



Nouvelle réglementation sur
les marchés
publics

Quoi de neuf pour les asbl?
Bref aperçu des questions-clés

Auteur : **Cristel Baetens**, consultante et formatrice au STICS, accompagnement dans la gestion de projets et la recherche de financements.

Juillet 2017

Dans le cadre des activités d'Education
Permanente de l'asbl STICS

*Eric Luna, administrateur-délégué,
32 boulevard Lambermont, 1030 Bruxelles
© 2017, toute reproduction de ce guide est autorisée,
sous réserve de demande préalable auprès de l'auteur
(s'adresser à stics@stics.be)*



STICS asbl

BRUXELLES

32, boulevard Lambermont - 1030 Bruxelles
Tél. +32 2 414 23 04 - fax +32 2 415 89 26
stic@stics.be - www.stics.be

WALLONIE

6/2, rue du Grand Trou Oudart - 7000 Mons
Tél. +32(0)65 664 593 - sticswal@stics.be



Nouvelle réglementation sur les marchés publics

Quoi de neuf pour les asbl?
Bref aperçu des questions-clés

PRÉFACE

Techniques et procédurales, les règles de marchés publics peuvent déboussoler les acteurs non aguerris à leur maîtrise.

La publication « Nouvelle réglementation sur les marchés publics. Quoi de neuf pour les asbl? Bref aperçu des questions-clés » s'inscrit dans notre démarche de transmission pédagogique et d'éducation permanente pour vous éclairer et vous soutenir dans vos procédures de marchés publics.

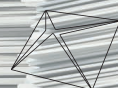
Le Stics n'a pas la prétention de détenir une expertise dans cette matière juridique et technique sans cesse en évolution.

A l'aune de la nouvelle réglementation, l'ouvrage reprend une série de recommandations et de pistes d'orientation présentées au lecteur au départ de situations concrètes et de questions régulièrement posées par des responsables d'activités que nous rencontrons lors de nos interventions.

Bonne lecture,

Eric Luna

Administrateur délégué



POURQUOI CE GUIDE ?

En tant qu'acteur du champ associatif, vous vous posez peut-être des questions sur les liens entre la gestion de vos activités et les exigences européennes quant au contrôle des dépenses publiques. Dans nos rencontres, lors de formations ou d'accompagnements, vous êtes nombreux à nous faire part de votre incompréhension, voire de votre agacement, devant la lourdeur administrative imposée par vos pouvoirs subsidants. Rendre des comptes, justifier, évaluer, communiquer, rapporter, raconter, démontrer, voilà des interactions parfois évidentes, parfois tendues, avec les institutions publiques.

Le STICS a pour vocation d'accompagner des associations dans leurs évolutions : les aider à répondre de manière juste et efficace aux besoins des bénéficiaires, à stimuler la dynamique d'équipe, à monter de nouveaux projets, à accroître la participation des publics, à communiquer avec ses partenaires et avec ses sponsors. Dans ces accompagnements, le STICS encourage les associations à construire leurs projets institutionnels à partir d'une vision stratégique, réaliste, qui tienne compte du contexte actuel. La recherche de financement est au premier plan de cette vision stratégique : comment pérenniser ses actions ? Comment initier de nouveaux projets ? Comment stabiliser, former ou renforcer son équipe ?

Dans le secteur associatif, les enjeux se recoupent : perte ou diminution des subsides structurels, augmentation de la dépendance à des subsides ponctuels (par appels à projets), nécessité de trouver des fonds en-dehors des voies classiques de subside (par des fonds privés, des dons, mais aussi en développant des activités accessoires lucratives, comme la vente de produits, des mises en location de matériel, etc.). Si les





enjeux se rejoignent, les réponses concrètes sont propres à chaque situation. Pour les uns, on se dirige vers une plus grande contractualisation des services proposés ; pour les autres, on axe ses efforts sur la récolte de dons et la recherche de volontaires.

Quelles que soient les stratégies mises en œuvre par votre association pour financer vos actions, il se peut que vous soyez confronté à la réglementation des marchés publics. Pourquoi ?

D'abord, parce qu'une association subsidiée par une institution publique risque de devoir se conformer aux exigences du pouvoir subsidiant quant à la gestion des deniers publics. Certaines associations, même de petite taille, même pour des achats de petits montants, doivent donc déjà « se plier » à des règles de mise en concurrence pour toute dépense et justifier leurs choix en fonction de l'offre « économiquement la plus avantageuse ». La transparence exigée par l'Union Européenne aux Etats, dans la gestion des finances publiques, est ici transposée aux associations auprès desquelles elles délèguent une mission d'intérêt général.

Ensuite, parce qu'une association qui dépend à plus de 50% des pouvoirs publics (c'est-à-dire que son financement provient à au moins 50% d'argent public ou que la gestion de l'association est contrôlée par des institutions publiques, comme on le détaillera plus loin), est directement soumise à la réglementation des marchés publics, qu'importe si son équipe est composée essentiellement de personnes bénévoles ou que son territoire d'action se limite à un quartier.

Enfin, toute association peut proposer elle aussi ses services dans le cadre d'une ouverture de marché public, soumettre une offre, et se voir attribuer l'exécution d'un service par l'institution publique. Ce contrat suit alors les règles du marché

public, entre un pouvoir adjudicateur et un soumissionnaire, et ne peut plus être considéré comme un subsidy. C'est là une autre approche possible pour les associations, afin de financer certaines de leurs actions. C'est aussi une piste pour valoriser des recettes propres, et équilibrer la proportion de ses financements considérés comme publics (subsidies) par rapport à ses autres sources de financement.

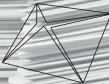
Vu l'importance de ces enjeux, il nous semble utile de susciter la réflexion, au sein du secteur associatif, sur les relations que les associations entretiennent et souhaitent privilégier avec leur(s) pouvoir(s) subsidiant(s).

Notre apport se veut didactique, pédagogique autant que dialogique, dans un esprit d'éducation permanente. Nous partons du point de vue des acteurs rencontrés et de leurs questions les plus couramment posées pour tenter de comprendre l'impact possible de la nouvelle réglementation des marchés publics sur le secteur associatif.

Nous espérons que les lecteurs trouveront des repères pour s'initier à la réglementation des marchés publics (en vigueur depuis le 30 juin 2017), mener au besoin une réflexion en équipe, mais aussi ouvrir la réflexion avec d'autres associations sur ces sujets, réduits trop souvent à leur aspect administratif, technique, juridique.

N.B. : les exemples présentés dans ce document sont fictifs, théoriques, bien qu'inspirés des nombreuses expériences rencontrées par l'auteur. Ils ont pour ambition d'aider le lecteur à comprendre les enjeux derrière les réglementations et de susciter la réflexion.





SOMMAIRE

PRÉFACE 2

POURQUOI CE GUIDE? 3

SOMMAIRE 6

CHAPITRE 1 **Réflexion à partir des questions les plus couramment posées** 8

Je mène des projets dans le secteur associatif. J'y vois clairement une plus-value sociale. De près ou de loin, les pouvoirs publics me soutiennent dans ces missions. Pourquoi devrais-je m'intéresser aux marchés publics ? 8

Mon association n'est pas dépendante à 50% du secteur public, les marchés publics ne me concernent donc pas ? 8

Une source de financement ? Ça m'intéresse ! 9

J'ai un petit subside qui me suffit, je n'envisage pas de me porter candidat dans un marché public. Puis-je mettre de côté cette réglementation ? 10

Même pour des petits marchés, à petit montant ? 10

Et pour des montants au-delà de 30.000 euros ? 11

Certaines associations pourraient donc être particulièrement concernées par les marchés publics? 12

J'ai soumis une offre qui a été acceptée. Comment puis-je désormais discuter du contrat ? 13

Je mène des projets sur un terrain local, pour lesquels j'ai établi des contrats avec les pouvoirs publics. En quoi cela peut-il intéresser l'Europe ? 16

Mon urgence ce n'est pas la politique européenne, mais bien de trouver des financements pour mes projets ! 17

Comment se joue la concurrence ? 18

Tant d'enjeux, tant de difficultés, faut-il dès lors s'abstenir d'entrer dans un marché public ? 21

Que vise la nouvelle réglementation pour les marchés publics ? 22

Quelles sont les perspectives de ces nouvelles réglementations pour les associations? 22

