TENDER EXPERT
VOTRE PARTENAIRE EN MARCHÉS PUBLICS

NEWSLETTER AVRIL 2020

Contactez-nous :
Bureau Flandres| Edixvelde 39, 9320 Alost | erik@tenderexpert.be | 32 495 62 93 32
Bureau Wallonie & Bruxelles | Place de la Vieille Halle aux Blés 3, 1000 BXL | bjorn@tenderexpert.be | +32 497 85 45 90

www.tenderexpert.be

Contenu

Introduction 3

De nouveaux marchés publics peuvent-ils encore être lancés ? 3

Qu'en est-il des marchés urgents ? 3

Un entrepreneur peut-il retirer une offre soumise ? 4

Une procédure en cours peut-elle être arrêtée ? 4

Le délai d'introduction des offres peut-il/doit-il être prolongé ? 4

Qu'en est-il du délai d'engagement ? 4

Qu'en est-il des circonstances imprévues en cours d'exécution ? 5

Qu'en est-il des modifications ? 5

Qu'en est-il des pénalités et des amendes pour retard ? 6

Qu'en est-il des délais de paiement ? 6

L'IMPACT PRATIQUE DE LA COVID19 SUR LES MARCHÉS PUBLICS

Introduction

Suite aux mesures gouvernementales, les entreprises et les adjudicateurs ne travaillent souvent plus qu'à moitié. Certains entrepreneurs ont même dû fermer complètement leurs portes.

Bien que l'on constate dans le Bulletin des Adjudications que le nombre d'avis publiés diminue légèrement, le besoin des pouvoirs publics en travaux, fournitures et services demeure : le marché des marchés publics est toujours très vivant.

Néanmoins, la crise de Corona crée certains problèmes ou peut soulever des questions pour certains contrats.

Dans ce bulletin, nous essayons de manière très pratique d'identifier les solutions possibles ou les conséquences possibles, tant pour l'attribution des marchés que pour leur exécution

De nouveaux marchés publics peuvent-ils encore être lancés ?

Nous vivons actuellement une situation sans précédent : il est donc logique que la réglementation ne dise rien à ce sujet.

Néanmoins, nous constatons que tant le gouvernement flamand que la Région wallonne recommandent que les contrats non urgents ne soient lancés que si les mesures sont assouplies. La question est, bien sûr, de savoir ce qu'est un marché urgent et non urgent. Cela variera bien sûr d'un adjudicateur à l'autre.

A notre avis, les marchés publics peuvent donc certainement être lancés - et peuvent même soutenir notre économie - mais lors de la rédaction des documents du marché, il est préférable de tenir compte des conséquences de cette situation exceptionnelle : les offres peuvent-elles être soumises à temps, les fournisseurs peuvent-ils encore respecter les délais de livraison, peut-on déjà anticiper des circonstances imprévisibles dans le cahier des charges, etc. ... ?

Qu'en est-il des marchés urgents ?

En ces temps incertains, de nombreux adjudicateurs - il suffit de penser au secteur des soins de santé - ont besoin d'une certaine solution plus rapidement que prévu.

Ainsi, dans un certain nombre de cas, la *procédure négociée sans publication préalable* peut être utilisée pour des raisons d'extrême urgence résultant d'événements imprévisibles (article 42, §1, 1°, b) de la loi du 17 juin 2016) : quel que soit le montant du marché, un adjudicateur peut recourir à cette procédure si cette urgence rend impossible le respect des délais prévus dans les procédures ouvertes et restreintes.

Il va de soi que l'adjudicateur devra justifier le choix de cette procédure, au besoin après la décision d'attribution.

Toutefois, il convient de souligner qu'un contrat ne peut être simplement conclu avec une seule entreprise, mais que, si possible, plusieurs opérateurs économiques doivent quand même être consultés.

En outre, il est à noter qu'il convient de limiter la durée de ces contrats à la période pendant laquelle perdure cette période d'urgence impérative.

Outre *la procédure négociée sans publication préalable* pour des raisons d'extrême urgence susmentionnée, un adjudicateur peut également choisir de raccourcir les délais de publication dans les procédures ordinaires : le délai de 35 jours pour une procédure ouverte, par exemple, peut ainsi être ramené à 15 jours calendrier. De même, le pouvoir adjudicateur devra également justifier l'urgence dans ce domaine.

Un entrepreneur peut-il retirer une offre soumise ?

