



# L'article 36 de l'AR du 18/04/2019 : l'examen des prix est-il applicable en procédure négociée directe avec publication préalable ?

En introduisant, il y a quelques années, la procédure négociée directe avec publication préalable (ci-après *PNDAPP*), le législateur a ouvert l'opportunité de la négociation à un plus grand nombre de marchés. Auparavant, si le pouvoir adjudicateur (ci-après *P.A.*) souhaitait recourir à une procédure se déroulant en une seule phase (plus rapide), il était alors contraint à l'adjudication ou à l'appel d'offres (aujourd'hui nommés procédure ouverte ou restreinte) ou bien était restreint à un nombre fort limité d'hypothèses dans le cadre de la procédure négociée sans publicité. Dès lors que la négociation est accessible à un plus grand nombre de marchés, il y a lieu de bien cerner les conséquences et les éléments de réflexion qui vont conditionner un bon cahier des charges administratif et donc une bonne passation du marché.

## BIEN CERNER L'ARTICLE 35 ET L'ARTICLE 36 DE L'ARP<sup>1</sup>

**L'article 35.** On ne parle pas encore de la détection de *prix anormalement haut/bas*. Il s'agit donc ici, comme on le ferait dans un marché privé, d'analyser les prix.

**L'article 36**, lui, introduit les notions de *prix anormalement haut/bas* et de *moyenne*.

L'ARP édicte, en son article 36, § 6, que, sauf disposition contraire dans les documents du marché, l'examen des prix n'est pas applicable en procédure concurrentielle avec négociation (PCAN), procédure négociée directe avec publication préalable (PNDAPP), ni en procédure négociée sans publication préalable (PNSPP).

Cette inapplication aux trois procédures autorisant la négociation, tient sans nul doute dans le fait justement que la négociation est autorisée. En tant que P.A., serions-nous dès lors autorisés, en lisant entre les lignes, à utiliser la négociation pour questionner les soumissionnaires sur des prix semblant fort haut/bas – évitons de parler de *prix anormalement haut/bas* – pour se prémunir d'une confusion avec les notions théoriques de l'article 36 ?!

Il est toutefois à noter que l'école rigoriste des marchés publics rappellera que l'on ne peut entamer le processus de négociation qu'avec des offres régulières et, ainsi, avec des offres ayant subi la vérification des prix (article 36 de l'AR du 18/04/2017). Ne serait-ce pas plus constructif de laisser au soumissionnaire la possibilité de transmettre une explication sur le montant de son offre et, le cas échéant, de lui laisser la possibilité de la réévaluer afin qu'elle soit en adéquation avec le marché ?

Deux écoles s'affrontent donc dans cet exercice périlleux :

- **L'école de la THEORIE** : l'on ne peut négocier qu'avec des offres régulières tant sur le plan formel que matériel, quitte à éliminer une bonne offre mais qui malheureusement présenterait un poste affichant un caractère anormal et pour lequel le soumissionnaire n'a pas été en mesure de se justifier sans être contraint de modifier son prix.
- **L'école de la PRATIQUE** : l'on se servira de la négociation pour annihiler toutes les zones d'ombre et l'on permettra à l'entreprise, après avoir reçu quelques éclaircissements techniques, de modifier son prix.



Dans son ouvrage *Je négocie, tu négocies, ils négocient...*, Marie Vastmans rappelle l'essence même de la négociation en mentionnant : *De manière générale, les négociations doivent principalement servir à déterminer les points forts et les points faibles des soumissions.*

*L'objectif poursuivi sera le plus souvent de compléter le contenu des offres ou encore de l'améliorer tant sur le plan qualitatif que sur celui de la compétitivité des prix ou encore d'inclure dans le marché à réaliser des prestations nouvelles ou complémentaires par rapport à celles envisagées lors du lancement de la procédure.<sup>2</sup>*

## CONSEILS POUR LA RÉDACTION DE DOCUMENTS

### Conseil 1

#### Ne pas rendre applicable l'article 36 aux procédures négociées dont le montant estimé est inférieur à 500 000 € HTVA.

Vu que l'autorise la réglementation, beaucoup de cahiers spéciaux des charges types rendent applicable systématiquement l'article 36 de l'ARP à tous les marchés sans distinction. Vous prêterez attention que rendre applicable l'article 36 aux marchés pour lesquels la législation prévoit une exception, revient d'une part à s'empêcher de questionner un soumissionnaire sur un poste revêtant un caractère fort haut/bas dans le cadre de la négociation, mais d'autre part à s'exposer au risque d'être contraint d'éliminer l'offre d'un soumissionnaire qui n'est pas en mesure de justifier son prix. Par conséquent, le PA sera parfois amené à frapper une offre d'irrégularité alors que cette dernière aurait pu, si elle avait été négociée, se révéler comme une très bonne offre. Dommage...

### Conseil 2

#### Référence à mentionner dans les courriers

Il faut user de la plus grande prudence lors de la rédaction de vos courriers. Vous questionnez dans le cadre de l'article 36, mentionnez-le de la sorte. Par contre, si l'article 36 n'est pas applicable à votre marché et que vous questionnez sur un prix dans le cadre de la négociation, mentionnez-le comme tel et ne faites nullement référence à l'article 36 ni au délai de 12 jours qui est prévu par la réglementation. En agissant de la sorte, vous transmettez le message clair à un soumissionnaire qu'il est en droit de modifier son prix s'il estime devoir le faire.

Beaucoup de soumissionnaires sont encore « traumatisés » par les demandes de justifications dans le cadre des procédures ouvertes dans lesquelles le soumissionnaire est contraint de maintenir son prix et de le justifier coûte que coûte.

#### Point de vue juridique :

Si la procédure de vérification des prix anormaux est certes très contraignante et laisse finalement peu de marge de manœuvre à l'adjudicateur dans l'hypothèse de justifications imprécises, vagues ou non pertinentes, ce mécanisme est tout de même assez louable. Ce mécanisme est le garant d'une double protection, comme entend souvent le rappeler le Conseil d'état. Il permet, d'une part, de s'assurer que le prix offert par les soumissionnaires permet réellement d'exécuter les obligations qui résultent du cahier spécial des charges et d'exclure toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux du P.A. et des deniers publics ; et, d'autre part, il permet de protéger les exigences d'une saine concurrence en évitant que le P.A. avals des comportements contraires aux pratiques et que des marchés soient attribués à des soumissionnaires ayant remis des prix fantaisistes qui faussent le jeu normal de la concurrence.

Partant, si le praticien est confronté à une application de l'article 36 à son marché, il sera toujours utile de se rappeler que les postes négligeables n'engendrent pas automatiquement de demande de justifications en raison du pouvoir d'appréciation qui lui est donné. A supposer même qu'un nombre limité de postes négligeables laisse apparaître des prix anormalement haut ou bas, l'offre ne devra pas être qualifiée comme irrégulière si la décision motive bien le caractère négligeable de ces postes. En revanche, il veillera à être particulièrement vigilant et à écarter l'offre en cas de postes non-négligeables injustifiés ou incorrectement justifiés.

<sup>1</sup> ARP pour Arrêté Royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques

<sup>2</sup> Marie VASTMANS, *Je négocie, Tu négocies, Ils négocient... La négociation de vos marchés publics en pratique*, Genval, Editions Vanden Broele, 2019, P. 101-102