



Pour une utilisation stratégique des marchés publics



.AGORIA



CONTENU

	INTRODUCTION	3
1	EN AMONT DE LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS	5
1.1	Un changement de mentalité et engagement politique fort	5
1.2	Une plus grande transparence et un meilleur monitoring des marchés publics	6
1.3	Un meilleur sourcing et une meilleure communication avec le marché avant le lancement des marchés publics	11
1.3.1	Rencontres publiques et face-à-face	12
1.3.2	Plates-formes des pouvoirs adjudicateurs	12
1.3.3	Décloisonner la fonction achat	13
1.4	Une plus grande professionnalisation des acheteurs publics	13
1.5	Création d'une cellule d'assistance aux pouvoirs adjudicateurs	13
1.6	S'engager pour les marchés innovants	14
1.7	Désigner un médiateur des marchés publics	16
2	PENDANT LA PHASE DE PASSATION	17
2.1	Définition fonctionnelle des besoins	17
2.2	Utiliser des critères de sélection proportionnels	17
2.3	Autoriser les variantes	18
2.4	Orienter les marchés sur le rapport qualité-prix plutôt qu'uniquement sur le prix	18
2.5	Allotir judicieusement les marchés	19
2.6	Prévoir des clauses environnementales dans les cahiers des charges	20
2.7	Prévoir des clauses sociales dans les cahiers des charges	21
2.8	Accorder des délais suffisants aux soumissionnaires	21
2.9	Indemniser les soumissionnaires	22
2.10	Imposer, si adapté, l'usage du français/néerlandais sur les chantiers	22
2.11	Procéder à un contrôle rigoureux des prix	23
3	PENDANT L'EXÉCUTION DES MARCHÉS	24
3.1	Contrôle de l'exécution	24
3.2	Contrôle du respect du paiement des sous-traitants	24

INTRODUCTION

Il est souvent reproché aux acheteurs publics des différents niveaux de pouvoir (fédéral, régional, local, ...) d'attribuer trop peu de marchés publics à des entreprises belges au profit d'entreprises étrangères.

Cette situation a été objectivée par une étude européenne qui a montré que pour l'année 2008, **la Belgique a attribué, en valeur, 24% des marchés publics à des entreprises étrangères, alors que dans le même temps, les Pays-Bas n'en avaient seulement attribué qu'1%, la France 1,7% et l'Allemagne 2,2%, la moyenne européenne se situant à 4%**¹. Il y a de fortes raisons de penser que la situation n'a pas évolué depuis 2008.

Même en présence de marchés attribués à des entreprises belges, il arrive couramment que ceux-ci soient sous-traités en grande partie à des entreprises étrangères, ce qui a un impact direct sur l'activité des entreprises locales.

Bien que les marchés de travaux soient les plus impactés par les situations de concurrence déloyale, les marchés de services ou de fournitures sont également concernés par cette problématique qui a un impact évident sur l'emploi en Belgique.

Un exemple typique est celui du secteur des constructions métalliques, qui se retrouve en grande difficulté, alors que parallèlement, des marchés sont fréquemment attribués, soit à des entreprises étrangères, soit à des entreprises qui sous-traitent à l'étranger (voir par exemple l'écluse du Port d'Anvers, fabriquée en Chine).

Selon les grands principes du droit européen des marchés publics, toutes les entreprises de l'Union Européenne doivent être traitées de manière égale, si bien qu'il n'est pas possible de réserver certains marchés publics aux entreprises uniquement belges, pour le seul motif de leur nationalité. Cette manière de faire serait en outre économiquement irresponsable.

Cela étant, l'étude précitée de la Commission Européenne révèle que **seuls 3,48% du chiffre d'affaires des entreprises belges relatifs aux marchés publics étaient générés par des marchés publics remportés hors Belgique**². **Il y a donc un fort déséquilibre entre d'une part, les marchés remportés par les entreprises belges à l'étranger et, d'autre part, les marchés remportés par les entreprises étrangères en Belgique.**

Les entreprises belges sont pourtant tout à fait compétitives, innovantes et capables de remporter des marchés, pour peu que l'on se donne la peine d'utiliser les marchés publics de manière stratégique.

Des outils sont à la disposition des pouvoirs adjudicateurs pour leur permettre d'utiliser les marchés publics de manière stratégique et, indirectement, de favoriser l'emploi local et la participation des PME.

L'utilisation stratégique des marchés publics va d'ailleurs beaucoup plus loin qu'une simple lutte contre la concurrence déloyale, et elle permet également de privilégier les marchés publics durables et responsables, de favoriser les marchés innovants, et une gestion plus efficace des fonds publics.

Il s'agit donc d'un effet win-win, aussi bien du point de vue des pouvoirs adjudicateurs que de celui des entreprises et des travailleurs, et même des citoyens.

Dans ce sens, le 3 octobre 2017, la Commission européenne a publié une communication intitulée « Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe » ainsi qu'une série de guides sur la professionnalisation des acheteurs publics et l'évaluation ex ante des procédures de marchés publics pour les grandes infrastructures.

La Commission rappelle qu'une partie importante des investissements publics sont réalisés par l'intermédiaire de marchés publics, qui représentent **14% du PIB de l'UE**, ce qui en fait un **élément fondamental de l'écosystème d'investissement**. La Commission insiste sur le fait que les pouvoirs publics peuvent utiliser ce levier d'une manière plus stratégique, afin d'obtenir un meilleur rapport coût/efficacité pour chaque euro d'argent public dépensé et apporter leur pierre à la construction d'une économie plus innovante, durable, inclusive et compétitive.

¹ Evaluation of SME's access to public procurement markets in the EU, DG Enterprise and Industry, Final Report, September 2010, p.16, [http://ec.europa.eu/smart-regulation/evaluation/search/download.do;jsessionid=ICF8TT1Nfy2M\]wBDWQC1\]x8g8rXtjwDIhK1vqn8M1f32kYbpfBX-Q:1601440011?documentId=4289](http://ec.europa.eu/smart-regulation/evaluation/search/download.do;jsessionid=ICF8TT1Nfy2M]wBDWQC1]x8g8rXtjwDIhK1vqn8M1f32kYbpfBX-Q:1601440011?documentId=4289)

² Evaluation of SME's access to public procurement markets in the EU, DG Enterprise and Industry, Final Report, September 2010, p.17

En effet, grâce aux marchés publics, les pouvoirs publics disposent d'un instrument puissant leur permettant de dépenser l'argent du contribuable d'une manière efficiente, durable et stratégique.

Selon une estimation d'EUROSTAT, les marchés publics dans l'UE représentent **2.000 milliards d'euros par an !**

L'utilisation stratégique des marchés publics doit donc faire partie intégrante de la politique industrielle et économique des différents gouvernements de notre pays.

Les pouvoirs publics sont de plus en plus conscients de cette problématique, et de multiples initiatives ont été prises dans le but notamment de favoriser la participation des PME dans les marchés publics, mais également les marchés publics écologiquement et socialement responsables.

A ce titre, les partenaires sociaux du secteur de la technologie ont par exemple été impliqués dans un partenariat inédit en région de Charleroi Sud Hainaut visant à l'élaboration de la boîte à outils anti-dumping social ; ce guide permet aux pouvoirs adjudicateurs de trouver facilement des outils pour rédiger efficacement leurs cahiers des charges en évitant de favoriser des situations de concurrence déloyale (<http://notreregion.be/fr/article/la-boite-outils-anti-dumping-social>).

La multiplication de ces documents bien qu'utiles et nécessaires ne produit pas encore suffisamment l'effet escompté. Il faut en effet constater, au regard des différents cas qui nous sont soumis, que les acheteurs publics n'utilisent pas les marchés publics de façon suffisamment stratégique, alors qu'ils en ont la possibilité.