La réponse à cette question est claire : un soumissionnaire ne peut pas invoquer ces circonstances exceptionnelles pour retirer une offre déjà soumise si la date limite de soumission des offres a déjà expiré. Dans ce cas, l'entreprise est liée par son offre pendant tout le délai d'engagement.

Lorsque la date limite de soumission des offres n'est pas encore expirée, un opérateur peut bien sûr encore retirer son offre.

Une procédure en cours peut-elle être arrêtée ?

Un adjudicateur peut à tout moment - mais avant de notifier aux soumissionnaires la décision d'attribution - mettre fin à une procédure en cours conformément à l'article 85 de la loi du 17 juin 2016. Attention : cette décision doit également être motivée dans les faits par l'adjudicateur. Songez par exemple à l'évolution des besoins ou aux conséquences budgétaires de la crise. En outre, il convient de noter que cette décision peut également être contestée par un entrepreneur devant les tribunaux compétents.

Le délai d'introduction des offres peut-il/doit-il être prolongé ?

Dans certains cas spécifiques, la réglementation prévoit une prolongation du délai pour l'introduction d'une demande de participation ou d'une offre.

En outre, nous rappelons également l'obligation des soumissionnaires - conformément à l'article 59 de la loi du 17 juin 2016 - de prendre en compte la complexité du contrat et le temps nécessaire à la préparation des offres.

Il est évident que cela devra être examiné au cas par cas par les adjudicateurs et qu'un équilibre devra être trouvé entre ce qui est urgent et ce qui peut encore attendre.

Une attention particulière devra également être accordée aux cahiers des charges qui prévoient une visite obligatoire du site. Ces visites peuvent-elles être reportées, ou peuvent-elles encore avoir lieu à condition que la distanciation sociale soit respectée ?

Si l'adjudicateur décide de prolonger le délai d'introduction des offres, cela entraînera la modification des documents du marché et l'envoi d'un avis rectificatif dans l'avis électronique.

Qu'en est-il du délai d'engagement ?

Le délai d'engagement est la période pendant laquelle les soumissionnaires sont liés par leurs offres. L'article 58 de l'AR du 18 avril 2017 stipule que ce délai est de 90 jours calendrier par défaut, à moins que le cahier spécial des charges en dispose autrement.

Si l'adjudicateur estime qu'aucune décision ne peut être prise pendant le délai d'engagement, par exemple parce qu'un jury n'est plus en mesure de se réunir pour évaluer l'offre, il pourra demander aux soumissionnaires une prolongation de ce délai. Il appartiendra

ensuite au soumissionnaire de décider s'il l'accepte ou non.

Toutefois, un adjudicateur peut également décider de laisser écouler la période d'engagement, afin de demander ultérieurement au soumissionnaire économiquement le plus avantageux si son offre est toujours valable. Si tel est le cas, il est possible d'attribuer le marché au soumissionnaire. En revanche, s'il n'accepte que moyennant un ajustement de l'offre, l'attribution peut être faite, à condition que cette offre soit toujours économiquement la plus avantageuse. Il est à noter que l'ajustement apporté par le soumissionnaire à son offre doit avoir été fait à la suite d'événements survenus après la date et l'heure de clôture de la soumission des offres.

Qu'en est-il des circonstances imprévues en cours d'exécution ?

Nous constatons aujourd'hui chez nos clients que de nombreuses entreprises ont entre-temps informé l'adjudicateur qu'il y avait eu *un bouleversement de l'équilibre contractuel du marché par des circonstances quelconques auxquelles l'adjudicateur est resté étranger*, comme le stipule l'article 38/9 de l'AR d'exécution du 14 janvier 2013.

Pour des raisons compréhensibles, ils demandent souvent une prolongation des délais d'exécution. Nous constatons également qu'une compensation financière est demandée en raison du *désavantage très important* qu'ils subissent pendant la crise.

Lorsque les soumissionnaires peuvent faire preuve de souplesse en prolongeant les délais d'exécution, l'aspect financier peut devenir un peu plus difficile dans la situation actuelle. Néanmoins, nous devons souligner que les entreprises sont tenues de respecter un délai de rigueur pour ces notifications : elles doivent le faire endéans les 30 jours civils suivant la survenance des faits ou circonstances invoqués. Il s'agit d'un délai sous peine de déchéance : s'il n'est pas respecté, le droit à l'indemnisation s'éteint. Cela s'applique également à une demande de prolongation des délais d'exécution ou de résiliation !

