

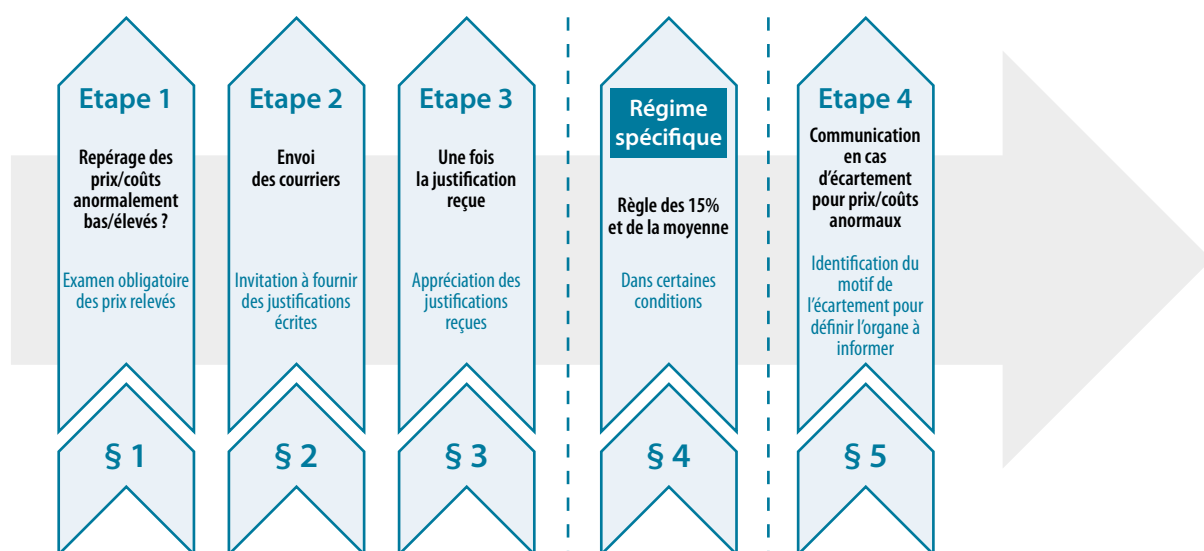
Tout savoir sur l'article 36 de l'A.R. du 18/04/2017

La vérification des prix/coûts



Harmony Doumont
Consultant en matière
d'analyse et d'attribution
de marchés publics
h.doumont@dia3.be

Un an après l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation, continuons l'exploration des textes légaux en analysant l'article 36. Ce dernier est une transposition des anciens articles 21 et 99 de l'A.R. du 15/07/2011. Par ailleurs, l'article 36 se lit comme une ligne du temps des opérations ; une procédure étape par étape.



Pour commencer, mon marché est-il soumis à l'application de l'article 36 ?

Sauf mention contraire dans le cahier spécial des charges (ci-après « CSC »), le § 6 prévoit que l'article 36 n'est pas applicable aux cas suivants :

	Fouritures & Services	Travaux
	Marché dont le montant estimé est inférieur à ...	
1 Procédure concurrentielle avec négociation (PCAN)		
2 Procédure négociée directe avec publication préalable (PNDAPP)	221.000 € HTVA	500.000 € HTVA
3 Procédure négociée sans publication préalable (PNSPP)		

Outre ces trois procédures, l'examen des prix/coûts est **OBLIGATOIRE** pour tous les marchés.

Faut-il pour autant penser que, si ces 3 procédures échappent à l'article 36, il n'existe pas de règle ? Non, le Pouvoir Adjudicateur (ci-après « PA ») se rapportera alors à l'article 76 concernant la régularité de l'offre.

§ 1 – Etape préliminaire – REPÉRAGE (étape 1)

Le § 1 prévoit que le PA, une fois les offres encodées, effectue une vérification des prix/coûts et relève les postes présentant un caractère anormal.

Quid de la procédure négociée soumise à l'article 36 ? La réglementation prévoit que la vérification se fait sur la BAFO (lire *Best And Finals Offer* = Offre finale). Cependant, il est conseillé au PA d'effectuer une vérification sur les offres initiales et intermédiaires.

§ 2 – L'examen des prix/coûts – DEMANDE DE JUSTIFICATION (étape 2)

Le § 2 traite des formalités relatives à l'invitation au soumissionnaire de joindre, dans un délai de 12 jours calendrier, une justification écrite sur son prix/coût revêtant un caractère anormal. Cette justification se base, comme sous l'ancienne législation, sur les points suivants :

- Economie du procédé de construction, de fabrication et de la prestation, et/ou ;
- Solutions techniques choisies ou conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire, et/ou ;
- L'originalité des travaux, des fournitures, et des services, et/ou ;
- Obtention d'une aide publique octroyée légalement.

Si les justifications transmises par le soumissionnaire sont jugées incomplètes, le PA est autorisé à inviter à nouveau le soumissionnaire à se justifier, en réduisant éventuellement le délai.

On notera que le soumissionnaire ne peut se contenter d'envoyer le devis de son sous-traitant majoré de la marge bénéficiaire. Dans le cas d'une sous-traitance, le sous-traitant sera invité par le soumissionnaire à fournir une justification de son prix, sur les mêmes bases qu'énoncées précédemment.

