

ANNEXE 2

Modalités spécifiques aux marchés publics

Modalités spécifiques aux marchés publics

La politique de cohésion est le principal instrument d'investissement visant à soutenir les grandes priorités de l'Union inscrites dans la stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive.

Cette volonté s'inscrit déjà dans la stratégie de développement régional en Wallonie, notamment via les cofinancements du FEDER, et plus particulièrement pour cette programmation 2014-2020.

Dans ce contexte, les marchés publics, qui sont trop souvent perçus comme une contrainte, constituent un outil précieux pour atteindre ces objectifs. C'est pourquoi, dans le cadre du PROJET, le BÉNÉFICIAIRE est tenu de mettre en place, lors de l'élaboration de ses marchés publics de fournitures, de services ou de travaux, une politique d'achat durable en vue d'optimiser l'impact économique, social, environnemental et éthique du PROJET. En outre, le BÉNÉFICIAIRE doit veiller, au moyen de ses marchés publics, à favoriser la prise en compte de procédés nouveaux, inventifs et créatifs dans la mise en œuvre du PROJET afin de permettre l'émergence de solutions innovantes.

Une clause environnementale poursuit l'objectif de préserver l'environnement en réduisant la consommation des ressources, la production des déchets et les émissions de polluants divers. Elle peut être exigée dans l'objet du marché, les spécifications techniques, la sélection qualitative, les critères d'attribution ou les conditions d'exécution du marché.

Une clause sociale poursuit quant à elle un objectif de formation ou d'insertion socioprofessionnelle de demandeurs d'emploi peu qualifiés, d'apprentis, de stagiaires ou d'apprenants, de personnes en situation de handicap ou de discrimination.

Une clause éthique vise à acquérir un bien ou un service fourni dans des conditions jugées justes et humaines.

En outre, les marchés publics cofinancés doivent montrer l'exemple en stimulant l'innovation. En effet, si le cofinancement européen permet de répondre aux besoins des porteurs de projets, les marchés publics peuvent également servir à dynamiser l'activité innovante. Dans le cadre du FEDER, l'ensemble des porteurs de projets devront donc intégrer dans leurs marchés des procédés nouveaux, inventifs et créatifs, y compris dans des achats récurrents.

Ces mesures qui s'inscrivent dans la vision d'une Wallonie durable, visent concrètement à augmenter la qualité, la pérennité des projets cofinancés et à impacter de manière transversale et positive les résultats de croissance durable attendus par la Commission.

Par ailleurs, la Wallonie se doit également de prévenir, détecter et corriger toute irrégularité. A ce titre, des contrôles portant sur le respect de la réglementation en vigueur et les principes généraux notamment de mise en concurrence et d'égalité de traitement sont mis en place à différents niveaux.

L'ensemble des procédures à respecter par le BÉNÉFICIAIRE sont décrites dans la présente annexe.

1. Transmission des pièces justificatives

En vue de s'assurer du respect de la réglementation relative aux marchés publics, l'ensemble des documents du marché permettant les contrôles de légalité de celui-ci sont transmis via EUROGES 2014 au fur et à mesure de l'avancement dans les procédures de marché.

Par « documents du marché », il faut entendre les documents applicables au marché, y compris tout document complémentaire auquel il se réfère, ainsi que tout élément justificatif sollicité dans le cadre du présent contrôle.

Sont notamment transmis, le cas échéant :

- la décision arrêtant le mode de passation du marché ;
- le cahier spécial des charges contenant les conditions particulières applicables au marché ;
- l'estimation du montant du marché ;
- l'avis de marché ou l'envoi des invitations à déposer offre;
- le procès-verbal d'ouverture des offres ou le rapport de dépôt des offres généré par la e-plateforme;
- le rapport d'analyse des offres ;
- la décision d'attribution du marché ;
- la communication des décisions aux candidats/soumissionnaires ;
- les décisions de modifications en cours d'exécution ;
- les déclarations d'absence de conflits d'intérêts.

En outre, le BÉNÉFICIAIRE est tenu d'insérer dans EUROGES 2014 tout document, renseignement ou information sollicité par l'ADMINISTRATION FONCTIONNELLE et la DCPN, nécessaire pour émettre l'avis technique d'opportunité tel que visé au point 3 et pour mener le contrôle de légalité tel que visé au point 4.

L'impossibilité de pouvoir présenter les documents de marché entraîne l'inéligibilité des dépenses s'y rapportant. Le BÉNÉFICIAIRE ne peut dès lors présenter ces dernières au cofinancement du FEDER. La perte des documents de marché ou l'ancienneté de la date d'attribution d'un marché ne constituent pas un motif de dérogation valable.

EUROGES 2014 attribue à chaque marché un n° d'identification qui devra être utilisé comme référence dans tout échange et, en particulier, pour identifier le marché et les dépenses concernées dans le relevé exhaustif des pièces justificatives mentionné à l'article 10 de l'arrêté.

2. Accompagnement

Le BÉNÉFICIAIRE reste l'unique responsable de la légalité et de l'éligibilité des marchés publics présentés au cofinancement. Dans un souci d'accompagnement des pouvoirs adjudicateurs, le BÉNÉFICIAIRE peut, à tout moment, consulter l'ADMINISTRATION FONCTIONNELLE afin d'obtenir un avis sur une question relative au marché en cours d'élaboration.

