



Les marchés publics : à quels prix?

FLAGEY – 23 NOVEMBRE 2017



Introduction

Plan de l'exposé

❖ Principes et notions de prix en marchés publics

➤ Principe du forfait

- 1° Tempérament: la révision des prix
- 2° Tempérament : le mécanisme de révision en cas de bouleversement de l'équilibre contractuel

➤ Principe du paiement pour service fait et accepté

- Distinction avance *versus* acompte
- Exception au principe: l'avance

❖ Les prix au stade de la conception du marché

➤ Mode de détermination des prix

➤ Composition des prix

➤ Estimation du marché

➤ Critères d'attribution

Plan de l'exposé

❖ Les prix au stade de l'attribution

- Rectification des prix et modalités de correction ;
- Vérification des prix ;
- Régularité des prix et normalité ;
- Correction des offres par le soumissionnaire et par le PA
- Indemnisation du fait d'une attribution irrégulière ;
 - Rappel des règles
 - Comment calculer l'indemnité ?

❖ Les prix au stade de l'exécution

- Modifications de quantités
- Réclamations financières des adjudicataires
 - Types de réclamations
 - Types d'indemnisation:
 - Formule Flamme?
 - Autre méthode



Principes et notions

Principe du forfait

(art.9 Loi MP)

- ❖ « **Les marchés publics sont passés à forfait**, sans qu'il ne puisse être apporté dans le cadre de leur exécution des modifications considérées comme substantielles, hormis les exceptions fixées par le Roi et conformément aux conditions fixées par Lui ».
- Tout adjudicataire d'un marché public est tenu d'exécuter la totalité des prestations **pour un prix unique (ou déterminable) à l'avance**
- Il prend – **à sa charge** - tous les risques liés à l'exécution des prestations
- Hormis les exceptions prévues dans la réglementation (cfr. Modifications en exécution)

Principe forfaitaire MAIS... Exceptions

❖ **Deux exceptions (strictes):** MP **sans** fixation forfaitaire :

1. Dans des **cas exceptionnels**, pour des T, F ou S **complexes** ou d'une **technique nouvelle** présentant des aléas techniques importants, qui obligent à commencer l'exécution des prestations alors que toutes les conditions de réalisation et obligations ne peuvent être déterminées complètement;
 - Ex. : En cas de partenariat d'innovation
2. En cas de circonstances extraordinaires et imprévisibles qu'un adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir, dans le cas de T, F ou S urgents dont les conditions d'exécution sont difficiles à définir.
 - Ex.: rupture d'une digue et l'on ignore quelle sera la meilleure technique pour atteindre le résultat escompté

Principe forfaitaire MAIS... Tempéraments

- Le principe forfaitaire ne fait pas obstacle à:
 - la révision des prix
 - Mécanisme de révision en cas de bouleversement de l'équilibre contractuel

=> Deux tempéraments majeurs au principe forfaitaire

1) La révision des prix

(art. 10 Loi MP)

- En fonction de facteurs déterminés d'ordre économique ou social, à la condition qu'une clause de révision de prix claire, précise et univoque soit prévue dans les documents du marché ;
- Evolution des prix des principaux composants du prix de revient;
 - Clause doit refléter la réalité des fluctuations des principaux prix ;
 - = coûts réels
 - Difficulté dans la pratique de prévoir une telle clause (qui ne peut pas être « type »)
- Doit être prévue dans les documents du marché ;
- Incidence sur la sous-traitance

La révision des prix

(Art. 38/7, § 1^{er} ARGE)

- Les documents du marché relatifs à un MP de **T ou S manuels** prévoient une clause de réexamen, **fixant les modalités de la révision des prix en fonction de l'évolution des prix des principaux composants suivants** :
 - a) les salaires horaires du personnel et les charges sociales ;
 - b) en fonction de la nature du marché, un ou plusieurs éléments pertinents tels que les prix de matériaux, des matières premières, les taux de change ou autres.
- **PAS** obligatoire pour MP
 - < 120.000 €, **et** (>< AR 15/7/2011 qui prévoit *ou*)
 - délai d'exécution initial est < 120 JO ou 180 JC

Services manuels

(art. 38/7 ARGE)

- 71 3 5 1 500 Service d'étude du sol
- 77 2 1 1 300 Service de défrichement
- 77 2 1 1 400 Services d'abattage d'arbres.
- 77 2 1 1 500 Services d'élagage
- 77 3 1 0 000 Réalisation et entretien d'espaces verts
- 77 3 4 0 000 Élagage des arbres et taille des haies
- 90 4 6 0 000 Services de vidange de puisards ou de fosses septiques
- 90 4 7 0 000 Services de curage des égouts
- 90 5 1 1 300 Services de collecte des déchets sauvages
- 90 5 1 3 600 Services d'élimination des boues
- 90 5 1 3 700 Services de transport des boues
- 90 5 1 3 800 Services de traitement des boues
- 90 5 1 3 900 Services d'évacuation des boues
- 90 5 2 2 000 Services concernant les sols contaminés
- 90 5 2 3 000 Services d'élimination de déchets toxiques, excepté déchets radioactifs et sols contaminés
- 90 6 1 0 000 Services de voirie et services de balayage des rues
- 90 6 4 0 000 Services de nettoyage et de vidange des avaloirs.
- 90 6 8 0 000 Services de nettoyage de plages
- 90 6 9 0 000 Services d'enlèvement des graffitis.

La révision des prix

(Art. 38/7, § 2 ARGE)

- les documents du marché relatifs aux MP de **F ou autres S** peuvent prévoir une clause de réexamen, **fixant les modalités de la révision des prix en fonction d'un ou de plusieurs éléments divers tels que notamment**
 - a) les salaires, les charges sociales,
 - b) les prix des matières ou les taux de change.

Rem: possible (uniquement pour les F et autres S) de s'en référer à un indice des prix (à la consommation, à la santé, etc.).

2) Bouleversement de l'équilibre contractuel

(art.11 Loi MP)

- **Révision** du marché possible en cas de bouleversement de l'équilibre contractuel suite à des circonstances imprévisibles
- Légalise le recours à la théorie de l'imprévision en droit des MP
- Pour les modalités → AR 14 janvier 2013 (38/9 et 38/10)

Principe du paiement pour service fait et accepté

(art.12 Loi MP)

❖ Un paiement ne peut être fait que pour un service fait et accepté

❖ **Exception:** des **avances** peuvent être accordées mais uniquement selon les conditions matérielles et procédurales fixées par l'AR

- Attention: **distinction** acomptes versus avances:
 - **Acomptes** : paiement d'une partie du marché **après** service fait et accepté (fractionnement)
 - **Avances** : paiement d'une partie du marché **avant** service fait et accepté

Avances

(art. 67 AR 14 janvier 2013)

- Des **avances** peuvent être **accordées**:

1. suivant les modalités fixées par les documents du marché, pour les marchés qui, par rapport à leur montant, nécessitent des **investissements préalables de valeur considérable**, tout en étant spécifiquement liés à leur exécution :

