

Nouveautés dans les marchés publics : avances, indemnités de soumission et planification plus intelligente !

Le législateur belge continue de chercher avec diligence des moyens de promouvoir l'accès des PME aux marchés publics. Le 8 janvier 2024, la [loi du 22 décembre 2023](#) a été publiée au Moniteur belge, apportant quelques nouveautés spécifiques et importantes en termes d'avances, d'indemnités de soumission et d'informations pour les soumissionnaires. Ci-dessous, nous développons les détails et précisons à partir de quand vous devez en tenir compte.

I. Avances

a. Principes

Jusqu'à récemment, les avances dans le cadre des marchés publics étaient plutôt exceptionnelles. C'est toujours la règle fixée par le nouvel article 12/I de la loi sur les marchés publics : en principe, les adjudicateurs ne doivent pas payer d'avances, sauf si leurs propres documents de marché en disposent autrement. Toutefois, ce principe est fortement nuancé : désormais, deux exceptions importantes s'appliquent, dans lesquelles les avances sont obligatoires pour certains adjudicateurs. Il s'agit de l'Etat, des Régions, des Communautés, des pouvoirs publics locaux ainsi que des pouvoirs adjudicateurs dont les activités sont principalement financées par l'un des pouvoirs adjudicateurs précités et dont la gestion est soumise à leur contrôle.

Ces adjudicateurs sont tenus de verser une avance lorsque :

A. Premièrement, ils utilisent la procédure négociée sans publication préalable parce que (i) la valeur du marché est inférieure à 143 000 euros, (ii) une première procédure ouverte ou restreinte s'est révélée infructueuse ou (iii) il s'agit de produits fabriqués exclusivement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement.

B. D'autre part, ils utilisent une procédure autre que la procédure négociée sans publicité préalable et, en outre, l'adjudicataire final est une PME. Le paiement d'une avance devrait permettre aux PME d'augmenter leurs liquidités.

Étant donné que les adjudicateurs susmentionnés sont responsables d'une grande partie des marchés publics en Belgique, que la majorité des marchés sont aujourd'hui encore attribués par le biais d'une procédure ouverte ou restreinte et que les PME représentent 99,8 % du nombre d'entreprises en Belgique, cette deuxième "exception" est certainement très pertinente.

Contrairement à ce que suggère le principe général, cela signifie que des avances devront être accordées pour un très grand nombre de marchés. En outre, même dans les cas restants, un adjudicateur peut toujours choisir volontairement de payer une avance dans les documents de marché.

La loi prévoit cinq exceptions aux deux hypothèses précédentes dans lesquelles ledit pouvoir adjudicateur n'est toutefois pas tenu de verser une avance. Entre autres, l'obligation ne s'applique pas aux marchés qui comportent à la fois le financement et l'exécution de travaux et éventuellement de services (par exemple, les marchés de type DBFM), ni aux marchés dont le délai d'exécution est plus court que deux mois.

En ce qui concerne les accords-cadres, la réglementation sur les avances ne s'applique pas à la totalité de l'accord-cadre, mais à chaque marché passé dans le cadre de l'accord-cadre.

b. Montant de l'avance.

Les nouvelles dispositions prévoient en outre une réglementation étendue sur le montant et le calcul des avances. Il s'agit principalement d'utiliser des pourcentages sur une certaine valeur de référence.

Cette valeur de référence dépend de la durée du marché public :

- Pour les marchés d'une durée inférieure ou égale à 12 mois, la valeur de référence pour le calcul de l'avance est égale au montant initial du marché, toutes taxes comprises.
- Pour les marchés d'une durée supérieure à 12 mois, un montant (théorique) inférieur doit être pris en compte, faute de quoi, selon le législateur, il en résulterait une avance trop élevée. Pour calculer la valeur de référence de ces marchés plus longs, le montant initial du marché doit être multiplié par 12 et divisé par le nombre de mois de la durée. Exemple chiffré : un marché de 5 millions d'euros d'une durée de 48 mois a une valeur de référence de $(5.000.000 \times 12) : 48 = 1.250.000$ euros.
- Pour les marchés à durée indéterminée, 12 fois la valeur mensuelle sera utilisée comme valeur de référence.

Un pourcentage est ensuite appliqué à cette valeur de référence. Ce pourcentage varie en fonction de l'hypothèse applicable, de la nature du marché et/ou de la taille de l'adjudicataire :

- Dans l'hypothèse A (voir ci-dessus), l'avance est en principe de 15 % de la valeur de référence ;
- Dans l'hypothèse B, le pourcentage dépend du type de PME. En principe, les micro-entreprises peuvent prétendre à une avance de 20 %, tandis que les petites et moyennes entreprises ont un taux de 10 % et 5 % respectivement.

Les documents de marché peuvent toujours stipuler un pourcentage plus élevé, qui ne peut pourtant pas excéder 20 %.

Indépendamment de ces pourcentages, l'avance ne peut généralement pas dépasser 225.000 euros. Une micro-entreprise qui serait adjudicataire sur le marché de l'exemple ci-dessus d'une valeur de référence de 1.250.000 euros et qui aurait droit à une avance de 20% (soit 250.000 euros) verrait donc son avance plafonnée à 225.000 euros.

Dans un certain nombre de cas spécifiques, les adjudicateurs peuvent s'écarter du pourcentage maximum de 20%, et aucun plafond absolu ne s'applique. Ces cas correspondent à ceux déjà prévus à l'article 67 RGE. Il s'agit notamment des marchés qui nécessitent des investissements initiaux très importants.