CHAPITRE 2

A retenir 23

Répondre à un marché public peut avoir des avantages ! 24

Comprendre la réglementation : quelques repères utiles 25

Qui est soumis à la réglementation ? 25

Qui peut répondre à un appel d'offres ? 26

De quels contrats parle-t-on ? 27

Types de marchés..... 28

Ouvrir un marché ? 29

En fonction des besoins 29

Pour choisir l'offre « économiquement la plus avantageuse » 31

Et choisir la négociation ? 32

Comment se déroule la négociation ? 35

CHAPITRE 3

Quelques conseils pratiques en tant que Pouvoir adjudicateur 37

CHAPITRE 4

Soumettre une offre?..... 39

Une offre est un engagement 39

Peut-on interrompre ou annuler le contrat ? 40

Attention à l'objet social !..... 41

Attention au forfait !..... 42

Attention aux délais !..... 42

CHAPITRE 5

Quelques conseils pratiques en tant que soumissionnaire 44

GLOSSAIRE

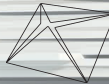
..... 46

SOURCES

..... 47

L'AUTEUR

..... 50





RÉFLEXION À PARTIR DES QUESTIONS LES PLUS COURAMMENT POSÉES

Tentons d'abord d'éclaircir les questions qui nous parviennent le plus fréquemment.

► *Je mène des projets dans le secteur associatif. J'y vois clairement une plus-value sociale. De près ou de loin, les pouvoirs publics me soutiennent dans ces missions. Pourquoi devrais-je m'intéresser aux marchés publics ?*

D'abord parce qu'une association **dépendante à plus de 50% de fonds publics** est soumise à la réglementation en tant que « Pouvoir adjudicateur », c'est-à-dire qu'elle est dans l'obligation de recourir à des marchés publics au même titre qu'une institution publique pour acquérir des biens, des services ou réaliser des travaux.

Il s'agit d'associations gouvernées en partie par des représentants d'organismes publics ou dont les recettes proviennent à plus de 50% de subventions publiques, peu importe qui octroie les subsides et sous quelles formes (des primes à l'emploi aux aides ponctuelles).

Si vous êtes dans cette situation, il est temps de vous former à la passation de marchés publics et à la rédaction de cahiers de charges.

► *Mon association n'est pas dépendante à 50% du secteur public, les marchés publics ne me concernent donc pas ?*

Bien que vous ne soyez pas reconnu comme « Pouvoir adjudicateur », vous êtes tout de même un **soumissionnaire potentiel** ! Les marchés publics de services deviennent un créneau de financement intéressant pour les associations, d'autant que la course aux subsides est lente et périlleuse. Il devient donc plus « rentable » pour une association de mettre un prix, un temps, des moyens sur une prestation ponctuelle que de chercher à faire (re)connaître l'ensemble de ses missions et philosophie d'action. Beaucoup de projets d'associations sont susceptibles de se transformer en prestations de service : un concert multiculturel, une animation lors d'une fête de quartier, l'organisation d'une journée de découverte sportive, la formation des agents aux expressions courantes de la langue des signes, etc.

Une source de financement ? Ça m'intéresse !

Attention, il s'agit tout de même d'un **contrat très rigide** (bien plus qu'une subvention) portant sur une **prestation de service clairement définie**, non seulement quant au déroulement mais aussi quant aux résultats à en attendre. Evitons donc de se vanter de « diminuer de moitié la précarité dans un quartier » ou de « redonner aux femmes violentées l'estime d'elles-mêmes et la capacité de s'approprier leur corps », qui s'apparentent davantage à des objectifs généraux de programmes de politiques publiques. Des marchés publics de services cibleraient plutôt : « la formation des agents communaux des services Etat civil et Population à la gestion de l'agressivité des usagers » ou « l'accompagnement d'un groupe de jeunes entre 20 et 25 ans ayant suivi une formation professionnelle mais n'ayant pas trouvé d'emploi, à consolider un trajet de recherche active d'emploi ».





► *J'ai un petit subsidie qui me suffit, je n'envisage pas de me porter candidat dans un marché public. Puis-je mettre de côté cette réglementation ?*

Oui et non. A partir du moment où votre pouvoir subsidiant est soumis à cette réglementation, vous risquez un jour ou l'autre d'y être soumis également. Ainsi, même pour des subsides de petits montants, il arrive que **des associations doivent prouver que leurs dépenses sont rationnelles, objectivées et soumises à la libre concurrence**. Des pouvoirs subsidants peuvent ainsi demander aux associations de prouver qu'elles ont comparé trois offres de prix pour l'achat de bics et de crayons, et qu'elles ont choisi l'offre « économiquement la plus avantageuse ». C'est le résultat d'une transposition, en cascade, des exigences européennes à chaque échelon d'une activité subsidiée.

► *Même pour des petits marchés, à petit montant ?*

La nouvelle réglementation en matière de marchés publics tente de simplifier la passation de marchés, surtout pour des marchés de petite taille.

Ainsi, si la valeur estimée du marché ne dépasse pas **30.000 euros (hors TVA)**, le marché est considéré comme « un marché public de faible montant »¹, dit aussi « marché passé sur simple facture acceptée ». Le Pouvoir adjudicateur est alors délesté de bon nombre d'obligations :

- » Il n'a pas de formalité à remplir, ni publication, ni cahier des charges ; il doit seulement pouvoir prouver qu'il a consulté plusieurs opérateurs avant de conclure son marché.

1. Voir la loi du 17 juin 2016, chapitre 7, sur les marchés publics de faible montant et l'Exposé des motifs, art. 91

- » Pour ce faire, il peut simplement demander plusieurs offres de prix par email ; cela suffit pour prouver qu'il a fait jouer la libre concurrence pour choisir l'offre « économiquement la plus avantageuse ».
- » Pour pouvoir choisir l'offre « économiquement la plus avantageuse », il doit cependant être en mesure de comparer des offres équivalentes. Même s'il n'a pas l'obligation de rédiger un cahier des charges, il lui est donc conseillé de bien décrire ses attentes (spécifications techniques, quantité, délais, déroulement,...) lorsqu'il demande des offres à différents opérateurs.
- » La facture acquittée atteste l'exécution du marché.

Et pour des montants au-delà de 30.000 euros ?

Pour des marchés de services, différentes procédures sont possibles, en fonction des besoins et de la situation du Pouvoir adjudicateur et du montant estimé du marché.

Pour des marchés jusqu'à 135.000 euros HTVA (si le Pouvoir adjudicateur est fédéral) ou jusqu'à 209.000 euros HTVA, le Pouvoir adjudicateur a la possibilité – sous certaines conditions – de mener une procédure de marché avec négociation pour des marchés de fournitures ou de services.

Par ailleurs, des conditions plus souples sont permises pour certains services spécifiques, dont on sait que la concurrence européenne ne serait pas pertinente (certains services sociaux par exemple). Ces services sont explicitement repris dans l'annexe de la loi².

2. Voir l'Arrêté royal du 18 avril 2017, art. 11, sur les seuils européens.





► *Certaines associations pourraient donc être particulièrement concernées par les marchés publics?*

Oui, pour plusieurs raisons.

- » Par exemple, des associations dont l'activité principale est **l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou de personnes défavorisées**, pourraient avoir accès à des « **marchés réservés** »³. Un pouvoir adjudicateur pourrait en effet réserver un marché à des opérateurs tels que des entreprises de travail adapté ou des organismes de réintégration sociale et professionnelle. La concurrence se crée dès lors entre ces organismes, et non avec des opérateurs « classiques », à but lucratif, contre lesquels ils auraient plus de chances d'aboutir à une offre « économiquement la plus avantageuse ».
- » Pour avoir accès à ces marchés réservés, il faut pouvoir démontrer que *l'objectif principal est de soutenir l'intégration ou la réintégration sociale et professionnelle des personnes handicapées ou défavorisées telles que certaines catégories de chômeurs, les membres de minorités défavorisées ou de groupes socialement marginalisés pour d'autres raisons*⁴. Ces groupes de travailleurs défavorisés doivent représenter au moins 30% de l'ensemble des travailleurs de l'entreprise ou association.
- » Ensuite, parce que des associations ou institutions actives dans **certaines catégories de services** (dont la liste figure dans l'annexe III de la loi du 17 juin 2016), notamment certains services sociaux, d'aide à la personne, de santé, d'éducation, connaissent un assouplissement des procédures, car on estime que la dimension internationale de la concurrence est limitée. Il en va de même de certains services postaux, de services d'hôtellerie et de restauration, de cer-

3. Voir la loi du 17 juin 2016, art. 15, sur les marchés réservés.

4. Exposé des motifs – art. 15.

tains services de secours et de certains services religieux.