- a) soit pour la réalisation de constructions ou installations;
- b) soit pour l'achat de matériel, machines ou outillages;
- c) soit pour l'acquisition de brevets ou de licences de production ou de perfectionnement;
- d) soit pour les études, essais, mises au point ou réalisations de prototypes;

→ Montant de l'avance ne peut cependant **pas excéder 50% du montant initial du MP**

2. pour les MP de F ou de S qu'il s'impose de conclure :

- a) avec **d'autres Etats** ou une organisation internationale;
- b) avec des fournisseurs ou des prestataires de services avec lesquels **il faut nécessairement traiter** et qui subordonnent l'acceptation du marché au versement d'avances;
- c) avec un organisme d'approvisionnement ou de réparation constitué par des Etats;
- d) dans le cadre de programmes de **recherche**, d'essai, d'étude, de mise au point, de développement ou de production financés en commun par plusieurs Etats ou organisations internationales;

Avances

(art. 67 AR 2013)

- Des **avances** peuvent être **accordées**:

3. pour les MP de services de transport aérien de voyageurs;
4. pour les MP de fournitures ou de services qui, **selon les usages**, sont conclus sur la base d'un **abonnement** ou pour lesquels un paiement préalable est requis.

- **Modalités de paiement** des avances :

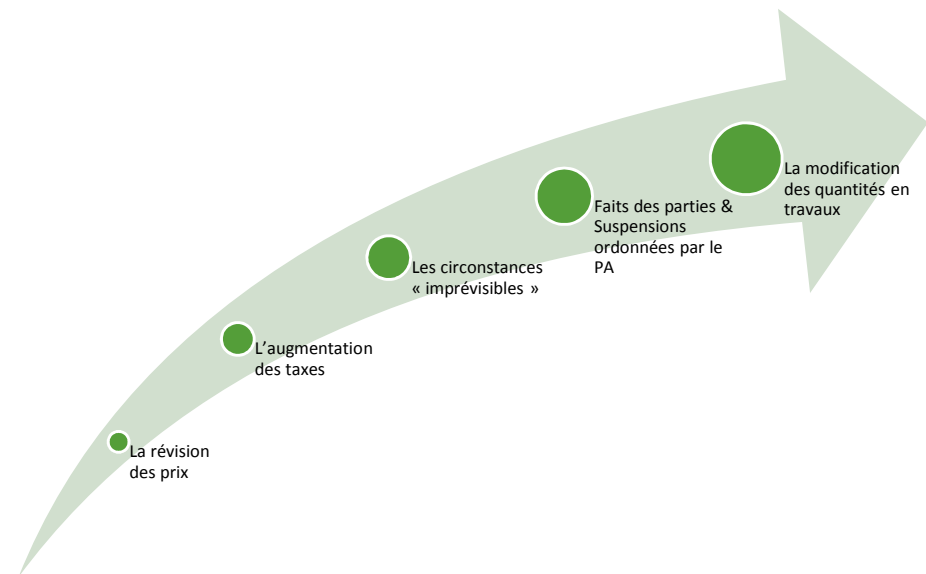
- paiement subordonné à l'introduction par l'adjudicataire d'une **demande** écrite datée et signée ;
- paiement peut être **suspendu** s'il est constaté que l'adjudicataire ne respecte pas ses obligations contractuelles ou s'il contrevient aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail ;
- le montant déjà payé pour les avances doit être déduit par **compensation** du montant dû.

Le forfait

LA CROYANCE

LA RÉALITÉ

100 euros = 100 euros



Quelques exemples



- Taxe kilométrique & service de transport, ou contrats impliquant de la logistique

- Achat de sac poubelle et augmentation du prix du pétrole dans une proportion non prévue

- Modification d'un programme de travaux et impact sur :
 - les services architecture et techniques spéciales
 - Les travaux



Au stade la conception du marché

Mode de détermination des prix

(art.2 AR passation)

❖ **Conséquence du forfait:**

- Les documents du marché *doivent* prévoir le mode de détermination du prix

❖ Le marché peut être :

- À prix global
- À bordereau de prix
- À remboursement
- Mixte

➤ **Marché à prix global:**

« Marché dans lequel un prix forfaitaire couvre l'ensemble des prestations du marché ou de chacun des postes »

le soumissionnaire est censé avoir établi le montant de son offre selon ses propres opérations, calculs et estimations, tenant compte du contenu et de l'étendue du marché.

➤ **Marché à bordereau de prix:**

« Marché dans lequel les prix unitaires des différents postes sont forfaitaires et les quantités, pour autant que des quantités soient déterminées pour les postes, sont présumées ou exprimées dans une fourchette. Les postes sont portés en compte sur la base des quantités effectivement commandées et mises en œuvre »

➤ **Marché à remboursement :**

« Marché dans lequel le prix des prestations effectuées est déterminé après vérification des prix réclamés en fonction des précisions contenues dans les documents du marché relatives aux éléments de coût qui peuvent être pris en compte, la manière d'établir ceux-ci et l'importance des marges à y appliquer. »

- Mode de détermination des prix peu utilisé

➤ **Marché mixte :**

« Marché dont le prix est fixé selon plusieurs des modes déterminés ci-avant ».

Exemple de métré mixte

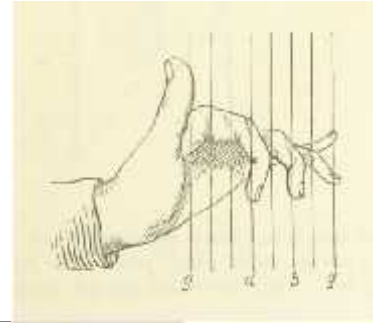
MÉTRÉ VIERGE

		Quantités		Total
Postes forfaitaires			Prix global	
	Nettoyage quotidien bâtiment A du	-		
	Nettoyage quotidien bâtiment B du	-		
Quantités présumées			Coût unitaire	
	Nettoyage réception semaine après -	10		
	Nettoyage réception week-end après -	5		
Prix total				

MÉTRÉ COMPLÉTÉ PAR LE SOUMISSIONNAIRE

		Quantités		Total
Postes forfaitaires			Prix global	
	Nettoyage quotidien bâtiment A du	-	3.000	3.000
	Nettoyage quotidien bâtiment B du	-	1.000	1.000
Quantités présumées			Coût unitaire	
	Nettoyage réception semaine après -	10	200	2.000
	Nettoyage réception week-end après -	5	350	1.750
Prix total				7.750

Composition du prix



Pas pour :

- Annexe 3
- Marché de faible montant
- Désignation d'avocat

Art. 4 AR du 18 juin 2017

Les prix unitaires et les prix globaux de chacun des postes du métré récapitulatif ou de l'inventaire sont établis en respectant la valeur relative de ces postes par rapport au montant total de l'offre. Tous les frais généraux et financiers, ainsi que le bénéfice, sont répartis sur les différents postes proportionnellement à l'importance de ceux-ci.