Cette sous-utilisation des outils à leur disposition peut s'expliquer par les raisons suivantes :

- Le manque d'engagement politique fort envers une utilisation stratégique des marchés publics
- La pression budgétaire impliquant une focalisation des cahiers des charges sur les prix au détriment du rapport qualité/prix ;
- Une difficulté à s'y retrouver dans la multiplication des textes ;
- Le risque de recours contre la décision d'attribution qui augmente proportionnellement avec la multiplication des critères de sélection et d'attribution et avec la prise de risques ;
- Certaines clauses sociales et environnementales paraissent parfois difficiles à mettre en œuvre concrètement ;
- Certaines clauses environnementales semblent ne pas toujours contenir des éléments clairs et objectifs permettant de départager les candidats d'une manière objective (exemple : comment calculer de manière systématisée et uniforme le coût du cycle de vie ou l'impact environnemental d'un produit ou de certains travaux ?) ;
- L'alourdissement des charges administratives pour les acheteurs publics. Cet alourdissement des charges administratives se traduit notamment dans des rédactions de plus en plus complexes des cahiers des charges, mais également, en ce qui concerne la mise en œuvre des clauses sociales, par des obligations de contrôle plus poussées de la part des acheteurs publics (par exemple, comment s'assurer qu'une clause de formation est respectée en cours d'exécution ?) ;
- La facilité de recourir à l'emploi d'un modèle existant de cahier des charges au lieu de rédiger de zéro un nouveau cahier des charges tenant compte des spécificités du marché et s'interrogeant sur l'opportunité d'adopter des clauses sociales et environnementales adaptées au marché ;
- Une formation/sensibilisation insuffisante du personnel chargé de la rédaction des cahiers des charges (surtout vrai pour les petits pouvoirs adjudicateurs tels que les communes ou les ASBL) ;

- La forte fragmentation des acheteurs. La Commission européenne a souligné dans un récent rapport que le système fédéral belge se disperse parmi environ 5.000 pouvoirs adjudicateurs répartis dans les trois régions, les provinces, les municipalités et au moins 26 entités publiques³.

En outre, sans qu'il ne soit question ici de protectionnisme, il faut constater que le taux de publication des marchés publics au niveau européen est inégal entre les pays, la Belgique étant l'un des pays de l'UE qui recourt le plus à la publication européenne. La Belgique publiait ainsi en 2015 17,7% de ses marchés au niveau européen, alors que le taux de publication n'était que 6% pour l'Allemagne, 10,5% pour les Pays-Bas et 11,7% pour l'Autriche⁴. Ces taux de publication se répercutent nécessairement sur le taux d'attribution des marchés publics à des entreprises qui ne sont pas établies en Belgique.

Dans sa communication du 3 octobre 2017, la Commission européenne définit 6 domaines prioritaires où des actions concrètes peuvent transformer la passation de marchés publics en un puissant instrument de politique économique à la disposition de chaque Etat Membre, avec à la clé d'importantes retombées positives sur l'issue des marchés publics :

- Faire en sorte que les marchés publics stratégiques soient plus largement adoptés
- Professionnalisation des acheteurs publics
- Améliorer l'accès aux marchés publics
- Renforcer la transparence et l'intégrité, et améliorer la qualité des données
- Stimuler la transformation numérique de la passation des marchés
- Coopérer pour une passation de marchés commune

Les partenaires sociaux du secteur de la technologie partagent l'entièreté de ces propositions avec enthousiasme.

Ce document liste les outils les plus pertinents au niveau belge à la disposition des acheteurs publics pour faire une utilisation stratégique des marchés publics, en tenant compte des différents stades des marchés publics.

Avec des engagements politiques fermes et concrets au sujet de ces outils, les pouvoirs adjudicateurs permettront à la Belgique d'entrer dans une nouvelle ère des marchés publics et de lancer un cercle vertueux, où tous les objectifs sont interconnectés : marchés publics innovants, durables, socialement responsables, et luttant contre la concurrence déloyale.

Les partenaires sociaux du secteur de la technologie sont de plus convaincus que l'utilisation stratégique des marchés publics doit faire partie d'une politique industrielle et économique intégrée.

Ensemble, nous soutenons cette vision.

- Geert Dumortier, ACLVB
- Georges De Baetselier, ABVV Metaal
- Hillal Sor, Metallos MWB
- Marc Lambotte, Agoria
- Jean-Marc Lepied, CNE-GNC
- Philippe Bervoets, ACV-Puls
- Pia Desmet, BBTK
- Stéphane Piron, SETCa
- William Van Erdeghem, ACV-CSC METEA



³ Stock-taking of administrative capacity, systems and practices across the EU to ensure the compliance and quality of public procurement involving European Structural and Investment (ESI) Funds

<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d1082259-0202-11e6-b713-01aa75ed71a1>

⁴ Europese Commissie, Public Procurement Indicators 2015 - DG GROW G4 - Innovative and e-Procurement, Table 6. Number of contract notices published in TED (excluding utilities and defence), page 13 <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/20679>

1 EN AMONT DE LA PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

1.1 Un changement de mentalité et engagement politique fort

Un engagement politique fort est nécessaire à tous les niveaux de pouvoir pour que les marchés publics stratégiques soient adoptés de manière systématique.

Si les personnalités politiques s'engagent à prendre à bras-le-corps cette question, les possibilités d'amélioration sont potentiellement considérables.

Au lieu de considérer la passation de marchés publics comme une obligation administrative, une démarche proactive devrait être adoptée.

Les pouvoirs adjudicateurs devraient accorder une plus grande place aux marchés publics stratégiques pour atteindre des objectifs sociétaux, économiques et environnementaux. L'intégration des critères de l'innovation, écologiques et sociaux, le recours plus large à la consultation préalable du marché ou aux évaluations qualitatives ainsi que la réalisation d'achats de solutions innovantes requièrent non seulement un ensemble d'acheteurs publics très compétents, mais avant tout une vision stratégique et une adhésion politique. Il est nécessaire d'appliquer systématiquement des critères stratégiques pour que la passation des marchés publics produise des résultats optimaux.

Les exemples de succès de marchés publics stratégiques foisonnent.

Un exemple parlant est celui de **la ville d'Amsterdam** qui a lancé le concept « Start-up in Residence » aux Pays-Bas. Ce programme permet à la ville de trouver des solutions innovantes proposées par des start-ups voulant répondre aux besoins sociétaux que la ville d'Amsterdam avait préalablement identifiés.

Le développement des produits et des services s'effectue en partenariat étroit avec l'administration d'Amsterdam et en totale transparence. La ville peut ainsi s'assurer que les produits et services développés correspondent aux besoins réels de la ville. En échange, Amsterdam se réserve le droit d'acheter les produits et services développés pendant une durée de trois ans, soit en tant que client, soit même en tant qu'investisseur dans la start-up. Les solutions recherchées concernent typiquement des problèmes quotidiens des habitants d'Amsterdam, tels que le besoin de retrouver facilement les propriétaires des vélos volés. Depuis, le modèle « Start-up in résidence » s'est développé aux Pays-Bas et a été adopté par plusieurs grandes villes et par le Ministère de la Défense hollandais (<https://startupinresidence.com>).

En Belgique, l'on peut citer l'exemple de la plateforme DIGIPOLIS, le fournisseur de services ICT pour plusieurs entités publiques de la ville d'Anvers.

En 2015, DIGIPOLIS a réalisé que, pour pouvoir suivre l'évolution rapide des innovations technologiques, il fallait changer radicalement le processus d'achat qui était beaucoup trop complexe. DIGIPOLIS a donc opéré une refonte radicale du vieux système en coopération avec Startups.be et iMinds. En deux ans, le fournisseur de services a réussi à atteindre plus de 400 startups et à réduire la durée moyenne d'une procédure de 4 mois à 4 semaines.

DIGIPOLIS est parti du constat que les innovations technologiques viennent souvent des startups et des PME, mais que les procédures de passation de marchés publiques sont souvent trop complexes pour ces sociétés et les rebutent. De plus, les procédures classiques de passation des marchés publics ne permettent pas de co-crée des solutions ensemble avec les entreprises. Il n'y a donc pas suffisamment d'espace pour la créativité : les solutions sont prédéfinies par l'acheteur public dans les cahiers des charges.

DIGIPOLIS a donc développé un processus de co-création d'une nouvelle procédure de passation de marchés publics ensemble avec les Startups et les PME. Dans ces procédures, DIGIPOLIS privilégie la définition fonctionnelle des besoins,

en publiant un challenge plutôt qu'une description détaillée de la solution désirée. Les solutions sont ensuite co-crées ensemble via l'organisation de tournois.

DIGIPOLIS prête attention à diviser les marchés en des lots qui correspondent aux capacités des PME.

En France, **la ville de Paris** a adopté un schéma ambitieux de la commande publique responsable et s'est résolument engagée dans la promotion de l'économie circulaire (<https://www.paris.fr/actualites/paris-adopte-un-schema-de-la-commande-publique-3376>).

Cet engagement, qui vise notamment la promotion des produits biosourcés, de l'économie de fonctionnalité, du partage, du réemploi et du recyclage, la généralisation du sourcing, notamment par le biais d'une plateforme internet dédiée et la mise en place d'une commission d'anticipation des achats pourrait servir d'exemple au niveau communal belge.

