est subordonnée à une décision ultérieure du pouvoir adjudicateur.

Dès le départ, un marché peut comprendre un mécanisme de reconduction. Le principe est alors modalisé dans l'avis de marché ou le cahier spécial des charges. La durée totale, y compris les reconductions, ne peut en règle générale pas dépasser quatre ans à partir de la conclusion du marché, conformément à l'article 37, § 2, de la loi. Toujours dans le cadre de la conception de sa commande, un pouvoir adjudicateur peut s'associer, pour la satisfaction d'un besoin particulier, avec un autre pouvoir adjudicateur via une technique que l'on connaît déjà : le marché conjoint. À l'avenir toutefois, les conditions du marché pourront prévoir un

payement séparé pour chaque pouvoir adjudicateur, conformément à ce que prévoit l'article 38 de la loi.

Notons enfin à propos de la conception de la commande, que le 8<sup>ème</sup> considérant de la directive 2004/18 précise qu'avant le commencement d'une procédure de passation d'un marché, le pouvoir adjudicateur peut, en recourant à un dialogue technique, solliciter ou accepter un avis pouvant être utilisé pour l'établissement du cahier spécial des charges. Une réserve toutefois : cet avis ne doit pas avoir pour effet de porter atteinte à la concurrence.

#### 4. LA PASSATION DU MARCHÉ : SÉLECTION ET RÉSERVATION

Les innovations les plus marquantes introduites par la loi du 15 juin 2006 concernent, sans conteste, la passation du marché. Cette procédure de passation comprend deux phases: la sélection qualitative d'une part et le processus d'attribution de la commande d'autre part. En ce qui concerne la sélection qualitative, la nouvelle réglementation contient des nouvelles causes d'exclusion obligatoires. Le pouvoir adjudicateur ne pourra admettre les candidatures de personnes qui ont été condamnées pour participation à une organisation criminelle, corruption, fraude ou blanchiment de capitaux. Par ailleurs, les ressortissants d'un pays autre que ceux de la Communauté européenne d'une part, et des pays ayant signé un accord international avec la Communauté européenne d'autre part (Etats-Unis, Canada, Japon, Israël, etc.), n'auront plus un accès automatique aux commandes publiques belges. Bien plus, la nouvelle loi prévoit que ces ressortissants ne pourront pas déposer une offre, à moins que le cahier spécial des charges n'ait expressément prévu une disposition en sens contraire. Notons enfin que le mécanisme de réservation de marchés au profit des ateliers protégés et d'entreprises d'économie sociale se trouve renforcé et élargi.

#### 5. PASSATION DU MARCHÉ : L'ATTRIBUTION

S'agissant des procédures d'attribution du marché, on observe essentiellement que la procédure négociée, avec ou sans publicité, trouve un essor important puisque de nombreuses hypothèses nouvelles permettront d'y recourir. Par ailleurs, la loi du 15 juin 2006 introduit de nombreuses nouvelles procédures, particulièrement en ce qui concerne les secteurs classiques. Parmi celles-ci, citons l'introduction de l'accord cadre, la centrale d'achats ou de marchés, le dialogue compétitif, le système d'acquisition dynamique, les enchères électroniques.

Les pouvoirs adjudicateurs disposeront donc, incontestablement, de plus de souplesse dans le choix des procédures de passation puisque ces dernières se trouvent significativement étoffées. La nouvelle loi rappelle que les critères d'attribution doivent, en toute hypothèse, avoir un lien direct avec l'objet du marché. Ils doivent également faire l'objet d'une pondération dans le cahier spécial des charges ou l'avis de marché si le marché atteint le seuil de publicité européenne, à moins que le pouvoir adjudicateur ne démontre l'impossibilité de procéder à cette pondération. Les critères pourront alors classés en ordre décroissant d'importance.

#### 6. LES CONDITIONS D'EXÉCUTION DU MARCHÉ

À propos des conditions d'exécution du marché, la loi nouvelle consacre la poursuite d'objectifs tels que la mise en œuvre d'actions de formations professionnelles pour les chômeurs ou les jeunes, la promotion de la politique d'égalité des chances d'accès aux emplois des personnes insuffisamment intégrées dans le circuit professionnel, la lutte contre le chômage, le respect des conventions fondamentales de l'organisation internationale du travail, la protection de l'environnement.

#### 7. LES RECOURS EN RÉFÉRÉ OU COMME EN RÉFÉRÉ AUTOUR DE L'ATTRIBUTION

La loi du 16 juin 2006 affine quant à elle le mécanisme de recours à l'encontre des décisions d'attribution du marché. Les principales innovations tiennent dans les éléments suivants.

Le *standstill* (délai d'attente qui permet au soumissionnaire d'introduire une procédure urgente avant que le marché ne soit conclu) sera désormais également applicable aux secteurs spéciaux. D'autre part, s'agissant de la juridiction compétente pour connaître du recours, le président du tribunal de première instance, siégeant en référé pourra connaître de la demande uniquement lorsque le pouvoir adjudicateur ne relève pas du contrôle juridictionnel du Conseil d'État ; l'introduction parallèle ou successive de deux procédures semble à l'avenir exclue. Le requérant ne devra plus démontrer qu'il souffre d'un préjudice grave et difficilement réparable pour introduire une action en référé devant le Conseil d'État ; cette notion – appréciée avec beaucoup de rigueur particulièrement par les Chambres francophones du Conseil d'État – sera remplacée par une mise en balance des intérêts. Enfin, le contrat conclu en méconnaissance du délai de *standstill* pourra faire l'objet d'une demande en annulation, dans le cadre d'une procédure comme en référé introduite devant le Président du Tribunal de Première Instance.

Me Patrick THIEL