

**Faculté des sciences économiques,
sociales, politiques et de communication**

La réforme de la législation des marchés publics en 2017

Simplification administrative ou complexification ?

Madicken DEHAM
Promoteur : M. Christophe THIEBAUT
Année académique 2019-2020
Master [120] en Administration publique, à finalité spécialisée (horaire décalé)

« En vérité, le chemin importe peu, la volonté d'arriver suffit à tout. »

Albert Camus

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à remercier mon promoteur, Monsieur Christophe Thiebaut, d'avoir accepté d'endosser ce rôle et d'avoir répondu à mes interrogations dans un délai serré.

Je tiens ensuite à remercier Etienne Calomme, Christine Collignon, Piery Garot, Renaud Geller, Adrien Moers, Marie-Noëlle Pavet, Patrick Thiel, Véronique Vanden Acker et Samuel Wauthier pour l'apport de leur expertise et le temps consacré dans le cadre des entretiens.

Un énorme merci à François Viseur pour son aide précieuse.

Merci à mes parents et ma sœur pour leurs encouragements, leur présence et leur aide précieuse au cours de ces quatre années.

Merci à Ludo et Christel pour les adaptations d'horaire qui m'ont permis de « jongler » entre l'horaire familial et universitaire.

Merci à ma plus grande supportrice, Olivia, qui avec ses « Allez Maman, allez Maman, tu es la meilleure ! Tu vas gagner ! » m'a donné la force, l'énergie et le courage d'aller jusqu'au bout.

Merci à mes amis et ma famille et tout particulièrement à Carine, Justine et Marie pour leur soutien.

Merci à mes camarades de classe pour leur esprit d'entraide si important.

Merci à mes relectrices de choc, Amandine, Kyriane et Marie-Noëlle, pour leur disponibilité et leur regard avisé.

Mais surtout un énorme merci à Geoffrey pour son œil attentif lors de la relecture. Merci pour son soutien moral, sa présence et sa patience ces dernières semaines.

LISTE DES ABREVIATIONS UTILISEES

- **CDLD** : Code de la démocratie locale et de la décentralisation.
- **DUME** : Document unique de marché européen.
- **PA** : Pouvoir adjudicateur.
- **PME** : Petites et moyennes entreprises.
- **TFUE** : Traité de fonctionnement de l'Union européenne.
- **UVCW** : Union des Villes et Communes de Wallonie.

TABLE DES MATIERES

<u>Introduction</u>	<u>7</u>
<u>Simplification administrative : concept et évolution.....</u>	<u>8</u>
1. POLITIQUES ET ACTIONS PUBLIQUES : DÉFINITION ET CONSTRUCTION	9
2. SIMPLIFICATION ADMINISTRATIVE : CONTEXTE, DÉFINITION ET OBJECTIFS	11
1.1. CONTEXTE	11
1.2. CONCEPT	12
1.3. MISSIONS ET OBJECTIFS	13
1.4. SIMPLIFIER PAR LE DROIT	14
1.5. PRINCIPE DE CONFIANCE ET MISE EN ŒUVRE	15
<u>Marchés publics : contexte historique et juridique.....</u>	<u>17</u>
1. DÉFINITIONS ET NOTIONS	17
2. EVOLUTION DE LA LÉGISLATION.....	22
1.6. Cadre national	22
1.7. Impacts européens.....	23
3. MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LA LÉGISLATION DE 2016	29
4. SIMPLIFICATION ADMINISTRATIVE	32
<u>Simplification ou complexification ?.....</u>	<u>36</u>
1. MÉTHODOLOGIE.....	36
1.8. Cadre	36
1.9. Guide d'entretien	38
1.10. Présentation du panel	40
2. RÉSULTATS	42
1.11. Experts du secteur	42
1.12. Membres de pouvoirs adjudicateurs.....	45
1.13. Opérateurs économiques (entreprises et prestataires de services)	48

3. DISCUSSION.....	51
<u>Conclusion.....</u>	<u>56</u>
<u>Bibliographie.....</u>	<u>58</u>
1. LITTÉRATURE.....	58
2. DOCUMENTS LÉGISLATIFS	60
3. DOCUMENTS ACADÉMIQUES.....	60
4. AUTRES DOCUMENTS	60
5. SITES INTERNET.....	61

INTRODUCTION

Les autorités publiques sont régulièrement saisies de problèmes divers. Pour résoudre ceux-ci, elles mettent en place des politiques publiques. La simplification administrative rentre dans ce cas de figure. En effet, les citoyens se plaignent régulièrement du formalisme, de la complexité et de la lenteur des procédures administratives. Pour pallier ces manquements, depuis de nombreuses années, les législateurs tant nationaux qu'européens ont mis en place une politique de simplification administrative principalement par la dématérialisation des procédures mais également par le biais d'allègement des législations en place. Les marchés publics n'échappent pas à ce processus. Leur cadre législatif belge a connu d'importants remaniements ces dernières années sous l'influence de l'Europe. L'ultime réforme de cette réglementation est entrée en vigueur le 30 juin 2017 suite aux directives n°2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession et n°2014/24/UE sur la passation des marchés publics.

Elle a bouleversé les habitudes des praticiens, notamment en ce qui concerne la dématérialisation des offres, la restructuration du cadre légal et l'introduction de nouvelles procédures lors de la sélection des offres. Mais ce bouleversement répond-il aux objectifs de simplification administrative qui étaient ceux du législateur européen ou au contraire n'a-t-il pas rendu plus compliqué encore les règles en vigueur ? C'est à cette question que nous allons tenter de répondre dans ce mémoire.

Pour ce faire, ce travail se compose de trois parties. La première partie est consacrée au concept de politiques publiques. Tant la notion de simplification administrative que le contexte de son développement seront appréhendés et nous préciserons également les objectifs devant être atteints. La seconde partie sera consacrée à la matière des marchés publics. Nous commencerons par définir certaines notions principales pour ensuite présenter le déroulement d'une procédure. Nous présenterons également l'historique des différentes modifications de la réglementation pour se concentrer ensuite sur la réforme de 2017 où l'insertion du concept de la simplification administrative a pris tout son sens. La troisième partie de ce travail se concentre sur une analyse par trois groupes : les experts, les adjudicateurs et les opérateurs économiques. Sur base d'un guide d'entretien, les personnes de chaque groupe ont émis un avis sur la problématique rencontrée, ce qui a permis de proposer une réponse à la question à laquelle ce mémoire est consacré.

SIMPLIFICATION ADMINISTRATIVE : CONCEPT ET EVOLUTION

La simplification administrative est une politique publique mise en place dans chaque pays et à tous les niveaux de pouvoir y compris au niveau européen.

Au niveau européen, en consultant le site du Conseil européen et le site EUR-lex, il est possible de faire un bref historique de la manière dont la simplification administrative a été mise en place. En 2003, l'accord interinstitutionnel *Mieux Légiférer* a été conclu entre le Parlement européen, le Conseil de l'Union et la Commission européenne. Il succède à trois accords interinstitutionnels : celui du 20 décembre 1994 qui mettait en place une méthode de travail accélérée pour la codification officielle des textes législatifs, celui du 22 décembre 1998 qui fixait les lignes directrices relatives à la qualité rédactionnelle de la législation communautaire, et celui du 28 janvier 2001 qui visait un recours plus structuré à la technique de la refonte des actes juridiques. Cet accord de 2003 avait pour objectif de mieux coordonner le processus législatif, renforcer la transparence et l'accessibilité de l'information et de la cohérence des textes et simplifier la législation. En 2005, dans un but de modernisation de l'économie européenne, la *Stratégie de Lisbonne* a été à l'origine de la mise en place d'une politique de simplification administrative européenne notamment en instaurant la simplification du cadre administratif des aides d'État et également la simplification de la législation existante par le biais de plans d'actions sectoriels. Afin de satisfaire à ce programme et à la *Stratégie de Lisbonne*, la Commission, après avoir constaté l'importance des coûts administratifs supportés par les entreprises, a lancé en 2007 le *Programme d'action pour la réduction de la charge administrative* découlant de la législation de l'Union européenne avec pour objectif de les réduire de 25% à l'horizon 2012. Le 13 avril 2016, un nouveau protocole d'accord interinstitutionnel visant à actualiser l'accord *Mieux Légiférer* de 2003 et à consolider les pratiques existantes est entré en vigueur. Son but premier est que les politiques et les législations de l'Union européenne atteignent leur objectif en réduisant au minimum le coût et les charges administratives. Par ailleurs, cet accord est une condition essentielle pour atteindre les objectifs économiques de la *Stratégie Europe 2020*.

En Belgique, le sujet est sur la table depuis plus de 30 ans. Au niveau fédéral, cette politique publique est assurée par l'Agence pour la Simplification Administrative (ASA) créée en 1998 auprès du Service Public Fédéral chancellerie du Premier ministre.

Depuis 2013, en Wallonie et en Fédération Wallonie-Bruxelles¹, le service *e-Wallonie-Bruxelles Simplification* (eWBS) soutient la mise en place de cette politique. Auparavant, EasiWal, créée en 2004, était en charge des démarches dans ce cadre et d'*e-government* en Région wallonne et certains services du Centre d'Expertise et de Pilotage informatique et du Gouvernement électronique en Fédération Wallonie-Bruxelles.

L'avancée majeure en matière de simplification administrative ces dernières années en Belgique est l'instauration d'un « système unique de collecte de données auquel recourent les administrations à tous les niveaux de gouvernance – une autorité publique recueille une seule fois les informations pour les multiples utilisateurs qui en ont besoin pour leur mission publique. Les données recueillies par un service public doivent être gérées dans une seule base de données, accessible à d'autres services publics ayant besoin des mêmes données. Elles sont communiquées via un système de transmission électronique entre services, qui garantit la protection des transactions. Les registres contenant des données sur les personnes, les entreprises, les objets (voitures) et les biens sont peu à peu devenus des «sources authentiques qui sont les seules à même de rassembler, traiter, gérer et fournir certaines informations » (OCDE, 2011, p.27). A titre d'exemples, le Registre national des personnes physiques et la Banque carrefour des entreprises peuvent notamment être cités.

Avant tout développement sur la simplification administrative à proprement parler, il convient de définir le concept de «politique publique» et les caractéristiques qui le composent.

1. Politiques et actions publiques : définition et construction

Plusieurs auteurs se sont attelés à définir ce qu'est une politique publique.

Thoening (1985 in de Maillard et Kubler, 2016, p.10) indique qu'« une politique publique se présente sous la forme d'un programme d'action propre à une ou plusieurs autorités publiques ou gouvernementales ». de Maillard et Kubler (2016) expliquent que l'existence d'un tel programme passe par la mise en place de mesures concrètes qui peuvent être coercitives, incitatives ou distributives. Ils précisent que « l'existence d'une politique publique suppose une cohérence de plusieurs actions gouvernementales. Une simple décision administrative ne suffit pas à faire une politique publique.

¹ La « Fédération Wallonie-Bruxelles » est l'appellation désignant usuellement la « Communauté française » visée à l'article 2 de la Constitution.

Il est nécessaire qu'il y ait un ensemble d'actions interreliées. C'est ce que soulignent Rose et Davis (1994, p.54) lorsqu'ils parlent d'un programme d'action gouvernementale "comme [une] combinaison spécifique de lois, d'affectations de crédit, d'administrations et de personnels dirigés vers un ensemble d'objectifs plus ou moins clairement définis" » (2016, p.11). Il y a lieu de préciser que de nombreux auteurs préfèrent le vocable d'"actions publiques" à celui de "politiques publiques" à cause des divergences des actions développées par les autorités publiques entre la prise de décision et la mise en œuvre mais aussi parce que « la notion d'action publique a également le mérite de ne pas supposer nécessairement la centralité de l'Etat dans la production d'interventions publiques » (de Maillard et Kubler, 2016, p.11).

Surel (2002), quant à lui, définit les politiques publiques comme un concept multidimensionnel qui se compose des éléments suivants :

- un contenu (ressources, outils, instruments, prestations) ;
- un programme : il doit y avoir une forme d'intellectualisation des liens entre les instruments et les causes (ce qui se fait et pourquoi) ;
- une orientation normative : changements de comportements des groupes-cibles ;
- de la coercition : implication d'un acteur public détenteur de la contrainte légitime ;
- un secteur (ressort sociétal) : le réel est découpé en secteurs ; le secteur auquel on appartient guide nos choix (sentiment d'appartenance).

La création d'une action publique se déroule en plusieurs étapes :

1) La mise à l'agenda :

Garraud (1990, p.27 in de Maillard et Kubler, 2016, pp.23-24) définit l'agenda politique comme « l'ensemble des problèmes faisant l'objet d'un traitement, sous quelque forme que ce soit, de la part des autorités publiques et donc susceptibles de faire l'objet d'une ou plusieurs décisions, qu'il y ait controverse publique, médiatisation, mobilisation ou demande sociale et mise sur le "marché" politique ou non ».

Les autorités publiques prennent donc conscience d'un problème ou en sont saisies. Elles doivent en identifier la cause et l'importance afin de savoir s'il convient de le prendre en charge. Elles définissent ensuite les solutions envisageables à ce problème.

2) La prise de décision :

Trois orientations existent :

- la *rationalité absolue et limitée* qui consiste à maximiser des résultats dans un rapport coûts/bénéfices. Ce principe a cependant des limites puisque le décideur n'a la capacité ni de considérer toutes les alternatives possibles étant donné qu'elles sont infinies, ni de connaître les conséquences des alternatives choisies ;
- l'*incrémentalisme* qui correspond à un ensemble d'adaptations qui se construit petit à petit sur le fondement de ce qui existe déjà par l'enchaînement d'essais-erreurs. Le changement n'est pas radical mais progressif et basé sur un compromis entre moyens et objectifs ;
- le *poids de l'inertie* qui trouve son origine dans l'adage "gouverner, c'est hériter". Le décideur a tendance à confirmer les choix du passé.