Citons également l'exemple du **Pacte d'Amsterdam**, un large partenariat conclu en mai 2016 entre un grand nombre de parties prenantes et d'institutions, y compris des autorités municipales. Ce Pacte a pour objectif de mettre en place une approche équilibrée, durable et intégrée pour prendre en charge les problèmes urbains. Les marchés publics constituent un des principaux moyens d'y parvenir, notamment par l'achat de solutions innovantes, écologiques et responsables (http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/policy/themes/urban-development/agenda/pact-of-amsterdam.pdf).

1.2 Une plus grande transparence et un meilleur monitoring des marchés publics

Il est aujourd'hui difficile voire impossible de mesurer efficacement l'impact des politiques publiques en matière de marchés publics vu l'absence d'un monitoring efficace des marchés publics.

Or, comment objectiver ce qui apparaît aujourd'hui comme un ressenti ? : « Les PME ont du mal à avoir accès aux marchés publics », « Les PME disparaissent en raison de la concurrence déloyale par les salaires », « les acheteurs publics ont du mal à gérer la complexité de la réglementation relative aux marchés publics »...

De même, comment savoir si les initiatives prises par exemple en matière d'achat public responsable ou innovant ou en matière de participation des PME ont eu un impact en l'absence de monitoring des marchés publics ?

Les marchés publics sont souvent encore considérés comme une simple procédure administrative utilisée par les pouvoirs publics pour acheter les produits de base, les services ou les travaux nécessaires à leur fonctionnement.

La Commission européenne regrette, dans sa communication du 3 octobre 2017, qu'on ne dispose souvent pas de données claires et consolidées sur les marchés publics.

Dans de nombreux Etats Membres, dont la Belgique, les autorités centrales ne sont pas en mesure, malgré les montants énormes qui sont en jeu, d'indiquer précisément le volume des dépenses consacrées aux marchés publics dans leur pays. Dans de tels cas, le contrôle public est largement absent, il n'est pas possible d'élaborer de politique fondée sur les données et même le contrôle budgétaire est entravé.

De plus, cette transparence pourrait permettre une **approche budgétaire participative**, ce qui pourrait permettre d'accorder une attention plus grande aux critères stratégiques.

Il est indispensable de disposer de données fiables pour élaborer des mesures appropriées. La transformation numérique, l'abondance générale des données ainsi que la disponibilité de normes en matière d'**open data** rendent possible la création de meilleures techniques d'analyse aux fins de l'élaboration de politiques axées sur les besoins.

L'accès aux données relatives aux marchés publics devrait rendre possible le dialogue avec la société civile et il responsabilise aussi davantage les gouvernements. Les pouvoirs publics sont ainsi mieux à même de lutter contre la fraude et la corruption. Ce qui renforce la confiance des entreprises dans l'administration et leur volonté de participer aux marchés publics. A cette fin, la Commission européenne plaide pour la mise en place de **registres de marchés accessibles au public**, ce qui permettrait de garantir la transparence quant aux marchés passés et aux modifications dont ils font l'objet.

Les partenaires sociaux du secteur de la technologie soutiennent cette proposition de la Commission européenne.

Des décisions politiques rapides sur un monitoring cohérent et complet des marchés publics ainsi que sur la publication des données collectées devraient être prises.

A ce sujet, les initiatives qui ont été prises ou annoncées en Belgique restent insuffisantes.

L'instauration d'un **Comité de gouvernance des marchés publics**, en application de la loi du 17 juin 2016, pourrait constituer l'opportunité de mettre en œuvre un monitoring efficace des marchés publics. Pour cela, le Comité de gouvernance des marchés publics devrait avoir un rôle clairement défini et aller plus loin que la seule contrainte de se conformer passivement aux questions posées par la Commission européenne sur les données en matière de marchés publics.

Un monitoring efficace des marchés publics devrait en effet aller plus loin que simplement se borner à compiler le montant total des marchés publics de fournitures, travaux et services attribués chaque année, comme demandé par la Commission européenne.

On pourrait par exemple imaginer de mesurer : l'utilisation des critères d'attribution autres que le prix, la participation des PME et TPE en fonction des types de marchés publics, la part de marchés publics innovants, la place laissée aux achats circulaires ou durables, l'utilisation des clauses sociales, le nombre d'entreprises répondant en moyenne à tel ou tel type de marché public, le type de critères de sélection appliqués, la durée moyenne des procédures, les délais, la part de marché sous-traitée, etc...

De même, une étude concernant l'impact sur l'emploi en Belgique et sur l'industrie belge des mesures prises en matière d'utilisation stratégique des marchés publics pourrait être effectuée. Il pourrait notamment s'agir de calculer le nombre d'emplois en équivalent temps plein actifs en Belgique qui auraient été occupés ou encore l'impact sur l'économie et la production belge de ces mesures.



Les partenaires sociaux devraient également participer au Comité de gouvernance des marchés publics (fédérations, syndicats).

Dans cette optique, le Comité de gouvernance des marchés publics remplirait le véritable rôle d'**Observatoire national des marchés publics** et travaillerait en coordination avec les trois régions qui ont également pris ou annoncé des initiatives à ce sujet.

Au niveau de la Région de Bruxelles a été créé un **Observatoire des prix de référence dans les marchés publics**, par une Ordonnance du 3 avril 2014.

Cet Observatoire a été créé au sein du Conseil Economique et Social de la Région de Bruxelles Capitale. Il est chargé d'offrir aux pouvoirs adjudicateurs bruxellois (et à leur autorité de tutelle) une aide à la prise de décision en matière de marchés publics de travaux et de services.

Il fournit, sur sollicitation du pouvoir adjudicateur, une analyse relative aux prix des soumissionnaires lorsqu'il a des raisons d'interroger le caractère anormal des prix proposés.

Le pouvoir adjudicateur a l'obligation de consulter l'Observatoire lorsqu'il a recueilli les justifications nécessaires et que celles-ci sont insuffisantes pour lever la suspicion de prix anormalement bas. Cette obligation n'est pour l'instant seulement valable que pour les organismes d'intérêt public et les administrations régionales. Pour que cette obligation s'applique aux pouvoirs locaux, une série d'arrêtés devraient être pris, ce qui n'a pas encore été le cas.

Les avis de l'Observatoire ne sont cependant pas contraignants et ils ne sont pas non plus rendus publics. Il n'est pas non plus possible d'accéder au site sans avoir un identifiant (donné aux pouvoirs adjudicateurs uniquement). Cet Observatoire ne fonctionne donc pas de manière transparente et de surcroît, il ne vise pas les marchés de fournitures, pour une raison inconnue.

Le rôle et les missions de cet Observatoire devraient donc être considérablement élargis.

De même, en région Wallonne, le Gouvernement Wallon a annoncé en novembre 2016 la création, au 1er semestre 2017, d'un **Observatoire des Marchés Publics**, logé au sein du Secrétariat général du SPW. Il devrait être chargé de « *l'analyse de la commande wallonne, du développement d'outils pratiques à destination des pouvoirs adjudicateurs et de la coordination des travaux menés en Wallonie sur les marchés publics. Il devrait également être chargé du suivi et de l'évaluation du futur plan d'actions triennal « achats publics responsables 2017-2019 ».*

Cet Observatoire n'a pourtant pas encore vu le jour.

Le site de la Région flamande permet aussi d'avoir accès à certains chiffres concernant les marchés publics (<https://overheid.vlaanderen.be/bedrijfsinformatie?thematerm=2635>).

Ouverture des données essentielles des marchés publics

Quelles données ?

- Numéro d'identification du marché : année de notification + n° d'ordre interne + n° modification
- Identification de l'acheteur : nom de l'acheteur + SIRET
- Données relatives aux marchés : Nature + procédure + CPV + lieu d'exécution + montant + forme du prix + durée + date de notification
- Titulaire du marché : nom du titulaire + SIRET
- Modification du marché : objet et/ou nouveau montant et/ou nouvelle durée et/ou nouveau titulaire

Quel format ?

Référentiels fixant le format, les normes et nomenclatures (annexes de l'arrêté)

- Modèles constituant la description de l'organisation des données
- Schémas permettant de vérifier la validité et la conformité de la structure des données

Catalogue de données conforme au standard Data Catalog Vocabulary (DCAT) développé par le World Wide Web Consortium

Modalités de publication

En accès libre, direct et gratuit



En consultation => visualisation simple et directe des données

En téléchargement => format XML ou JSON



🔄 Licence de réutilisation

🔍 Moteur de recherche

Quand ? Au plus tard le 1er octobre 2018

Où ? Sur le profil d'acheteur

Qui ? Tous les acheteurs

Objectifs :

- Transparence
- Interopérabilité des données
- Remontée automatique des données

Pourquoi ?

