Resolved

MARCHÉS PUBLICS

COLLOQUE ANNUEL GTI - COMMENT ACHETER ENSEMBLE? LE RECOURS AUX CENTRALES D'ACHAT

Matthieu LEYSEN & Gauthier ERVYN

Bruxelles - 19 novembre 2024

COMMENT ACHETER ENSEMBLE ? LE RECOURS AUX CENTRALES D'ACHAT

- La centrale d'achat :
  - Technique de rationalisation et de regroupement de marchés
  - Externalisation auprès d'un service spécialisé qui réalise des achats centralisés en permanence
  - Succès croissant
  - Avantages :
    - Réduction du nombre de marchés à gérer en interne
    - Centralisation des compétences et des connaissances
    - Économies de personnel + d'échelle

- Le marché conjoint occasionnel
- L'accord-cadre

RECOURS A LA CENTRALE SANS MP

- Liberté de recourir à une centrale d'achats
- PA peut charger une centrale d'achats de services d'achats centralisés / auxiliaires, sans MP (art. 47 §4 LMP)
- PA qui recourt à une centrale d'achat est dispensé de l'obligation d'organiser lui-même une procédure de passation (art. 47 § 2 LMP)

CENTRALE D'ACHAT

- Centrale d'achat = pouvoir adjudicateur (art. 2, 6°, loi du 17/06/2016)
  - Activités d'achat centralisées (art. 2, 7°)
  - Activités d'achat auxiliaires (art. 2, 8°)

CENTRALE D'ACHAT : ACTIVITÉS D'ACHAT CENTRALISÉES

- **1re forme** = acquisition de fournitures et/ou de services (pas de travaux) pour des adjudicateurs
  - « Grossiste »
  - Passation + exécution
  - (« Centrale d'achat » selon la loi du 15/06/2006)

- **2e forme** = passation de marchés publics et d'accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services pour des adjudicateurs
  - « Intermédiaire » qui mène des procédures de passation :
    - De manière autonome
    - Sur instructions de pouvoirs adjudicateurs
  - Passation
  - (« Centrale de marché » selon la loi du 15/06/2006)

CENTRALE D'ACHAT : ACTIVITÉS D'ACHAT AUXILIAIRES

- « *activités d'achat auxiliaires: des activités qui consistent à fournir un appui aux activités d'achat, notamment sous les formes suivantes:*
  - *a) infrastructures techniques permettant aux adjudicateurs de passer des marchés publics ou des accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services;*
  - *b) conseil sur le déroulement ou la conception des procédures de passation;*
  - *c) préparation et gestion des procédures de passation au nom de l'adjudicateur concerné et pour son compte;* »

(art. 2, 8°, loi du 17/06/2016)

- Ex. : assistance à la conception de la commande, assistance à l'attribution, assistance dans l'exécution.

CENTRALE D'ACHAT

- **<u>Seul un pouvoir adjudicateur peut être une centrale d'achat !</u>**
  - Les adjudicateurs ne peuvent faire aucun achat auprès d'entités exclusivement privées qui auraient volontairement appliqué la législation sur les MP mais qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs.
  - Conséquence d'une violation: nullité?
- (Deux centrales d'achat peuvent réaliser un marché conjoint.)

- (Possibilité de faire appel à une centrale d'achat située dans un autre EM.)

CENTRALE D'ACHAT = POUVOIR ADJUDICATEUR

Selon l'art. 2, 1° de la loi du 17/06/2016, un pouvoir adjudicateur :

- a) L'Etat
- b) Les Régions, les Communautés et les autorités locales
- c) Les organismes de droit public (catégorie « fourre-tout »)
  - Dotés de la PJ
  - Créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial
  - Et qui dépendent étroitement de l'E, des R, des C, des AL ou d'autres ODP
    - Financement majoritaire
    - Contrôle de la gestion
    - Ou désignation de la majorité des membres du conseil d'administration
- d) Les associations formées par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs visés au a), b) ou c) (catégorie résiduelle)

EXEMPLES DE CENTRALES D'ACHAT

- Ex. de centrale d'achat de l'Etat fédéral :
  - Le SPF BOSA
- Ex. de centrale d'achat de la Région wallonne :
  - La centrale d'achat du SPW
- Ex. de centrale d'achat d'organisme de droit public:
  - Bruxelles environnement : fournitures de bureau durables et de papier écologique, véhicules électriques en leasing
  - L'ASBL i-CITY (à Bruxelles) : fournitures et services informatiques
  - Iris-Achats: fournitures et services médicaux