- » « *Le législateur européen a néanmoins souhaité préciser (au considérant 114) que les Etats membres et les pouvoirs publics restaient libres de fournir eux-mêmes les services à caractère social ou de les organiser sans que cela entraîne la conclusion de marchés publics, par exemple en se contentant de financer ces services ou en octroyant des licences ou des autorisations à tous les opérateurs économiques remplissant les conditions prédéfinies par le pouvoir adjudicateur, sans fixation de limites ou de quotas, à condition qu'un tel système garantisse une publicité suffisante et soit conforme aux principes de transparence et de non-discrimination*⁵. »
- » Les services concernés ont alors une plus grande marge de manœuvre pour choisir *la procédure de passation de marché la plus appropriée au regard de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire*⁶. A condition, là encore, de respecter les principes de transparence, de proportionnalité et d'égalité de traitement des opérateurs économiques.
- » Ainsi, pour certains services sociaux et autres services spécifiques, le Pouvoir adjudicateur pourrait entamer une procédure négociée sans publication préalable jusqu'à un marché estimé à 750.000 euros, ou même choisir son propre mode de passation de marché⁷.

► *J'ai soumis une offre qui a été acceptée. Comment puis-je désormais discuter du contrat ?*

Voici l'erreur la plus courante : on pense que les choses peuvent s'expliquer ou

5. Exposé des motifs – chapitre 6, art. 87.

6. Idem.

7. Voir la loi du 17 juin 2016, chapitre 6, sur les services sociaux et autres services spécifiques.





s'ajuster après la passation du marché. Malheureusement **un marché public est un contrat très rigide**. On remporte le marché sur base de ce qui est prescrit dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché. Ni le déroulement ni le prix ne peuvent varier entretemps.

Exemple : Dans le cadre d'un appel à projet portant sur l'organisation d'une activité favorisant la rencontre interculturelle, l'organisation qui a remporté le marché a proposé un spectacle intégrant des rythmes de musique indienne et russe, qui sera créé avec des familles d'origine indienne et russe, et en faisant participer un public intergénérationnel. Admettons que cette association, qui s'entendait très bien avec la famille indienne et avec la famille russe, ne respecte pas le planning prévu car les deux familles n'arrivent pas à s'accorder sur la composition du spectacle. De plus, les deux familles refusent désormais d'inviter, comme elles s'y étaient engagées, d'autres familles de leurs réseaux afin de contribuer à la rencontre interculturelle et intergénérationnelle avec le public. Que risque l'association ?

Si elle se tourne vers le commanditaire (en tant que Pouvoir adjudicateur) pour pouvoir reculer la date de la fête ou adapter le projet, celui-ci sera légalement tenu de refuser, puisqu'un marché ne peut pas changer de sens ou de forme en cours de route. Si la prestation est annulée, il peut même exiger des indemnités. L'association engage pleinement sa responsabilité dans ce contrat ! Il faudrait donc alors retourner ciel et terre pour faire en sorte que la prestation ait lieu, quitte à devoir rétribuer des danseurs ou des musiciens (aux frais de l'association) pour pallier à ce que les familles partenaires du projet n'ont pas pu mettre en œuvre.

Et s'il s'agissait d'un projet subsidié ? A priori, s'il s'agissait d'un projet soutenu financiè-



rement par les pouvoirs publics dans le cadre d'un subside, l'attention aurait surtout porté sur les processus mis en œuvre pour favoriser l'interculturalité, c'est-à-dire sur les moyens apportés par l'association pour faire en sorte que les familles dépassent leurs préjugés et s'accordent sur un projet commun, quitte alors à ce que ce soit la prestation qui s'ajuste, et en mettant la priorité sur la fierté pour ces partenaires de rester et de finaliser le projet. Avec le pouvoir public comme partenaire, l'accent aurait donc pu être mis plus facilement sur les finalités du projet et la manière de le mener à terme, plus que sur le résultat à atteindre lors de la prestation.

Cet exemple veut mettre en exergue **les différences de logique** qui guident les marchés publics ou les modes de subsidiation. Il ne s'agit pas de dire que l'un est mieux que l'autre ; il s'agit surtout d'être au clair avec ce qu'on peut en attendre.

- » Le Pouvoir adjudicateur – même de bonne volonté – ne peut pas négocier le projet en cours avec la même latitude qu'un pouvoir subsidiant ;
- » Tant les Pouvoirs adjudicateurs que les pouvoirs subsidants sont liés à des **réglementations strictes**, qui dépendent de différents niveaux de pouvoirs (directives européennes, lois, décrets, arrêtés, ordonnances ; au niveau national, régional, communautaire, provincial et communal).

A charge de chaque association d'accepter, pour chaque projet, le **cadre de travail** (marché public, subsidiation, ou indépendamment des partenaires publics) **en fonction des situations et de leurs contextes** (urgence du projet, opportunité de financement,...).





► *Je mène des projets sur un terrain local, pour lesquels j'ai établi des contrats avec les pouvoirs publics. En quoi cela peut-il intéresser l'Europe ?*

L'Europe exige des Etats Membres qu'ils transposent les **directives européennes** dans les législations nationales. L'Europe doit être le garant d'un certain nombre de lignes de conduite à respecter par chaque Etat suite à la signature des traités, notamment au sujet de la libre circulation des marchandises et de la **libre circulation des travailleurs**, afin de développer la **compétitivité** sur le sol européen. Les exigences de **bonne gouvernance** de pouvoirs publics de chaque Etat vont dans le même sens : rationaliser les coûts et développer la compétitivité. Les directives européennes sur les marchés publics imposent donc à chaque état la mise **en concurrence** des soumissionnaires (à l'échelon européen), en respectant **l'égalité de traitement et de non-discrimination et la transparence** des décisions.

La compréhension de la philosophie des marchés publics laisse donc entrevoir pourquoi les associations agissant sur le local avec de petits moyens devraient s'intéresser à l'évolution de ce dispositif et des **nouvelles relations entre associatif et pouvoirs publics** qu'il engendre.

A titre d'exemple, on pourrait craindre que si un acteur européen souhaite obtenir un marché sur votre localité, dans votre champ d'action, il lui suffirait de prouver auprès des institutions européennes que le pouvoir local qui vous soutient n'a pas ouvert de marché, conformément aux règles en vigueur, ni n'a mis les prestataires potentiels sur un pied d'égalité ; qu'il s'agit donc de discrimination et qu'il demande réparation. S'il



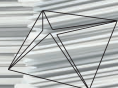
gagne son procès, vous perdez vos subsides et votre possibilité d'action. Ensuite, il se peut aussi qu'il ne souhaite plus reprendre le marché et vos activités. Qui sont les perdants ? A peu près tout le monde : les citoyens vis-à-vis desquels le service était destiné ; les personnes qui portaient le projet de l'association ; les partenaires en lien avec ces projets (publics, associatifs, privés)...

Il pourrait ainsi devenir de plus en plus difficile pour les pouvoirs publics de **justifier les aides d'Etat** et en ce sens, de justifier les politiques de subventionnement des projets portés par l'associatif. Pour aider les pouvoirs publics à s'ajuster et à s'organiser face aux nouvelles politiques européennes, les associations doivent continuer de **décrire et argumenter ce qui fait l'essence et la spécificité de leur action sur le terrain** et qui rend les subsides publics indispensables.

► *Mon urgence ce n'est pas la politique européenne, mais bien de trouver des financements pour mes projets !*

Bien sûr. Il semble tout de même que ce petit détour par la philosophie qui sous-tend les marchés publics est importante puisqu'elle **bouleverse les conventions « habituelles »** entre les acteurs associatifs et les administrations publiques ou le politique. Force est de constater que ce jeu des marchés publics bouleverse l'organisation de la gestion publique et des politiques publiques, à chaque échelon, à chaque service. Ce qui ne manque pas de perturber tous les **services partenaires**, auprès de qui les missions ont été déléguées ou « subsidiarisées », c'est-à-dire en grande partie le secteur associatif.





► Comment se joue la concurrence ?