Art. 28 AR du 18 juin 2017

Composition des prix : TVA

(art. 29-32 AR passation)

Sauf disposition contraire dans les documents du marché, sont inclus dans les prix unitaires et globaux du marché **toutes les impositions auxquelles est assujetti le marché, à l'exception de la TVA.**

Pour ce qui concerne la TVA, le PA:

- *soit* prévoit qu'elle fait l'objet d'un poste spécial du métré récapitulatif ou de l'inventaire, pour être ajoutée au montant de l'offre. A défaut pour le soumissionnaire de compléter ce poste, le prix offert est majoré de ladite taxe par le pouvoir adjudicateur;
- *soit* impose au soumissionnaire de mentionner dans l'offre le taux de la TVA.

→ L'évaluation (= la comparaison) du montant des offres se fait **TVA comprise** (en secteurs classiques)

Composition des prix : propriété intellectuelle

(art.29-32 AR passation)

- Si le PA **procède lui-même à la description complète** de tout ou partie du marché, les prix unitaires ou globaux du marché incluent le prix d'acquisition et les redevances dus pour les licences d'exploitation des droits de propriété intellectuelle existants nécessaires pour l'exécution du marché et signalés par le pouvoir adjudicateur.
- Si le PA **ne mentionne pas l'existence** d'un droit de propriété intellectuelle ou d'une licence d'exploitation, il en supporte le prix d'acquisition et les redevances. Dans ce cas, il est en outre tenu aux dommages-intérêts éventuels envers le titulaire du droit intellectuel ou le titulaire de la licence d'exploitation.

Composition des prix : frais

(art.29-32 AR passation)

- Les **frais de réception**: inclus dans les prix unitaires et globaux du marché, à condition que les documents du marché déterminent le mode de calcul de ces frais.
- L'article 32 fait une distinction par type de marché dans les « ***frais, mesures et charges*** » à inclure (F, S et T)

Comment estimer le montant du MP?

Art. 16 Loi MP

Art. 6 AR passation

- ❖ Indispensable d'évaluer préalablement le montant → **impact sur la procédure et la réglementation applicable**

L'estimation du montant du marché établie lors du lancement de la procédure détermine les règles qui lui sont applicables pendant tout son déroulement, pour autant que l'application de ces règles dépende de la valeur estimée du marché ou découle de l'obligation d'assurer une publicité européenne préalable

- ❖ La valeur estimée est valable :

- au moment de l'**envoi** de l'avis de marché ou,
- dans les cas où un tel avis n'est pas prévu, au moment où le PA engage la procédure de passation du marché, par exemple, au moment de l'envoi des documents du marché.

Comment estimer le montant du MP?

Art. 16 Loi MP

Art. 7 AR passation

❖ Le calcul de la valeur estimée d'un marché est fondé sur **le montant total payable**, hors taxe sur la valeur ajoutée, estimé par le pouvoir adjudicateur. L'estimation tient compte de la durée et de la valeur totale du marché, ainsi que notamment des éléments suivants :

1° toutes les options exigées ou autorisées;

2° tous les lots;

3° toutes les répétitions au sens de l'article 42, § 1^{er}, 2°, de la loi;

4° toutes les tranches fermes et conditionnelles du marché;

5° toutes les primes ou tous les paiements que le pouvoir adjudicateur prévoit au profit des candidats, participants ou soumissionnaires;

6° le cas échéant, les clauses de réexamen;

7° les reconductions.

Comment estimer le montant du MP?

Art. 16 Loi MP

Art. 7 AR passation

- ❖ Lorsqu'un PA est composé d'unités opérationnelles distinctes, la valeur totale estimée des marchés de toutes les différentes unités opérationnelles est prise en compte.

Exception? Si unité responsable de manière autonome de ses marchés, avec un budget propre



Comment estimer le montant du MP?

Art. 16 Loi MP

Art. 7 AR passation

- ❖ Le choix de la méthode pour le calcul de la valeur estimée d'un MP ne peut être effectué avec l'intention de soustraire le marché aux règles de publicité.
- ❖ De même, un MP ne peut être scindé de manière à le soustraire aux règles de publicité, sauf si des raisons objectives le justifient.
- ❖ Ne pas saucissonner!



Comment estimer le montant du MP?

Art. 16 Loi MP

Art. 7 AR passation

❖ Pour les MP de **travaux**:

Le calcul de la valeur estimée prend en compte

- le coût des travaux ainsi que
- la valeur totale estimée des fournitures et des services mis à la disposition de l'adjudicataire par le pouvoir adjudicateur *s'ils sont nécessaires à l'exécution des travaux.*

Comment estimer le montant du MP?

Art. 16 Loi MP

Art. 7 AR passation

- ❖ Pour les MP de **fournitures** ayant pour objet **le crédit-bail, la location ou la location-vente de produits**,
- ❖ La valeur à prendre comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché est la suivante :
 1. **en cas de MP ayant une durée déterminée**,
 - ***dans la mesure où celle-ci est égale ou inférieure à 12 mois***, la valeur totale estimée pour la durée du marché ou,
 - ***dans la mesure où la durée du marché est supérieure à 12 mois***, la valeur totale incluant le montant estimé de la valeur résiduelle;
 2. **en cas de MP ayant une durée indéterminée ou dans le cas où leur durée ne peut être définie**, la valeur mensuelle multipliée par 48.

Comment estimer le montant du MP?

Art. 16 Loi MP

Art. 7 AR passation

- ❖ Lorsqu'il s'agit de MP de **fournitures ou de services présentant un caractère de régularité ou destinés à être renouvelés** au cours d'une période donnée, est prise comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché :
1. **soit vision *ex post***: la valeur réelle globale des marchés successifs analogues passés au cours des 12 mois précédents ou de l'exercice précédent, corrigée, si possible, pour tenir compte des modifications en quantité ou en valeur qui surviendraient au cours des 12 mois suivant le contrat initial;
 2. **soit vision *ex ante***: la valeur globale estimée des marchés successifs passés au cours des 12 mois suivant la première prestation ou au cours de l'exercice si celui-ci est supérieur à 12 mois.

Comment estimer le montant du MP?

Art. 16 Loi MP

Art. 7 AR passation

- ❖ En ce qui concerne les MP de **services n'indiquant pas un prix total**, la valeur estimée des MP est calculée sur la base suivante:
 1. en cas de MP ayant une **durée déterminée**, si celle-ci est égale ou inférieure à 48 mois : la valeur totale pour toute leur durée;
 2. en cas de MP ayant une **durée indéterminée ou supérieure à 48 mois** : la valeur mensuelle multipliée par 48.

Comment estimer le montant du MP?

Art. 16 Loi MP

Art. 7 AR passation

❖ Pour les MP de **services**, l'estimation inclut la rémunération totale du prestataire de services.

Aux fins de calcul de cette valeur, sont pris en compte :

1. pour les services d'assurance : la prime payable et les autres modes de rémunération;
2. pour les services bancaires et autres services financiers : les honoraires, les commissions payables, les intérêts et les autres modes de rémunération;
3. pour les MP impliquant la conception : les honoraires, les commissions à payer et les autres modes de rémunération.