3) La mise en œuvre :

La décision définit les instruments, les délais et les moyens. La mise en œuvre, quant à elle, consiste à utiliser les ressources disponibles pour appliquer les instruments aux comportements observés et exploiter les marges de manœuvres laissées par le décideur. Plus les marges de manœuvres sont grandes, plus la mise en place de la politique publique risque de diverger des objectifs fixés par le décideur.

2. Simplification administrative : contexte, définition et objectifs

1.1. Contexte

Le citoyen considère la « paperasse » administrative comme un symbole négatif de la bureaucratie. Il exige une meilleure qualité et une meilleure efficacité des services publics. C'est dans ce but qu'il va informer et dénoncer les pratiques administratives. Le citoyen devient un client qui doit être satisfait. A cela, s'ajoute la demande sans cesse croissante d'une plus grande transparence et d'une meilleure information des décisions prises par les autorités publiques. Dans ce contexte, où la culture d'entreprise a de plus en plus d'impact sur le secteur public, il fallait trouver une solution aux problèmes de lourdeurs administratives qui rendent les démarches auprès des administrations chronophages et contraignantes.

D'autant plus que le fardeau que représente la complexité de l'administration a un impact sur les particuliers et les entreprises mais également sur les administrations elles-mêmes qui souffrent d'un manque d'efficacité lié à ce contexte. Des théories et des concepts applicables auparavant au secteur privé vont par conséquent s'appliquer pour solutionner ces problèmes.

« La performance “à l'aune du modèle des 3 E”, à savoir l'Effectivité, l'Efficacité et l'Effizienz, constitue un des défis les plus importants et les plus déterminants que doivent relever les administrateurs, pour une administration de qualité.

“L'effectivité, c'est résoudre les problèmes publics pour lesquels les services ont été créés, satisfaire les missions d'intérêt général définies démocratiquement. Ce premier aspect est aussi de “l'analyse des politiques publiques”.

L'efficacité, c'est atteindre les objectifs de production, former les prestations commandées par la politique. Cet indicateur, qui peut revêtir une dimension à la fois quantitative et qualitative, implique que le fonctionnement de l'administration soit défini en termes de prestations (output) et non seulement en termes de tâches et activités. Cette idée est au cœur du Normal New Public Management².

L'effizienz, c'est produire les prestations au moindre coût, en utilisant au mieux les ressources à disposition. Cet indicateur reflète la valeur ajoutée produite par rapport aux coûts engendrés.” » (Chidiac in Declerc, 2006, p.56)

1.2. Concept

Le portail *Fedweb* précise que « l'administration établit des procédures pour réaliser ses objectifs stratégiques. Ces procédures déterminent le fonctionnement journalier de l'administration et constituent son principal mode d'interaction avec les citoyens et les entreprises. La simplification administrative vise à rendre les procédures administratives plus efficaces. Celles-ci doivent être organisées de telle manière que l'administration soit en mesure de remplir ses tâches le mieux possible et que le citoyen et l'entreprise doivent fournir l'effort le plus réduit possible. »

² Principe « [recommandant] d'introduire au sein des structures et procédures bureaucratiques du secteur public des principes inspirés du secteur privé » (Van Haepelen, 2012, p.84)

1.3. Missions et objectifs

De manière générale, les principales missions des organes en charge de la simplification administrative sont reprises sur *Fedweb*. Elles consistent notamment à :

- formuler, stimuler et coordonner des propositions de simplification ;
- calculer les coûts des charges administratives que l'autorité impose et élaborer des propositions en vue de les réduire ;
- stimuler la collaboration en matière de simplification administrative entre les différents intervenants au sein des pouvoirs publics ;
- organiser la concertation entre les différents niveaux de pouvoir.

La politique de simplification administrative cible quatre publics principaux à savoir les citoyens, les entreprises, le secteur non-marchand et les pouvoirs locaux. Une telle division permet de gérer au mieux l'accès à l'information pour chaque catégorie d'utilisateurs visés et d'adapter celle-ci en fonction.

Les trois premiers correspondent aux bénéficiaires externes tandis que les derniers sont les bénéficiaires internes.

L'objectif premier de la simplification administrative est donc de réduire les charges administratives. C'est dans la littérature européenne qu'apparaît la définition du concept de charges administratives : « les charges administratives constituent l'ensemble des coûts générés par les obligations d'information contenues dans la réglementation vis-à-vis des utilisateurs des services publics » (e-WBS, p.14). Par « obligations d'information », il y a lieu d'entendre « le devoir par lequel l'utilisateur est tenu de procurer ou de préparer une information, puis de la mettre à disposition de l'autorité publique ou d'une tierce partie. Chaque obligation d'information consiste en un certain nombre de pièces ou de données à fournir par les utilisateurs » (e-WBS, p.14).

Sur base de ces définitions, il peut être conclu que « diminuer les charges administratives revient, pour l'administration, à tenter de diminuer les obligations d'information ou lorsque c'est possible, à se procurer l'information nécessaire auprès d'autres administrations » (e-WBS, p.14).

Plusieurs méthodes ont été mises en place pour quantifier ces charges. « La littérature distingue généralement deux familles d’approches :

- la première, l’approche descendante (*top-down*) qui se focalise sur une catégorie d’usagers ou un public cible précis (...)
- la deuxième, l’approche ascendante (*bottom-up*) qui se focalise sur la réglementation à l’origine des charges administratives ; (...) L’analyse ne concerne qu’un seul domaine, à savoir celui de la réglementation ou des réglementations étudiée(s) » (e-WBS, p.15).

1.4. Simplifier par le droit

Les textes juridiques définissent les formalités administratives à suivre par les citoyens pour bénéficier des droits et services mis à leur disposition par l’administration. Simplifier le droit permet une simplification des procédures à la source. En ce sens, nous pouvons considérer que le droit est un très bon outil de simplification administrative. Cela peut être réalisé sous plusieurs angles :

- pratiquer une veille juridique permanente ;
- vérifier un texte juridique sur le plan strictement légal ;
- se concentrer sur l’harmonisation terminologique, la lisibilité ;
- analyser, comme en simplification, l’impact de l’ensemble d’une réglementation sur les usagers.

« La communication autour du droit doit permettre une accessibilité et une lisibilité simplifiées de l’information » (e-WBS, p.18).

Un texte de loi doit donc répondre aux objectifs suivants pour être considéré comme un « bon texte juridique » du point de vue de la simplification administrative :

- « - autoriser uniquement la collecte des informations qui sont strictement nécessaires ;
- prévoir un nombre limité de pièces justificatives par démarche ;
- mettre en place des procédures respectant les processus génériques transversaux qui ont été validés au sein de l’administration ;
- prévoir des modalités de transmission des documents simples et la possibilité d’échanger avec l’usager de manière dématérialisée ;
- autoriser le partage des données issues de sources authentiques entre les administrations, tout en respectant la Loi Vie Privée ;

- permettre l'utilisation éventuelle d'outils informatiques pour assurer la traçabilité d'un dossier administratif ;
- prévoir l'évolution des pratiques administratives et des technologies » (e-WBS, p.19).

1.5. Principe de confiance et mise en œuvre

Il est également nécessaire de mettre en œuvre le principe de confiance pour simplifier la relation entre l'administration et les usagers. « Ce principe consiste à dispenser l'utilisateur des services publics de fournir certaines informations au moment de l'introduction de sa demande, sachant qu'il sera toujours possible de réaliser un contrôle par la suite. » (e-WBS, p.22). Pour mettre en œuvre ce principe, il faut « remplacer des pièces justificatives par une déclaration sur l'honneur tout en maintenant la possibilité d'un contrôle a posteriori. » (e-WBS, p.22). Aussi bien l'administration que les usagers vont tirer un bénéfice de cette méthode puisque la première gagnera surtout du temps tandis que les seconds gagneront de l'argent en plus du temps.

Istasse (in Declerc, 2006, p.86) indique néanmoins que « la prise en compte *ab initio* de la simplification administrative peut être vue comme un frein à la décision politique, telle qu'elle est pratiquée dans notre pays. Des éléments objectifs peuvent même écarter la prise en compte de la simplification au moment de la décision : urgence dictée par les événements, nécessité de concilier des positions de principe qui divisent les partis de la mobilité, pressions exercées de l'extérieur sur le gouvernement, autant de facteurs qui peuvent faire passer au second plan la simplification administrative. Pourtant, la décision politique doit bien se traduire en textes et procédures qui doivent être appliquées. » Nous en revenons là aux problèmes régulièrement rencontrés dans la mise en œuvre d'une politique publique : plus les marges de manœuvres laissées par le décideur sont grandes, plus la mise en œuvre s'éloigne des objectifs à atteindre et plus celle-ci est donc compliquée. Pourtant, « l'élimination des charges inutiles ne devrait pas, par définition, aller à l'encontre des objectifs politiques des réglementations. Ces objectifs ne peuvent qu'être plus efficacement atteints si l'application et le respect des règlements sont améliorés. Supprimer des obligations inutiles ne revient pas à modifier les objectifs » (OCDE, 2011, p.19).

C'est en ce sens que Declerc (2006, p.5) indique que « la dynamique de la simplification administrative progresse par essais-erreurs, par "incrémentation" ».

Les objectifs de la simplification administrative doivent continuellement subir des adaptations, petit à petit, pour pouvoir mieux correspondre à la réalité du terrain et à l'évaluation faite de leur mise en œuvre.

MARCHES PUBLICS : CONTEXTE HISTORIQUE ET JURIDIQUE

Contrairement aux particuliers et aux entreprises privées qui peuvent faire appel aux entrepreneurs, prestataires ou fournisseurs de leur choix, les pouvoirs publics et les personnes morales de droit public ont l'obligation de respecter la législation sur les marchés publics.

1. Définitions et notions

Afin de permettre une compréhension claire de la matière, il nous semble opportun de définir la notion de marché public. Un marché public est un « 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°. » (L. du 17/06/2016, art. 2, 17°).

Cette définition contient différentes notions définies également dans la loi à savoir :

- 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 » (L. du 17/06/2016, art. 2, 10°) ;
- adjudicateur : « les pouvoirs adjudicateurs exerçant des activités visées au titre 2 et les entités adjudicatrices » (L. du 17/06/2016, art.2, 5°).

Cette notion est donc très large puisqu'elle est composée de plusieurs intervenants : l'Etat, les Communautés, les Régions, les autorités locales, les organismes et personnes de droit public telles que définies à l'article 2, 1°, c) de la loi et les associations formées par une de ces entités (L. du 17/06/2016, art.2, 1°) ainsi que les entreprises publiques (L. du 17/06/2016, art.2, 2°) et les personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs au sens du point 3 de ce même article.

L'étape préalable au lancement d'un marché public est la détermination des besoins ou d'un projet par l'adjudicateur. Celui-ci devra alors définir l'objet du marché, en estimer le coût et définir les modalités de passation et d'exécution.

Tous ces éléments seront formalisés dans les documents du marché. Le document du marché s'entend comme étant « tout document applicable au marché fourni par l'adjudicateur ou auquel il se réfère. Sont, le cas échéant, compris l'avis de marché, l'avis de préinformation ou l'avis périodique indicatif lorsqu'il est utilisé en tant que moyen d'appel à la concurrence, le cahier spécial des charges ou tout autre document descriptif comprenant notamment les spécifications techniques, les conditions contractuelles proposées, les formats de présentation des documents par les candidats et les soumissionnaires, les informations sur les obligations généralement applicables et tout autre document additionnel » (L. du 17/06/2016, art. 2, 43°).

L'adjudicateur devra décider du mode de passation le plus adéquat selon les spécificités du marché. La loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics précise en son article 35 les différents modes de passation :

- la procédure ouverte : « la procédure de passation dans laquelle tout opérateur économique intéressé peut présenter une offre en réponse à un avis de marché » (L. du 17/06/2016, art.2, 22°) ;
- la procédure restreinte : « la procédure de passation à laquelle tout opérateur économique intéressé peut demander à participer en réponse à un avis de marché et dans laquelle seuls les candidats sélectionnés par l'adjudicateur peuvent présenter une offre » (L. du 17/06/2016, art.2, 23°) ;
- la procédure concurrentielle avec négociation : « la procédure de passation à laquelle tout opérateur économique intéressé peut demander à participer en réponse à un avis de marché, dans laquelle seuls les candidats sélectionnés peuvent présenter une offre, les conditions du marché pouvant ensuite être négociées avec les soumissionnaires, et qui s'applique uniquement aux marchés relevant du champ d'application du titre 2 » (L. du 17/06/2016, art.2, 24°) ;
- le dialogue compétitif : « la procédure de passation à laquelle tout opérateur économique intéressé peut demander à participer en réponse à un avis de marché et dans laquelle l'adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats sélectionnés à cette procédure, en vue de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue dont la ou les propositions de solution ont été retenues au terme de ce dialogue seront invités à remettre offre » (L. du 17/06/2016, art.2, 28°) ;

- le partenariat d'innovation : cette procédure n'est pas définie par la loi. Seule la notion d'innovation est définie. C'est dans les travaux préparatoires de la loi (p. 14) que nous retrouvons une définition de cette procédure : « le partenariat d'innovation vise au développement d'un produit, d'un service ou de travaux innovants et à l'acquisition ultérieure des travaux, fournitures ou des services résultant, lorsque le besoin du pouvoir adjudicateur ne peut être satisfait par l'acquisition de travaux, de fournitures ou de services déjà disponibles sur le marché. [...] A l'issue de la phase de recherche et développement, le pouvoir adjudicateur pourra ainsi confier au même opérateur économique le marché d'acquisition de travaux, de fournitures ou de services » ;
- la procédure négociée directe avec publication préalable : « la procédure de passation dans laquelle tout opérateur économique intéressé peut présenter une offre en réponse à un avis de marché et dans laquelle l'adjudicateur peut négocier les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux, et qui s'applique uniquement aux marchés relevant du champ d'application du titre 2 » (L. du 17/06/2016, art.2, 29°) ;
- la procédure négociée sans publication préalable : « la procédure de passation dans laquelle le pouvoir adjudicateur demande une offre aux opérateurs économiques de son choix et peut négocier les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux, et qui s'applique uniquement aux marchés relevant du champ d'application du titre 2 » (L. du 17/06/2016, art.2, 26°). Le recours à cette procédure doit se faire dans les hypothèses strictes prévues à l'article 42 de la loi du 17 juin 2016.

