



Harmony Doumont – Consultant en matière d'analyse et d'attribution de marchés publics – h.doumont@dla3.be



M^e Mathieu Devos – Avocat – m.devos@luga.be

Recours à la procédure concurrentielle avec négociation en cas d'offres irrégulières ou inacceptables

Vous avez lancé un marché public et vous n'avez qu'une seule offre, qui de surcroît dépasse le budget alloué ? Ou bien, votre panel est composé de soumissionnaires non sélectionnés ou d'offres irrégulières ? On vous parle alors d'**offres inacceptables** ? Qu'entend-on par offre inacceptable ? Que peut-on faire ?

1 | RAPPEL LÉGISLATIF

L'article 38 §1^{er} 2° de la Loi du 17 juin 2016 prévoit la possibilité de recourir à la Procédure Concurrentielle Avec Négociation (ci-après PCAN) *pour les travaux, les fournitures ou les services pour lesquels, en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées.*

Deux notions importantes à retenir :

1. En réponse à une procédure ouverte ou restreinte
2. offres irrégulières ou inacceptables : La loi précitée ne fait qu'évoquer le terme inacceptable sans donner d'indice sur ce qu'elle considère comme inacceptable. C'est dans les motifs de la Loi du 17 juin 2016 que nous lirons une définition de la notion d'inacceptabilité : *sont considérés comme inacceptables les offres présentées par des soumissionnaires **dépourvus des capacités requises** [sélection qualitative], ou dont **le prix dépasse le budget du pouvoir adjudicateur tel qu'il a été déterminé et établi avant le lancement de la procédure**¹.*

Un prix inacceptable suffit à justifier l'abandon de la procédure initiale, et au besoin le recommencement de celle-ci selon un autre mode. La notion de prix inacceptable ne constitue pas une donnée objective, mais relève de l'appréciation du pouvoir adjudicateur (ci-après PA). Lorsque les offres déposées sont supérieures de près de 13 ou 14% à l'estimation, l'abandon de la procédure est justifié².

2 | SEULES DES OFFRES INACCEPTABLES OU IRRÉGULIÈRES ONT ÉTÉ PRÉSENTÉES : UNE VOIE SANS ISSUE ?

En pratique, par essence, une PCAN sous-entend une procédure en deux phases : une première phase de sélection (candidature) suivie d'une seconde phase d'attribution (offre). Pour le cas où seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été déposées, il convient de comprendre la PCAN avec un autre regard que cette vision biphasique. Dans le cas présent, *recourir à la PCAN* sous-entend plutôt *entrer en négociation*. La bonne pratique des marchés publics voudra que l'on procède de la sorte :

→ ACTE 1

Faire le constat : seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été déposées en réponse à une procédure ouverte ou restreinte.

Remarque : Cela sous-entend qu'une première analyse de l'absence des motifs d'exclusion et des critères de sélection qualitative a été effectuée.

→ ACTE 2

Le marché initial (PO ou PR) était soumis à la publicité européenne ?

Le pouvoir adjudicateur prend la décision d'entrer en négociation avec **tous les soumissionnaires et uniquement les soumissionnaires** répondant aux critères visés aux articles 67 à 78 (motifs d'exclusion et sélection qualitative) **et dont l'offre était formellement régulière.**

Remarque 1 : Dans le cas où le PA n'inclut pas dans la nouvelle procédure tous lesdits soumissionnaires, le PA sera tenu de publier un avis de marché ³.

Remarque 2 : Il convient aussi de lire que, sans la publication d'un nouvel avis de marché, le PA ne sera pas autorisé à inviter des opérateurs économiques étrangers à la première procédure.

Le marché initial (PO ou PR) n'était pas soumis à la publicité européenne ?

Le pouvoir adjudicateur prend la décision d'entrer en négociation avec :

- Les soumissionnaires qui se sont manifestés pour la première procédure pouvant répondre aux critères de sélection qualitative, **et dont l'offre initiale était régulière ou non**, et éventuellement...
- De nouveaux opérateurs économiques étrangers à la première procédure mais dont le PA a connaissance qu'ils seraient susceptibles de répondre aux critères de sélection.

Conseil : Avant d'inviter aux négociations un soumissionnaire dont l'offre est frappée d'irrégularité, le principe de bonne administration voudra que le PA s'assure que l'irrégularité de l'offre concernée soit corrigée.

Remarque 1 : Dans sa prise de décision, le PA doit garder à l'esprit que l'accent est mis sur l'élargissement de la concurrence.

→ ACTE 3 – A DÉFAUT, décision illégale

Rédaction et envoi d'une décision motivée motivant le recours à la PCAN et en veillant à mentionner dans cette dernière les éléments repris dans le §3 de l'article 38 de la loi du 17/06/2016, c'est-à-dire :

- Objet du marché avec description des besoins
- Précision des critères d'attribution
- Exigences minimales

¹ Exposé des motifs, *Doc.parl.*, Chambre, 3^e session de la 54^e législature, doc. 54 1541/001, p. 75

² THIEL Patrick, *Mémento des marchés publics et PPP 2019*, Kluwer, 2018, p.410

³ Article 38, §1^{er} 2^o alinéa 2 de la Loi du 17/06/2016 relative aux marchés publics

→ ACTE 4

Une question n'a pas encore été abordée mais semble primordiale : **Faut-il procéder à l'écriture d'un nouveau CSC cadrant la nouvelle procédure ?** La seule hypothèse où il semblerait qu'un nouveau CSC ne soit pas requis – encore que – réside dans l'hypothèse où le PA envisage d'entrer en négociations avec seulement les soumissionnaires ayant renoncé à une offre irrégulière ou inacceptable, à condition que ces derniers maintiennent les prix remis pour la procédure avortée. Dans cette hypothèse seulement, le PA pourrait, via la décision motivée, indiquer notamment comment il envisage la négociation, les points qui feront a priori l'objet de négociation, un nouveau délai d'engagement, la date limite de réception des offres.

Dans toutes les autres hypothèses (PCAN avec publication d'un nouvel avis de marché, négociation avec de nouveaux opérateurs économiques, etc), pour respecter l'égalité de traitement, l'écriture d'un nouveau CSC semble incontournable pour cadrer le marché tant dans la passation du marché que dans l'exécution de ce dernier.

Quid de l'hypothèse où au terme de la procédure initiale, il ne reste qu'une seule offre acceptable ?

→ Le principe de concurrence voudra que le PA ouvre la concurrence.

3 | QUID DE LA PROCÉDURE NÉGOCIÉE DIRECTE AVEC PUBLICATION PRÉALABLE ?

Nous avons exclusivement parlé du recours à la PCAN en réponse à une procédure ouverte – ou restreinte – infructueuse ; mais qu'en est-il pour une procédure négociée directe avec publication préalable infructueuse ? Le cas est plus simple. En effet, soit (1^{re} hypothèse), aucune offre n'est acceptable, cela implique donc que les négociations permises dans le cadre de la PNDAPP n'ont pas abouti ; soit (2^e hypothèse), aucune offre n'a été déposée. Pour commencer, le PA sera tenu de rédiger une décision motivée de non-attribution. Ensuite, dans un second temps, le PA devra prendre du recul sur le dossier et analyser où se situe le blocage. Pourquoi les offres sont-elles aussi onéreuses ? Et/ou pourquoi aucun opérateur économique ne souhaite répondre à la demande ? Et enfin, le PA relancera un nouveau marché selon la procédure la plus adéquate.