Critère d'attribution

(art. 81 Loi MP)

- Détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse ?
 1. Sur la base du prix
 2. Sur la base du coût (selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie)
 3. Sur la base du meilleur rapport qualité/prix

Coût du cycle de vie

(art. 82 Loi MP)

1° les coûts supportés par le PA ou d'autres utilisateurs, tels que :

- a) les coûts liés à l'acquisition,
- b) les coûts liés à l'utilisation, tels que la consommation d'énergie et d'autres ressources,
- c) les frais de maintenance,
- d) les coûts liés à la fin de vie tels que les coûts de collecte et de recyclage



2° les coûts imputés aux externalités environnementales liés au produit, au service ou à l'ouvrage pendant son cycle de vie, à condition que leur valeur monétaire puisse être déterminée et vérifiée ; ces coûts peuvent inclure le coût des émissions de gaz à effet de serre et d'autres émissions polluantes ainsi que d'autres coûts d'atténuation du changement climatique.

=> Difficulté d'analyser le critère



Au stade de l'attribution

La Constitution d'une offre de prix

Beauty RenovAménagement de bureau

Maison communale de Mon village

Interne	Heures directes	99.189
	Achats matières	17.124
	Location matériel	2.364
	Amort matériel	1.189
Total interne		119.866
Sous-traitants	Beau Bois parquet	124.171
	Magic Immo	67.859
	Carrelages perfect	12.678
	Menuisier	23.896
	Structure Iso	49.899
	Cloisons	126.442
	Elec partout	136.000
	Signalisation	2.750
Total sous-traitant		543.695
Prix revient		663.561
Ass RC 0,75%		4.977
Installation du chantier (marge)		24.600
Frais de siège 14% PR		92.899
Marge 3% PR		19.907
Soumission		805.943

La rentabilité escomptée

Rentabilité escomptée €	
Marge	19.907
Installation 50%	12.300
Négo sous-traitants	5.654
Total	37.861
	4,70%

Examen des prix / des coûts

(Art. 33 AR Passation)

- Un point particulier de l'examen des offres
- **Obligation** dans le chef du PA : Correction des erreurs et vérification des prix ou des coûts
« Après avoir procédé à la rectification des offres conformément à l'article 34, le pouvoir adjudicateur procède à une vérification des prix ou des coûts de l'offre conformément à l'article 35 et, en cas de suspicion de prix ou de coûts anormalement bas ou élevés, il procède à un examen des prix et des coûts tel que visé à l'article 36 »
- **Plusieurs étapes :**
 - Art. 34 : rectification des offres
 - Art. 35: vérification des prix et coûts de l'offre
 - Art. 36: prix ou coûts apparemment anormalement bas ou hauts
 - Art. 37: vérification sur pièces comptables

Examen des prix/des coûts

(Art. 4, §2 AR du 18 avril 2017)

Les règles relatives à l'examen des prix et des coûts (art. 33 à 37, 79 et 86 AR Passation) ne sont pas applicables aux marchés suivants:

- Marchés de l'annexe 3 (art. 88 Loi MP)
- Marchés de faible montant (art. 92 Loi MP et 124 AR Passation)
- Marchés d'avocat (art. 125 AR Passation)



Rectification des offres

(Art. 34 AR passation)

- **Tous les marchés** (toutes les procédures de passation)
- **Erreurs**
 - dans les opérations arithmétiques
 - purement matérielles
 - relevées par le PA et/ou par un soumissionnaire
- **Responsabilité?**
 - PA pas responsable des erreurs non décelées
- **Objectif** des rectifications = rechercher l'intention réelle du soumissionnaire

Vérification des prix et des coûts

(Art. 35 AR 18 avril 2017)

- **Tous les marchés** (toutes les procédures de passation)
- **Obligation de vérifier les prix et les coûts**
- Possibilité d'inviter le soumissionnaire à fournir toutes les informations nécessaires, conformément à l'article 84, al. 2, de la Loi 2016
 - les soumissionnaires doivent alors fournir au cours de la procédure de passation toutes les indications permettant cette vérification

Vérification sur place des pièces comptables

(art. 37 AR passation)

- Toutes procédures de passation (dans le cadre des art. 35 et 37 AR passation)
- Possibilité de tout vérifier sur place : quels documents vérifier?
- **Deux nouveautés :**
 - même si pas prévu dans les documents du marché >< **réglementation antérieure**
 - les informations recueillies sur place peuvent servir à d'autres fins que celles de la vérification des prix/coûts lors de la passation du marché => **aussi pour la phase exécution (!)**



Examen des prix / des coûts anormaux

(art. 36 AR passation)

- **But** : Eviter que l'adjudicataire désigné soit incapable de réaliser le marché parce que ses prix étaient sous-estimés et garantir une saine concurrence
- Si prix ou coûts apparaissent anormaux dans le cadre de la vérification des prix sur la base de l'art. 35, le PA:
 - est obligé de demander des justifications pour **les prix des postes qui ne sont pas négligeables**
 - n'est pas tenu de demander des justifications des prix de postes négligeables
- Si négociation possible, examen sur la BAFO, mais possible de le faire à un stade antérieur



Examen des prix / des coûts anormaux

(art. 36, §6 AR passation)

Pas applicable à – *sauf disposition contraire dans les documents du marché* – aux :

- **MP** < seuil € pour fournitures et services & < 500.000 EUR pour travaux passés par:
 - Procédure concurrentielle avec négociation
 - Procédure directe avec publication préalable
 - Procédure négociée sans publication préalable



Examen des prix / des coûts anormaux

(art. 36, §§2 et 3 AR passation)

- **Invitation** du soumissionnaire à justifier les prix concernés en fonction de critères objectifs déterminés, *notamment*:
 - Économie du procédé de construction, de fabrication ou de la prestation;
 - Solutions techniques choisies;
 - Conditions exceptionnelles favorables pour l'exécution;
 - Originalité du produit ou du projet;
 - Aides publiques éventuelles.
- Délai de réponse: **min. 12 jours** calendrier (*sauf si PNSPP et motivation*)
- Possibilité d'un second tour (**pas** de délai)
- Charge de la preuve → soumissionnaire
- **Éviction** SI justifications rejetées *ou* SI aucune justification
- **Motivation** de l'éviction *ou* de l'admission des justifications !