Lorsque les pouvoirs publics ouvrent un marché, ils doivent mettre en concurrence **tous les prestataires potentiels**. La logique est celle d'une bonne **gouvernance**, c'est-à-dire d'une **gestion transparente et responsable des deniers publics** vis-à-vis des citoyens. Il faut donc pouvoir justifier les coûts de tout achat, de toute prestation, de tout marché.

Exemple : Il serait choquant d'acheter le même carnet plus cher chez un voisin alors qu'un fournisseur avait déposé une offre moins chère. Par contre, on peut justifier d'une offre « économiquement plus avantageuse » si les délais et les tarifs de livraison pèsent dans la balance, c'est-à-dire si notre fournisseur habituel ne nous compte pas de frais de livraison et dispose d'un stock des fournitures souhaitées. Mais choisir un fournisseur « parce que c'est notre fournisseur depuis toujours » est tout-à-fait injustifiable, puisque cela revient à dire qu'on le préfère car « c'est un ami » et non parce que la prestation est plus avantageuse.

Cette ligne de conduite de la bonne gouvernance tente d'**objectiver les choix** des dépenses et de **mettre à égalité – sans discrimination** – tout prestataire potentiel.

De cela découle une réalité souvent mal vécue par les associations : bien que leur objet social vise l'intérêt général et non le profit, et bien que la façon de travailler soit éthique et déontologique, sociale ou tenant compte des priorités de l'éducation permanente, **rien ne donne d'emblée une plus-value à la prestation s'il s'agit d'un acteur non-lucratif**. Pour que ces spécificités puissent se faire valoir



dans l'argumentation d'un marché public, il faut que le Pouvoir adjudicateur ait prévu d'intégrer des critères de sélection du marché portant sur la méthode de travail ou la méthodologie, ou ait prévu une clause éthique dans les conditions d'exécution du marché, en précisant par exemple que tous les prestataires doivent « respecter les valeurs inhérentes à une prestation visant l'intérêt général, sur le plan des droits humains, de solidarité, de l'expression citoyenne, ... », si possible en se référant à une charte ou un code de déontologie joint en annexe.

Le fait pour une association de mener son travail dans une visée non lucrative n'est donc pas en tant que tel un atout par rapport au marché, d'autant que le dit marché se résume à un coût (un forfait) ; pour le soumissionnaire, c'est donc d'abord un contrat lucratif.

Par contre, ce qui est un atout considérable par rapport au marché, c'est que le coût de la prestation pourrait s'avérer **concurrentiel par rapport à une entreprise privée** : si l'association compte sur des bénévoles, si l'association est en partie subventionnée, si elle peut compter sur des partenaires fiables, ... cela pourrait faire baisser le coût final d'une prestation. Encore faut-il **bien penser l'objectif pour l'association** de répondre à un appel d'offres : se faire connaître sur ces missions, sur ce marché ? Gagner des recettes propres pour financer un autre projet ? Pérenniser sa structure ? Gagner en expertise ? Entrer dans de nouveaux champs d'action ?...

La concurrence souhaitée la plus large possible dans les marchés publics implique qu'aucune société, aucune association, aucune personne physique ne peut a priori être mise de côté. Or nombre d'associations ne connaissent pas bien les champs d'action des acteurs privés ou les champs d'action d'associa-





tions dans d'autres secteurs ; pour la plupart, elles n'ont en fait **aucune perception de quelle peut être cette concurrence**. On cherche à répondre à un appel d'offres, mais si on ne connaît rien du fonctionnement, des coûts, des atouts des autres prestataires, comment savoir ce qu'il est bon de décrire et d'explicitier dans notre offre ? Comment avoir une idée de nos chances de succès ? Comment se démarquer ?

Le travail de « **benchmarking** », qui permet de mesurer les écarts (de performances et résultats, de méthodes et processus), de garder un œil et des repères sur l'évolution des autres acteurs et des contextes de travail, est depuis longtemps un enjeu stratégique des sociétés privées : entrer dans un marché, c'est s'y positionner, c'est-à-dire à la fois s'ajuster et se démarquer. Ce travail de benchmarking est louable aussi dans l'univers du social, puisqu'il sert non seulement à connaître les différents acteurs – donc, à trouver des partenaires – mais aussi à évaluer la qualité des services rendus aux publics.

Les associations qui n'auraient pas déjà implanté en interne une politique de benchmarking se trouvent d'ailleurs devant une difficulté supplémentaire : ce n'est plus au moment de l'ouverture d'un marché qu'on peut discuter avec des potentiels concurrents ou partenaires, **puisque la réglementation sur les marchés publics interdit toute communication-concertation-conciliation entre soumissionnaires**. On comprend bien que la mise en concurrence serait faussée si les soumissionnaires pouvaient se mettre d'accord entre eux sur le prix d'un marché, l'objectif premier restant la compétitivité.

8. Précisons que le STICS est connu des associations pour l'appui apporté à la construction et le développement de projets, notamment grâce à son expertise en évaluation – gestion de projet et démarche qualité. Les outils sur « Construire et gérer son projet » et « Evaluation, mode d'emploi » sont disponibles sur son site web : www.stics.be

Bien connaître son secteur et les différents acteurs se révèle ainsi crucial pour les associations, d'autant que les pouvoirs publics, en tant qu'organismes subsidants et en tant que Pouvoirs adjudicateurs, doivent pouvoir évaluer la qualité et les impacts des dépenses publiques, c'est-à-dire des politiques publiques. Les démarches d'autoévaluation de chaque association doivent permettre de justifier et d'ajuster les politiques publiques, chaque acteur argumentant sur l'effet de son action tant au niveau micro que macro. La crédibilité de la portée du travail associatif est à ce prix.

► *Tant d'enjeux, tant de difficultés, faut-il dès lors s'abstenir d'entrer dans un marché public ?*

Certainement pas. Bien sûr, on l'a vu, la logique qui sous-tend les marchés publics est une **logique marchande, de rationalisation des coûts**. Mais cette logique n'est pas nouvelle dans l'organisation des services dédiés à la collectivité ou à l'intérêt général, ce n'est donc certainement pas un prétexte pour la balayer. Elle est d'ailleurs **déjà présente** dans les procédures de subventionnement puisqu'il faut argumenter et évaluer chaque projet (au final, c'est important pour chacun)⁸ afin d'estimer et de comparer les politiques publiques – ce qui est fort intéressant d'un point de vue politique et sociétal à condition que la comparaison soit possible et pertinente⁹.

Les associations le comprennent d'ailleurs très bien : fini ce temps où l'on pouvait compter sur le soutien d'un seul pouvoir subsidant ! L'heure est à la **diversification des sources de financement** (privé et public) ainsi qu'à la collecte de recettes propres, qui devient l'enjeu majeur du financement des associations aujourd'hui.

9. Certains modes de comparaison « coûts du dispositif par bénéficiaire » se révèlent dans les faits très peu opérants, surtout s'il s'agit de stimuler de nouvelles pratiques dans les programmes d'action publique.





► Que vise la nouvelle réglementation pour les marchés publics ?

Au-delà des principes de bonne gouvernance et de stricte régulation des dépenses publiques, le législateur européen annonce favoriser la croissance économique et relever les défis sociétaux et environnementaux. D'une part, il souhaite **accroître l'efficacité des marchés publics**, simplifier les procédures, les rendre plus concurrentielles, et donner un accès plus large aux marchés aux PME et, d'autre part, il veut *permettre aux Pouvoirs adjudicateurs de mieux utiliser les marchés publics comme un instrument au service d'objectifs sociétaux communs*¹⁰. Ainsi, la nouvelle réglementation souhaite favoriser l'utilisation de **clauses sociales et environnementales**, permettre l'innovation et lutter contre le dumping social.

C'est pourquoi, notamment, les procédures négociées sont assouplies, tout en privilégiant une plus grande mise en concurrence des opérateurs, par la publicité des avis de marchés et leur traitement électronique. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent ainsi tenir compte désormais, au-delà du prix, du coût du « cycle de vie » d'un produit, de labels environnementaux, du rapport qualité-prix, bien plus aisément qu'auparavant¹¹.

► Quelles sont les perspectives de ces nouvelles réglementations pour les associations ?