Le pouvoir adjudicateur devra déterminer les motifs d'exclusion - autres que ceux fixés par la loi (a), les critères de sélection (b) et les critères d'attribution (c).

- a) Les **motifs d'exclusion** sont de trois types : obligatoires, relatifs aux dettes fiscales et sociales et facultatifs. Les premiers correspondent à la « condamnation [du candidat³ ou du soumissionnaire] prononcée par décision judiciaire ayant force de chose jugée pour l'une des infractions suivantes :
- 1° participation à une organisation criminelle ;
 - 2° corruption ;
 - 3° fraude ;

³ «opérateur économique qui a demandé à être invité ou a été invité à participer à une procédure restreinte, à un dialogue compétitif, à un partenariat d'innovation, à une procédure concurrentielle avec négociation, à une procédure négociée sans publication préalable, à une procédure négociée avec ou sans mise en concurrence préalable, à une liste de candidats sélectionnés ou à un système de qualification» (L. du 17/06/2016, art.2, 11°)

4° infractions terroristes, infractions liées aux activités terroristes ou incitation à commettre une telle infraction, complicité ou tentative d'une telle infraction ;
5° blanchiment de capitaux ou financement du terrorisme ;
6° travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains ;
7° occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal » (L. du 17/06/2016, art. 67).

Les seconds concordent avec la vérification à quelque stade que ce soit de la procédure des obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale d'un candidat ou d'un soumissionnaire (L. du 17/06/2016, art.68). Les derniers sont énumérés à l'article 69 de la loi du 17 juin 2016. Sont notamment cités les états de faillite, de cessation d'activités et de réorganisation judiciaire, les fautes professionnelles graves ou encore les ententes en vue de fausser la concurrence.

- b) Les **critères de sélection** permettent de vérifier les capacités économiques, financières, techniques et/ou professionnelles des candidats et soumissionnaires.
- c) Les **critères d'attribution**, quant à eux, aident l'adjudicateur à fonder l'attribution d'un marché à l'offre économiquement la plus avantageuse. Pour ce faire, le choix se fait sur base du prix, sur base du coût (meilleur rapport coût/efficacité) ou sur base du meilleur rapport qualité/prix (L. du 17/06/2016, art. 81).

C'est dans cette partie de la procédure que la simplification administrative prend tout son sens. Les candidats ou les soumissionnaires peuvent se consacrer à l'établissement de leur offre de prix sans devoir rassembler les documents nécessaires leur permettant d'attester qu'ils ne font l'objet d'une quelconque exclusion et/ou qu'ils sont à même de répondre aux critères de sélection grâce à la déclaration sur l'honneur ou au Document Unique de Marché Européen (DUME).

Les documents du marché étant ainsi définis, nous rentrons dans la phase de passation du marché, régie par l'arrêté royal du 18 avril 2017.

La passation du marché doit être entendue comme étant la « procédure de lancement d'un marché public, qui le cas échéant, inclut les aspects suivants : la consultation préalable du marché, la publication, la sélection, l'attribution et la conclusion du marché » (L. du 17/06/2016, art.2, 37°).

Certaines procédures doivent faire l'objet d'une publicité, c'est-à-dire que l'adjudicateur doit publier un avis de marché⁴ au Bulletin des Adjudications (BDA) pour les marchés belges et au Journal Officiel de l'Union Européenne (JOUE) et au BDA pour les marchés européens, à savoir les marchés dont le montant estimé dépasse 214.000 € HTVA pour les fournitures et les services et 5.350.000 € HTVA pour les travaux (montants en vigueur depuis le 01/01/2020).

Dans le cadre de la procédure négociée sans publication préalable ou des marchés dits de faible montant, l'adjudicateur devra respecter le principe de mise en concurrence en consultant plusieurs opérateurs économiques et en leur transmettant les documents de marché. Le pouvoir adjudicateur (PA) fixe une date limite de remise des offres. Lorsque l'ouverture des offres a eu lieu, le PA procède à l'analyse des offres reçues. Cette analyse se déroule en deux étapes : d'une part, une analyse de la sélection qui est « la décision d'un adjudicateur portant sur le choix des candidats ou soumissionnaires prise sur la base des motifs d'exclusion et des critères de sélection » (L. du 17/06/2016, art.2, 13°) et d'autre part, l'examen de la régularité des offres⁵ et des critères d'attribution.

Une fois ces étapes réalisées, le PA rédige une décision motivée d'attribution (DMA) reprenant l'analyse motivée des offres qui a abouti à la désignation de l'adjudicataire. Ce document sera communiqué à l'ensemble des soumissionnaires entièrement ou partiellement, les candidats ou les soumissionnaires non sélectionnés ou exclus ne recevant que les motifs de leur non sélection ou de leur exclusion.

Une fois le marché attribué, il doit être notifié au soumissionnaire retenu qui devient alors l'adjudicataire du marché. Ce n'est qu'au moment de cette notification que le lien contractuel est réellement conclu. Pour les marchés de travaux dont le montant estimé correspond à la moitié du montant du marché du seuil européen et les marchés de fournitures et de services dont le montant atteint les seuils de publicité européenne, il y a lieu de respecter le délai dit de *standstill*. Ce délai est un délai d'attente de quinze jours durant lequel les soumissionnaires évincés ont la possibilité d'introduire un recours en suspension contre la décision motivée d'attribution. Passé ce délai de quinze jours, le PA notifiera sa décision et le contrat sera considéré comme conclu.

⁴ Annonce reprenant notamment les caractéristiques du marché, les conditions pour y participer et les critères de choix de l'offre.

⁵ Vérification des pouvoirs de signatures, de la complétude de l'offre et des prix.

Une fois le marché notifié, l'exécution peut débuter conformément aux prescrits de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics. Cette phase de la procédure étant complexe, elle pourrait faire l'objet à elle seule d'un travail de recherche et d'analyse. Pour ces raisons, nous ne la détaillerons pas plus dans le cadre de ce mémoire.

2. Evolution de la législation

Les marchés publics ont connu plusieurs trains de réformes depuis la création de la Belgique, d'abord dans un contexte national et ensuite sous l'influence de l'Europe.

1.6. Cadre national

A l'origine, seuls trois articles de la loi du 15 mai 1846 relative à la comptabilité de l'Etat encadraient la matière au niveau national. Cette loi a été exécutée par deux arrêtés royaux. Ces dispositions avaient pour but « d'objectiver la désignation d'adjudicataires tout en espérant par ce cadre limiter le prix des marchés » (Cabuy et al., 2019, p.57) et sont restées d'application jusqu'à l'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 5 octobre 1955 organique relatif aux marchés de travaux, de fournitures et de transport au nom de l'Etat.

Seules deux formes de procédure existaient à savoir l'adjudication⁶ et les marchés de gré à gré⁷. Les conditions d'application de cette dernière procédure étaient limitées. Ce cadre de limitations existe d'ailleurs toujours même s'il a évolué.

Les principes généraux des marchés publics tirés des principes généraux administratifs, toujours d'application dans la législation actuelle, étaient déjà présents à savoir les principes de non-discrimination, d'égalité de traitement, de transparence et de concurrence, le principe du marché à forfait ainsi que du paiement pour service fait et accepté. Ces principes s'expliquaient par le fait que les "deniers publics" étaient en jeu. Dans ce contexte, toute entreprise à même d'exécuter le marché devait avoir un égal accès à celui-ci et les pouvoirs publics devaient pouvoir contracter aux meilleures conditions permettant ainsi une procédure concurrentielle.

⁶ Mode de passation dont le seul critère d'attribution du marché est le prix.

⁷ Mode de passation dans lequel le pouvoir adjudicateur consulte plusieurs opérateurs économiques de son choix et négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux.

La matière était organisée pour les provinces par les articles 75 et suivants de la loi provinciale du 30 avril 1936 et pour les communes par l'article 81 de la loi communale du 30 mars 1836.

Une législation spécifique est apparue avec la loi du 4 mars 1963 complétée par l'arrêté royal du 14 octobre 1964. « L'influence croissante des marchés publics sur la conjoncture économique, l'évolution de la législation dans nos pays voisins ainsi que diverses considérations pratiques liées à l'évolution du secteur de la construction justifiaient une modification de la loi » (Cabuy et al., 2019, p.59). Les communes et les provinces n'entrant pas dans le champ d'application de cette réglementation, les articles de la loi provinciale du 30 avril 1936 et de la loi communale du 30 mars 1836 sont restés d'application.

Cette législation était principalement axée sur les travaux. Les règles relatives aux fournitures y étaient peu développées et celles concernant les services sont quant à elles pratiquement inexistantes.

C'est dans cette législation que l'appel d'offres⁸ a été introduit comme nouveau mode de passation.

1.7. Impacts européens

Contexte

L'objectif premier de l'Union européenne instauré par le *Traité de Rome* est d'établir un marché intérieur unique garantissant la libre circulation des personnes, des marchandises, des services et des capitaux. Le but d'un tel marché est de permettre un développement économique de tous les Etats membres par une plus grande concurrence entre les différents acteurs économiques. Pour ce faire, « l'Union adopte les mesures destinées à établir ou assurer le fonctionnement du marché intérieur, conformément aux dispositions pertinentes des traités » (Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne - TFUE, art. 26, §1).

⁸ Mode de passation dans lequel l'offre choisie est celle étant la plus avantageuse économiquement sur base de différents critères d'attribution

Pour légiférer, l'Union européenne dispose de différents types d'actes législatifs (TFUE, art. 288). Ils sont repris et définis sur son site internet :

- les règlements : « actes législatifs contraignants. Ils doivent être mis en œuvre dans leur intégralité, dans toute l'Union européenne. » ;
- les directives : « actes législatifs qui fixent des objectifs à tous les pays de l'UE. Toutefois, chaque pays est libre d'élaborer ses propres mesures pour les atteindre. » ;
- les décisions : « contraignantes pour les destinataires auxquels elles s'adressent (un pays de l'UE ou une entreprise, par exemple) et directement applicables » ;
- les recommandations : non contraignantes. « Les recommandations permettent aux institutions européennes de faire connaître leur point de vue et de suggérer une ligne de conduite, sans contraindre les destinataires à s'y conformer. » ;
- les avis : « instruments qui permettent aux institutions d'exprimer une opinion d'une façon non contraignante, en d'autres termes sans imposer d'obligation légale à leurs destinataires. Un avis peut être émis par les trois principales institutions de l'UE (la Commission, le Conseil et le Parlement), ainsi que par le Comité des régions et le Comité économique et social européen. Durant l'élaboration de la législation, ces comités émettent des avis reflétant leur point de vue régional, économique ou social spécifique. »

Dans le cas présent, l'article 116 du TFUE prévoit que lorsque la Commission constate qu'une disparité entre les dispositions législatives, réglementaires ou administratives des États membres fausse les conditions de concurrence sur le marché intérieur et provoque, de ce fait, une distorsion qui doit être éliminée, elle doit consulter les États membres concernés et à défaut d'accord, le Parlement européen et le Conseil arrêtent les directives nécessaires à cette fin.

En ce qui concerne les marchés publics, il y a une tendance à voir la matière s'eupéaniser. Il faut entendre par eupéanisation, l'« ensemble de mécanismes d'ajustements institutionnels, politiques et idéologiques associés à la construction européenne » (Surel, 2002, pp. 54-55). Ce mécanisme est logique puisque comme nous l'apprend la fiche technique relative aux marchés publics disponible sur le site du parlement européen, « les marchés publics jouent un rôle important dans les économies des États membres ; la valeur correspondrait à plus de 16% du PIB de l'Union. Avant la mise en œuvre de la législation européenne y afférente, seuls 2% des marchés publics étaient adjudgés à des entreprises non nationales ».

En tout et pour tout, « le volume d'échanges de ces contrats atteint 2 448 milliards d'euros ». L'UE a donc tout intérêt à prendre des directives pour permettre une plus grande concurrence dans les contrats conclus par les pouvoirs publics.