Il convient également de noter que l'opérateur économique devra *démontrer que la révision est devenue nécessaire en raison de circonstances qui ne pouvaient raisonnablement pas être prévues au moment de la soumission, et dont les conséquences ne pouvaient être obviées bien que l'opérateur économique ait fait toutes les diligences nécessaires à cette fin*. Il va sans dire que cette crise n'était pas prévisible au moment de la soumission de l'offre. Toutefois, il ressort également clairement du texte ci-dessus que les conséquences doivent être inévitables et qu'il ne peut y être remédié. Il appartiendra donc aux entreprises d'indiquer très clairement que ces conditions sont remplies (une simple référence aux mesures ne suffira pas).

Les entreprises doivent donc se rendre compte qu'elles devront dès la première notification, endéans les 30 jours calendriers ci-dessus, faire connaître de manière succincte à l'adjudicateur l'influence de ces *faits ou circonstances sur le déroulement et le coût du marché* (article 38/15 de l'AR d'exécution du 14 janvier 2013).

Qu'en est-il des modifications ?

Dans l'époque actuelle, les modifications peuvent être très diverses : le report de l'exécution, la prolongation du délai d'exécution, l'adaptation du mode d'exécution ou même du lieu d'exécution, ...

Une première solution peut être trouvée dans l'article 38/2 de l'AR Exécution du 14 janvier 2013, avec notamment les circonstances imprévisibles dans le chef du soumissionnaire. Une modification peut alors être apportée sans nouvelle procédure de passation de marché, si chacune des conditions suivantes est remplie :

- *la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir;*
- *la modification ne change pas la nature globale du marché ou de l'accord-cadre ;*
- *l'augmentation de prix résultant d'une modification n'est pas supérieure à cinquante pour cent de la valeur du marché ou de l'accord-cadre initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique à la valeur de chaque modification. Ces modifications consécutives ne peuvent viser à contourner la législation sur les marchés publics.*

Une deuxième solution se trouve dans l'article 38/4 de l'AR du 14 janvier 2013 sur l'exécution : la règle dite de minimis. Une modification peut alors être mise en œuvre sans nouvelle procédure de passation de marché, si le montant impliqué dans la modification est inférieur à l'un des deux montants suivants :

- *le seuil pour la publication européenne et*
- *10 % de la valeur du marché initial de fournitures et de services et 15 % de la valeur du marché initial de travaux.*

Qu'en est-il des pénalités et des amendes pour retard ?

Il ne fait aucun doute que la crise actuelle de corona aura des conséquences sur l'exécution de nombreuses missions. Pensons au secteur de la construction, mais aussi aux entreprises qui ont été contraintes de fermer. Et cela entraînera sans aucun doute des sanctions d'une part (article 45 de l'AR d'exécution du 14 janvier 2013) et des amendes de retard d'autre part (article 46 de l'AR d'exécution du 14 janvier 2013).

Des pénalités seront imposées en cas d'exécution défectueuse de l'ordre. L'AR Exécution définit des pénalités générales, sauf si des pénalités spéciales ont été prévues dans le cahier des charges. Toutefois, ces derniers ne peuvent être imposés qu'après avoir été établis par l'adjudicateur dans un procès-verbal qui doit être envoyé immédiatement à l'adjudicataire défaillant. La restitution des amendes pour retard peut être demandée conformément à l'article 51 de l'AR Exécution du 13 janvier 2013.

Qu'en est-il des délais de paiement ?

Il est clair que les délais légaux de paiement doivent toujours être respectés : tous les services fournis et acceptés devront être payés. Comme prévu à l'article 9, §2 de l'AR Exécution du 14 janvier 2013, l'allongement du délai de paiement ne sera pas possible.
La force majeure - même dans ces circonstances extrêmes - ne pourra être invoquée.

Le gouvernement fédéral a déjà demandé que les délais de paiement soient raccourcis afin de soutenir les entreprises.
Le gouvernement flamand s'est également engagé à accélérer l'ensemble du processus de paiement. La Région wallonne enfin appelle ses entités à respecter les délais légaux de paiement.

Avez-vous encore des questions ?
Contactez-nous

Erik Van Eecke
Managing Partner
erik@tenderexpert.be

Bjorn Demeulenaere
Senior Partner
bjorn@tenderexpert.be

0495 62 93 32	0497 85 45 90

Avis juridique important – Disclaimer
Bien ce bulletin d'information a été réalisé avec la plus grande minutie, la présence d'erreurs et d'imperfections ne peut être garantie et aucune responsabilité ne peut en découler. L'utilisateur de ce bulletin reconnaît et accepte, par la simple utilisation de son contenu, le refus de responsabilité susmentionné.