Les nouvelles directives européennes sur les marchés publics vont dans le sens d'une **simplification administrative** permettant notamment aux petites et moyennes entreprises de se mettre en concurrence avec les entreprises travaillant déjà avec des marchés publics. Du point de vue non-marchand, ça laisse entrevoir une plus

grande facilité pour des associations d'entrer dans le jeu du marché public.

Ainsi, une grande **marge de manœuvre** est laissée aux Pouvoirs adjudicateurs lorsqu'il s'agit de marchés aux **montants de moins de 30.000 euros**, ce qui pourrait permettre aux associations d'éviter une trop grande lourdeur administrative, que ce soit lorsqu'elles proposent des prestations de services à des institutions publiques ou lorsqu'elles ont le rôle de Pouvoir adjudicateur.

Le bémol, c'est que les institutions publiques, qui doivent s'adapter structurellement aux réglementations des marchés publics, ont tendance à systématiser leurs procédures. Le risque est donc de continuer à reproduire envers les associations, y compris pour des marchés à petit montant, le même niveau d'exigence administrative que pour les plus gros marchés, par souci de cohérence interne ou de simplification organisationnelle.

Pour certaines associations, cela représente un nouvel enjeu de formation des responsables administratifs et d'organisation interne.

► A retenir

Dans le doute, lorsque je décide d'un achat ou d'un service pour un montant de moins de 30.000 euros, je compare systématiquement plusieurs offres ;

Si je décide de montants de plus de 30.000 euros, je vérifie si mon association est considérée comme un Pouvoir adjudicateur. Si oui, je me renseigne sur la passation de marchés publics...



10. Exposé des motifs – introduction.

11. Voir les articles 81 et 82 de la loi du 17 juin 2016



► *Répondre à un marché public peut avoir des avantages !*

- » Collecter des recettes propres en échange d'une prestation bien définie ;
- » Faire connaître ses activités et ses missions auprès des pouvoirs publics (organismes subsidants et Pouvoirs adjudicateurs) ;
- » Se faire une place dans un secteur, se montrer expert dans un domaine ;
- » Accroître son champ d'expérience et d'expertise, consolider sa crédibilité ;
- » Faire gonfler la proportion de fonds propres par rapport aux subsides publics et éviter d'être considéré comme Pouvoir adjudicateur...

COMPRENDRE LA RÉGLEMENTATION : QUELQUES REPÈRES UTILES

On le comprend bien, les associations soucieuses de perdurer et de se développer pourront difficilement se tenir à l'écart des marchés publics. Approchons dès lors quelque peu cette réglementation spécifique à partir de quelques questions centrales.

Qui est soumis à la réglementation ?

Toute institution publique ou institution dépendante des institutions publiques, soit par rapport à son mode de gouvernance (composition du Conseil d'administration par exemple) soit par rapport aux subsides. Si l'association est dépendante à + de 50% des fonds publics (subsides ou aide à l'emploi), elle est soumise à la réglementation au même titre que les institutions publiques.

SOURCE : LOI DU 17 JUIN 2016

Art. 2 – Pour l'application de la présente loi, on entend par :

1° Pouvoir adjudicateur :

- a) l'Etat ;
- b) les Régions, les Communautés et les autorités locales;
- c) les organismes de droit public et personnes, quelles que soient leur forme et leur nature qui, à la date de la décision de lancer un marché :
 - i. ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, et;





ii. sont dotés d'une personnalité juridique, et;
iii. dépendent de l'État, des Régions, des Communautés, des autorités locales ou d'autres organismes ou personnes relevant du présent point c), de l'une des manières suivantes :

1. soit leurs activités sont financées majoritairement par l'État, les Régions, les Communautés, les autorités locales ou d'autres organismes ou personnes relevant du présent point c);
2. soit leur gestion est soumise à un contrôle de l'État, des Régions, des Communautés, des autorités locales ou d'autres organismes ou personnes relevant du présent point c);
3. soit plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance sont désignés par l'État, les Régions, les Communautés, les autorités locales ou d'autres organismes ou personnes relevant du présent point c

d) les associations formées par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs visés au 1°, a, b, ou c;

Qui peut répondre à un appel d'offres ?

« Toute personne physique ou morale », c'est-à-dire **les ASBL, les Sociétés, les Personnes physiques**. Quant aux associations de fait, a priori elles ne peuvent pas y répondre, puisqu'elles n'ont pas la personnalité juridique qui permet d'établir des contrats. Par contre, il n'y a pas de contre-indication à ce que plusieurs membres d'une association de fait engagent solidairement leur responsabilité en vue de passer un marché.



SOURCE : LOI DU 17 JUIN 2016

Art. 2 – Pour l'application de la présente loi, on entend par :

10° opérateur économique : toute personne physique, toute personne morale de droit public ou de droit privé ou tout groupement de ces personnes, y compris les associations temporaires d'entreprises, qui offre, respectivement, la réalisation de travaux, d'ouvrages au sens du 19°, des fournitures ou des services sur le marché. Il s'agit, selon les cas, d'un entrepreneur, d'un fournisseur ou d'un prestataire de services;

(...)

14° soumissionnaire : un opérateur économique qui présente une offre;

Le plus grand frein pour répondre à un appel d'offres sera en fait explicité dans chaque marché : il s'agit des exigences quant aux capacités techniques et financières des soumissionnaires (expertise, chiffre d'affaires, label, etc.).

De quels contrats parle-t-on ?

Il faut ouvrir des marchés pour à peu près tout ce qui engage les deniers publics, puisqu'il s'agit de contrats « à titre onéreux » c'est-à-dire des marchés de travaux, de fournitures ou de services qui engagent une contrepartie (même à 0 euros).

SOURCE : LOI DU 17 JUIN 2016

Art. 3 – Pour l'application la présente loi, on entend par :

17° marché public : le contrat à titre onéreux conclu entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs adjudicateurs et ayant pour objet





l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services, en ce compris les marchés passés en application du titre 3 par les entreprises publiques visées au 2° et les personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, visées au 3°;

Sont exclus notamment de cette réglementation : la location et l'acquisition de locaux ou biens immobiliers et surtout **tout ce qui peut être réalisé en interne**, c'est-à-dire par le personnel de l'institution ou par ses propres moyens techniques.

Exemple : Nous souhaitons réaliser un dépliant d'information sur nos activités, destiné au grand public. Si la réalisation se fait en externe, via une agence de communication, nous devons ouvrir un marché et mettre en concurrence plusieurs agences de communication. Mais si la réalisation se fait en interne, par notre service de communication et au moyen de nos imprimantes, il n'y a pas lieu de lancer un marché : aucune agence externe ne doit être mise en concurrence, à nous de coordonner et d'organiser notre prestation en interne.

Cela peut être utile de se poser cette question avant d'ouvrir un marché : de quelles ressources dispose-t-on à l'interne pour répondre à ce besoin ? Ne serait-ce pas intéressant d'engager une personne spécifiquement sur cette tâche ?

Types de marchés

Un marché public est toujours soit un marché de travaux, soit de fournitures, soit de services et respectera chaque fois le régime spécifique applicable (travaux/fournitures/ services).

12. Voir la loi du 17 juin 2016, Chapitre 2, art. 35 et suivants, sur les procédures de passation.

Ouvrir un marché ?

En fonction de la valeur estimée du marché, le Pouvoir adjudicateur pourra parfois choisir différentes procédures¹² :

- » Ouverte ou restreinte, selon que les opérateurs intéressés peuvent directement soumettre leur offre en réponse à l'avis de marché, ou que le Pouvoir adjudicateur sélectionne dans un premier temps des candidats intéressés et les invite, dans un deuxième temps, à remettre une offre ;
- » Négociée ou non, si le Pouvoir adjudicateur se laisse la possibilité de dialoguer avec les soumissionnaires pour aboutir à des offres les plus avantageuses ;
- » Avec publication ou non, selon les seuils repris dans la loi¹³.

En fonction des besoins

Le Pouvoir adjudicateur choisit le mode de passation pour son marché à partir d'une réflexion sur ses besoins. Plus sa demande est claire, plus les offres seront pertinentes.

Le Pouvoir adjudicateur est encouragé à décrire ses attentes **dans un cahier des charges**. Pour certains types de marchés, il sera d'ailleurs obligé de détailler ses attentes par rapport aux spécifications techniques attendues, au niveau de la qualité d'un produit, à l'exigence d'un label ou de normes, à des exigences en matière de délais, de sous-traitance, etc.