- Outils de suivi de la politique achat => amélioration de la connaissance et l'évaluation des marchés publics
- Meilleure perception du tissu économique (sourcing / attractivité du territoire)
- Meilleure perception des pratiques contractuelles
- Détecter des opportunités
- Rétablissement de la confiance publique (mécanisme de prévention de la corruption)
- Meilleure connaissance des marchés publics passés
- Meilleur accès à la commande publique

Histoire de la publication des données



Plus d'informations sur le site de la Direction des Affaires Juridiques :

- Arrêté du 14 avril 2017 (NOR : ECFM1637256A) relatif aux données essentielles de la commande publique ;
- Fiche relative à la mise à disposition des données essentielles des contrats de la commande publique ;
- Arrêté du 14 avril 2017 (NOR : ECFM1637253A) relatif aux fonctionnalités et exigences minimales du profil d'acheteur ;
- Fiche relative à la définition et les fonctionnalités du profil d'acheteur.



Les autorités politiques belges devraient aller plus loin et s'inspirer des exemples étrangers, comme par exemple la France, qui a créé l'Observatoire économique de la commande publique (OEC⁵). Il rassemble et analyse les données relatives aux aspects économiques et techniques de la commande publique. Il constitue également une instance de concertation et d'échanges d'informations et contribue à la diffusion des bonnes pratiques. Il effectue chaque année le recensement économique des contrats de la commande publique. Cet Observatoire économique publie des guides pratiques et des statistiques annuelles (par exemple sur l'évolution de la participation des PME dans les commandes publiques, sur l'emploi des clauses sociales et environnementales, etc...).

La France a par ailleurs décidé d'aller plus loin dans la transparence des données publiques.

Ainsi, à partir du 1^{er} octobre 2018, **les données essentielles des marchés publics de plus de 25.000 € HTVA et des contrats de concession devront être publiées en accès libre, direct et complet** sur les profils d'acheteurs. Parmi les informations qui devront être publiées : **la forme de marché, le montant d'attribution, le délai et le lieu d'exécution, l'identité de l'acheteur et de l'adjudicataire**. Une obligation qui concerne toutes les collectivités, quelle que soit leur taille.

Tous les acheteurs publics auront donc, à compter du 1^{er} octobre 2018, l'obligation d'ouvrir et de publier les données essentielles des marchés publics. L'objectif est de rendre visible et lisible la commande publique, et grâce à la collecte automatisée des données, de faciliter l'évaluation en temps réel des politiques d'achat.

De même, des initiatives ont été prises **aux Pays-Bas**. Un tableau de bord publie des rapports annuels concernant les grands projets de marchés publics informatiques des ministères et des administrations. Les informations publiées ont trait notamment à l'objectif du projet, à l'évaluation des coûts, au délai d'exécution et aux tests de qualité réalisés⁶.

1.3 Un meilleur sourcing et une meilleure communication avec le marché avant le lancement des marchés publics

Les pouvoirs adjudicateurs devraient, de manière générale, maintenir des liens beaucoup plus étroits avec les opérateurs économiques dès les premières phases des marchés publics.

Cet élément clé de l'achat de marchés publics permet aux pouvoirs adjudicateurs de capter l'expertise et d'être informés des solutions innovantes ou durables existantes et aux entreprises d'être informées des projets d'achats et de mieux connaître ces marchés. Ces relations permettent en outre souvent de mettre en avant l'expertise des entreprises locales et des PME, qui peuvent mieux anticiper et mieux se profiler.

Le développement des interactions entre les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques peut se faire de plusieurs manières.

⁵ L'OEC⁵ a été créé par décret du 25 mars 2016 (auparavant existait l'Observatoire économique de l'achat public, avec les mêmes missions).

⁶ <https://data.overheid.nl/data/dataset/rijks-ict-dashboard>

1.3.1 Rencontres publiques et face-à-face

Il est important d'organiser régulièrement la présentation de projets d'investissements aux entreprises.

Ce type de **rencontre publique**, en amont de la rédaction du cahier des charges et ouverte à toute entreprise intéressée, permet aux pouvoirs adjudicateurs de présenter leur vision, de la confronter aux capacités du marché et, in fine, d'adapter leur projet aux dernières technologies disponibles tout en soutenant le tissu économique de proximité.

Des rencontres en **face à face** peuvent également considérablement augmenter l'effectivité de l'échange d'informations entre les acheteurs publics et les fournisseurs potentiels.

Il est indispensable d'augmenter la fréquence de ces événements qui représentent de grandes opportunités pour les acheteurs publics de rencontrer des fournisseurs potentiels. Ces événements incluent normalement quelques présentations générales des besoins, exigences et projets d'achats et une série de rencontres individuelles avec les candidats. Cette pratique est très répandue dans d'autres pays de l'Union européenne, notamment au Royaume-Uni.

Dans certains pays, comme la France, des **hackathons** sont régulièrement mis en place. Il s'agit d'un événement pendant lequel des développeurs, des porteurs de projets, des amateurs et des curieux se réunissent par équipe, en atelier, par exemple sur le développement d'une application permettant de connaître en temps réel la qualité de l'air (www.data.loire-atlantique.fr). Ces événements devraient être encouragés en Belgique également.

1.3.2 Plates-formes des pouvoirs adjudicateurs

Les pouvoirs adjudicateurs devraient mettre à disposition des entreprises des plates-formes sur leurs sites web en les informant de leurs besoins, de leurs projets d'achats, des procédures de marchés publics, et en permettant aux entreprises, via ces plates-formes, de se faire connaître et de proposer leurs solutions.

Dans son guide sur les marchés publics innovants, la Commission européenne cite l'exemple d'un centre hospitalier slovaque qui a développé son propre site web pour mener les consultations préalables du marché. L'objectif principal était de rationaliser la phase de préparation du marché et de la rendre plus efficace. De plus, cet outil de consultation du marché sert également à augmenter la transparence avec les opérateurs économiques et à générer un intérêt accru à participer à la procédure.

Cet outil permet à ce centre hospitalier de communiquer avec les fournisseurs au sujet de ses besoins spécifiques en équipement médical. La consultation en ligne du marché permet une communication transparente, non-discriminatoire, une participation élevée aux procédures ainsi qu'un meilleur rapport qualité/prix des achats finalement effectués. Les participants peuvent facilement poser des questions ou formuler des commentaires électroniquement. Une réduction importante des délais de consultation préalable du marché de 180 à 90 jours a été constatée grâce à cet outil⁷.

⁷ http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/good_practices/GP_fiche_22.pdf

1.3.3 Décloisonner la fonction achat

Les pouvoirs adjudicateurs travaillent souvent de façon cloisonnée, alors que les services achats devraient travailler de manière plus transversale en impliquant tous les services concernés par les achats envisagés.

La mise en place de services transversaux d'anticipation des achats permettrait de mieux déterminer les besoins des acheteurs publics en cohérence avec leurs orientations stratégiques.

Dans un rapport sur l'utilisation stratégique des marchés publics pour promouvoir les politiques sociales, environnementales et d'innovation⁸, la Commission européenne insiste sur la nécessité de penser les marchés publics de manière globale. Les marchés publics stratégiques concernent trois rayons d'action politique distincts, à savoir l'aspect environnemental, l'aspect social et l'aspect innovant. Bien souvent cependant, ces politiques sont traitées comme des sujets différents et à part alors qu'ils devraient être traités de manière transversale.

1.4 Une plus grande professionnalisation des acheteurs publics

Le changement doit être conduit par des personnes disposant des bonnes compétences.

Or, selon une étude⁹ de 2008, le manque de compétences professionnelles en matière de marchés publics est pourtant un problème très grave!

La professionnalisation des acheteurs publics devrait donc être une priorité, à tous les niveaux.

Les acheteurs publics doivent mettre en place une stratégie globale pour compenser l'aversion au risque et attirer, former et développer les talents et compétences dans l'ensemble du secteur de la passation des marchés.

À cet effet, publicprocurement.be devrait poursuivre ses efforts pour centraliser les outils juridiques. publicprocurement.be devrait également rassembler et promouvoir les bonnes pratiques.

Par ailleurs, les écoles d'administration et instituts de formation administratifs devraient s'ouvrir aux entreprises et, en plus des formations théoriques, former les acheteurs publics et les entreprises à l'utilisation stratégique des marchés publics, et diffuser les bonnes pratiques. Cette ouverture des écoles aux entreprises permettrait de favoriser les échanges entre les acheteurs publics et les entreprises, afin de mieux comprendre les préoccupations de chacun lors d'une procédure de passation..