Evolution

Il y a d'abord eu les directives travaux n°1971/305 et fournitures n°1977/62 qui ont entraîné une première révision de la législation relative aux marchés publics en vigueur en Belgique à savoir la loi du 4 mars 1963 et son arrêté d'exécution. Celles-ci ont été transposées dans la loi du 14 juillet 1976, dans les arrêtés royaux des 22 avril 1977 et 13 décembre 1977 et ainsi que dans l'arrêté ministériel du 10 août 1977. « Cette loi visa à renforcer et uniformiser le contrôle des marchés publics, à fixer les incompatibilités et à interdire les ententes entre les soumissionnaires dans le cadre de leur passation, à réglementer les marchés de promotion et de concessions de travaux ainsi que la problématique des marchés conjoints. Remplaçant la loi du 4 mars 1963, la loi du 14 juillet 1976 a cependant conservé intacts les principes fondamentaux instaurés pour la passation des marchés publics depuis l'aube de la Belgique (concurrence, publicité et forfait) et les modes de passation » (Cabuy et al., 2019, p.63). Il y a lieu de préciser que cette loi a étendu le champ d'application de la réglementation aux communes et aux provinces. A cette loi sont venus s'ajouter diverses mesures d'exécution dont notamment l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

A la fin des années 1980, les directives 88/295/CE du 22 mars 1988 relative aux marchés de fournitures et 89/440/CE du 18 juillet 1989 relative aux marchés de travaux ont remplacé les directives n°1971/305 et 1977/62 et ont été respectivement transposées en droit belge par les arrêtés royaux du 8 décembre 1988 et du 1^{er} août 1990. Le premier a élargi la notion de marché public de fournitures ; le second a, lui, étendu le champ d'application quant aux personnes (*ratione personae*).

« Les années 1990 ont vu une “européanisation” certaine de la matière en imposant une ouverture toujours plus large des marchés publics au sein de l'espace économique communautaire. Cet objectif que certains ont pu décrire avec raison comme “obsessionnel” des autorités européennes a été dressé dans un domaine traditionnellement très protectionniste un droit fonctionnel dont le but vise à faire jouer une concurrence libre et égale dans la passation et l'attribution des commandes publiques et cela, indépendamment de toutes

considérations financières et économiques » (Cabuy et al., 2019, p.64). L'objectif premier de l'Europe est donc bien de tendre vers une concurrence optimale peu importe le pays d'origine des entreprises de manière à favoriser la libre circulation des marchandises, des services et des personnes.

Dans ce contexte, ont été adoptées les directives travaux n°1990/531, fournitures n°1989/440 et services n°1992/50.

S'en sont suivies les directives tous secteurs confondus y compris spéciaux n°1993/36/CE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, 1993/37/CE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux et 1993/38/CE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

Ces directives, devant être transposées en droit belge, ont donné lieu à une refonte de la législation. Elles ont donné naissance à la loi du 24 décembre 1993 et aux arrêtés royaux des 8 janvier 1996 – traitant de la passation des marchés publics – et 26 septembre 1996 et ses annexes, notamment le cahier général des charges – portant sur l'exécution des marchés publics. Ce nouveau cadre législatif a notamment permis d'introduire « des définitions plus précises du champ d'application quant aux personnes et quant à la matière des marchés publics » (Cabuy et al., 2019, p.66) mais également des règles plus précises en matière de transparence, de motivation et d'information dans les procédures de passation. Est également apparue la distinction entre les secteurs classiques qui concerne l'ensemble des administrations et organismes assimilés et les secteurs spéciaux regroupant divers secteurs publics et organismes publics ou privés développant leurs activités dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports notamment.

Après cette réforme, il n'y a plus eu de changement majeur du cadre légal belge pendant près de 20 ans. Ce n'est pas le cas au niveau européen puisque de nouvelles directives ont été adoptées en 2004 par les instances européennes. Il s'agit des directives n°2004/17/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

Leur transposition en droit belge a été longue puisque la nouvelle législation belge y relative n'est entrée en vigueur que le 1^{er} juillet 2013. Cette transposition s'est déroulée en deux temps de manière parallèle :

- l'adoption des lois du 15 et du 16 juin 2006 ;
- la réforme de la législation de 1993 pour « répondre aux obligations de transposition dans l'attente d'une révision globale des textes » (Cabuy et al., 2019, p.69).

La volonté de ces directives était « de “simplifier” [...] et de modifier le cadre juridique général dans le but d'en améliorer la lisibilité » (Cabuy et al., 2019, p.70) notamment par « le renforcement d'un certain nombre de dispositions touchant aux critères de sélection (nouveaux critères d'exclusion) et d'attribution (pondération des critères d'attribution) » (Cabuy et al., 2019, p.70). Le cadre législatif s'allège aussi puisqu'il n'y a plus que deux directives, une pour les secteurs classiques et l'autre pour les secteurs spéciaux, contre quatre précédemment. Un vocabulaire commun a également été intégré dans un but de clarification et une compréhension plus aisée dans le chef des opérateurs des pays membres de l'Union européenne. Les modifications majeures apportées sont l'obligation de pondération des critères d'attribution ou à tout le moins leur classement par ordre décroissant d'importance, la modernisation et l'assouplissement des procédures et un premier pas vers la dématérialisation en mettant le papier sur un pied d'égalité avec les technologies électroniques (Flamme et al., 2009). En outre, il y a lieu de préciser que « sur le plan de la rédaction, les nouveaux arrêtés sont beaucoup plus novateurs et démontrent, une fois n'est pas coutume, un réel souci, dans le chef du législateur, de faciliter le travail des praticiens. (...) Leur structure est calquée sur la chronologie d'une procédure d'attribution d'un marché public, ce qui rend la recherche des dispositions pertinentes plus aisée » (Bertrand, 2014, p.88).

A cela, est venue s'ajouter la directive recours n°2007/66/CE qui a été transposée en droit belge par la loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et son arrêté d'exécution du 10 février 2010 modifiant certains arrêtés royaux exécutant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Celle-ci a intégré à la loi du 24 décembre 1993 un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours. Ce fut le principal changement apporté à la législation de 1993.

Les nouveautés essentielles introduites par cette nouvelle loi furent l'application d'un délai de *standstill* (délai d'attente) et de l'obligation d'informer de manière précise les candidats et soumissionnaires des motifs de leur sélection ou non sélection, cette communication pouvant aller jusqu'à la transmission du rapport d'analyse des offres complets.

Au final, la transposition de ces directives a donné lieu à l'entrée en vigueur d'une nouvelle législation composée de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et des arrêtés royaux du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution dans les marchés publics.

En 2014, le Parlement européen et le Conseil ont adopté deux nouvelles directives : la directive n°2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession et la directive n°2014/24/UE sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

Le législateur devait transposer celles-ci pour le 18 avril 2016. Dans les cas de retard dans la transposition de directives, la Cour de Justice reconnaît à une directive un effet direct « si elle est claire, précise, inconditionnelle » (EUR-Lex, 2020). Ce principe permet aux particuliers (ou aux entreprises) d'invoquer directement une norme devant une juridiction nationale ou européenne. De ce fait, certaines dispositions sont devenues applicables en droit belge avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2016.

Le contexte législatif a, une nouvelle fois, quatre ans à peine après l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2006 – qui n'était déjà entrée en vigueur que sept ans après son adoption – été totalement chamboulé et est rentré en vigueur avec plus d'une année de retard, le 30 juin 2017. La réglementation actuelle est constituée de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et des arrêtés royaux du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics, ce dernier arrêté est modifié par l'arrêté royal du 22 juin 2017.

3. Modifications apportées par la législation de 2016

L'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2016 et de ses arrêtés d'exécution le 30 juin 2017 a amené de nombreux changements au cadre législatif et dans la pratique quotidienne. En indiquant de nombreux changements, les propos sont faibles puisque :

« il a été décidé par la Commission (inter)fédérale des marchés publics d'opter pour une refonte complète de la réglementation à savoir une loi sur les marchés publics entièrement nouvelle qui sera suivie des nouveaux arrêtés royaux "*Passation*" et ce pour les raisons suivantes :

- le nombre important de dispositions de la loi marchés publics 2006 qui – en vue de la transposition des directives précitées en droit national – auraient dû soit être remplacées, soit fortement adaptées, ainsi que le nombre important de dispositions nouvelles;
- l'intention du législateur d'appliquer nombre de règles européennes aussi aux marchés publics dont le montant est inférieur aux seuils européens ;
- la volonté d'harmoniser les règles de passation pour les marchés relevant des secteurs spéciaux publics et privés, lesquels étaient soumis sous l'empire de la loi marchés publics 2006 à deux titres distincts comportant des règles différentes et
- le fait que le législateur a souhaité conférer une assise légale plus solide à de nombreuses dispositions qui – sous l'empire de la loi marchés publics 2006 – étaient réglées dans les arrêtés royaux, en particulier l'arrêté royal *Passation* 2011 » (De Koninck et al., 2017, pp.8-9).

Les travaux préparatoires de la directive 2014/24/UE soulignent que les règles des directives de 2004 devaient « être révisées et modernisées pour accroître l'efficacité de la dépense publique, en facilitant notamment la participation des Petites et Moyennes Entreprises (PME) aux marchés publics ». Pour ce faire, l'allotissement⁹ a été rendu obligatoire pour les marchés dont l'estimation est supérieure à 135.000 € (139.000 € depuis le 1^{er} janvier 2020), sauf en cas de motivation, l'objectif étant de renforcer la concurrence et d'ainsi faciliter la participation des PME.

⁹ Subdivision d'un marché susceptible d'être attribuée séparément, en principe en vue d'une exécution distincte (L. du 17/06/2016, art. 2, 52°).

La lourdeur administrative, mise en avant par de nombreux opérateurs économiques et tout particulièrement par les PME et engendrée par l'obligation de fournir un nombre important de documents dans le cadre de la sélection qualitative constitue un frein à la participation de ceux-ci aux marchés publics. En matière de sélection, plusieurs changements sont à souligner :

- l'instauration de mesures correctrices : tout candidat ou soumissionnaire se trouvant dans un des cas d'exclusion visés à l'article 67 ou 69 de la loi peut fournir des preuves attestant que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion. Ces mesures doivent démontrer qu'il a remédié aux conséquences des fautes et infractions commises mais également qu'elles sont de nature à empêcher que celles-ci se reproduisent.
- pour les marchés inférieurs aux seuils de publicité européenne, la déclaration sur l'honneur n'est plus autorisée que pour les situations d'exclusion pour lesquelles le pouvoir adjudicateur peut vérifier gratuitement via les banques de données prévues par la loi. Les autres documents devront être produits par les soumissionnaires.
- pour les marchés au-delà des seuils européens, un document unique de marché européen (DUME) a été créé. Il « consiste en une déclaration sur l'honneur officielle par laquelle l'opérateur économique affirme que le motif d'exclusion concerné ne s'applique pas et/ou que le critère de sélection concerné est rempli et il fournit les informations pertinentes requises par le pouvoir adjudicateur. Le Document Unique de Marché Européen désigne en outre l'autorité publique ou le tiers compétent pour établir les documents justificatifs et contient une déclaration officielle indiquant que l'opérateur économique est en mesure, sur demande et sans tarder, de fournir lesdits documents justificatifs » (L. du 17/06/2016, art.73, §1, al.3). Le modèle du document a été fixé par la Commission de manière uniforme pour l'ensemble de l'Union européenne. L'introduction d'un tel document est perçue comme ce qui pourrait être une « simplification considérable dont bénéficieraient tant les pouvoirs adjudicateurs que les opérateurs économiques » (Préambule de la directive 2014/24/UE, 2014).

Le but était également d'apporter les éclaircissements nécessaires à certains concepts et de prendre en compte la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne. Ainsi, les dénominations des procédures de passation ont été revues.

On ne parle plus d'adjudication et d'appels d'offres ouverts ou restreints mais de procédure ouverte ou restreinte. Il en est de même pour la procédure négociée avec publicité qu'il faut maintenant appeler procédure concurrentielle avec négociation. Dans les autres procédures négociées, le terme "publicité" devient "publication préalable".

Les seuils ont été revus : pour les marchés sur simples factures acceptées, le montant maximum passe de 8.500 € HTVA à 30.000 € HTVA ; pour les procédures négociées sans publication préalable, le montant maximum du marché est fixé à 135.000 € HTVA (139.000 € depuis le 1^{er} janvier 2020) au lieu de 85.000 € précédemment. Les délais de publication ont été uniformisés entre les marchés nationaux et européens.

Dans le but de garantir une saine concurrence et d'éviter que l'adjudicataire soit incapable de réaliser le marché parce que ses prix étaient sous-estimés, l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de demander, pour tous les marchés peu importe le mode de passation, une justification pour tous les prix anormaux qui ne sont pas négligeables. L'adjudicateur doit également demander systématiquement des informations sur le respect des obligations du point de vue du droit environnemental, social et du travail. En cas de non-respect par l'adjudicataire, son offre sera écartée pour cause d'irrégularité substantielle. Le pouvoir adjudicateur a alors l'obligation de communiquer cette infraction à divers organes de contrôle tels que notamment l'auditeur général de l'autorité de la concurrence et la Commission d'agrégation en cas de marchés de travaux.

On assiste aussi à une dématérialisation des procédures par le biais de la plateforme *e-procurement*, les moyens électroniques étant considérés par le législateur européen comme un outil de simplification pour la publicité des marchés mais également comme un moyen de rendre les procédures de passation plus efficaces et transparentes. De plus, le fait de mettre à disposition des opérateurs économiques les documents sous forme totalement électronique et la transmission des communications par voie électronique sont vus par le législateur comme un moyen d'aboutir à plus de transparence mais également comme une économie de temps.

D'autres changements ont été initiés dans le cadre de cette réforme tels que l'assouplissement de la règle du forfait ou encore la modification des règles en matière de modification de marchés. Nous pouvons, en outre, citer l'introduction de nouvelles exclusions dans les marchés de services, l'admission de l'exception des coopérations public-public et la création d'une loi distincte pour les concessions.