13. Voir l'Arrêté royal du 18 avril 2017, art. 11, sur les seuils européens. En bref : 135.000 euros pour les marchés de fournitures et de services si le Pouvoir adjudicateur est fédéral ; 209.000 euros si le Pouvoir adjudicateur est autre que fédéral ; 750.000 euros si les marchés portent sur des services sociaux ou services dits spécifiques ; 5.225.000 euros s'il s'agit de marchés de travaux. Au-dessus de ces seuils, la publicité est obligatoire à l'échelle européenne, c'est-à-dire qu'il est indispensable de publier l'avis de marché au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des Adjudications.





Si le Pouvoir adjudicateur ne connaît pas – ou mal – ses besoins, ou désire laisser une marge de manœuvre pour l'innovation, d'autres types de marchés sont possibles, le marché d'innovation par exemple.

Pour des marchés à faible montant, le cahier des charges n'est pas obligatoire. Il reste pourtant dans l'intérêt du Pouvoir adjudicateur de bien définir la qualité des services ou des produits qu'il attend, puisqu'il devra, après comparaison, choisir l'offre « économiquement la plus avantageuse ». Ainsi, s'il souhaite prendre en compte dans sa sélection des critères autres que le prix, il doit absolument les clarifier dans sa demande !

Exemple : Une institution – Pouvoir adjudicateur – attend la livraison de x crayons promotionnels, portant le logo de l'institution, pour telle date. Au moment de payer la facture, le Pouvoir adjudicateur devra se poser 3 questions : a-t-il reçu la quantité de crayons commandés ? Les crayons portent-ils le logo demandé ? Les crayons ont-ils été livrés au bon endroit au bon moment ? Si la réponse est oui, il doit payer la facture. Ce n'est plus le moment de penser : « j'aurais voulu un logo en couleur », « j'aurais voulu un logo plus grand », « j'aurais voulu des crayons de meilleure qualité », « j'aurais voulu des crayons dont la fabrication respecte l'environnement », « j'aurais voulu que le travail soit fait en Belgique en respectant la réglementation sociale », ...

Si ces questions-là sont importantes pour le Pouvoir adjudicateur, il doit les expliciter dès l'ouverture du marché. Il peut même choisir de réserver un marché à des entreprises de travail adapté ou à des organismes d'insertion socioprofessionnelles.



Pour choisir l'offre « économiquement la plus avantageuse »

Le Pouvoir adjudicateur doit attribuer le marché à l'opérateur qui a remis l'offre « économiquement la plus avantageuse ».

Cela dit, l'offre économiquement la plus avantageuse peut être déterminée, au choix du pouvoir adjudicateur, sur base de certains critères de qualité, d'exigences sociales et environnementales, du coût du cycle de vie, de l'expérience des prestataires du service, etc. Il revient donc au Pouvoir adjudicateur d'exposer clairement les aspects importants de sa demande, s'il souhaite en tenir compte lors de l'attribution du marché.

SOURCE : LOI DU 17 JUIN 2016

Art. 81 § 1er. Le Pouvoir adjudicateur se fonde, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse.

§ 2. L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est, au choix, déterminée :

- 1° sur la base du prix ;
- 2° sur la base du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/ efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'art. 82 ;
- 3° en se fondant sur le meilleur rapport qualité/ prix qui est évalué sur la base du prix ou du coût ainsi que des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné, notamment :
 - a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques





et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes, le commerce et les conditions dans lesquels il est pratiqué ;

b) l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché ;

c) le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.

Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité.

Et choisir la négociation ?

Contrairement à l'ancienne législation, qui considérait le recours à une procédure négociée comme une exception, le législateur considère désormais la négociation *comme un moyen sûr et efficace pour stimuler la concurrence, mieux identifier les risques dans les marchés complexes et permettre une meilleure utilisation des marchés publics*¹⁴. L'intention est de promouvoir le recours à la procédure concurrentielle avec négociation, le dialogue compétitif et le partenariat d'innovation. La mise en concurrence est assurée par la publication de l'avis de marché.

14. Exposé des motifs – chapitre 2, art. 35.



SOURCE : LOI DU 17 JUIN 2016

Art. 35. Sans préjudice de l'article 38, § 1er, 2°, et de l'article 42, la passation des marchés publics se fait selon l'une des procédures suivantes, pour autant qu'un avis de marché ait été publié :

1° la procédure ouverte;

2° la procédure restreinte;

3° la procédure concurrentielle avec négociation, selon les conditions fixées à l'article 38;

4° le dialogue compétitif, selon les conditions fixées à l'article 39;

5° le partenariat d'innovation, selon les conditions fixées à l'article 40;

6° la procédure négociée directe avec publication préalable, selon les conditions fixées à l'article 41.

Dans les cas et circonstances expressément visés à l'article 42, les marchés peuvent être passés par procédure négociée sans publication préalable.

Le recours à la procédure négociée sans publication préalable reste limité à certaines situations, comme pour des marchés de montants inférieurs à certains seuils (135.000 euros par exemple pour des Pouvoirs adjudicateurs fédéraux, 209.000 euros pour les autres, et jusqu'à 750.000 euros pour certains services sociaux spécifiques).

SOURCE : LOI DU 17 JUIN 2016

Art. 42. § 1er. Il ne peut être traité par procédure négociée sans publication préalable, mais si possible après consultation de plusieurs opérateurs économiques, que dans les cas suivants :





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

- a) la dépense à approuver, hors taxe sur la valeur ajoutée, est inférieure aux montants fixés par le Roi;
- b) dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur ne permet pas de respecter les délais exigés par la procédure ouverte, restreinte ou concurrentielle avec négociation. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne peuvent, en aucun cas, être imputables au pouvoir adjudicateur;
- c) aucune demande de participation ou demande de participation appropriée, aucune offre ou offre appropriée n'a été déposée à la suite d'une procédure ouverte ou restreinte, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et, pour les marchés dont le montant est égal ou supérieur aux seuils fixés pour la publicité européenne, qu'un rapport soit communiqué à la Commission européenne à sa demande. Une demande de participation n'est pas considérée comme appropriée lorsque l'opérateur économique concerné doit ou peut être exclu en vertu des articles 67 à 70 ou ne remplit pas les critères de sélection établis par le pouvoir adjudicateur en vertu de l'article 71. Une offre n'est pas considérée comme appropriée lorsqu'elle est sans rapport avec le marché parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modifications substantielles, de répondre aux besoins et aux exigences du pouvoir adjudicateur spécifiés dans les documents du marché.



d) les travaux, fournitures ou services ne peuvent, être fournis que par un opérateur économique déterminé pour l'une des raisons suivantes :

- i) l'objet du marché est la création ou l'acquisition d'une oeuvre d'art ou d'une performance artistique unique;
- ii) il y a absence de concurrence pour des raisons techniques;
- iii) la protection de droits d'exclusivité, en ce compris les droits de propriété intellectuelle.

Les exceptions indiquées aux points ii) et iii) ne s'appliquent que lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des conditions du marché;

(...)

Comment se déroule la négociation ?

Le pouvoir adjudicateur mène la négociation vis-à-vis de chaque soumissionnaire en respectant les principes de transparence et de non-discrimination. Chaque information communiquée à un soumissionnaire, dans le but d'améliorer ou d'ajuster son offre, doit donc être communiquée aux autres soumissionnaires. L'objectif, pour le Pouvoir adjudicateur, est d'obtenir une **offre qui répond adéquatement à ses besoins et qui soit la plus avantageuse possible** sur le plan budgétaire. Cette forme de mise en concurrence avec de possibles négociations permet une grande flexibilité au Pouvoir adjudicateur. Par contre, pour le soumissionnaire, cela représente un défi supplémentaire : il s'agit non seulement de convaincre lors





de la rédaction de l'offre, mais aussi d'être réactif lorsque le Pouvoir adjudicateur demandera d'adapter l'offre : jusqu'où dois-je / puis-je adapter mon offre de départ ? Qui sont mes concurrents, qu'ont-ils proposé ? Combien de temps va durer la négociation ? La situation est d'autant plus inconfortable que la négociation peut porter sur de nombreux paramètres du marché (la qualité, les quantités, les clauses commerciales, les aspects sociaux, environnementaux et innovant) sans toutefois modifier l'essence même du marché.