Examen des prix / des coûts anormaux

(art. 36, §§2 et 3 AR passation)

Nouveautés:

- Obligation de demander systématiquement des informations sur le respect des obligations % droit environnemental, social et du travail (en ce compris obligations en matière de bien-être, de salaires et de sécurité sociale)
 - Si le prix est anormalement bas parce que le soumissionnaire contrevient à ces obligations, PA doit écarter l'offre pour irrégularité substantielle
- Comment vérifier cela en pratique?
- Informations qui proviennent ou ne proviennent pas du soumissionnaire (autres infos) mais à lui soumettre pour réaction



Examen des prix / des coûts anormaux

(art. 36, §4 AR passation)

Présomption d'anormalité des prix:

- Marché de travaux et de services sensible fraude (dumping social)
 - Marché de fournitures et services si documents du marché le rendent applicable
- Procédure ouverte ou restreinte
- Critère attribution = prix ou prix au moins 50% poids qualité-prix
- Min. 4 offres
- Montant offre < 15% moyenne des offres déposées par des soumissionnaires sélectionnés
 - Possibilité % > à 15% si qualité-prix (à prévoir dans les documents du marché)

Correction des erreurs par le soumissionnaire

(art. 79 AR passation)

Le Soumissionnaire:

- corrige les erreurs qu'il découvre dans les QF
- corrige les erreurs qu'il découvre dans les QP
 - Si autorisé par les documents du marché
 - À condition que la correction (en plus ou en moins) atteigne 10% du poste
- répare les omissions dans le métré ou l'inventaire

Le soumissionnaire joint une note justifiant les modifications

Correction des offres par le PA

(art. 86, §1^{er} AR passation)

Lorsqu'un soumissionnaire a corrigé la quantité d'un ou plusieurs postes du métré/inventaire,
le PA :

- contrôle ces modifications,
- les rectifie s'il échet selon ses propres calculs,
- amende, le cas échéant, les métrés ou inventaires joints aux offres,

Correction des offres par le PA: omission

(art. 86, §2 AR passation)

Lorsque pour un poste du métré ou de l'inventaire, le soumissionnaire a omis un prix,
le PA peut :

- soit écarter l'offre comme irrégulière
- soit la retenir en réparant l'omission (formule tenant compte de la moyenne des autres offres pour le poste)



Correction des offres par le PA: classement

(art. 86, §4 AR passation)

En vue *uniquement* du classement des offres :

- les quantités admises *égales ou supérieures* aux quantités initiales
→ sont portées à tous les métrés/inventaires
- Les modifications admises *qui ont pour effet de diminuer les quantités* → ne profitent qu'à celui qui les a relevées

Correction des offres par le PA: Le PA tient compte de quelles offres?

(art. 86, §5 AR passation)

Pour l'application de l'article 86, il convient de tenir compte des corrections proposées dans **toute offre** :

- régulière ou non,
- Introduite par un soumissionnaire sélectionné ou provisoirement sélectionné .



Contentieux indemnitaire de l'attribution

Recours en dommages et intérêts

(art. 16 Loi 2013)

❖ Instance de recours :

- Juge judiciaire :
 - Délai : 5 ans
- CE : nouveauté de l'indemnité réparatrice
 - Délai :
 - dans la requête en annulation ;
 - pendant la procédure en annulation ; ou
 - dans les 60 jours qui suivent l'arrêt constatant l'illégalité.

Rem: Les PA qui revêtent la qualité d'autorité administrative ont donc le **choix** entre le juge judiciaire ou le CE

❖ Qui peut introduire le recours : intérêt

❖ Conditions (1382 C. civ.):

- la faute – l'illégalité
- le lien causal
- le dommage

Evaluation du dommage

- En cas de procédure ouverte ou restreinte adjudicataire déterminé sur la seule base du prix : le *forfait de 10 %*
- Autres procédures: *pas de forfait – Perte d'une chance*
 - Bénéfice escompté ? (Comment le calculer justement?)
 - Frais généraux ? (Comment? Quels postes?)
 - Frais de préparation de l'offre?

❖ Au stade de l'exécution

Jeu des quantités présumées et modification de marché

EN TRAVAUX

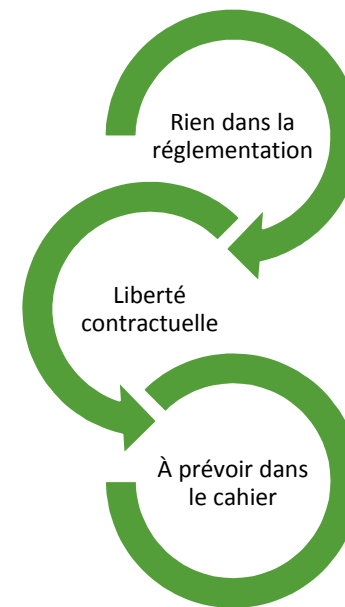
Travaux
nouveaux ou
supprimés

- Art. 80 AR du
14 janv. 2013

Jeu des
quantités
présumées

- Art 81 AR du
14 janv. 2013

EN FOURNITURES ET SERVICES



Décomptes / avenants

❖ Relation entre les décomptes/avenants et une revendication financière

- Prévoir dans le décompte/avenant que tous les frais directs et indirects sont inclus dans les prix proposés;
- Les coûts associés à une prolongation de délai doivent être repris dans les postes du décompte (art. 80, 121 et 151 AR exécution)

Publication au JOUE

ÉVÉNEMENT IMPRÉVISIBLE

L'adjudicateur qui modifie un marché dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil fixé pour la publicité européenne, en application des articles 38/1 et 38/2, en fait une publication au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des adjudications.

Cf. modèle de l'annexe 2

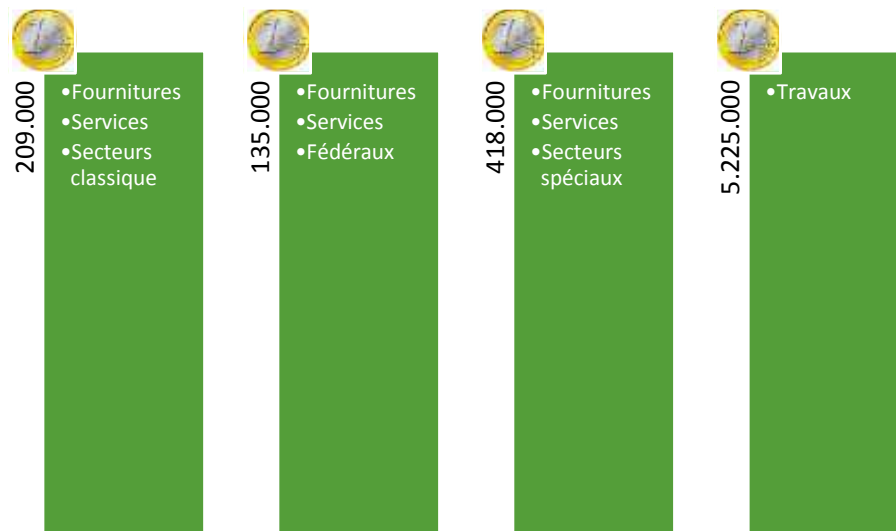
CONDITION

- Marché initial > au seuil européen
- Sauf secteur « défense »

Art. 38/19 AR du 14 janvier 2013

Seuils européens

SITUATION ACTUELLE



MODIFICATION PRÉSUMÉE EN 2018

144.000 - Fournitures et services **fédéraux**

221.000 - Fournitures et services

443.000 - F & S **Secteurs spéciaux**

5.548.000 - Travaux

Circonstances imprévisibles au détriment de l'adjudicataire

(art. 38/9 ARGE)

- **Principe:**

L'adjudicataire peut obtenir une révision du marché

- en cas de circonstances quelconques auxquelles le PA est resté étranger
- lorsque l'équilibre contractuel du marché a été bouleversé
- au détriment de l'adjudicataire