Enfin, le Roi est autorisé à élaborer des modalités des avances spécifiques pour faire face à des circonstances économiques exceptionnelles. Le cas échéant, l'avance ne peut excéder 30 %. Cela a déjà été fait en [décembre 2022](#), suite à la guerre en Ukraine.

c. Imputation de l'avance

L'avance est imputée sur les montants dus à l'adjudicataire, selon les modalités prévues dans les documents du marché. En absence de mention, l'imputation s'effectue en deux temps :

- La première moitié de l'avance est imputée sur les sommes dues lorsque la valeur des prestations exécutées correspond atteint 30 % du montant initial du marché.
- La deuxième moitié de l'avance est ensuite réglée lorsque le montant des prestations exécutées atteint 60 % du montant initial du marché.

Si des paiements intermédiaires ne sont pas prévus, l'avance sera imputée sur la facture finale.

d. Entrée en vigueur

La nouvelle réglementation sur les avances s'applique - rétroactivement - à tous les marchés publiés à partir du 1er janvier 2024. Il est intéressant de noter que la disposition de la loi de modification du 22 décembre 2023 qui prévoit cette rétroactivité n'est elle-même entrée en vigueur que le 1er février 2024.

Pour les contrats publiés en janvier 2024, cela peut être source d'ambiguïté, surtout si les documents du marché n'ont pas encore été adaptés à la nouvelle réglementation.

2. Frais d'appel d'offres

Les adjudicateurs peuvent demander dans les documents du marché que les offres soient accompagnées d'échantillons, de maquettes, de prototypes, de dessins, d'autres conceptions graphiques, etc. (par exemple, dans le cadre de marchés d'architecture ou de conception et de construction). Afin de répondre aux efforts considérables que les adjudicataires doivent déjà fournir dans ce cas avant même de savoir s'ils peuvent effectivement (continuer à) exécuter le marché, le pouvoir adjudicateur doit en principe payer aux soumissionnaires non retenus ce que l'on appelle une indemnité de soumission.

Cette obligation de principe doit être nuancée. En effet, elle ne s'applique pas à toutes les procédures de passation. Dans le cadre d'une procédure ouverte ou d'une procédure négociée directe avec publication préalable, il n'y a pas lieu de payer une indemnité de soumission. Selon le législateur, le contraire imposerait une charge financière trop importante au pouvoir adjudicateur, car dans ces procédures, aucune limitation du nombre d'offres n'est possible.

En outre, le pouvoir adjudicateur est libre de déterminer le montant de l'indemnité dans les documents du marché. Il a également la possibilité de décider de ne pas octroyer d'indemnité de soumission ou de n'accorder qu'une indemnité réduite si une offre est substantiellement irrégulière ou inacceptable. Il reste donc à voir comment les adjudicateurs traiteront cette question dans la pratique. Le législateur encourage d'ores et déjà les adjudicateurs à prévoir une indemnité de soumission raisonnable, car cela augmentera le nombre de parties intéressées et la concurrence.

Les indemnités de soumission doivent être payés au plus tard 30 jours après la conclusion du contrat et au plus tard 6 mois après la décision d'attribution. La date de paiement doit également être mentionnée dans les documents du marché.

Cette nouvelle réglementation au sujet des indemnités de soumission s'appliquera à tous les marchés publiés à partir du 1er février 2024.

2. Communication de la place provisoire dans le classement

Après la soumission d'une offre (initiale), il est souvent difficile pour les soumissionnaires d'estimer leurs chances de se voir attribuer le marché. En outre, lorsque le marché est attribué à un soumissionnaire, il s'écoule généralement peu de temps entre la conclusion du marché et le début effectif de l'exécution. Cela ne facilite pas toujours la planification.

Pour aider les soumissionnaires à cet égard, les pouvoirs adjudicateurs sont désormais tenus, dans certains cas, d'informer chaque soumissionnaire de sa place individuelle dans le classement provisoire immédiatement après l'ouverture des offres. Cette obligation ne s'applique qu'aux marchés qui remplissent les conditions cumulatives suivantes :

1. La valeur estimée du marché est inférieure au [seuil de publicité européenne](#) ;
2. Le marché sera passé par procédure ouverte ou restreinte ;
3. Le prix est le seul critère d'attribution.

Les informations communiquées sont délibérément limitées aux classements individuels. Afin d'éviter les accords anticoncurrentiels, aucun nom, classement ou prix des autres soumissionnaires ne sera communiqué. Les soumissionnaires ne peuvent pas non plus indiquer leur classement individuel à d'autres soumissionnaires ou à des tiers, y compris des sous-traitants. En outre, les classements fournis ne sont que provisoires. Ils sont sujets à changement, par exemple en raison d'offres substantiellement irrégulières ou de prix anormaux.

L'obligation de communiquer la place individuelle provisoire dans le classement s'applique à tous les marchés publiés à partir du 1er juin 2024.

Pour plus d'informations sur ce sujet, veuillez consulter Kris Lemmens, Sophie Bleux, Cédric Vandekeybus ou Margot van Gogh.

Mechelsesteenweg 127A, b1 - 2018 Anvers

t. +32 3 260 98 60 | +32 2 790 44 44

Rue de la Régence 58 boîte 8 - 1000 Bruxelles

info@schoups.be

www.schoups.com