4. Simplification administrative

En Belgique, une première simplification de procédure a été introduite par la circulaire du Premier Ministre du 10 février 1998 relative à la sélection qualitative des entrepreneurs, des fournisseurs et des prestataires de services. En effet, la possibilité est laissée aux pouvoirs adjudicateurs d'exiger lors de la remise de la candidature ou de l'offre une déclaration sur l'honneur par laquelle le soumissionnaire ou le candidat atteste qu'il ne se trouve dans aucune des causes d'exclusion prévue dans l'arrêté royal du 8 janvier 1996, les vérifications requises ne devant être effectuées que pour le soumissionnaire retenu avant attribution du marché. Les modalités d'utilisation d'une telle déclaration ont été précisées par une circulaire du ministère de la Région wallonne du 21 mai 2001.

Une seconde circulaire relative, cette fois-ci, à la simplification et à la transparence des marchés publics a été prise par le ministère de la Région wallonne en date du 10 mai 2007. Elle prévoyait d'une part, l'allègement des procédures, tant au stade de la passation que de l'exécution, par l'utilisation des moyens électroniques et d'autre part, la généralisation de l'utilisation de la déclaration sur l'honneur et l'utilisation de *Digiflow*, devenu *Télémarc* depuis lors¹⁰. L'accès à cette plateforme n'est cependant que limitée puisque tous les pouvoirs adjudicateurs n'y avaient pas accès et que seule l'attestation de l'O.N.S.S. permettant de vérifier que le soumissionnaire est en règle en matière de paiement de ses cotisations de sécurité sociale pouvait être accessible. Dans le cadre de la réforme de 2017, les pouvoirs adjudicateurs n'ayant pas accès à la plateforme devaient le solliciter auprès de l'Agence pour la Simplification Administrative (ASA).

Comme nous l'avons mentionné, dès les directives de 2004, la simplification administrative est devenue également le cheval de bataille de l'Europe dans cette matière. La volonté de l'Europe et des acteurs de terrain a été de revoir le cadre juridique dans « un souci de simplification et de modernisation des procédures » (Durviaux, 2014, p.11).

¹⁰ Interface web gratuite donnant accès à plusieurs sources authentiques (Banque nationale, TVA et Impôts, ONSS, BCE et la banque de données des agrégations d'entrepreneurs de la construction) étant uniquement accessible aux pouvoirs adjudicateurs et ayant pour unique but de demander des informations sur les organisations qui soumettent une offre à un marché public.

Dans la réforme transposée en droit belge en 2017, on constate que ce sont principalement les éléments suivants qui ont été mis en place pour répondre à cette volonté :

- la communication entre l'adjudicateur et les opérateurs électroniques passe par une dématérialisation à tous les stades de la procédure de passation. L'arrêté royal *passation* précise les règles applicables aux signatures et aux moyens d'information et de communication ; cette transition au *tout à l'électronique* se déroule par l'intermédiaire de la plateforme *e-Procurement* et de ses 5 applications :
 - *e-Notification* pour la publication et la consultation des avis de marché et les documents de marché en ligne ;
 - *e-Tendering* pour le dépôt et à l'ouverture des offres et demandes de participation électroniques ;
 - *e-Catalogue* pour gérer des catalogues et commander des produits en ligne ;
 - *e-Awarding* pour évaluer les offres et les demandes de participation ;
 - *e-Auctions* pour effectuer les enchères inversées de manière électronique.

Plusieurs échéances ont été fixées pour la mise en place de cette dématérialisation :

- depuis le 18 avril 2017, obligation est faite pour les centrales d'achat d'utiliser les moyens électroniques ;
- au 30 juin 2017, obligation de mise à disposition des documents du marché par voie électronique ;
- au 18 octobre 2018, obligation, pour tous les adjudicateurs, d'utiliser les moyens électroniques pour les marchés dont le montant estimé atteint les seuils de publicité européenne ; des dérogations pour ne pas faire ou ne pas faire exclusivement usage à cette obligation ont été prévues ;
- au 1^{er} janvier 2020 : obligation, pour tous les adjudicateurs, d'utiliser les moyens électroniques pour les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils européens ; des dérogations sont également possibles.

Dans le cadre de cette dématérialisation, la signature électronique des documents est maintenant possible. Il en existe trois types : la signature électronique (scan), la signature électronique avancée (la signature existe dans un logiciel) et la signature électronique qualifiée (via la carte d'identité électronique). Un seul document doit être signé. Il s'agit du rapport de dépôt de l'offre. Lors des procédures restreintes, la signature intervient au dépôt de la candidature et une autre au dépôt de l'offre proprement dite.

Seuls les personnes habilitées et les mandataires munis d'un mandat en bonne et due forme peuvent signer le rapport de dépôt.

- Le DUME : il correspond, pour les marchés avec publicité européenne, à une déclaration sur l'honneur (déjà existante depuis plusieurs années) que les candidats et soumissionnaires doivent produire. Il en est de même lorsqu'ils font appel à la capacité d'un tiers, groupement d'opérateurs économiques ou sous-traitance. Ce document sert de preuve a priori en lieu et place des certificats délivrés par les autorités publiques ou par des tiers (AR 14/01/2013, art. 2, 11°). Par cette déclaration officielle, le candidat ou le soumissionnaire reconnaît notamment :
 - ne pas se trouver dans une situation qui doit/peut entraîner l'exclusion ;
 - répondre aux critères de sélection ;
 - pouvoir produire toutes les preuves requises dans les meilleurs délais.

Ne pas joindre le DUME à l'offre entraîne immédiatement l'écartement de l'offre pour cause de nullité substantielle.

En outre, pour ces marchés, la vérification des motifs d'exclusion est obligatoire pour les candidats et les soumissionnaires mais également pour les membres de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance ou pour toutes personnes détenant un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle. Il en est de même pour l'ensemble des membres d'un groupement d'opérateurs économiques et/ou des sous-traitants. Le législateur européen indique dans le préambule de la directive 2014/24/UE qu'« une plus grande simplification tant pour les opérateurs économiques que pour les pouvoirs adjudicateurs pourrait être obtenue au moyen d'un formulaire type pour les déclarations sur l'honneur, ce qui pourrait réduire les problèmes liés à la formulation précise des déclarations officielles et des déclarations de consentement, ainsi qu'aux questions linguistiques ». Il est considéré, en effet, que pour les premiers, il s'agit d'une suppression de l'obligation de produire un nombre important de documents ou de certificats relatifs aux critères d'exclusion et de sélection et pour les seconds, cela correspond à une obtention simplifiée des informations relatives aux causes d'exclusion et aux critères de sélection.

- *e-Certis* est la banque de données des pièces justificatives les plus demandées dans le cadre des marchés publics en Europe. Elle contient également une liste des banques de données reprenant les informations pertinentes sur les opérateurs économiques et indique quel document peut être considéré comme l'équivalent d'un document émis à l'étranger. Son but est de faciliter la participation aux marchés publics transfrontaliers (Public Procurement, 2014).

1. Méthodologie

1.8. Cadre

Le travail de recherche a débuté par une revue de la littérature scientifique en matière de marchés publics et de simplification administrative principalement. Cette revue scientifique correspond au volet théorique de ce travail. Les principaux sites visités dans le cadre de cette compilation sont *Stradalex*, *Cairn*, les différents sites de l'Union européenne ainsi que les sites de l'Agence pour la Simplification Administrative et d'e-Wallonie-Bruxelles Simplification. Les mots clés les plus couramment utilisés pour cette revue ont été "marchés publics", "simplification administrative", "réforme des marchés publics" et "politique publique". De ces recherches ont découlé des recherches subséquentes nous permettant de compléter notre analyse.

Dès le début du processus de recherche, il avait été décidé que des entretiens seraient réalisés pour le volet pratique de ce travail.

Le parti a été pris de réaliser ces interviews dans un schéma semi-directif. L'entretien semi-directif, également appelé entretien centré, permet de poser précédemment à l'entretien le ou les thème(s) qui seront abordés et l'enquêteur dispose d'un guide d'entretien. « Il se présente sous forme d'un « pense-bête » répertoriant les thèmes qui doivent être abordés au cours de l'entretien » (Berthier, 2010, p.78).

Trois groupes de personnes ont été préalablement définis pour la réalisation de ces entretiens. Ceux-ci correspondent aux différents acteurs gérant régulièrement voire quotidiennement des marchés publics et donc impactés directement par le changement de législation opéré en juin 2017, à savoir :

- des experts du secteur ;
- des membres de pouvoirs adjudicateurs ;
- des soumissionnaires (entreprises et prestataires de services).

Il nous semblait important d'interroger ces différents intervenants de manière à pouvoir analyser si les retombées de cette modification législative sont identiques pour ces trois catégories d'intervenants. Le premier groupe a une vue globale de la matière et forme à celle-ci. Les deux autres groupes sont quant à eux les acteurs principaux d'un marché public.

Pour chacun, nous avons choisi d'interroger trois personnes différentes et ce, afin d'avoir un premier point de vue sur le sujet. Des approfondissements pourront être faits compte tenu des résultats de l'enquête dans le cadre d'un travail de recherche plus conséquent.

Il est important de préciser que nous travaillons dans le domaine des marchés publics depuis 10 ans et que nous avons pu, dans ce cadre, assister à différentes formations sur cette matière ce qui a permis de mieux appréhender la matière et de pouvoir élaborer au mieux le guide d'entretien.

Les interviews ont été réalisées dans le courant du mois de juillet 2020 sur base du guide d'entretien rédigé au préalable. Etant donné le contexte sanitaire, ces entretiens ont été réalisés par visioconférence et enregistrés avec l'accord des interviewés afin d'avoir une vue d'ensemble de ceux-ci et permettant ainsi une analyse qualitative plus aisée. Dans un souci de confidentialité demandée par certains membres du panel, les entretiens ne sont pas retranscrits dans leur intégralité mais présentés sous forme de synthèse dans des tableaux récapitulatifs annexés au présent travail. Les enregistrements restent néanmoins à la disposition du jury.

Le but de ces entretiens était de comprendre la perception du changement opéré et son impact ainsi que le ressenti des praticiens afin d'évaluer au mieux si les objectifs fixés par le législateur européen en matière de politique de simplification administrative dans les marchés publics ont été atteints ou dans la négative, pourquoi cela n'a pas été le cas. Nous pourrions par la même juger si les mesures de simplification prises ont été perçues comme telles par le panel.

Pour ce faire, le guide d'entretien était structuré en trois grandes thématiques permettant de passer d'un thème à l'autre de manière fluide lors de l'entretien.

Ces thématiques sont :

- l'évolution de la législation des marchés publics et le contexte dans lequel celle-ci se déroule ;
- le changement que cela entraîne et ses conséquences ;
- la simplification administrative ;

1.9. Guide d'entretien

Les questions reprises dans ce guide d'entretien ont été rédigées pour servir de base. En fonction de l'interlocuteur, celles-ci ont été modulées et adaptées.

Avant toute chose, le cadre de l'entretien a été posé et expliqué à chaque personne interviewée. Il leur a été ensuite demandé de se présenter et d'expliquer leur parcours par rapport à la matière des marchés publics.

- Pouvez-vous me parler de vous ?
- Depuis combien de temps travaillez-vous dans les marchés publics ?
- En quoi consiste votre travail exactement ?
- Quel est votre secteur d'activité ?
- Quelle est votre vision de la matière ? Le sentiment envers celle-ci est souvent très marqué, soit on aime soit on n'aime pas. Comment pensez-vous que cela s'explique ?

Nous sommes ensuite entrés dans le vif du sujet en abordant les différentes réformes qu'a connues cette législation. Les questions étaient donc axées sur le changement et sur la perception de celui-ci par notre interlocuteur.

- Depuis le début, les marchés publics ont connu différentes réformes d'abord dans un contexte national et ensuite dans un contexte européen. Comment percevez-vous ces réformes ainsi que l'eupéanisation de la matière ?
- Ces réformes sont-elles positives ?
- Est-ce la place de l'Europe, selon vous, pour effectuer de tels remaniements ?
- Comment le dernier changement de législation a-t-il été perçu ?
- Quels ont été les avantages et/ou les inconvénients de celui-ci ?

- Avez-vous perçu des réticences ? A quoi pensez-vous que ces réticences sont dues ? Comment se sont-elles manifestées ? Pouvez-vous parler de résistance ? De quelle sorte ?
- Comment avez-vous appréhendé la dernière réforme ?
- (Comment votre hiérarchie a-t-elle organisé ce changement ? Quels outils ont été mis en place pour vous aider avec celui-ci ?)
- (Comment ont été gérées les réticences (voire résistances) ?)

Nous avons ensuite détaillé les modifications principales apportées au cadre légal et orienté la discussion sur la deuxième thématique que nous souhaitions aborder.

- Quels sont les changements majeurs dans la gestion quotidienne de vos marchés ?
- Considérez-vous que ces changements ont simplifié votre tâche ? Expliquez
- Comment définiriez-vous le concept de simplification administrative ?
- Quels changements pourraient être repris dans son concept au sein de la nouvelle législation ?
- Du point de vue de la sélection qualitative, les changements apportés permettent-ils de simplifier les procédures ? Uniquement pour vous ou pour le pouvoir adjudicateur et/ou les opérateurs économiques (à moduler en fonction de l'interlocuteur) également ?
- Du point de vue dématérialisation des procédures, comment avez-vous vécu la transition ? Disposiez-vous des bons outils pour pouvoir mettre en place cette modification ?

Pour clôturer cet entretien, nous avons voulu connaître le bilan que tirait notre échantillon après 3 ans d'application de la nouvelle législation ainsi que les échos qu'ils pouvaient en avoir auprès de leurs collègues de manière générale d'abord et ensuite d'un point de vue simplification administrative.

- Si vous deviez dresser un bilan après presque 3 ans quel serait-il et pourquoi ?
- Pour vous, cette législation remplit-elle ses objectifs du point de vue simplification administrative et pourquoi ?
- Quand vous en parlez autour de vous, vos collègues ont-ils le même ressenti ?
- Comment percevriez-vous une nouvelle réforme ?
- Si vous deviez apporter des modifications à la législation, quelles seraient-elles ?