1.5 Création d'une cellule d'assistance aux pouvoirs adjudicateurs

Certains « petits » pouvoirs adjudicateurs ne sont pas suffisamment armés pour face aux exigences pointues de la législation sur les marchés publics, ni pour utiliser les marchés publics de manière stratégique. Des initiatives pour un plus large soutien et accompagnement de la part du gouvernement fédéral devraient être prises envers ces pouvoirs adjudicateurs qui passent moins régulièrement des marchés publics.

⁸ Study on "Strategic use of public procurement in promoting green, social and innovation policies", Final report, December 2015 <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6a5a4873-b542-11e7-837e-01aa75ed71a1/language-en>

⁹ Bandiera, Pratt, Valetti, 2008, étude citée dans la communication de la Communication européenne pour faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe, p. 10

Une cellule centrale d'expertise pourrait ainsi être mise sur pied au niveau fédéral ou régional qui, outre un rôle d'information, remplirait également une mission de consultance et d'assistance des pouvoirs adjudicateurs de tous niveaux avec pour objectif de promouvoir une utilisation stratégique des marchés publics. Via cette cellule d'expertise, des pouvoirs adjudicateurs pourraient par exemple externaliser la procédure de passation de leurs marchés en ayant l'assurance que la législation sur les marchés publics sera correctement appliquée.

En Autriche par exemple, ceci a été organisé au niveau national par la création du BBG^{10 11} .

Cette cellule d'expertise peut également développer une solide connaissance du tissu industriel belge. Il ressort d'une récente étude de la Commission Européenne que les pouvoirs adjudicateurs en Allemagne collaborent régulièrement avec les fédérations d'industrie locales et régionales via des Bureaux de Conseil en matière de marchés publics (Auftragsberatungsstelle)¹²

Ces bureaux de conseil sont des partenariats public-privés qui offrent un soutien autant aux fournisseurs potentiels qu'aux pouvoirs adjudicateurs¹³.

1.6 S'engager pour les marchés innovants

Les entreprises innovantes sont des entreprises qui se mettent parfois en danger, qui investissent, qui prennent des risques et qui font des paris sur l'avenir. Les acheteurs publics ne peuvent profiter de cette force d'innovation qu'en réfléchissant sur les conditions qui encouragent la participation de ces entreprises, parfois plus fragiles, PME ou TPE, aux marchés publics.

L'important pouvoir d'achat des acheteurs publics peut être un formidable levier pour promouvoir l'innovation en Belgique, domaine dans lequel les entreprises belges excellent.

Le recours aux marchés innovants rentre également dans le cadre du principe « buy start-up » dont la Commission européenne a souligné l'importance dans sa communication du 22 novembre 2016 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=COM:2016:733:FIN&from=EN>)

Les marchés publics innovants offrent de nombreux avantages :

- Ils peuvent permettre que les besoins opérationnels et les objectifs à long terme des administrations soient satisfaits plus intelligemment et plus rapidement ;
- Les entreprises peuvent recevoir de nouvelles opportunités pour innover, obtenir de premières références et renforcer leur position concurrentielle sur le marché ;
- La société bénéficie d'un service public de meilleure qualité et plus efficace.

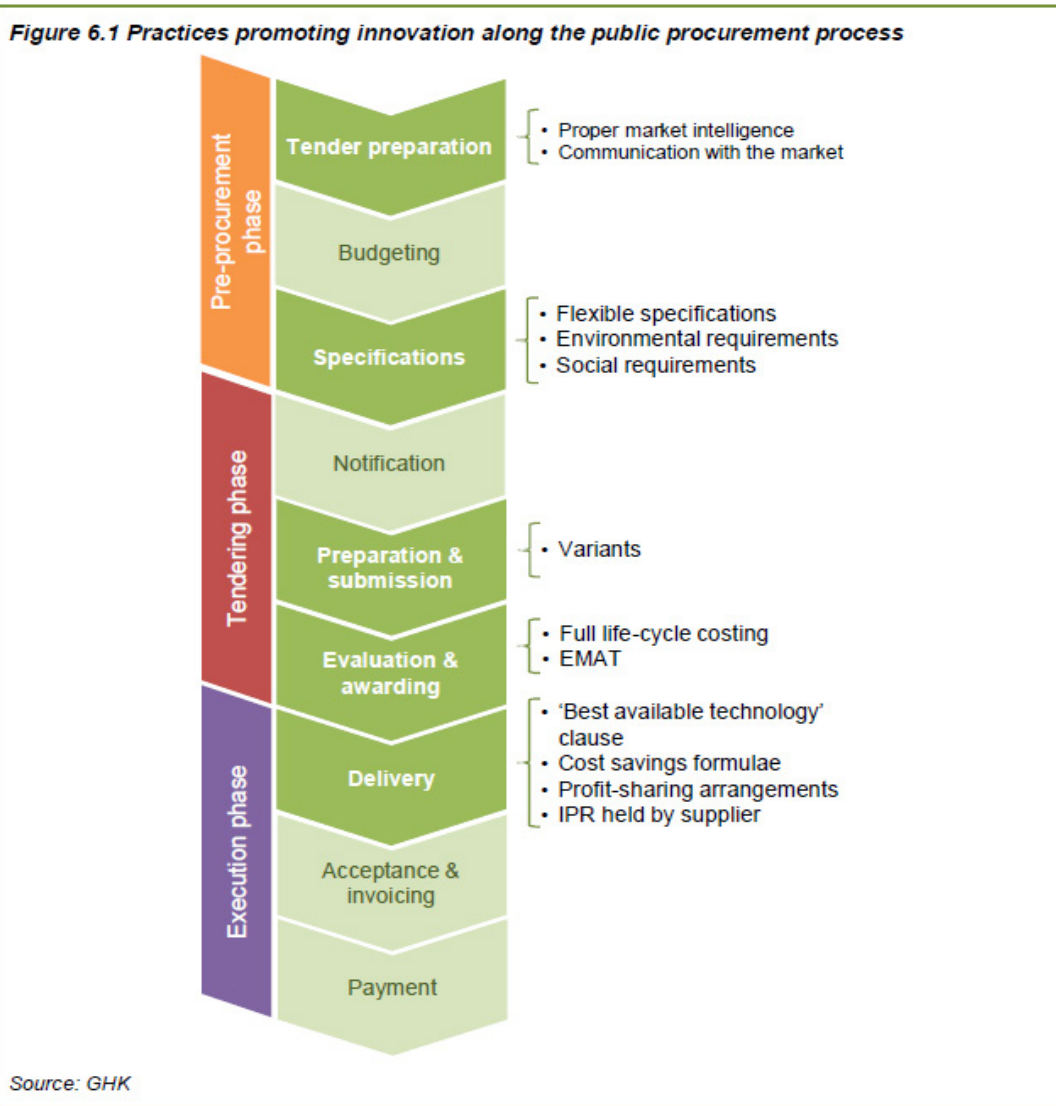
Les comportements d'achat de l'administration sont un instrument stratégique de politique qui est, à l'heure actuelle, largement sous-utilisé. Une volonté politique pour effectuer une transition vers plus d'innovation dans les marchés publics, à tous les niveaux, semble indispensable.

¹⁰ Bundesbeschaffung GmbH), <https://www.bbg.gv.at/>

¹¹ Dans un rapport récent de 2016 sur l'utilisation stratégique des marchés publics dans le cadre de la structure européenne et des fonds d'investissement, la Commission européenne a souligné le suivant : "Although public procurement [in Austria] is carried out at all different levels of government, an important share of purchases is centralised by the Federal Procurement Agency (BBG)"
Rapport complet http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/policy/how/improving-investment/public-procurement/study/country_profile/at.pdf

¹² <http://auftragsberatungsstellen.de>

¹³ Rapport de 2016 Stock-taking of administrative capacity, systems and practices across the EU to ensure the compliance and quality of public procurement involving European Structural and Investment (ESI) Funds Bijlage over Duitsland http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/policy/how/improving-investment/public-procurement/study/country_profile/de.pdf



Les conditions en faveur des marchés publics innovants doivent être présentes à toutes les phases de la passation des marchés.

La Flandre a adopté une stratégie en la matière (**Programma innovatieve overheidsopdrachten**, plan van aanpak, oktober 2016). L'objectif affiché de cette stratégie est d'utiliser l'énorme pouvoir d'achat de l'administration flamande de manière plus stratégique pour promouvoir l'innovation et contribuer ainsi à une administration performante, à des entreprises plus compétitives, et à la résolution de problèmes de société.