-
- L' adjudicataire ne peut invoquer l'application de cette clause de réexamen **que s'il démontre que la révision est devenue nécessaire à la suite des circonstances:**
 - ***qu'il ne pouvait raisonnablement pas prévoir*** lors du dépôt de son offre ou de la conclusion du marché,
 - ***qu'il ne pouvait éviter*** et
 - ***aux conséquences desquelles il ne pouvait obvier***, bien qu'il ait fait toutes les diligences nécessaires.
 - (si sous-traitant responsable → OK *que* si le sous-traitant fait valoir de telles circonstances)

-
- La révision peut consister :
 - *soit* en une prolongation des délais d'exécution,
 - *soit*, lorsqu'il s'agit d'un préjudice très important,
 - en une autre forme de révision ou
 - en la résiliation du marché

-
- Ce **préjudice** est reconnu comme très important si:
 1. pour les marchés de **T et S manuels**,
 - au moins à 2,5 % du montant initial du marché
 - En tout cas, si marché passé sur la base du seul prix, du coût ou du meilleur rapport qualité-prix lorsque le poids du critère relatif au prix représente au moins 50 % :
 - » 175.000 euros : $MP > 7,5 \text{ M}^\circ \text{ € et } \leq 15 \text{ M}^\circ \text{ €}$;
 - » 225.000 euros: $MP > 15 \text{ M}^\circ \text{ € et } \leq 30 \text{ M}^\circ \text{ €}$;
 - » 300.000 euros: $MP > 30 \text{ M}^\circ \text{ €}$.
 2. pour les marchés de **F et autres S**, s'élever au moins à 15 % du montant initial du marché

-
- Il est possible de prévoir une **clause de réexamen** dans les documents du marché,
 - fixant les modalités de la révision du marché
 - lorsque l'équilibre contractuel du marché a été perturbé
 - au détriment de l'adjudicataire
 - en raison de circonstances quelconques auxquelles le PA est resté étranger.
 - **À défaut d'une telle clause, les §§ 2 et 3 de l'article 38/9 sont applicables de plein droit**

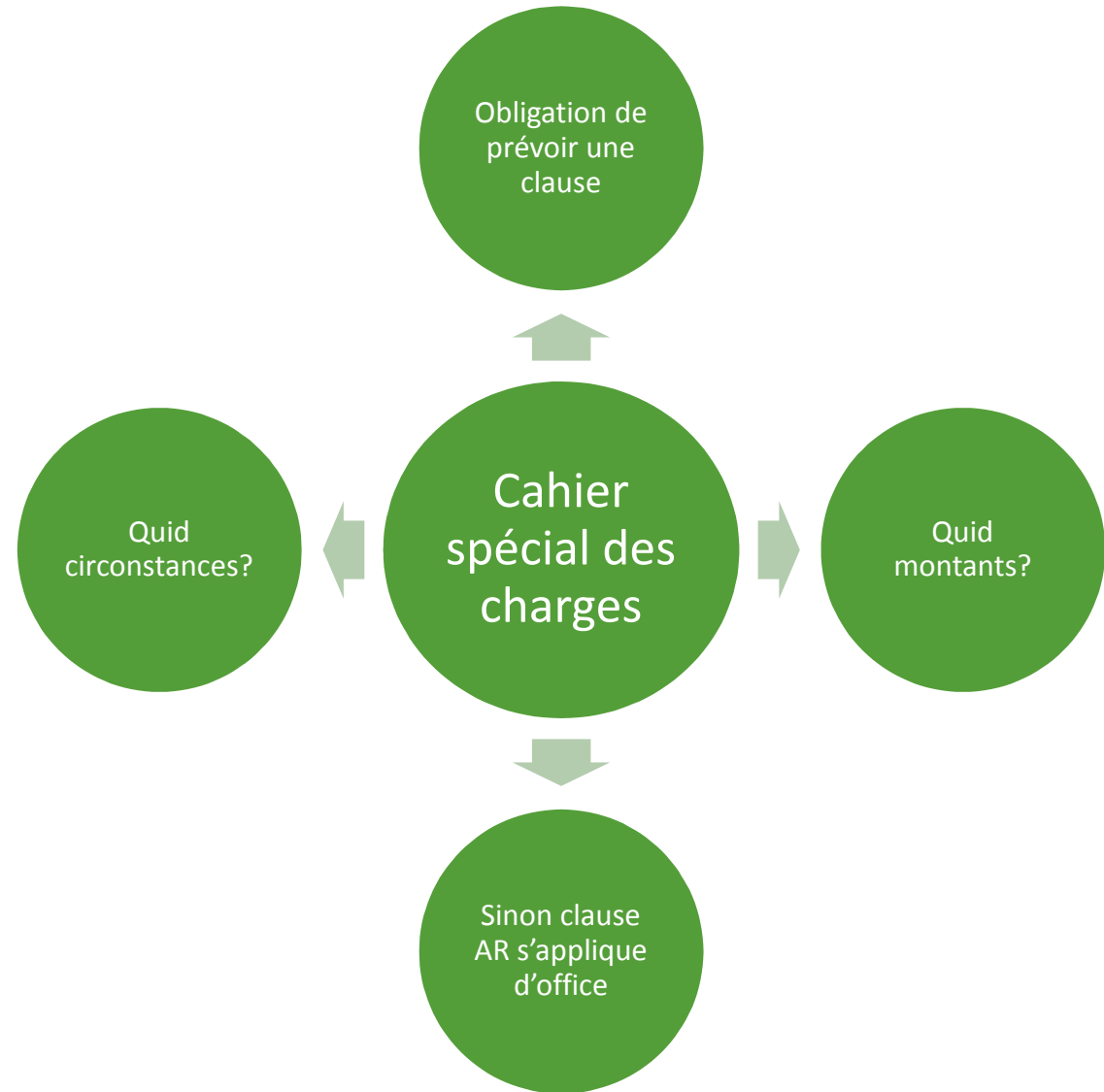
Circonstances imprévisibles en faveur de l'adjudicataire

(art. 38/10 ARGE)