- Si vous deviez apporter des modifications relatives à la simplification administrative quelles seraient-elles ?
- Avez-vous des précisions complémentaires ou des informations à apporter qui vous semblent utiles à détailler ?

1.10. Présentation du panel

Experts du secteur

- **Patrick THIEL** : Avocat associé dans le cabinet Equal Partners, il pratique les marchés publics dans tous ces aspects. Passionné par l'écriture, il est notamment l'auteur du "Mémento des Marchés publics et des PPP" qui paraît chaque année et est publié aux éditions Wolters Kluwer et rédacteur en chef de la revue juridique "Marchés et contrats publics". Il est également formateur chez ESIMAP (centre d'Etudes, de Services et d'Information en matière de Marchés Publics).
- **Samuel WAUTHIER** : Actuellement auditeur adjoint à la Cour des Comptes, il a débuté sa carrière auprès de la Chancellerie du Premier Ministre. Il a ensuite été directeur de la centrale d'achats du CPAS de Bruxelles. Il est aussi formateur chez ESIMAP.
- **Véronique VANDEN ACKER** : Avocate associée auprès du cabinet Earth avocats Brussels, elle pratique tous les aspects du droit public économique. Elle a assisté la Chancellerie du Premier Ministre dans les négociations relatives à la directive 2014/23 sur les concessions et dans sa transposition. Elle donne également des séminaires et des formations portant sur les marchés publics.

Membres de pouvoirs adjudicateurs

- **Christine COLLIGNON** est responsable administrative auprès du bureau d'études bâtiments de la Ville de Namur. Elle travaille depuis 2008 dans les marchés publics essentiellement dans le secteur des marchés de travaux.

- **Marie-Noëlle PAVET** est actuellement responsable du pôle juridique du service des affaires juridiques de la Ville de Mons et sera à partir du 1^{er} septembre 2020, directrice des marchés publics au sein de cette même administration. Avant cela, elle a travaillé un an et demi auprès du service des marchés publics de la ville. Précédemment, elle a travaillé chez Hainaut Développement (Province du Hainaut) pendant 9 ans. Elle était alors chargée de donner des séminaires de formations à l'adresse des TPE et des PME et de l'accompagnement de ses structures dans l'élaboration et l'exécution de leurs marchés publics.
- **Etienne CALOMME** est responsable des marchés publics auprès de l'ASBL Mons Arts de la Scène (MARS) depuis 12 ans. Il s'occupe principalement de marchés de fournitures et de services. Auparavant, il a travaillé 3 ans dans le service des marchés publics de la Ville de Mons.

Opérateurs économiques (entreprises et prestataires de services)

- **Adrien MOERS** est, depuis 2006, directeur technique pour Koeckelberg SA, entreprise générale de construction de classe 8 dont les marchés publics représentent entre 40 et 50 % du chiffre d'affaires. Il est responsable du suivi de l'exécution des chantiers et supervise les gestionnaires de chantier.
- **Renaud GELLER** est juriste pour BPC SA, entreprise générale de construction de classe 8. Il est juriste d'entreprise depuis 9 ans. Précédemment, il a travaillé pendant 11 ans pour le BEP, Bureau Economique de la Province de Namur. Il pratique donc la matière des marchés publics depuis 20 ans.
- **Piery GAROT** est CEO de Verixi SA, entreprise de télécommunication dont le secteur d'activités relève principalement du B to B. La société soumissionne en marchés publics depuis 6 ans.

2. Résultats

Le présent point consiste à fournir une synthèse des propos tenus par groupe. Il ne s'agit donc pas d'une position personnelle mais bien de celle des experts, des pouvoirs adjudicateurs et des opérateurs économiques interrogés dans le cadre de ce mémoire.

Pour une meilleure compréhension et une plus grande facilité de lecture, nous avons distingué les informations plus générales sur la perception de la matière et les différentes réformes qui se sont succédées ainsi que la place de l'Europe dans celles-ci, les changements majeurs apportés par la loi du 17 juin 2016 et ses arrêtés royaux d'exécution et la place de la simplification dans cette réforme. Nous terminons ce rapport par le bilan, dressé par le panel, de cette législation après trois ans d'application.

1.11. Experts du secteur

Perception, contexte et évolution

Les marchés publics sont une matière complexe et extrêmement technique en droit qui nécessite de la rigueur, de la précision et un bon raisonnement. Comme la plupart des législations, ils sont vus comme une contrainte qui donne l'impression de faire perdre du temps et donc d'être moins performants alors qu'ils représentent un moyen d'arriver à des objectifs comme notamment une mise en concurrence efficace.

Dans le cadre des dernières réformes, rien n'a été fait pour leur donner une meilleure lisibilité. Les textes législatifs sont mal écrits et manquent de cohérence.

C'est une matière qu'il faut pratiquer et maîtriser pour la trouver intéressante. Il est indispensable de prendre le temps de comprendre la matière pour lui donner du sens par un travail de vulgarisation. Plus la compréhension du domaine est grande, moins il y aura d'erreurs et de problèmes.

Compte tenu des principes fondamentaux du traité, l'intervention de l'Europe au travers des réformes multiples de ces dernières années est logique puisque l'objectif est d'avoir un marché commun. De plus, les marchés publics représentent des sommes beaucoup trop importantes dans un PIB pour limiter leur accès à un seul pays.

Dans les faits, peu d'entreprises étrangères remettent offre parce que quand elles veulent pénétrer un marché, elles préfèrent créer une filiale sur place. L'objectif est donc faussé. Ce sont surtout les très gros marchés qui intéressent les entreprises étrangères : les seuils sont donc trop bas. Cependant, les textes sont rédigés par des diplomates qui ne font que relayer l'avis de leurs experts nationaux. Les rédacteurs des directives manquent donc d'expertise et de connaissance de la matière qui entraînent un problème d'écriture, de manque de clarté et de cohérence.

Il y a également lieu de préciser que le fait que les deux dernières législations ont été si rapprochées a provoqué de la lassitude chez les acteurs de terrain.

L'exercice de transposition n'est pas exemplaire. Le législateur belge a transposé quasiment textuellement les dispositions de la directive, ce qui n'est pas l'objectif d'un tel acte législatif. Il ne s'agit pas d'un règlement mais bien d'une directive.

Il est cependant vrai que dans le cadre des vérifications, la Commission a tendance à demander du mot à mot. Les directives sont libellées dans des termes qui s'adressent aux 27 Etats membres, ce qui nécessite une traduction permettant une compréhension accessible pour chaque pays, traduction qui n'a pas, à ce jour, été réalisée entraînant dès lors des dispositions peu claires. Faire une *tabula rasa* n'était donc pas la bonne solution.

Changements et conséquences

Il y a une contradiction flagrante entre la volonté de faciliter l'accès des marchés publics aux PME et la charge de travail énorme que représente la remise d'une offre. Il est nécessaire de faciliter cela.

Du point de vue du contrôle des prix, la mise en œuvre est compliquée car les pouvoirs adjudicateurs manquent d'outils. S'il n'y a pas de contrôle, des problèmes risquent d'être rencontrés lors de l'exécution du marché. La vérification des offres est donc complexifiée. Sur le long terme, une simplification devrait cependant être constatée puisqu'il devrait y avoir moins de modifications de marché, de problèmes d'exécution et par conséquent, moins de contentieux. Néanmoins, ce n'est pas le seul problème puisque les cahiers spéciaux de charges sont souvent marqués de contradictions.

Le fait de rendre plus strict la possibilité de réaliser des modifications de marché est logique puisqu'il s'agissait d'une atteinte à la concurrence. Néanmoins, devoir recommencer un marché quand il doit faire l'objet de modifications substantielles n'est pas réaliste. La solution offerte par le législateur n'en est pas une, car elle n'est pas réalisable. L'idée est donc bonne mais la mise en œuvre est problématique.

L'obligation de négocier est un changement positif parce que cela permet de récupérer des offres lorsque celles-ci ne sont pas conformes et donc d'élargir la concurrence.

La globalisation et la centralisation des achats sont également un mécanisme extrêmement positif.

La vérification du casier judiciaire de l'ensemble des membres dirigeants d'une entreprise est une intention bonne et louable mais la procédure est trop lourde. Il est nécessaire de créer une base de données qui permettrait de répondre à cette nouvelle règle.

Simplification administrative

L'augmentation du montant de la procédure dite de simple facture acceptée permet d'un point de vue opérationnel une diminution des coûts de fonctionnement.

Le DUME est une excellente idée mais elle n'est pas aboutie. Il manque de clarté, est trop long et d'un point de vue opérationnel, compliqué à mettre en œuvre. Dans la pratique, il s'agit donc d'une simplification pour les entreprises mais pas pour les pouvoirs adjudicateurs puisqu'avant les offres qui étaient exclues ou non sélectionnées pouvaient l'être dès le début de la procédure, il n'était pas nécessaire de les analyser complètement. Le problème est donc déplacé plus tard dans la procédure et accroît le travail des pouvoirs adjudicateurs. D'ailleurs, il est courant que ceux-ci continuent de demander l'ensemble des documents alors que ce document a pour but de ne plus le faire. De plus, le législateur belge a fait de l'absence du DUME une irrégularité substantielle, ce qui n'a pas de sens puisqu'il s'agit d'une simple déclaration sur l'honneur. Par ailleurs, le DUME n'est pas adéquat pour les procédures restreintes puisqu'il est indispensable d'analyser les critères d'exclusion et de sélection pour pouvoir inviter ou non les candidats à remettre une offre.

e-Procurement a le mérite d'exister et d'être gratuit. Néanmoins, son usage est catastrophique. Il y a de nombreux bugs. Dans la pratique, c'est donc un échec : il ne correspond pas aux besoins du terrain. Le côté positif est qu'il y a moins de fraude possible lors de la remise des offres et qu'il existe donc une plus grande sécurité juridique.

Bilan

Le gros défaut de cette législation est qu'elle est mal écrite et difficilement lisible, ce qui est handicapant pour l'exécuter. Le législateur n'a pas été jusqu'au bout des choses. Il faudrait un exercice de réécriture pour la rendre plus cohérente et lisible.

Du point de vue de la simplification administrative, les objectifs ne sont pas atteints. En effet, le principe est présent mais il n'est pas abouti et il ne répond pas à tous les besoins du terrain dans sa mise en œuvre. Il y a quelques bons éléments mais globalement, c'est un échec. L'objectif de simplification de la remise des offres afin de permettre un meilleur accès aux PME n'est pas réalisé.

1.12. Membres de pouvoirs adjudicateurs

Perception, contexte et évolution

Il y a une méconnaissance de la matière. Un travail quotidien est nécessaire pour l'apprécier et en comprendre les tenants et les aboutissants.

Elle est ardue, compliquée et surtout adaptée pour les gros acteurs. La complexité restreint la concurrence et les contraintes administratives et législatives qui en découlent ne permettent pas de la rendre facile. Elle est régie par beaucoup de lois et règlements en mouvement perpétuel et nécessitent de rester à jour ce qui n'est pas toujours possible par manque de temps.

L'uniformisation du cadre législatif entre les différents Etats membres est logique puisque la volonté de l'Europe est d'étendre la concurrence et de permettre la libre circulation. La

barrière de la langue et l'accès aux documents étrangers restent cependant des éléments rendant la mise en pratique complexe.

De plus, la législation relative aux marchés publics s'oppose à d'autres législations nationales (CDLD, TVA, ...). Il y a un manque de coordination dans le chef du législateur belge.

Une petite partie des marchés publics seulement est concernée par l'aspect européen.

Le changement de législation a fait peur mais globalement, il s'est bien passé grâce au *programme 3P* qui établit des mises à jour régulières et qui donne des formations. Il faut néanmoins avoir une connaissance plus pointue de la matière. Le juriste référent a eu un rôle indispensable pour permettre une meilleure transition entre la nouvelle loi et l'ancienne dans les deux administrations.

Changements et conséquences

Au niveau européen, la nécessité de vérifier le casier judiciaire des membres dirigeants des entreprises est contraignant et lourd car les informations sont compliquées à obtenir. Il en est de même pour les informations relatives aux sous-traitants. La charge de travail est donc plus importante et cette vérification demande plus de temps, même s'il est vrai que cela apporte une plus grande sécurité.

La réduction des délais de publication est une bonne chose pour les pouvoirs adjudicateurs mais pas pour les opérateurs économiques qui ont moins de temps pour la rédaction de leur offre.

L'augmentation de la marge de manœuvre pour la négociation est aussi un point positif. Cependant, beaucoup de pouvoirs adjudicateurs dérogent à cette obligation. Il en est de même pour l'allotissement.

L'ajout des clauses de réexamen et des clauses environnementales, sociales et éthiques (ESE) donne l'impression que le législateur demande toujours plus aux pouvoirs adjudicateurs. De plus, imposer le respect des clauses ESE n'est pas une bonne chose pour les PME qui ne savent pas y répondre.

Du point de vue du contrôle des prix, la procédure mise en place est utile mais la mise en pratique est compliquée par manque d'outils qui permettraient une analyse en profondeur.

Simplification administrative

L'augmentation des plafonds est une bonne chose pour les petits pouvoirs adjudicateurs car il y a un allègement des procédures mais la question de la concurrence se pose.

Télémarc est une bonne avancée aussi bien pour les entreprises que pour les pouvoirs adjudicateurs. Seul le casier judiciaire n'est pas accessible.