La Flandre compte favoriser cette situation de win-win moyennant les quatre actions principales suivantes :

- La mise en œuvre d'une plate-forme « marchés publics innovants », avec notamment la diffusion de directives et modèles à destination des administrations, de guides pour les acheteurs et les PME, l'offre de formations à ce sujet, etc... ;
- L'engagement de consacrer **3% du budget à l'achat des produits, services ou processus innovants**;
- La compilation d'un portefeuille de projets innovants avant commercialisation ;
- La stimulation de la participation à des projets Européens d'achats publics d'innovation (PPI et PCP).

Les autres niveaux de pouvoirs devraient s'inspirer de cette initiative et prendre à leur tour des engagements concrets.

Le département flamand MOW (« Mobiliteit en Openbare Werken ») est également actif dans le changement des modes de passation des marchés publics et des mentalités.

Ainsi, le département MOW a mis sur pied un groupe de travail intitulé «**Aanbesteden 2.0**», dans le but de réfléchir à des moyens plus efficaces de passation des marchés publics dans le sens d'un win-win pour tous les acteurs. L'objectif est d'innover dans les modes de passation, en utilisant des clauses contractuelles et des modèles de contrats qui stimulent les entreprises à formuler des propositions innovantes, ou qui permettent de générer des gains en efficacité et en effectivité.

Le SPF Stratégie et Appui a lancé le laboratoire d'innovation NIDO (Nurturing Ideas, Developing Opportunities), afin de stimuler l'innovation dans tous les services publics et de réaliser des expériences concrètes en la matière.

Ces initiatives doivent être encouragées et multipliées.

1.7 Désigner un médiateur des marchés publics

Trop souvent, acheteurs publics et entreprises ne se comprennent pas ou communiquent mal. Or, il n'existe pas aujourd'hui réellement d'autre option que celle d'un recours juridique dans le cas de différends entre acheteurs publics et entreprises.

La désignation d'un médiateur des marchés publics permettrait de faciliter les relations entre les entreprises et les acheteurs publics en favorisant le dialogue et l'écoute entre eux. Ceci permettrait de préserver la communication dans l'intérêt des parties et de prévenir les conflits éventuels. Le médiateur aurait alors pour mission de mener des actions de médiation individuelle ou collective, afin de régler des litiges pouvant survenir lors de la passation ou de l'exécution d'une commande publique.



Cet espace de dialogue et de compréhension mutuelle pourrait dans bien des cas éviter des recours juridiques.

De même, il pourrait permettre d'améliorer les pratiques d'achat envers les entreprises et participer à l'objectif d'une utilisation plus stratégique des marchés publics.

D'autres pays, comme la France, ont mis en place ce service de médiation des marchés publics¹⁴.

¹⁴ <https://www.conseil-service-collectivites.fr/la-mediation-des-marches-publics/>

2 PENDANT LA PHASE DE PASSATION

2.1 Définition fonctionnelle des besoins

La grande majorité des procédures concerne des achats récurrents. Dans ces conditions, la tentation est grande pour l'acheteur, d'en rester à des pratiques routinières. Il est pourtant important qu'il réexamine régulièrement ses besoins avec un esprit neuf et critique.

Néanmoins, l'approche par l'analyse fonctionnelle est aussi utile pour des segments d'achats plus courants et répétitifs, car elle repose sur un réexamen des procédés et une réflexion sur les pratiques, et permet d'exprimer le résultat attendu, indépendamment de l'offre commerciale existante.

Dans son guide sur l'achat circulaire dans les marchés publics¹⁵, la Commission européenne insiste sur l'importance de la définition fonctionnelle des besoins dans les marchés publics.

La Commission européenne conseille ainsi aux acheteurs publics de s'interroger sur leurs besoins réels : **qu'est-ce qui est réellement nécessaire ? Est-ce que ce besoin implique l'achat d'un produit, ou peut-il être satisfait par l'achat de services ? Est-ce que le produit doit être possédé en propre, ou un partage, une co-propriété peuvent être envisagés ?**

Dans ce guide, la Commission européenne formule les conseils suivants pour promouvoir une économie circulaire :

- Il est préférable d'envisager l'achat d'un service plutôt que d'un produit
- Il est important de se focaliser sur la conception du produit, sa phase d'utilisation et sa phase de fin de vie (utilisation de clauses « buy-sell back, buy-resell » ou de systèmes « Product as a service »).
- S'impliquer avec les fournisseurs et les acteurs du marché pour identifier les solutions circulaires (ce qui rejoint la nécessité d'un meilleur sourcing développée plus haut).

Bien souvent, ce dont un pouvoir adjudicateur a besoin n'est pas l'achat d'un produit spécifique, mais la fonction qu'il procure.

L'achat de produits via le système « as a service » permet par exemple de favoriser l'économie circulaire ainsi que la réduction de l'impact environnemental de la production. Ce système implique néanmoins que le pouvoir adjudicateur ait eu le réflexe préalable de s'interroger sur ses besoins réels.

2.2 Utiliser des critères de sélection proportionnels

La loi du 17 juin 2016 sur les marchés publics a repris le principe de proportionnalité comme principe général de la passation des marchés publics.

Ceci signifie que les acheteurs publics doivent respecter ce principe pendant l'intégralité de la phase de passation des marchés.

Il est important que les acheteurs publics gardent ce principe en mémoire lors de la rédaction des cahiers des charges, car les exigences en matière de critère de sélection constituent bien souvent un frein injustifié pour l'accès des PME aux marchés publics.

¹⁵ Public procurement for a circular economy, Good practice and guidance, http://ec.europa.eu/environment/gpp/pubs_en.htm

Les pouvoirs adjudicateurs devraient s'inspirer du guide édité par le gouvernement Hollandais, sur la manière d'appliquer le principe de proportionnalité dans les marchés publics. Ce guide très pratique formule certains conseils et rappelle des éléments de la législation des Pays-Bas en matière de marchés publics, par exemple :

Les exigences en matière de chiffres d'affaires sont interdites, à moins que le pouvoir adjudicateur ne motive une telle exigence par des « arguments de poids » dans les documents du marché

Dans le cas où ces exigences seraient tout de même présentes, les références qui peuvent être demandées sont plafonnées par l'Aanbestedingswet (article 2.90, 5^o)

En ce qui concerne les critères de sélection technique et de capacité professionnelle, **le Gids Proportionaliteit** prévoit que les pouvoirs adjudicateurs exigent au maximum une seule référence par compétence clé, et que la valeur de ces références soit de **maximum 60% du montant estimé du marché**¹⁶.

2.3 Autoriser les variantes

L'autorisation de variantes permet de faire émerger des solutions innovantes.

Les pouvoirs adjudicateurs devraient autoriser plus souvent les variantes dans les documents du marché sont autorisées. Dans ce cas, les pouvoirs adjudicateurs devraient indiquer les exigences minimales que ces variantes devraient respecter et bien définir les critères d'attribution et leur pondération, de façon à permettre une évaluation aisée des variantes.

2.4 Orienter les marchés sur le rapport qualité-prix plutôt qu'uniquement sur le prix

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2016 sur les marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs doivent attribuer les marchés sur la base de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Le pouvoir adjudicateur peut déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, uniquement sur base du prix, sur base du coût, ou encore en se fondant sur le meilleur rapport qualité/prix¹⁷.

L'emploi du critère unique du prix contribue à pousser les entreprises :

- À du dumping social en abaissant le niveau des conditions de travail, des salaires et de la sécurité des travailleurs ;
- À du dumping environnemental en privilégiant des matériaux extraits ou produits dans des pays ne prescrivant pas de normes environnementales au détriment des productions, forcément plus chères, de pays qui imposent le respect de ces normes.

L'attribution des marchés sur la base unique du prix contribue en outre un frein évident à la proposition de solutions innovantes.

¹⁶ Gids Proportionaliteit, versie april 2016, p. 49 , <https://www.pianoo.nl/sites/default/files/documents/documents/gids-proportionaliteit-1e-herziening-april-2016.pdf>

¹⁷ Article 81, §2 de la loi du 17 juin 2016 sur les marchés publics

De plus, un rapport de la Commission européenne sur l'accès des PME aux marchés publics de 2010 indique que la trop grande importance accordée au prix de l'offre par rapport aux autres critères d'attribution constitue un des principaux obstacles de l'accès des PME aux marchés publics¹⁸.

Dans sa communication du 3 octobre 2017, la Commission européenne regrette que le prix soit encore utilisé dans 55% des procédures de passation des marchés publics comme seul critère d'attribution.

La notion d'offre économiquement la plus avantageuse consacrée par la loi du 17 juin 2016 permet de tenir compte de critères autres que le prix, comme le rapport qualité-prix, ou le coût du cycle de vie qui lui-même peut tenir compte de paramètres sociaux ou environnementaux.