DEUX GRANDES NOUVEAUTÉS

1] Comme un fil d'Ariane, le législateur a introduit la notion de **droit environnemental, social, et du travail** dans tous ses nouveaux textes : loi du 17/06/2016, A.R. du 18/04/2017, et A.R. du 14/01/2013 (modifié).

*L'attention est également attirée sur le fait qu'il est demandé au PA d'inviter systématiquement le soumissionnaire à produire des justifications ayant trait au respect des règles en matière de **droit environnemental, de droit social et de droit du travail**, en ce compris les obligations applicables sur le **plan du bien-être, des salaires et de la sécurité sociale**¹.*

2] L'autre grande nouveauté est l'introduction de la notion de « **négligeable** ». Partant du fait que les textes de loi ne définissent pas cette notion, un pouvoir d'appréciation est dès lors laissé au PA.

Peut-être le PA pourrait-il, dès la rédaction du CSC, définir préalablement sa propre définition du caractère négligeable en fonction du marché directement concerné. . . ?

§ 3 – APPRECIATION DES JUSTIFICATIONS REÇUES (étape 3)

Au terme de l'étape 2, le § 3 prévoit trois situations :

- Un ou plusieurs postes anormaux ? → Écartement pour irrégularité substantielle
- Montant total anormal ? → Écartement pour irrégularité substantielle
- Si les justifications sont acceptées par le PA → MOTIVATION du PA dans la décision motivée d'attribution

Le PA sera attentif à écarter obligatoirement toute offre qui transgresserait le droit environnemental, social et du travail.

Il est possible que le soumissionnaire éprouve quelques difficultés à justifier son prix/coût. En cas de justifications insatisfaisantes, au regard de son expérience, de ses connaissances propres et éventuellement d'informations qui proviendraient d'un tiers, le PA est invité à fournir au soumissionnaire concerné les données sur lesquelles le PA a l'intention de fonder sa décision. Cette transmission de données a pour but de permettre au soumissionnaire de réagir avant l'attribution du marché.

§ 4 – RÈGLE DES 15 % ET DE LA MOYENNE

Le § 4 prévoit que ce dernier n'est applicable que des certaines conditions **cumulatives** :

Offre économiquement la plus avantageuse déterminée . . .		
	Sur la base du prix	Sur la base du meilleur rapport qualité/prix Si le critère prix représente 50 % (ou plus) du poids total des critères d'attribution
1] Marchés de travaux ou de services dans un secteur sensible à la fraude fiscale	Examen des prix/coûts pour toute offre dont le montant total s'écarte d'au moins 15 % en dessous de la moyenne des montants des offres déposées.	Idem → 15 %
2] Marché passé par procédure ouverte ou restreinte		A noter que dans ce cas, le PA peut prévoir un pourcentage plus élevé.
3] Au moins 4 offres prises en considération		

Pour le calcul de la moyenne, notons deux éléments **neufs** :

- 1] Partant qu'en procédure ouverte il est dorénavant possible de sélectionner provisoirement une offre (cette question fera l'objet d'une prochaine chronique), la législation stipule dès lors que le calcul de la moyenne se réalise avec des offres sélectionnées ou *provisoirement* sélectionnées.
- 2] Le PA n'est pas contraint de tenir compte d'une offre irrégulière dans le calcul de la moyenne.

§ 5 – COMMUNICATION EN CAS D'ECARTEMENT POUR PRIX ANORMAUX (étape 4)

Le § 5 règle les modalités de communication en cas d'écartement sur la base de l'article 36 §3.

En fonction du motif de l'écartement, l'organe à prévenir diffère :

Lorsque l'offre, dans le cadre d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services, est rejetée suite à la constatation qu'elle est anormalement basse du fait de . . .		Lorsque l'offre, dans le cadre d'un marché public de travaux, est rejetée suite à la constatation qu'elle est anormalement basse	
Quel que soit le motif de l'écartement ↓ L'auditeur général de l'Autorité belge de la Concurrence	+	Non-satisfaction des obligations dans le domaine du droit social fédéral ou du travail fédéral ↓ Le service d'information et de recherche sociale	D'une aide d'Etat non compatible avec le marché intérieur ↓ La Commission européenne
			Quel que soit le motif de l'écartement ↓ La Commission d'agrégation des entrepreneurs

Bien que la structure des anciens articles 21 et 99 soit encore lisible (maintien des critères de justification, de la méthode de calcul de la moyenne, et de la règle des 15 %), la nouvelle législation apporte toutefois deux grandes nouveautés dans la vérification des prix. La première introduit la notion de poste négligeable, et la deuxième concerne l'obligation du respect du droit environnemental, social et du travail.

Si la première se dirige vers une simplification administrative, la seconde, au contraire, semble aller vers une complication et une lourdeur tant pour le soumissionnaire qui doit remettre davantage de justifications, que pour le PA qui se doit d'analyser des documents peu familiers.

¹ Rapport au Roi précédant l'A.R. du 18/04/2017, spéc. sous l'art 36