Par exemple, s'il s'agit de se procurer des crayons promotionnels, la négociation avec le soumissionnaire ne pourra pas faire changer la demande en l'achat de stylos ou de carnets, mais pourra par contre faire changer certains aspects de la demande, comme la taille du logo, l'utilisation de couleurs, la qualité et la taille du crayon etc.

SOURCE : LOI DU 17 JUIN 2016

Art. 42.

§ 2. Le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les soumissionnaires les offres initiales et toutes les offres ultérieures que ceux-ci ont présentées en vue d'améliorer leur contenu.

Les critères d'attribution ne font pas l'objet de négociations. Pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils fixés pour la publicité européenne, les exigences minimales ne font pas non plus l'objet de négociations.

Pour les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils susmentionnés, les exigences minimales peuvent être négociées, pour autant que ceci ne soit pas exclu dans les documents du marché.



QUELQUES CONSEILS PRATIQUES EN TANT QUE POUVOIR ADJUDICATEUR

- » **Décrire et délimiter le besoin** qui nécessite d'ouvrir un marché, en précisant les exigences quant à la qualité du produit, du service demandé (méthodes de travail, résultats attendus, délais).
- » **Prospecter en amont** auprès de plusieurs sociétés ou associations qui œuvrent dans le domaine d'action : constater les différentes méthodes, approches, résultats, afin d'affiner la demande qui débouchera peut-être sur une ouverture de marché public.
- » Choisir la **procédure la plus adéquate possible** par rapport au besoin à satisfaire et par rapport aux délais de réalisation. Chaque marché doit être pensé avec ses objectifs, ses critères, ses méthodes.
- » Penser à séparer en **lots ou en tranches** des prestations qui concernent des compétences ou champs d'expertise différents ou des territoires d'action différents.
- » Laisser un **délai le plus large** possible aux soumissionnaires, afin d'élargir les possibilités de remise des offres et gagner en qualité et en pertinence.
- » Vérifier la **bonne compréhension du cahier des charges** : attention au vocabulaire utilisé, certains concepts ne se référant pas aux mêmes réalités dans des secteurs différents. Tout problème d'interprétation est ensuite source de bien des maux !
- » Préciser les **valeurs ou les clauses éthiques** que le soumissionnaire devra respecter dans le cadre de l'exécution du marché, si possible en annexant une charte ou un code de déontologie.





- » Mentionner le **budget maximum** relatif au marché : cela aide les soumissionnaires à construire une offre adaptée à la demande.
- » Construire avec sérieux **la grille d'analyse des offres** : les procédures en marché public exigent un haut degré d'objectivation des différents critères (d'attribution, de sélection, d'exécution), à construire en amont de l'avis de marché.

SOUMETTRE UNE OFFRE ?

Puisque les critères d'attribution, de sélection, d'exécution, changent d'un marché à un autre, le soumissionnaire devra toujours **construire son offre de manière différenciée et personnalisée** par rapport à la demande du Pouvoir adjudicateur, qui tient compte des particularités du marché.

Souvent, le Pouvoir adjudicateur spécifie ses attentes dans un cahier des charges, transmis avec l'avis de marché. Il peut y détailler l'ensemble des exigences minimales attendues, quant à la qualité, la quantité, les délais, les normes minimales, ...

Une fois le marché conclu avec un soumissionnaire, c'est ce cahier des charges qui fait office de **contrat**. Le soumissionnaire doit donc pouvoir remplir toutes les conditions qui y sont mentionnées !

Il se peut cependant, lors d'une procédure négociée, que le Pouvoir adjudicateur prévoie la formalisation du contrat avec le soumissionnaire par la signature d'une convention¹⁵. Cela n'enlève rien aux exigences de départ que le soumissionnaire est tenu de respecter, mais cette étape peut apporter un peu de souplesse pour formaliser des aspects sur l'exécution du marché qui n'auraient pas été spécifiés auparavant, lors de la rédaction du cahier des charges ou dans l'offre du soumissionnaire.

Une offre est un engagement

Si rien n'est spécifié dans le document du marché, l'offre de chaque soumission-

15. Voir l'Arrêté royal du 18 avril 2017, art 95, sur la conclusion d'un marché en procédure négociée. Par contre, la signature d'une convention est obligatoire pour conclure un marché passé en dialogue compétitif, conformément à l'art. 100 du même Arrêté royal.





naire reste valable pendant 90 jours¹⁶. En attendant la décision du Pouvoir adjudicateur, il faudra donc que le soumissionnaire « bloque » durant 90 jours (calendrier) tout ce qui concerne l'offre : les dates, les intervenants, le matériel, ... Pour une association, cela signifie qu'il vaut mieux ne pas soumettre trop d'offres dans un même laps de temps... au risque de ne pas pouvoir honorer les contrats.

Peut-on interrompre ou annuler le contrat ?

La législation prévoit que le Pouvoir adjudicateur pourrait ordonner, dans certaines circonstances, la suspension de l'exécution du marché, notamment s'il se rend compte que continuer l'exécution du marché amènerait des inconvénients majeurs, contraires à l'intérêt général, ou du fait de conditions météorologiques et/ou de circonstances imprévisibles. Dans certains cas, l'adjudicataire pourrait lui réclamer des dommages et intérêts, dans d'autres cas, le marché est suspendu sans dédommagement¹⁷.

Par contre, si c'est l'adjudicataire qui manque à ses obligations (retard par exemple), le Pouvoir adjudicateur pourra exiger des indemnités.

Ainsi, pour chaque marché public auquel l'association souhaite soumissionner, il lui faudra évaluer la part de risque qu'elle prend à soumettre une offre et à remporter un marché.

Exemple : une association soumet une offre à un Pouvoir adjudicateur en proposant un planning d'activités, mentionnant les dates et les heures des prestations ainsi que les intervenants mobilisés lors de ces activités. Entretemps, les activités de l'associa-

16. Sauf dans les marchés passés en procédure négociée sans publication préalable. Voir l'Arrêté royal du 18 avril 2017, section 4, art. 58, sur les délais d'engagement.

tion évoluent et les intervenants ne sont plus disponibles à ces dates. Or l'offre est acceptée et le Pouvoir adjudicateur attend que le planning prévu soit respecté. Que faire ? L'association peut proposer le plus rapidement possible au Pouvoir adjudicateur d'autres intervenants, qui devra analyser si les qualités et compétences sont équivalentes à l'offre soumise et décider d'accepter ou non le remplacement. S'il refuse, il faudra que l'association se tourne vers les intervenants prévus initialement et les encourage à respecter en priorité le contrat de marché public, quitte à annuler les autres engagements pris entretemps.

Rappelons que le moindre détail du cahier des charges fait office d'engagement de la part de l'association soumissionnaire, **qu'importe le fonctionnement habituel de l'association et qu'importent les clauses contractuelles des sociétés commerciales**. Si un avis de marché précise que les offres doivent rester valides 90 jours, le soumissionnaire ne pourra pas faire valoir une autre durée d'engagement, même si ses offres habituelles spécifient une durée de validité de 30 jours.

Attention à l'objet social !

Un élément doit encore attirer notre attention : pour soumettre une offre dans un marché public, l'association doit offrir un service – une prestation qui soit **en accord avec son objet social**.

Exemple : une association culturelle ne pourra pas vendre des pâtisseries pour une pause-café lors d'un colloque ; elle pourra par contre proposer d'agrémenter les pauses du colloque d'ateliers/prestations culturelles ou artistiques.

17. Voir le projet d'Arrêté d'exécution du 22 juin 2017.





Attention au forfait !

Les marchés publics sont passés au forfait, ce qui signifie que tous les frais et les risques sont à charge du soumissionnaire. Une association qui soumet une offre de prestation dans le cadre d'un marché public doit donc pouvoir **estimer ses coûts, ses frais, avec une grande prudence**. Une fois le coût forfaitaire établi, c'est celui-là qui est retenu. Peu importe les aléas du projet, le coût ne sera pas adapté ou réévalué en cours de marché !

Exemple : une association s'est vue attribuer un marché pour l'animation d'un atelier de recyclage, mensuel, durant 1 an. Le critère décisif était le prix, puisque l'association ne demandait que de couvrir les frais pour les déplacements de l'animateur et pour l'achat d'un peu de matériel. Après 3 mois d'activité, le bénévole qui animait ces activités tombe malade et annule ses activités de bénévolat. Qu'a dû faire l'association ? Engager à ses frais un animateur rétribué (sous réserve de l'accord du Pouvoir adjudicateur) et assurer la continuité des prestations contractées. Au final, l'association a perdu de l'argent sur une activité qui aurait dû être rentable.