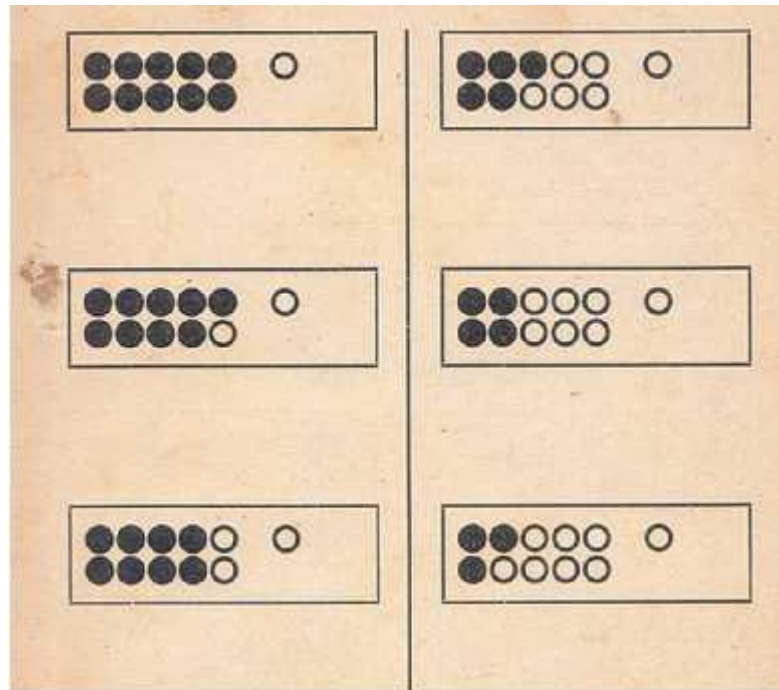
- **Mécanisme inversé** : Le PA peut obtenir une révision du marché
 - en cas de circonstances imprévisibles
 - lorsque l'équilibre contractuel du marché a été perturbé
 - en faveur de l'attributaire
 - en raison de circonstances quelconques auxquelles le PA est resté étranger.
- La **révision** peut consister
 - soit en une réduction des délais d'exécution,
 - soit, lorsqu'il s'agit d'un avantage très important,
 - en une autre forme de révision des conditions contractuelles, ou
 - en la résiliation du marché

Clause de révision – Circonstances imprévisibles

Art. 38/2, 38/9 et 38/10 AR du 14
janvier 2013 + art. 9



Calcul de l'indemnisation



Toutes les entreprises...

Achats de matières premières & compétences

+

Biens et services divers (externes)

+

Ressources humaines internes

+

Amortissements d'investissements

+

Structure financière

+

Savoir faire

=

Chiffre d'affaires

Toutes les entreprises...

$$\begin{array}{r} 60 \quad \text{Achats de matières premières \& compétences} \\ \quad \quad \quad + \\ 61 \quad \quad \text{Biens et services divers (externes)} \\ \quad \quad \quad + \\ 62 \quad \quad \text{Ressources humaines internes} \\ \quad \quad \quad + \\ 63 \quad \quad \text{Amortissements d'investissements} \\ \quad \quad \quad + \\ 65 \quad \quad \text{Structure financière} \\ \quad \quad \quad + \\ \quad \quad \quad \text{Savoir faire} \\ \quad \quad \quad = \\ 70 \quad \quad \text{Chiffre d'affaires} \end{array}$$

Toutes les entreprises belges...

Publient leurs comptes à la BNB



Base de référence postérieure



Base de comparaison

Le PCMN

AR 12.09.83

	Moncli BNB				Moncli BNB	
	2013	2014	2015	2016	Moyenne	%
70 Chiffre d'affaires	106280383	156288914	128185043	102686944	123360321	
74 Autres prod. Exploit	3780548	2337843	2870460	2525504	2878589	
60 Achats	74793286	107636986	80722996	66068087	82305339	
	70%	69%	63%	64%	67%	
70/60 Marge brute						
61 Biens Serv. Divers	8825674	15765276	13306949	12993041	12722735	10,3%
62 Personnel	18153019	29028630	27384029	23623154	24547208	19,9%
63 Amort/prov	2622175	5321016	1454442	1528881	2731628	2,2%
64 Autres Charges	339988	471076	322181	392425	381418	0,3%
9901	4161553	315447	6144457	474110	2773892	2,2%
75 Prod. Fin	1824893	1722683	1957275	672746		
65 Charges fin	2295791	2295346	2300426	1018766		
9902 Résultat courant	3793664	-131946	5876370	203782	2435468	2,0%
76 Prod. Except	0	3675848	155183	1911680		
66 Charges Except	114230	152671	6734	122529		
9903 Bén. Avant impôts	4741660	3354286	7670203	2049992	4454035	3,6%
78	0	44948	39452	29460		
67/77	1647254	75959	-148006	10569		
9904 Bén. Net	3094406	3323276	7857661	2068883	4086057	3,3%
Complet						
9901 EBIT	4161553	315447	6144457	474110	2773892	
	3,9%	0,2%	4,8%	0,5%	2,2%	
9902 Résultat courant	3793664	-131946	5876370	203782	2435468	
	3,6%	-0,1%	4,6%	0,2%	2,0%	
9903 Rés avant Isoc	4,5%	2,1%	6,0%	2,0%	3,6%	
Hors 74						
9901 EBIT	381005	-2022396	3273997	-2051394	-104697	
	0,4%	-1,3%	2,6%	-2,0%	-0,1%	
9902 Résultat courant	13116	-2469789	3005910	-2321722	-443121	
	0,0%	-1,6%	2,3%	-2,3%	-0,4%	


Les formules globales (Flamme en tête)

- Extrapolation des frais généraux de siège durant la période d'immobilisation du chantier
- **Mettre la formule**
- Le raisonnement de base
- Attestation du reviseur d'entreprise
- Mais présentent des faiblesses
 - ✓ Natures de frais
 - ✓ 0% - 25% - 50% - 75% - 99%
 - ✓ Infirment souvent les comptes annuels
 - ✓ Les logiciels comptables ont évolué

1/4 Frais par nature, quel impact ?

	Directs ou indirects	
Fixes ou variables	directs/variables	Indirects/variables
	directs/fixes	Indirects/fixes

1/4 Mais sont-ils impactés ?

- 
- ❖ Les loyers
 - ❖ Le service soumission
 - ❖ La comptabilité
 - ❖ Les honoraires (avocats, reviseurs...)
 - ❖ La publicité
 - ❖ Les assurances
 - ❖ Les frais de bouche et de réception
 - ❖ Les émoluments des dirigeants
 - ❖ Les intérimaires administratifs
 - ❖ ...
- Examen précis et rigoureux ou approche globale

2/4 Est-ce tout ou rien ?

- ❖ Faut-il couvrir l'ensemble des frais et le bénéfice (perte d'industrie) lorsque « 90% » du chantier est réalisé ?
- ❖ Paliers de réalisation

3/4 BNB: la moyenne annuelle

- ❖ Les revendications divergent souvent de l'affichage des comptes annuels publiés, parfois 20 à 30%

4/4 Les logiciels et outils évoluent

- ❖ Bilan interne
- ❖ Historiques de comptes généraux
- ❖ Comptabilité analytique

4/4 Comptabilité analytique

- ❖ Affectation des produits et charges à chaque chantier
- ❖ Centres de profits
- ❖ Centres de frais
- ❖ Clés de répartitions
- ❖ Encodages simultanés
- ❖ Rentabilité par projet

So what ?

- ❖ Le partage de points de repères et une analyse ponctuelle et courte renforcent la communication, la compréhension et l'orientation vers une solution raisonnable
- ❖ Historiques de comptes généraux
- ❖ Comptabilité analytique
- ❖ Exports Excel
- ❖ ...