Le DUME est une simple déclaration sur l'honneur et ce principe existait déjà ; ce n'est donc pas un bouleversement. Pour les soumissionnaires, un tel document facilite le travail. Par contre, les pouvoirs adjudicateurs encourent le risque de travailler inutilement si l'offre est irrecevable, ce qui déplace donc le problème.

La dématérialisation permet une plus grande transparence. Les impressions sont mitigées quant à l'utilisation de la plateforme : d'un côté, la transition s'est bien déroulée ; de l'autre, l'inscription a été ardue et de nombreux bugs ont été constatés. Par contre, il y a une unanimité sur le fait que ce système n'est pas adapté aux plus petites structures. Il y a donc des dérogations pour ne pas passer par une remise électronique des offres. Ce type de procédure est trop contraignant pour les petites entreprises qui sont vite dépassées.

La réalité de terrain n'a donc pas été prise en compte alors que le but de l'Europe est de simplifier l'accès pour les PME.

Le point positif de la dématérialisation est que pendant la crise sanitaire liée à la COVID-19, les agents traitants avaient accès facilement aux offres et ont pu continuer à travailler de chez eux efficacement.

Bilan

Ce changement de législation est une modalisation et un développement lié à une évolution générale de la société qui nécessite de toujours légiférer davantage et d'encadrer de plus en plus strictement le citoyen.

Ces changements ont eu peu d'impacts. Le législateur a surtout manqué une occasion d'apporter de réels changements permettant l'arrivée de nouveaux acteurs.

Il y a une simplification administrative certaine pour les entreprises mais pas pour les pouvoirs adjudicateurs. Il n'y a pas de gain de temps.

1.13. Opérateurs économiques (entreprises et prestataires de services)

Perception, contexte et évolution

La matière des marchés publics est très formelle et procédurière, ce qui la complexifie et la durcit. Elle est interprétable et sujette à beaucoup d'aléas.

Le cadre législatif est très changeant. En exécution, certains marchés sont lancés depuis tellement longtemps que la loi de 1993 est toujours d'application. Il y a donc pour l'instant trois législations applicables, ce qui nécessite de devoir maîtriser trois fois plus de matière.

Sur le terrain, le suivi de chantier devient très juridique. Les modifications de législation nécessitent pour les entreprises de devoir s'entourer d'un juriste car la matière devient de plus en plus complexe et formelle.

Pour mieux appréhender la nouvelle réglementation, des formations ont été suivies mais c'est sur le terrain qu'on apprend le plus.

Il y a un certain trouble provoqué par les changements rapprochés de législation. La législation précédente n'était pas si ancienne.

Il y a des difficultés pour maîtriser la matière parce que le court temps entre ces modifications ne permet pas de s'y plonger correctement. Il y a une incohérence dans le fait que l'arrêté royal fixant les règles générales d'exécution, bien que modifié par un arrêté royal le 22 juin 2017, a une date antérieure à la loi (14 janvier 2013 – 17 juin 2016).

Une des entreprises souligne qu'elle a le sentiment qu'il y a un manque de connaissances et de formations dans le chef des pouvoirs adjudicateurs qui maîtrisent mal la législation entraînant ainsi des problèmes dans la mise en œuvre des règles.

L'intervention de l'Europe est nécessaire pour arriver à un marché unique et à l'élargissement de la concurrence. Dans les faits, la concurrence est surtout élargie pour les gros marchés sinon il y a peu d'entreprises étrangères qui soumissionnent en Belgique.

Il faudrait favoriser des règlements plutôt que les directives car la transposition étatique crée des différences dans les législations applicables au niveau des différents Etats membres.

Il y a une grande hypocrisie de la part de l'Europe. En effet, les pouvoirs adjudicateurs demandent que l'offre remise soit la moins chère. Les entreprises doivent donc remettre des prix très bas et font donc appel à de la main d'œuvre étrangère pour ce faire ce qui favorise la libre circulation des personnes. Cependant, un tel procédé est contraire aux règles contre le *dumping social*. Une telle exigence de la part des pouvoirs adjudicateurs entraîne donc des dérives. De plus, se limiter au prix a des conséquences sur la qualité.

Changements et conséquences

L'allotissement n'est pas un changement positif pour les grosses entreprises car un tel procédé est moins intéressant par rapport au chiffre d'affaire que doivent atteindre les entreprises pour qu'un chantier soit rentable. Pour les plus petites structures, la conclusion est la même mais pas la justification. En effet, elles considèrent que les pouvoirs adjudicateurs dérogent trop souvent à la règle de l'allotissement.

Les justifications de prix sont au pouvoir discrétionnaire des adjudicateurs. La jurisprudence actuelle est défavorable aux entreprises sur ce point. Cette procédure est vue comme une cosmétique retardant l'éviction d'un soumissionnaire. Il y a d'ailleurs un contentieux important sur ce point. Ces demandes de justification sont de plus en plus nombreuses et nécessitent donc un travail accru.

L'obligation pour les entreprises de dénoncer les problèmes rencontrés lors de l'exécution du chantier est une procédure lourde qui dégrade les relations avec les pouvoirs adjudicateurs. Les entreprises ont l'obligation de dénoncer les faits par un courrier recommandé sous peine d'être forclos de leurs droits même si le problème est connu du pouvoir adjudicateur. Un tel formalisme durcit les relations plutôt que de résoudre les problèmes.

Simplification administrative

Le DUME a l'avantage d'être un document unique pour tous les candidats et soumissionnaires. Cependant, les pouvoirs adjudicateurs continuent de demander les documents aux entreprises au moment de la soumission. Il n'y a donc pas de différence.

Le fait de devoir donner le nom des sous-traitants et de devoir fournir les éléments relatifs à leur capacité a un impact important pour les entreprises. En effet, il n'est pas réaliste de croire que les entreprises connaissent à l'avance leurs sous-traitants. Il y a parfois un délai long entre la remise de l'offre et l'exécution du chantier. Il peut se passer une multitude d'événements qui contraignent les entreprises à changer de sous-traitants. Elles n'ont pas les moyens pour contraindre les sous-traitants de les suivre une fois le marché obtenu. Il n'existe pas de système de clause suspensive dans les contrats de sous-traitance.

La dématérialisation est un phénomène de société : il est souhaitable qu'il y ait moins de papier. Pourtant, certains pouvoirs adjudicateurs continuent de réclamer des dossiers papiers complets. La plateforme est mal faite et est sujette à de nombreux plantages. Elle n'est pas pratique et pas optimale.

Bilan

Il n'y a plus besoin de modifications législatives. Il est surtout important de digérer et assimiler la matière. Les entreprises ont des connaissances techniques et liées à leur secteur d'activités et pas juridiques. La réglementation devient beaucoup trop technique en droit et formelle.

Il n'y a pas de constat de simplification que du contraire. La matière est de plus en plus compliquée car il y a plus de documents à fournir et plus de justifications à apporter qu'avant.

Il n'y a pas de simplification administrative et encore moins une plus grande facilité d'accès pour les PME.

3. Discussion

Dans ce point, nous allons tester notre question de départ en mettant en relation les similarités et les différences qui ressortent des entretiens et en appuyant également nos propos de références scientifiques.

Nous terminerons en dressant une évaluation de la législation sur base des propos des interviewés et évoquerons les pistes de réflexion émises lors des entretiens et dont il pourrait être utile de tenir compte pour une prochaine révision de la législation et qui pourrait permettre une meilleure mise en œuvre de la politique de simplification administrative dans le domaine des marchés publics.

Notre étude se basant sur une comparaison de la vision des différents acteurs sur les mesures de simplification administrative intégrée par la dernière réforme de la législation, il était nécessaire pour commencer de connaître leur sentiment général sur la matière des marchés publics et sur la place de l'Europe dans les remaniements successifs dont ils font régulièrement l'objet ces dernières années.

Comme l'indique Kris Wauters (2011, p.47), « cela résonne comme un *mantra* : le droit est complexe. Le droit des marchés publics et, par extension, le droit des contrats publics, n'échappe pas à cette complexité ». D'un avis unanime, il ressort des entretiens que les marchés publics sont une matière complexe et technique qui nécessite de la précision, de la rigueur mais surtout de la pratique pour mieux l'appréhender. Autant de formalisme est perçu comme une contrainte alors que le but est de garantir une meilleure gestion des deniers publics, une plus grande sécurité juridique et le respect des principes généraux de droit applicables.

La place de l'Europe dans les différentes réformes n'est pas contestée par le panel. Son but est d'arriver à un marché unique et elle s'en donne les moyens en élargissant la concurrence, d'autant plus que les marchés publics représentent des sommes considérables.

Lors de la dernière réforme, le législateur belge a, semble-t-il, confondu directives et règlements en transposant les directives quasiment mot à mot, créant ainsi des dispositions qui ont peu de sens. Les directives s'adressent à l'ensemble des Etats membres et il était nécessaire de les traduire dans un contexte national.

Comme le soulignent Flamme et al. (2009, pp.343-344), « une réglementation est nécessaire pour libéraliser (de façon à maintenir la pression pour empêcher le retour des protectionnismes), mais pas suffisante, car un certain nombre de pratiques administratives discriminatoires subsistent dans la plupart des Etats membres. La transposition des directives dans chaque droit national laisse subsister des droits nationaux dans le domaine des marchés publics largement différents d'un pays à l'autre ».

Le panel indique que la législation belge manque de clarté et est pleine d'incohérences. Il souligne que la législation est devenue de plus en plus imposante avec de nombreuses lois et arrêtés royaux.

Nous ne pouvons que leur donner raison de constater la forte inflation législative dont ont fait l'objet les marchés publics. En effet, à l'origine, la législation des marchés publics n'était composée que de deux articles alors qu'à ce jour, 348 articles forment la législation des marchés publics en ne tenant compte que des lois. Il faut donc encore y ajouter les arrêtés royaux d'exécution. Dans son ouvrage, l'UVCW soulève également que le nombre de définitions a doublé entre la loi du 15 juin 2006 et la loi du 17 juin 2016 qui définit en son article 2 presque 60 termes et expressions et que des notions équivalentes sont parfois définies de manière sensiblement différentes (Bollen et al., 2017).

Les changements successifs de législation ne facilitent pas la pratique de la matière et donc le quotidien des praticiens. Les marchés publics nécessitent l'intervention de techniciens – terme qu'il faut entendre au sens large – pour être exécutés et il leur est demandé de se référer à des règles qui deviennent de plus en plus formelles et procédurières ce qui les éloignent de leur formation de base. Ces propos sont confirmés par De Koninck et al. (2017, p.55) :

« Alors que les praticiens sont en demande de stabilité, le législateur a privilégié une approche que l'on peut qualifier de "tabula rasa" à plusieurs niveaux : reprise littérale de la terminologie de la directive en remplaçant des concepts bien connus en Belgique, structure calquée sur celle de la directive, insertion d'un nombre conséquent de dispositions dans la loi au lieu des arrêtés royaux, fréquente application de règles identiques (et donc plus strictes) au-dessus et en-dessous des seuils, etc. On comprend aisément que cette approche facilite le travail de transposition du législateur belge, lequel s'est souvent limité à reproduire à l'identique le texte européen, y compris parfois dans ses incohérences ou ses insuffisances.

Cette méthodologie ne correspond pas à la philosophie du mécanisme de transposition, lequel vise en principe à insérer dans son système juridique une règle de droit afin de remplir les objectifs d'une directive de l'Union européenne, à la différence du règlement qui s'applique directement dans l'ordre juridique interne. A la décharge du législateur belge, on ne peut que déplorer une approche de plus en plus rigide de la Cour de justice, laquelle exige bien souvent une reprise quasi textuelle des dispositions des directives pour déclarer qu'une transposition complète et conforme a été réalisée par l'Etat membre. Il s'agit d'une évolution – inéluctable ? - qui dépasse le législateur belge et la seule matière des marchés publics ».

L'Europe s'était fixé quatre objectifs de simplification :

- faciliter la tâche des opérateurs économiques ;
- alléger le travail des pouvoirs adjudicateurs ;
- garantir une plus grande accessibilité aux PME ;
- assurer une plus grande sécurité juridique.

Le panel ne semble pas convaincu par le fait que ces objectifs soient atteints. De nombreux changements ont été apportés mais la mise en œuvre de ceux-ci est plus que problématique. Souvent, ces modifications ne répondent pas à la réalité du terrain, aux besoins et aux outils dont disposent tant les pouvoirs adjudicateurs que les opérateurs économiques. Les experts qui sont en contacts réguliers avec les praticiens rejoignent cet avis.

Les adjudicateurs reconnaissent l'utilité de nombreuses mesures mais se heurtent régulièrement à des problèmes de mise en pratique par manque de moyens. Ils ne disposent pas des outils nécessaires pour analyser en profondeur ou obtenir les informations facilement. A titre d'exemples, nous pouvons citer l'obligation de contrôler les prix ou encore la vérification du casier judiciaire des membres dirigeants des entreprises. Ces dispositions permettent une plus grande sécurité juridique sans nul doute mais leur mise en œuvre est très contraignante.

Les opérateurs économiques, tout comme les adjudicateurs, reconnaissent l'utilité des mesures mais mettent en avant un travail accru par le fait de devoir sans cesse fournir plus de documents et apporter plus de justifications. C'est le cas notamment pour les justifications de prix.

Nous noterons également l'effet pervers de l'allotissement : les grosses entreprises déplorent cette mesure qui n'est pas positive pour eux et les petites structures la regrettent parce qu'elles considèrent que les pouvoirs adjudicateurs n'allotissent pas assez et dérogent donc trop souvent à cette possibilité.