Attention aux délais !

Respecter les délais impartis est une condition sine qua non si on souhaite soumettre une offre. Or il arrive – souvent, pour certains – que les soumissionnaires se sentent mis sous pression par des délais très courts pour construire une offre pertinente, complète, adaptée aux besoins et aux attentes du Pouvoir adjudicateur.



Le risque, pour le Pouvoir adjudicateur, sera alors de ne pas recevoir un nombre suffisant d'offres à comparer et de devoir recommencer une procédure.

Nous ne pouvons que plaider pour que les Pouvoirs adjudicateurs **prévoient un délai raisonnable** afin non seulement de garantir la réception d'un minimum d'offres (régulières) et également pour permettre aux soumissionnaires de construire leur offre au plus près des besoins, du contexte et des réalités du Pouvoir adjudicateur¹⁸.



18. Voir l'Arrêté royal du 18 avril 2017, art. 9, §2 : «A toutes fins utiles, il est rappelé que, conformément à l'article 59 de la loi, le pouvoir adjudicateur doit tenir compte de la complexité du marché et laisser aux opérateurs économiques le temps nécessaire pour préparer leurs offres et ce, sans préjudice des délais minimaux fixés par la loi.»



QUELQUES CONSEILS PRATIQUES EN TANT QUE SOUMISSIONNAIRE

- » Toujours **respecter le formulaire de soumission de l'offre** : si un formulaire a été conçu et annexé au cahier des charges, c'est celui-là qu'il faut dûment remplir, au risque de voir votre offre balayée instantanément (les offres irrégulières ne peuvent être prises en compte).
- » Toujours **respecter les délais** et les modalités de réponse (par envoi recommandé et/ou par courrier électronique, sous enveloppe fermée avec mention spécifique ?).
- » Vérifier avant de commencer à répondre si vous êtes dans les **conditions** pour participer au marché (notamment par rapport à l'expertise ou à la capacité financière à prouver, mais aussi par rapport à la charge administrative à prévoir).
- » Même s'il n'y a pas de formulaire ad hoc prévu pour la soumission de l'offre, il faut toujours pouvoir **répondre à chaque exigence du cahier des charges**, ce qui implique de partir de la description de la prestation dans le cahier des charges pour répondre, expliquer et argumenter.
- » **Questionner** au besoin le Pouvoir adjudicateur au sujet du cahier des charges (si le Pouvoir adjudicateur en vient à vous préciser un élément qui n'était pas clairement expliqué dans le cahier des charges, il faudra qu'il transmette l'information aux autres soumissionnaires).

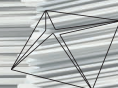
- » Vérifier aussi l'état de la **trésorerie** de l'association : pourra-t-on attendre 30 jours calendriers après l'exécution du marché ? Les paiements ne se font que sur base de « services faits et acceptés » ; parfois des factures intermédiaires peuvent être prévues si elles concernent les services déjà prestés.
- » Si vous êtes intéressés par un marché public, mais que le cahier des charges vous semble peu pertinent ou impossible à réaliser, **faites connaître au Pouvoir adjudicateur votre intérêt et votre expertise** pour ces domaines d'actions et expliquez-lui **pourquoi et comment le cahier des charges devrait être révisé**.
- » Si un marché ne vous a pas été attribué, n'hésitez pas à demander les **motivations** de la non-attribution : cela peut se révéler très utile pour vos prochaines démarches. Vous ne pourrez par contre jamais connaître les offres des soumissionnaires concurrents, le Pouvoir adjudicateur étant tenu à un minimum de confidentialité.



GLOSSAIRE

Le vocabulaire simplifié pour comprendre le « jargon » des marchés publics¹⁹

- » **Marché public** : un achat de fourniture, une prestation de service, la réalisation de travaux, soumis à la réglementation des marchés publics
- » **Pouvoir adjudicateur** : l'organisme public (ou financé par les pouvoirs publics) qui doit « ouvrir un marché public » lorsqu'il souhaite se procurer des fournitures, demander des prestations de service, réaliser des travaux
- » **Pouvoir adjudicataire ou Adjudicataire**: celui à qui le Pouvoir adjudicateur attribue le marché public
- » **Soumissionnaire** : l'organisme (public ou privé) qui soumet une offre dans le cadre d'un marché public
- » **Directive européenne** : une réglementation décidée par le Conseil de l'Union européenne, que tous les Etats membres de l'Union européenne doivent transposer dans le droit national. Ainsi une certaine latitude est laissée à chaque pays pour convenir des moyens à prévoir pour arriver aux objectifs visés par la Directive²⁰.



19. Voir la Loi du 17 juin 2016, chapitre 1er, Disposition introductive, définitions et principes généraux

SOURCES ET RESSOURCES :

Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics :

- » <http://www.publicprocurement.be/fr/documents/loi-17-juin-2016>

Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques :

- » <http://www.publicprocurement.be/fr/documents/ar-18-avril-2017>

Arrêté royal du 22 juin 2017 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics :

- » <http://www.publicprocurement.be/fr/documents/ar-22-juin-2017-mb-2762017>

Sites web :

- » <http://www.publicprocurement.be>
- » <http://marchespublics.cfwb.be>
- » <http://marchespublics.cfwb.be/fr/index.html>
- » http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/index_fr.htm
- » http://europa.eu/youreurope/business/public-tenders/rules-procedures/index_fr.htm
- » <https://infos-entreprises.be/new-home/developper/sinteresser-aux-marches-publics/repondre-aux-marches-publics/>
- » <http://be.brussels/travailler-et-entreprendre/obtenir-des-informations/pour-les-entreprises-et-independants><http://clausesocialebruxelles.be/?-Le-coin-du-juriste->

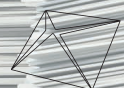


20. Voir la définition de la directive européenne « La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens », sur : <https://www.glossaire-international.com/pages/tous-les-termes/directive-europeenne-ou-communautaire.html>

- » <http://www.environnement.brussels/thematiques/consommation-durable/marches-publics-durables/>
- » Outils et formations (Bruxelles et Wallonie):
- » <http://www.ifebenelux.be/fr/formation/secteur-public-et-partenaires/>
- » <http://www.esimap.be/>
- » <http://www.ebp.be/>
- » <http://www.saw-b.be/>
- » <http://www.apefasbl.org/formapef>
- » <https://www.competentia.be/outils>
- » <http://www.ecoconso.be/achatsverts/outils-et-liens>

Quelques lectures intéressantes :

- » Bruno Poncelet, « Europe, une biographie non autorisée », 2014
- » John Pitseys « Le concept de gouvernance », 2010 : <https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2010-2-page-207.htm>
- » Olivier Staraquit, « De quoi la gouvernance est-elle le nom? », 2011 : http://www.barricade.be/sites/default/files/publications/pdf/olivier_-_gouvernance.pdf
- » Livre blanc sur l'avenir de l'Europe : https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/livre_blanc_sur_lavenir_de_leurope_fr.pdf
- » Quentinn Michel, « De Lisbonne à Rome: évolution article par article des traités institutionnels de l'Union européenne », 2014
- » Noam Chomsky, « Le bien commun », 2013
- » Vincent De Gaulejac, « La société malade de la gestion », 2005



- » Luc Albarello, Béatrice Van Haeperen, David Aubin, Catherine Fallon, « Penser l'évaluation des politiques publiques », 2016
- » Patrick Hassenteufel, « Sociologie politique: l'action publique », 2011

Ainsi que les analyses d'autres acteurs d'éducation permanente :

- » <http://www.crisp.be>
- » <http://www.saw-b.be>
- » <http://www.econospheres.be>
- » <http://www.cepag.be>
- » <http://www.barricade.be>
- » <http://www.etopia.be>
- » <http://www.pourlasolidarite.eu>



L'AUTEUR



Cristel Baetens forme et accompagne les associations dans leurs recherches de financement, la consolidation de leurs relations avec les pouvoirs subsidants et autres partenaires, la gestion et l'évaluation de leurs projet.

Formée en communication et en éducation permanente, elle tient à cœur de stimuler le partage de connaissances, d'expériences et la coopération au sein du secteur associatif.