Les pouvoirs adjudicateurs devraient systématiquement développer des critères qualitatifs d'attribution, qu'il s'agisse de l'appréciation du coût ou du meilleur rapport qualité/prix¹⁹.

L'utilisation du coût du cycle de vie comme critère d'attribution de l'offre économiquement la plus avantageuse, promue par la loi du 17 juin 2016 sur les marchés publics, est un outil qui devrait être systématiquement considéré.

À cet effet, les pouvoirs adjudicateurs peuvent se référer à plusieurs outils qui ont été développés, tel que le Manuel pour l'utilisation des coûts de cycle de vie, qui a été édité par le SPFDéveloppement Durable (<http://gidsvoorduurzameaankopen.be/fr/cout-du-cycle-de-vie-2012>).

A l'heure actuelle, la seule méthode harmonisée de calcul du coût du cycle de vie à l'échelle européenne concerne les véhicules de transport routiers (Directive 2009/33/CE relative à la promotion de véhicules de transport routier propres et économes en énergie). Des méthodes applicables aux autres types de produits et services devraient être développées pour aider à la généralisation de la prise en compte du coût du cycle de vie.

2.5 Allotir judicieusement les marchés

L'allotissement des marchés présente l'avantage de favoriser la participation des PME et des entreprises de niche dans les marchés publics. Certaines entreprises n'ont en effet pas les capacités d'assumer l'intégralité d'un marché, mais pourraient être très bien positionnées pour effectuer un ou plusieurs lots d'un marché.

Les études relatives à l'évaluation de l'accès des PME aux marchés publics dans l'UE indiquent que la taille des marchés reste le principal obstacle à l'accès des PME, d'où l'importance d'allotir les marchés au maximum. Un rapport de la Commission européenne sur l'accès des PME aux marchés publics estime que le fractionnement des marchés en lots et l'un des meilleurs moyens de faciliter l'accès des PME aux marchés publics²⁰.

Avec la loi du 17 juin 2016, l'allotissement des marchés est devenu la règle dans les marchés publics. Les acheteurs publics doivent désormais diviser leurs marchés en lots, ou à défaut motiver la raison de l'absence de division en lots. Cette obligation de principe d'allotissement des marchés s'applique à tous les marchés à partir de 135.000,00 € (article 58, §1^{er} de la loi du 17 juin 2016²¹).

¹⁸ Evaluation of SMES' Access to Public Procurement Markets in the UE, DG Enterprise and Industry, Final report, Septembre 2010, 120p. .p

¹⁹ Article 81, §2 de la loi du 17 juin 2016 sur les marchés publics

²⁰ Evaluation of SMES' Access to Public Procurement Markets in the UE, DG Enterprise and Industry, Final report, Septembre 2010, 120p.

²¹ Selon l'article 58 §1^{er} de la loi du 17 juin 2016:

« L'acheteur public peut décider de passer un marché sous forme de lots distincts, auquel cas il en fixe la nature, le volume, l'objet, la répartition et les caractéristiques dans les documents du marché.

Pour les marchés de fournitures, de services et de travaux dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil européen révisable pour la publicité européenne, tel qu'applicable aux marchés publics de fournitures et de services passés par les acheteurs publics fédéraux, tous les acheteurs publics doivent envisager la division du marché en lots et, s'ils décident de ne pas diviser en lots, les raisons principales doivent être mentionnées dans les documents du marché ou dans les informations visées à l'article 164 § 1^{er} (...) »

Cet allotissement doit permettre une meilleure concurrence, en favorisant la participation des PME aux marchés publics, en faisant mieux correspondre la taille des différentes parties du marché à la capacité des PME et/ou en adaptant plus étroitement le contenu de chaque partie du marché aux secteurs de spécialisation des PME (par exemple, constructions métalliques).

L'allotissement permet également de favoriser les marchés publics innovants, en segmentant les marchés publics dans des secteurs dans lesquels les PME innovantes sont aptes à présenter des offres concurrentielles.

Pour cela, les pouvoirs adjudicateurs doivent s'interroger sur une division judicieuse du marché en des **lots qui correspondent aux capacités réelles des entreprises du secteur**. Cette adaptation passe par une segmentation affinée du périmètre des lots, établie grâce aux informations recueillies en amont sur la structure du segment d'achat, de manière à optimiser l'accessibilité du marché et à favoriser la concurrence la plus large possible (d'où l'importance du sourcing et d'une implication précoce des acteurs économiques dans l'élaboration du projet d'achat).

2.6 Prévoir des clauses environnementales dans les cahiers des charges

L'emploi de clauses environnementales est un outil permettant aux **entreprises locales** et aux **entreprises innovantes** de bien se positionner dans les marchés publics.

Les clauses environnementales permettent de favoriser les circuits courts et de réduire ainsi l'empreinte carbone par une meilleure utilisation des ressources, notamment celles liées au transport et aux déplacements.

Les marchés publics constituent l'un des principaux leviers de la transition écologique. Au-delà du rôle d'exemplarité des acheteurs publics, les volumes d'affaires engagés impactent directement l'offre économique globale et les pratiques des fournisseurs.

Tous les pouvoirs adjudicateurs devraient, avant le lancement de l'avis de marché, avoir déjà pris en compte les objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale.

De la même manière, des objectifs d'économie circulaire devraient être systématiquement envisagés dans l'objet du marché, par exemple par le biais de spécifications techniques.

Concernant l'emploi des clauses environnementales, citons l'exemple de l'**Agence nationale suédoise pour les marchés publics** (UHM). Sur son site web, cette agence propose des outils faciles à utiliser pour permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'utiliser des critères de sélection ou d'attribution ou des spécificités techniques intégrant des aspects environnementaux ou sociaux. Des outils sont fournis pour le calcul du coût du cycle de vie de certains produits. De la même manière, pour certaines fournitures, l'assistant propose des suggestions pour la rédaction de critères d'attribution tenant compte du secteur (par exemple véhicules, ICT, nourriture, etc...), et du caractère ambitieux ou non de l'objectif poursuivi par l'acheteur public (basic, advanced ou spearhead) (<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/en/subject-areas/lcc-tools/>).

2.7 Prévoir des clauses sociales dans les cahiers des charges

La clause sociale se définit comme une mention particulière dans le cahier des charges du marché public qui a essentiellement pour objectif la formation ou l'insertion socioprofessionnelle de demandeurs d'emploi peu qualifiés, d'apprentis, de stagiaires, de personnes en situation de handicap ou de discrimination.

Les clauses sociales, outre le fait qu'elles poursuivent un objectif de formation, d'insertion ou d'intégration de demandeurs d'emploi, d'apprentis, de stagiaires, d'apprenants ou de personnes en situation de handicap, contribuent aussi à favoriser les entreprises employant un personnel fixe et expérimenté. Elles favorisent également indirectement l'emploi local.

Par exemple :

- Imposer à l'entreprise adjudicataire de réaliser un effort de formation sur chantier
- Intégrer une clause sociale de formation
- Imposer à l'entreprise adjudicataire de réaliser un effort de formation et/ou d'insertion pendant l'exécution du chantier (l'entreprise choisit soit de sous-traiter une partie du marché à l'économie sociale, soit d'accueillir un/des stagiaire(s) en formation).

Il convient à ce sujet de se référer au **manuels « achats durables »** édité sur le site www.eprocurement.be ou aux manuels édités par la Région flamande²² ou par la Région wallonne²³.

La Commission européenne a souligné dans un rapport que les municipalités aux Pays-Bas utilisent de plus en plus parmi les critères d'attribution le fait que des opportunités d'emploi soient créées pour des personnes qui n'auraient autrement aucun accès au marché du travail, y compris les jeunes, les personnes plus âgées et les personnes moins valides²⁴.

2.8 Accorder des délais suffisants aux soumissionnaires

Il est indispensable de laisser aux soumissionnaires des délais suffisants pour la composition de leur dossier de candidature et la rédaction de leurs offres. De même, les avis de pré-information permettent aux entreprises de s'organiser.

Il est important de rappeler que les délais prévus par la législation sur les marchés publics sont des délais minimaux, et que les pouvoirs adjudicateurs ne devraient appliquer ces délais minimaux qu'en cas de réelle nécessité.

En effet, les réductions de délais peuvent mettre les entreprises en difficultés, surtout les plus petites d'entre elles, en ne leur permettant pas de disposer d'un temps suffisant pour préparer leur réponse, ou de constituer un groupement d'entreprises. C'est pourquoi, afin de permettre la mise en concurrence la plus large possible, et selon le secteur d'activité concerné par l'achat, il convient de laisser, toujours, un temps de réponse suffisant aux opérateurs économiques.