Quant au DUME et à la dématérialisation qui sont les deux armes de l'Europe pour mettre en place les mesures de simplification administrative, il ne semble pas non plus que cela soit une réussite. En effet, concernant le DUME, tous reconnaissent que l'idée est excellente. Même si le principe de la déclaration sur l'honneur existait déjà, il a le mérite d'être unique pour l'ensemble des candidats et soumissionnaires. Cependant, ce document manque de clarté et est trop long et compliqué à mettre en œuvre. Il s'agit d'une simplification administrative dans le chef des opérateurs économiques mais n'en est pas une dans le chef des pouvoirs adjudicateurs. Pour eux, le problème est déplacé puisqu'il y a un risque qu'ils analysent des offres qui seront considérées comme irrecevables. Il ressort des entretiens qu'il est courant que les adjudicateurs demandent l'ensemble des documents prouvant que les candidats et soumissionnaires ne se trouvent dans aucun des cas d'exclusion et répondent aux critères de sélection malgré le DUME. Dans ce cas, nous ne pouvons pas parler de simplification administrative pour les opérateurs économiques non plus. Sans compter que la partie relative à la capacité des tiers et des sous-traitants ne correspond pas à la réalité des entreprises qui ne peuvent garantir la présence d'un sous-traitant précis plusieurs mois après lors de l'exécution du chantier. De plus, le législateur belge en faisant de l'absence du DUME une irrégularité substantielle a restreint en quelque sorte la concurrence puisque des offres sont exclues alors qu'elles sont peut-être recevables une fois analysées. Concernant la dématérialisation, le législateur européen a laissé la mise en œuvre de cette mesure au législateur belge. La plateforme *e-Procurement* a le mérite d'exister et d'être gratuite. Elle permet également d'avoir une plus grande sécurité juridique lors de l'ouverture des offres. Mais là encore, tous les acteurs questionnés s'accordent à dire que l'utilisation de cette plateforme n'est pas optimale. Elle connaît de nombreux bugs et n'est pas pratique.

De plus, le système n'est pas adapté aux petites structures. Pour pallier cela, les adjudicateurs dérogent à l'utilisation des moyens électroniques en permettant pour les plus petits marchés l'usage des dossiers papier.

Notons que certaines mesures ont bel et bien simplifié la pratique des marchés publics. Nous pouvons citer la plus grande flexibilité laissée aux adjudicateurs dans le cadre des négociations, leur permettant de récupérer des offres incomplètes et élargissant ainsi la concurrence.

Nous pouvons citer également l'augmentation des plafonds pour les procédures dites de simple facture acceptée et pour les procédures négociées sans publication préalable, offrant plus de souplesse aux adjudicateurs et un gain de temps dans la gestion de ces marchés et réduisant ainsi les coûts opérationnels.

L'objectif de faciliter l'accès des marchés publics aux PME n'est pas atteint. Nous pouvons même dire que c'est un échec. Les mesures mises en place (allotissement, dématérialisation, clauses ESE, ...) étant trop loin de la réalité pour les plus petites structures.

Nous pouvons donc conclure que la réforme des marchés publics de 2017 n'est une simplification administrative pour aucun des acteurs. Nous pouvons même dire que la matière devient de plus en plus complexe et technique en droit.

Nous avons demandé aux différents intervenants comment ils percevraient une nouvelle réforme et quelles modifications ils apporteraient à la législation actuelle pour faciliter son utilisation. Il en ressort qu'il y a des changements nécessaires et logiques et que cela fait partie d'une évolution générale de la société. Il faudrait que le législateur réfléchisse sur l'évolution de la matière en tenant compte des avis des acteurs de terrain qui bénéficient d'une certaine expertise. Il y a une nécessité de simplifier et de nettoyer ce qui existe pour apporter plus de clarté.

CONCLUSION

Au terme de cette recherche, il est essentiel de constater que malgré les contraintes engendrées par les multiples réformes subies par la réglementation des marchés publics ces quinze dernières années, les acteurs de terrain ont pu y faire face en s'organisant pour pouvoir mettre en place les nouvelles mesures dans des délais parfois assez courts. La question de recherche était la suivante : « La réforme des marchés publics de 2017 répond-elle aux objectifs de simplification administrative qui étaient ceux du législateur européen ou au contraire n'a-t-elle pas rendu plus compliqué encore les règles en vigueur ? ».

Pour répondre à cette question, l'analyse théorique définit le concept de "politiques publiques" et de "simplification administrative" et en explique les objectifs et développe ensuite un historique des marchés publics et les notions nécessaires à une meilleure compréhension de la matière pour ensuite détailler les modifications apportées par la réforme de 2017 et tout particulièrement en matière de simplification administrative. Dans la partie pratique, le choix s'est porté vers de multiples entretiens avec des experts, des adjudicateurs et des opérateurs économiques. Sur base des réponses obtenues lors des interviews, un bilan de la réforme a été dressé.

A la lumière de ce bilan, nous constatons que les idées mises en place par le législateur sont bonnes mais qu'elles ne sont pas suffisamment abouties pour permettre une mise en œuvre optimale. Le législateur n'a pas été jusqu'au bout des choses. Il n'a pas tenu compte de la pratique quotidienne de la matière. La volonté d'encadrer l'usage de la matière a pris le dessus sur le réel besoin de simplification nécessaire dans le cadre des marchés publics. Cette conclusion est unanime tant pour les experts, que pour les adjudicateurs et les opérateurs économiques. Aucun ne constate de changement positif permettant de dire qu'il y a une simplification de la matière. Il y a à tout le moins un statu quo voire même une complexification pour certains aspects.

La volonté de l'Europe d'apporter de la cohérence aux textes légaux et de simplifier la législation n'est clairement pas atteinte dans le cas présent. Nous assistons en effet à une inflation législative et à une formalisation de plus en plus accrue de la matière, rendant celle-ci difficilement accessible à un tout un chacun. Nous assistons à du juridisme à outrance s'éloignant ainsi de la réalité du terrain. Il s'agit là de l'évolution générale de la société qui nécessite de légiférer toujours plus.

Le législateur souhaite cadenasser au maximum pour limiter les abus. Le problème est que cela laisse peu de marge de manœuvre et qu'il n'est surtout pas possible de prévoir l'imprévisible. « Faut-il encore souligner que, pour une part, la complexité administrative est la résultante d'un état de fait lui-même complexe et qu'elle constitue un point d'équilibre dans la régulation publique d'intérêts contradictoires dans le but de maintenir un certain niveau de concorde dans nos sociétés ? Tous ces éléments tendent à démontrer, à mes yeux, qu'il est vain d'espérer une diminution significative du nombre de lois ou de règlements et qu'au contraire, il faut s'attendre à une augmentation continue de ces textes et de leur complexité intrinsèque » (Istasse in Declerc, 2006, p.75).

Ce travail a tenu compte de l'avis des différents secteurs concernés par la problématique. Il s'agit toutefois d'avis basés sur l'expérience personnelle de chaque intervenant et non pas d'une étude à grande échelle permettant d'objectiver le résultat obtenu. Nous pensons cependant, qu'étant donné la convergence de ces avis, il permet d'avoir une position fiable sur la question.

Comme l'indique Charles Istasse (Declerc, 2006, pp.72-73), « force est de constater une certaine perplexité dans le chef du citoyen, du candidat créateur ou du chef d'entreprise dont la perception de la réduction des charges administratives peut être bien différente, l'administré ayant l'impression que les charges ne font qu'augmenter, qu'elles lui prennent de plus en plus de temps et qu'elles lui coûtent plus, peu importe qu'il externalise ou non la gestion de celle-ci. On peut s'interroger sur cette perception différente. Les discours politiques qui vantent les progrès de la simplification administrative ne sont pas faux : ils reposent sur des progrès bien réels, qu'il s'agisse de mesurer une série de mesures simplificatrices inscrites dans les faits ».

Il nous apparaît nécessaire que le législateur, tant belge qu'européen, avant d'envisager une nouvelle réforme, dresse une évaluation de la législation actuellement en vigueur et en tire les leçons permettant d'adapter les dispositions en vigueur pour qu'elles répondent plus aux besoins des utilisateurs.

BIBLIOGRAPHIE

1. Littérature

Berthier, N. (2010). Les techniques d'enquête en sciences sociales. Méthodes et exercices corrigés. Armand Colin. 4^e édition.

Bertrand, V. (2014). La réforme de l'attribution des marchés publics. In A.L. Durviaux, & N. Thirion. (2014). *La réforme du droit des marchés publics*. (pp.87-137). Bruylant.

Bollen, S., Lambert, M., & Van Rillaer, M.-L. (2017). Nouvelle réglementation des marchés publics : quels changements ? *Les essentiels des Pouvoirs locaux*. Editions Union des Villes et Communes de Wallonie ASBL.

Cabuy, Y., Dereau, G., Dor, V., Duprez, B., Libert, Y., Paiva, I., Thiel, P. et Vastmans, M., & Wauthier, S. (2019). L'histoire des marchés publics. In *Le droit des marchés publics en Belgique*. (pp.57-80). Larcier.

Chidiac, M.-J. (2006). Administrateurs de demain – Répondre aux exigences, relever les défis. In A. Declerc. (2006). *La simplification administrative : leurre ou réalité ?* (pp.51-67). Larcier.

Declerc, A. (2006). La simplification administrative : leurre ou réalité ? *Les cahiers des sciences administratives*. 7/2006. Larcier.

Dubois, C., & Pan-Van De Meulebroeke, L. (2019). Questions choisies sur les marchés publics à l'intention des entreprises. *RPS-TRV*. 2019/8. 831-848.

De Koninck, C., Flamey, P., & Wauthier, S. (2017). La loi relative aux marchés publics du 17 juin 2016 – Ratio legis, champ d'application et nouveautés. *E. & D.- T. & A*. 2017/1. 7-58.

de Maillard, J., & Kübler, D. (2016). Analyser les politiques publiques. Presses universitaires de Grenoble. doi :10.3917/pug.kuble.2016.01.

Durviaux, A.L. (2014). Présentation générale de la réforme et étude du champ d'application. In A.L. Durviaux, & N. Thirion. (2014). *La réforme du droit des marchés publics*. (pp. 1-86). Bruylant.

Flamme, M.A., & Dardenne, C. (2009). Les marchés publics européens et belges : l'irrésistible européanisation du droit de la commande publique. Larcier.

Mougeot, M., & Naegelen, F. (1992). L'ouverture des marchés publics dans la Communauté Economique Européenne. *Politiques et management public*. 10(2). 61-80. doi : 10.3406/pomap.1992.3052

Nihoul, P., & Bombois, T. (2015). Les nouvelles directives marchés publics et concessions. *Journal de droit européen*. 2(216). Larcier.

Istasse, C. (2006). L'intégration de la simplification administrative dans la décision politique : un « combat » permanent. In A. Declerc. (2006). *La simplification administrative : leurre ou réalité ?* (pp.69-88). Larcier.

OCDE. (2011). Pourquoi la simplification administrative est-elle si compliquée ? Perspectives au-delà de 2010. *Eliminer la paperasserie*. Editions OCDE. doi : 10.1787/9789264089778-fr

Parlement européen. (2019). Fiches techniques sur l'Union européenne : Marchés publics. Retrieved July, 2019 from www.europarl.europa.eu/factsheets/fr.

Thiel, P. (2019). Mémento marchés publics et PPP 2020 - Tome 1 : commentaires. Wolters Kluwer.

Van Haeperen, B. (2012). Que sont les principes du New Public Management devenus : Le cas de l'administration régionale wallonne. *Reflets et perspectives de la vie économique*, tome li(2). 83-99. doi:10.3917/rpve.512.0083.

Vlassembrouck, F., Moonen, W., & Laghmich, Y. (2019). Signature dans les marchés publics : (r)évolution digitale et autres points d'attention. In EBP Consulting. *Jaarboek Overheidsopdrachten 2018-2019/Chronique des Marchés publics 2018-2019*. (pp.449-465).

Wauters, K. (2011). La complexification du droit des contrats et marchés publics. *Marchés et contrats publics*. 2. (pp.147-150).

2. Documents législatifs

Directive n°2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (J.O.U.E 28 mars 2014).

Loi du 17/06/2016 relative aux marchés publics (M.B. 14 juillet 2016).

Projet de loi relatif aux marchés publics, exposés introductifs, *Doc.*, Ch., 2015-2016, n°1541/011, p.14.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (J.O.U.E 26 février 2012).

3. Documents académiques

Surel, Y. Politiques publiques. Année académique 2002-2003. Sciences Po Grenoble.

4. Autres documents

Commissariat wallon E-Administration et Simplification (Easi-wal). (2006). Découvrir les outils de la simplif. Document fourni par Dagnies, J. le 08/03/2019. (indisponible).

Commissariat wallon E-Administration et Simplification (Easi-wal). (2006). La simplification administrative : l'approche – les outils – la dématérialisation. Document fourni par Dagnies, J. le 08/03/2019. (indisponible).

5. Sites internet

Conseil de l'Union Européenne. (2019). Site de l'Union Européenne. Retrived June, 2020 from <https://www.consilium.europa.eu/fr/>.

EUR-Lex. (2020). Point d'accès à la législation de l'Union Européenne sur le web. Retrieved June, 2020 from <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=fr>.

Fedweb. (2018). Simplification administrative dans l'administration fédérale. Retrieved June, 6, 2020 from

https://fedweb.belgium.be/fr/a_propos_de_l_organisation/administration_federale/mission_vision_valeurs/simplification_administrative.

Union Européenne. (2019). Règlements, directives et autres actes législatifs. Retrieved June, 2020 from https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_fr.

Public Procurement. (2014). Portail des marchés publics du Service Marchés Publics du SPF Stratégie et Appui. Retrieved June, 2020 from <https://www.publicprocurement.be/fr/ecertis>.