Description de l'influence des faits

(art. 38/15 AR exécution)

- ❖ **L'adjudicataire (PA) ne peut invoquer l'application d'une des clauses de réexamen** prévues aux articles 38/9 (circ. Imprév.) à 38/11 (faits quelconques) **que s'il fait connaitre de manière sommaire au PA l'influence de ces faits ou circonstances sur le déroulement et le coût du marché.**
- ❖ **A peine de déchéance**, cette information doit être notifiée au PA **par écrit** dans le délai mentionné à l'article 38/14 (**30 jours**).
- ❖ Cette obligation s'impose, que les **faits ou circonstances soient ou non connus** du PA

Introduction d'une demande indemnitaire

(art. 38/14 AR exécution)


❖ La partie contractante (adjudicataire ***et*** PA) qui veut se baser sur une des clauses de réexamen prévues aux articles 38/9 à 38/12 (circ. imprévisibles, faits d'une des parties, suspension ordonnées par le PA):

- **doit dénoncer à l'autre partie contractante les faits ou les circonstances sur lesquels elle se base,**
- **par écrit**
- **dans les 30 jours** de leur survenance ou de la date à laquelle elle aurait normalement dû en avoir connaissance

Sanction

(art.38/15 AR exécution)

Irrecevabilité de la demande de l'adjudicataire qui invoque l'application d'une des clauses de réexamen prévues aux articles 38/9 à 38/11, **si**

- cette demande est basée sur des faits ou circonstances dont le PA n'a pas été saisi par l'adjudicataire en temps utile, et
 - dont il n'a pu en conséquence contrôler la réalité ni apprécier l'incidence sur le marché pour prendre les mesures qu'exigeait éventuellement la situation.
- 

Dénonciation ordres écrits

(art.38/15 AR exécution)

En ce qui concerne les ordres écrits du PA, **l'adjudicataire est simplement tenu d'informer le PA aussitôt qu'il a pu ou aurait dû l'apprécier**, l'influence que ces ordres pourraient avoir sur le déroulement et le coût du marché

Délai d'introduction de la justification chiffrée par l'adjudicataire

- 1) prolongation des délais d'exécution ou la résiliation du marché: **avant l'expiration des délais contractuels**
- 2) obtenir une révision du marché autre que celle visée au 1° ou des D&I: **MAX 90 jours** à compter de la date de la notification à l'adjudicataire du procès-verbal de la RP du marché
- 3) révision du marché autre que celle visée au 1° ou des D&I, lorsque ladite demande d'application de la clause de révision < faits survenus pendant la période de garantie: **MAX 90 jours** après l'expiration de la période de garantie

Délai d'introduction par le PA

- ❖ Le PA qui demande l'application de la clause de réexamen prévue à l'article 38/10 (Perturbation du MP en faveur de l'adjudicataire) doit le faire au plus tard
 - **90 jours**
 - à compter de la date de la notification à l'adjudicataire du PV de la RP du marché

!!! Rien de prévu en cas de faits, lenteurs ou carences de l'adjudicataire

Vérification des pièces par le PA

(art.38/18)

❖ Quand l'adjudicataire demande l'application d'une clause de réexamen contractuelle en vue d'obtenir des D&I ou la révision du marché:

→ le PA a le droit de faire procéder à la vérification **sur place des pièces comptables**

Quelles pièces comptables?

- ❖ les 3 années précédant le chantier, la durée du chantier et les 3 années qui ont suivi l'exécution du chantier ;
- ❖ les comptes annuels;
- ❖ le bilan interne détaillé;
- ❖ la comptabilité analytique de l'entreprise,
- ❖ pour le contrat litigieux : la balance analytique croisée avec la comptabilité générale;
- ❖ le compte d'entreprise fondé sur les documents du secrétariat social de l'entreprise.



Méthode d'indemnisation

- ❖ Comment évaluer le dommage?
- ❖ Quid de l'application de formule?
 - Formule Flamme
 - Jurisprudence – critique de la formule
 - Ne correspond pas au dommage réel et certain
 - Application purement théorique
 - Possibilité de l'écartier dans les documents du marché?
 - Autre méthode?
 - Évaluer le dommage réel
 - Quels postes?

Récit d'un accord

- Marché de rénovation d'une esplanade, carrefour...
- Prévu pour 400 jours, il en dura 700
- Adjugé pour 14 M€

La revendication

- Frais directs de chantier
- Frais de siège : théorie de l'absorption par le délai
- Perte de rendement : hommes, grande et petite grue, ouvriers
- Intérêts financiers
- Révision de prix des matières premières et frais de transport (bateau)
- Perte de bénéfice
- Total : 4,2 M€ = 30%

Constatations

- Frais directs de chantier : assurance loi, frais de téléphone, imprimante... gonflés
- Attestation du reviseur d'entreprises
- Double emploi de la perte de rendement (personnel) avec FG (attestation)
- Frais non impactés (avocats, informatique, commercial...)
- Discussion contractuelle sur révision des prix
- Théorie de l'absorption par les délais

Constatations

- Théorie de l'absorption par les délais

Budget	14000000
Jours budget	400
%	0,18
F siège théo	6300
Réel	14000000
Jours réels	700
%	0,18
F siège réd	3600
Manque FS base	1782000

Calculs et discussions...

- Intervention chez l'entrepreneur, examen de la comptabilité
- Propositions raisonnables pour la perte de rendement (documentation !) et les frais de siège 11%
- Deux réunions d'explications, discussions, argumentations

Retard

Frais de siège selon comptabilité - ???

	T3 15	T4 15	T1 16	T2 16	T3 16	T4 16	T1 17	T2 17	Total
planning	3.000.000	5.000.000	11.000.000	13.000.000	14.000.000	14.000.000	14.000.000	14.000.000	
réel	2.500.000	4.200.000	8.900.000	11.000.000	12.000.000	12.000.000	13.500.000	13.800.000	
retard	500.000	800.000	2.100.000	2.000.000	2.000.000	2.000.000	500.000	200.000	
	17%	16%	19%	15%	14%	14%	4%	1%	

Frais directs		0	0	0	0	0	0	0	0
Matériel chantier		1000	1000	1000	1000	1000	1000	1000	8000
Petit matériel									

Frais de siège corrigés erreur		65333	62720	74836	60308	56000	56000	14000	5600	416221
--------------------------------	--	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	------	--------

Grue		4500	4500	4500	4500	4500	4500	4500	4500	36000
1 h / surveiller		42456	42456	42456	42456	42456	42456	42456	42456	339648

Perte/révision										0
----------------	--	--	--	--	--	--	--	--	--	---

Perte de bénéfice								4000		4000
-------------------	--	--	--	--	--	--	--	------	--	------

Total principal

Int/frais		1327	2214	2456	2165	2079	2079	1239	1071	15058
-----------	--	------	------	------	------	------	------	------	------	-------

818928

In fine...

- Accord pour éviter le litige

Charles Markowicz

Costmasters Fiduciaire

chm@costmasters.com

+ 32 2 340 82 30



Me Valentine de Francquen

Me Thomas Deridder

Me Patrick Thiel

valentine.defrancquen@equal-partners.eu

Thomas.deridder@equal-partners.eu

patrick.thiel@equal-partners.eu

02 899 98 00

www.equal-partners.eu

equal-academy.eu