Dans le Gids Proportionaliteit rédigé aux Pays-Bas, le conseil est ainsi donné aux pouvoirs adjudicateurs de prendre en compte la nécessité d'accorder des délais plus larges que les délais minimum prévus par la loi.

²² Handleiding duurzaamheidsoverwegingen bij overheidsopdrachten, Leidraad voor de integratie van sociale criteria in overheidsopdrachten, <https://overheid.vlaanderen.be/handleidingen-Vlaamse-overheid>

²³ Boîte à outils « achats publics durables » <http://marchespublics.cfwb.be/fr/informations-generales/pratiques-de-marche/achats-publics-durables/index.html>

²⁴ Stock-taking of administrative capacity, systems and practices across the EU to ensure the compliance and quality of public procurement involving European Structural and Investment (ESI) Funds Bijlage Nederland, blz. 159 http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/policy/how/improving-investment/public-procurement/study/country_profile/nl.pdf

2.9 Indemniser les soumissionnaires

Lors de certains marchés importants, des soumissionnaires doivent parfois engager de grandes dépenses pour pouvoir soumettre une offre. On peut par exemple songer à des frais d'études ou de calculs, de réalisation de maquette, de réalisation d'une présentation approfondie, etc...

Si le soumissionnaire ne remporte pas le marché, ces frais auront été engagés en pure perte. C'est la raison pour laquelle beaucoup d'entreprises ne considèrent pas opportun de participer à un marché public, entraînant une diminution de la concurrence et de la qualité des offres.

Pour les marchés importants, par exemple pour les marchés complexes en deux phases, les pouvoirs adjudicateurs devraient considérer de verser une indemnisation aux soumissionnaires malheureux qui auraient fourni un travail important dans la phase de la procédure de passation.

Le **Gids Proportionaliteit** édité aux Pays-Bas donne le conseil aux pouvoirs adjudicateurs d'indemniser les soumissionnaires lorsqu'une partie du marché doit être déjà exécutée lors de la phase de passation²⁵.

Selon le Gids Proportionaliteit, lorsqu'il est inévitable que des frais importants soient exposés lors de la phase de passation (par exemple « présentation de la vision du soumissionnaire, maquettes et modèles, schémas ou calculs de construction), il est proportionnel qu'un soumissionnaire reçoive pour cela une indemnisation.

Le Gids Proportionaliteit donne l'exemple d'un marché conjoint entre une commune et une école qui doivent construire cinq salles de sport et une école. Les pouvoirs adjudicateur vont prévoir, pour le marché d'architecture dans laquelle 5 bureaux d'architecte participeraient, une indemnisation pour les 4 architectes non sélectionnés qui auraient pourtant fourni un effort important pour soumettre leur « visiepresentatie ».

Les pouvoirs adjudicateurs belges devraient s'inspirer de cette pratique. Une indemnisation conditionnée et plafonnée pourrait ainsi être prévue pour les soumissionnaires qui auraient répondu à certaines conditions lors de la procédure de passation du marché public. Tout en évitant les effets d'aubaine, cette indemnisation non systématique pourrait encourager des petites structures ou des PME innovantes à se lancer dans une procédure de marché public.

2.10 Imposer, si adapté, l'usage du français/néerlandais sur les chantiers

Il est possible, dans certains marchés, d'imposer l'usage du français et/ou du néerlandais lors de l'exécution du marché. Cette exigence favorise indirectement les entreprises locales.

Dans les marchés de services ou de fournitures dans lesquels une parfaite communication est indispensable, il est évident que l'imposition de l'usage du français et/ou du néerlandais lors de l'exécution doit être utilisée.

²⁵ Gids Proportionaliteit, versie 2016, p. 63, <https://www.pianoo.nl/sites/default/files/documents/documents/gids-proportionaliteit-1e-herziening-april-2016.pdf>

Dans les marchés de travaux, la France a fait le choix dans certaines cas, d'utiliser la clause dite « Molière », qui permet d'imposer l'usage du français par toutes les personnes présentes sur le chantier²⁶.

Sans aller aussi loin, l'imposition d'un nombre minimum de personnes parlant français et/ou néerlandais sur un chantier motivée par des questions de sécurité est tout à fait possible et souhaitable.

2.11 Procéder à un contrôle rigoureux des prix

L'acheteur public doit être particulièrement attentif à ne pas accepter un prix anormalement bas.

En marchés publics, ne pas accorder suffisamment d'attention à la régularité de l'offre quant aux prix contribue indiscutablement à fausser la concurrence et à générer des situations d'abus et de fraude.

Les acheteurs publics doivent impérativement vérifier la régularité des prix des entreprises auxquelles ils font appel et examiner attentivement le contenu des offres de prix qui leur sont remises.

La réglementation des marchés publics ne fournit aucune définition de ce qui est à considérer comme un prix normal et comme un prix anormal.

Généralement il appartient au pouvoir adjudicateur, d'une part, de confronter le prix au prix du marché, et, d'autre part, de décomposer ce prix en coût des matériaux, heures de main d'œuvre, frais et marge bénéficiaire.

Il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter les prix qui faussent le jeu normal de la concurrence, ont une influence néfaste sur l'exécution de l'entreprise, ou permettent la spéculation abusive.

De plus, les acheteurs publics devraient avoir à l'esprit que les prix trop bas entraînent inmanquablement d'importantes difficultés lors de l'exécution parce que l'entreprise tente de limiter ses charges, avec pour conséquence :

- Une application minimale des consignes de qualité et de sécurité
- Un travail de mauvaise qualité
- Le non-respect des obligations sociales
- Des discussions interminables sur l'interprétation des dispositions du cahier spécial des charges
- Des pressions sur les fournisseurs et sous-traitants pour faire baisser leurs prix
- Des propositions de décompte exorbitantes à la moindre modification en cours de chantier.

La pratique d'un monitoring sérieux des marchés publics et la publication des données permettrait certainement de lutter efficacement contre l'existence de prix anormaux dans les marchés publics et les situations de concurrence déloyale.

²⁶ Cette clause est rédigée de la manière suivante : « Afin de garantir la sécurité des travailleurs et visiteurs sur le chantier, ainsi qu'une parfaite compréhension des directives de la direction technique des travaux, l'ensemble des ouvriers présents sur le chantier devra comprendre et s'exprimer en français. En cas d'impossibilité, le titulaire sera tenu, après information préalable du coordonnateur SPS et du maître d'œuvre, de veiller à l'intervention d'un interprète agréé auprès des tribunaux dans les langues concernées, afin de satisfaire à l'obligation mentionnée au précédent alinéa. Cette prise en charge se fera aux seuls frais du titulaire. En cas de carence constatée de l'entreprise titulaire, et après notification d'une demande de mise en conformité restée infructueuse, les frais d'interprétariat pourront au choix du maître d'ouvrage, soit être comptabilisés comme pénalités au titre de l'article 4.5.2 du CCAP, soit provoquer la résiliation du marché aux frais et risques du titulaire »

3 PENDANT L'EXÉCUTION DES MARCHÉS

3.1 Contrôle de l'exécution

Malgré l'utilisation de clauses dans les cahiers des charges visant à utiliser les marchés publics de manière stratégique, les pouvoirs adjudicateurs manquent trop souvent de moyens pour contrôler le bon respect des clauses lors de l'exécution du marché.

Les engagements d'entreprises peu scrupuleuses qui ont compté sur une absence de contrôle effectif lors de la rédaction de leur offre peuvent ainsi se retrouver lettre morte.

Afin de favoriser la concurrence loyale dans les marchés publics, il est pourtant indispensable de veiller au respect des clauses prévues dans les cahiers des charges.

Pour ce contrôle un budget réaliste doit être alloué par les différents niveaux de pouvoir. Les services d'inspection sont actuellement en nombre largement insuffisants.

3.2 Contrôle du respect du paiement des sous-traitants

Les pouvoirs adjudicateurs ont la possibilité de vérifier que les adjudicataires respectent les conditions du marché envers leurs sous-traitants.

Les manquements éventuels devraient donner lieu à l'application des pénalités prévues en cas d'inobservation par l'adjudicataire des clauses du marché, et ce pendant toute la durée du manquement ».

Il faut toutefois bien constater qu'en pratique, ce contrôle est rarement exercé par les pouvoirs adjudicateurs.

Un réel contrôle serait pourtant de nature à favoriser un meilleur accès des PME aux marchés publics.

De nouveau, pour un contrôle effectif, les moyens budgétaires nécessaires doivent être alloués.





.AGORIA