CONTRE-EXEMPLE DE CENTRALE D'ACHAT

- Imaginons le cas d'une ASBL qui se dit être une centrale d'achat, en affirmant être un pouvoir adjudicateur au sens d'un organisme de droit public qui répond au 3e critère de dépendance, à savoir que la majorité (et même tous) les membres de son organe d'administration sont désignés par des PA.
- Règlement d'adhésion : « *Par son adhésion, le membre souscrit et approuve la désignation et la composition du Conseil d'administration de l'ASBL. Par son adhésion, le membre donne plein mandat au Conseil d'Administration et ratifie ses décisions.* ».
- Cette ASBL est-elle réellement un pouvoir adjudicateur ? Non. Il n'y a pas de désignation des membres du CA par des pouvoirs adjudicateurs.

FIGURES SIMILAIRES : MARCHÉ PUBLIC CONJOINT

- MP conjoint : marché unique de T, F ou S qui est passé pour le compte de plusieurs pouvoirs adjudicateurs par un organe désigné par eux qui interviendra au nom et pour le compte de tous
- Point commun entre le marché conjoint et la centrale :
  - 2 techniques qui permettent à plusieurs acheteurs de bénéficier d'une commande commune.
- Différences :
  - La centrale est une *entité* qui attribue des marchés >< Le marché conjoint est un *marché public* attribué par un pouvoir adjudicateur pour le compte d'autres pouvoirs adjudicateurs.
  - La centrale réalise des achats centralisés de manière *permanente* >< Le marché conjoint a un caractère *occasionnel*
  - Les pouvoirs adjudicateurs parties à un marché conjoint commandent *pour eux-mêmes* >< La centrale passe des marchés *pour d'autres (et éventuellement elle-même)*.

AUTRES FIGURES SIMILAIRES ?

- *In house*
  - pas de participation privée dans l'entité
  - contrôle analogue sur entité: influence décisive
  -commande de T, F, S à une entité tierce (≠ passation de MP)
- Coopération horizontale
  - coopération entre deux PA
  - permettre de réaliser des services publics pour atteindre des objectifs communs
  - activités sur marché concurrentiel < 20%

1 POUR TOUS

- Plusieurs PA bénéficiaires

  CJUE , C-216/17, 19 décembre 2018 , Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato:

  Identification non-ambigüe:

  - ❖ Nominative
  - ❖ OU catégorie particulière de PA dans une zone géographique clairement identifiée: un PA peut simplement apparaître comme un bénéficiaire « potentiel » et ne pas être membre au moment du lancement de l'A-C

1 POUR TOUS

- Contractualisation:

  - convention de mandat / engagement d'affiliation
  - pas de nécessité de devenir un associé / actionnaire / membre de l'AG (≠ *in house*)
  - rémunération: cotisation, pourcentage MP subséquents, … sans marge bénéficiaire?
  - Adjudicateurs (mais rien n'exclut que la centrale achète aussi pour des « non-adjudicateurs »)
  - Non-exclusivité: liberté de passer des marchés ayant le même objet que celui proposé par la centrale
  - une centrale d'achat n'est jamais obligée d'accepter un adhérent.
  - mise en concurrence des centrales d'achat ? Non.

1 POUR TOUS

- Plusieurs pouvoirs adjudicateurs subséquents
    - Quid ajout de participants: modification non-substantielle?

TYPES DE MARCHES PASSES PAR CENTRALE D'ACHATS

- Art. 2,7° LMP
- Une mise en concurrence qui doit servir à plusieurs PA:

  - Accord-cadre:
    - ❖ chaque commande subséquente est un MP séparé
    - ❖ remise en concurrence sur base des mêmes conditions précisées / ou de compléments (déjà fixés dans CSC AC) / négociations
    - ❖ critères attribution peuvent différer mais à préciser dans le CSC (art. 43 §6,4° LMP)
    - ❖ Durée de 4 ans, sauf circ exceptionnelles
      - conclusion des MP subséquents pendant le délai et exécution après (+ 4 ans)
  - MP :
    - ❖ lots: si PA bénéficiaires en nombre limité
    - ❖ à bons de commande? Quid exécution partagée / solidaire MP?
  - Système d'acquisition dynamique : T, F, S d'usage courant

TYPES DE MARCHES PASSES PAR CENTRALE D'ACHATS

- Publicité européenne
  - ❑ quantités importantes
- Procédure ouverte, PCAN, PR, …

ACCORD-CADRE

MECANISME ORGANISE PAR LA LOI:

- ≠ MP mais un cadre permettant la passation de MP subséquents
- Création européenne
- Est sensée régir la pratique du MP à bons de commande
- Introduit dans la loi du 24/12/1993 dans les secteurs spéciaux
- Etendu aux secteurs classiques par la loi du 15/06/2006

ACCORD-CADRE

- Art. 2,35° L 17/06/16: *« accord entre un ou plusieurs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées »*

- Art. 43 LMP:
  - Avec ou sans remise en concurrence
  - Définit ou pas toutes les conditions régissant l'objet du marché
  - Critères d'attribution peuvent changer mais à mentionner dans le CSC
  - Pas d'exclusivité dans le chef du participant

ESTIMATION PREALABLE

- Art. 7 §5 AR Passation: *« valeur maximale estimée HTVA de l'ensemble des marchés envisagés pendant la durée totale de l'accord-cadre »*
- CJUE , C-216/17, 19 décembre 2018 , Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato:

  CJUE, C-23/20 Simonsen & Weel A/S, 17 juin 2021:
  - Estimation des AC sur la valeur maximale des MP subséquents
  - Egalité et transparence: soumissionnaires doivent faire offre en connaissance de cause / PA ne peut pas étendre indéfiniment l'AC
  - Obligation d'annoncer la quantité / valeur estimée ET la quantité et/ou valeur maximale de l'AC
  - Obligation de moyen d'annoncer la valeur des MP subséquents et leur fréquence / quantités par PA subséquent
  - Dans l'avis ou le CSC
  - Lorsque quantité ou valeur maximale est atteinte: AC a épuisé ses effets
  - Maximum n'interdit pas une modification non-substantielle du marché (art. 38 et svts)

ESTIMATION PREALABLE

- Statistiques de marchés passés?
- Interroger les besoins des PA bénéficiaires? (reporting àpd 2025)
- Limite maximale souvent exagérée
- Vérification des quantités commandées en cours d'exécution
- Clause de résiliation permettant d'arrêter le marché si max atteint

EXECUTION DE L'ACCORD-CADRE

- Application limitée RGE
  - ✓ dispositions générales
  - ✓ 12 §4: mention de l'action directe ST en travaux
  - ✓ 37 – 38/19: modifications
  - ✓ 61 -63: résiliation (motifs d'exclusion, modification substantielle, …)
    - PA subséquent peut poursuivre exécution MP subséquent

PASSATION DES MP SUBSEQUENTS

- Par chaque PA SUBSEQUENT
- En fonction de ses besoins
- Passation:

- si AC mono-attributaire: à l'adjudicataire désigné

ttes conditions fixées dans l'AC (ou pas)

Peut faire compléter l'offre

- si AC pluri-attributaires:

Ttes conditions fixées dans l'AC (ou pas)
cascade ou remise en concurrence possible ou mixte
Demander DUME (si > UE) + revérifier motifs exclusion, SQ

PASSATION DES MP SUBSEQUENTS

« MINI-COMPETITION »

- Procédure « sui generis » régie par art. 43 §6 LMP et CSC AC
- Offre écrite
- Pas de modifications substantielles CSC mais peut préciser / compléter termes et conditions
- Meilleure offre sur la base des critères d'attribution, sauf faible montant
- Irrégularités?
- Négociation si AC négocié
- Décision motivée

EXECUTION DES MP SUBSEQUENTS

- Durée max 4 ans
- Application assouplie RGE – voir art. 7 RGE
  - ❖ RGE applicable sauf dérogations
  - ❖ quelques dispositions obligatoires
  - ❖ application dans le temps – RGE 2013
- Cautionnement adapté (sauf dérogation CSC)
- Agréation d'entrepreneur sur base du montant de chaque MP SUBSEQUENT
- Révision des prix facultative (base = offre MP subséquent?)
- Quid faute dans les CSC de la centrale: action en garantie?

OBLIGATION DE REPORTING (ART. 165 LMP)

- Apd 1/01/25:
  - ❖ Donc déjà pour MP 2024
  - ❖ Obligation de répondre aux demandes d'infos sur tous les MP (≥ 30.000 EUR HTVA)
  - ❖ Tous les ans, avant le 15/02/25, obligation de reporting des marchés subséquents d'accords-cadres (art. 62 LMP)
    - ❑ valeur totale ventilée T, F, S
    - ❑ Valeur totale par entreprise (BCE)
    - ❑ Via formulaire sur www.publicprocurement.be (AR à adopter)

MERCI POUR VOTRE ATTENTION

Matthieu LEYSEN & Gauthier ERVYN – Avocats
ml@resolved.law - ge@resolved.law
www.resolved.law
www.marchéspublics.be