3. Avis technique d'opportunité

Pour les marchés dont le montant est égal ou supérieur à 8.500€ HTVA, l'ADMINISTRATION FONCTIONNELLE émet un avis technique d'opportunité sur le Cahier spécial des charges relatif au marché passé dans le cadre du PROJET, ou tout autre document descriptif comprenant les spécifications techniques, les conditions contractuelles proposées et les obligations applicables. Cet avis porte sur les points suivants :

- l'adéquation avec le PROJET au regard du contenu et des objectifs de la fiche-projet ainsi que du présent arrêté de subvention ;
- la prise en compte des clauses environnementales, sociales et éthiques du marché, la circulaire du 28 novembre 2013 du Gouvernement wallon relative à la mise en place d'une politique d'achat durable pour les pouvoirs adjudicateurs régionaux wallons et les outils qui y sont référencés servant de base pour l'analyse du marché ;
- le respect des règles en vigueur (urbanisme,...) ;
- le caractère clair, précis, univoque des clauses de réexamen.

L'ADMINISTRATION FONCTIONNELLE dispose de 30 jours calendrier à compter de l'introduction du dossier complet pour rendre son avis technique d'opportunité.

L'avis émis peut être de 3 ordres :

- ✓ Positif : les dépenses correspondantes pourront être introduites sur base du marché passé en l'état ;
- ✓ Réserve : les dépenses correspondantes pourront être introduites dès lors que les documents du marché auront été adaptés en tenant compte des réserves émises ;
- ✓ Négatif : les dépenses relatives au marché sont inéligibles.

Si l'avis technique n'est pas rendu dans les 30 jours, le BÉNÉFICIAIRE peut lancer son marché en l'état sous son entière responsabilité et l'opportunité sera au plus tard analysée lors du contrôle de légalité. Pour les marchés relevant de la loi du 17 juin 2016 dont le montant est inférieur à 30.000 € HTVA, l'avis technique est rendu lors du contrôle de légalité.

4. Contrôle de légalité

Pour les marchés publics d'un montant estimé inférieur à 8.500 € HTVA, le contrôle de légalité du marché porte sur le respect des principes généraux de mise en concurrence et d'égalité de traitement. Ce respect est présumé par l'insertion dans EUROGES 2014 d'un document justifiant de la consultation de minimum trois opérateurs économiques et du choix opéré.

Pour les marchés d'un montant estimé supérieur ou égal à 8.500€ HTVA, le contrôle de légalité du marché s'effectue systématiquement au niveau du contrôle de premier niveau par l'ADMINISTRATION FONCTIONNELLE au plus tard au moment de l'introduction de la première dépense relative à ce marché.

Ce contrôle de légalité porte tant sur le choix du mode de passation et de sa motivation en cas de recours à une procédure d'exception, que sur l'attribution du marché.

Cependant, pour les marchés publiés (ou qui auraient dû être publiés) à partir du 30 juin 2017, ainsi que pour les marchés pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à introduire une offre est lancée à partir de cette date, dont le

montant estimé est inférieur à 30.000 € HTVA, le contrôle de légalité porte uniquement sur le respect des principes généraux de mise en concurrence et d'égalité de traitement. Ce respect est justifié par l'insertion, dans EUROGES 2014, d'un document démontrant la consultation de minimum trois opérateurs économiques et du choix opéré.

Les contrôles portant sur la légalité des modifications en cours d'exécution sont repris au point 5.2. ci-après.

Le contrôle tient compte de l'avis technique d'opportunité en s'assurant notamment que le cas échéant les réserves émises ont pu être levées. Si aucun avis technique n'a été émis, le contrôle couvrira également les points visés dans le contrôle d'opportunité repris au point 3.

Lorsque l'acte contrôlé est soumis, conformément aux dispositions du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, à la tutelle générale d'annulation des délibérations relatives aux marchés publics, l'ADMINISTRATION FONCTIONNELLE prend en considération l'avis rendu par l'Autorité de tutelle pour se prononcer.

Dans ce cas de figure, le BÉNÉFICIAIRE informe l'Autorité de tutelle que le marché fait l'objet d'un cofinancement dans le cadre du FEDER, en précisant l'ADMINISTRATION FONCTIONNELLE.

En l'absence de contrôle de légalité, ou si le contrôle de légalité est négatif, les dépenses correspondantes ne sont pas validées par la DCPN.

Par ailleurs, la légalité du marché peut également être vérifiée lors d'un contrôle de premier niveau sur place, lors d'un contrôle de second niveau (Autorité d'audit), et lors d'un contrôle réalisé par la Commission ou la Cour des comptes européenne.

5. Dispositions complémentaires

5.1. Marchés attribués avant l'entrée en vigueur du présent arrêté

Pour tous les marchés passés avant la notification du présent arrêté de subvention, le BÉNÉFICIAIRE est tenu, au plus tard dans le mois qui suit la notification du présent arrêté d'insérer dans EUROGES 2014 l'ensemble des documents selon les modalités définies au point 1 ci-avant.

5.2. Modifications en cours d'exécution

5.2.1. Marchés conclus avant le 30 juin 2017 (les marchés publiés ou qui auraient dû être publiés avant le 30 juin 2017, ainsi que les marchés pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à introduire une offre est lancée avant de cette date)

Le BÉNÉFICIAIRE veille à faire preuve de diligence lors de la préparation des documents du marché et anticipe les éventualités afin d'éviter les modifications en cours d'exécution.

Une flexibilité limitée peut être appliquée aux modifications d'un marché après son attribution. Les modifications du marché sont admises à condition qu'elles ne soient pas substantielles.

Les modifications sont considérées comme substantielles si elles remplissent l'une des conditions suivantes:

- a) le pouvoir adjudicateur introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure d'appel d'offres initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ;
- b) elle aurait permis l'attribution du marché à un soumissionnaire autre que celui retenu ;
- c) le pouvoir adjudicateur étend l'objet du marché à des travaux/services/fournitures non couverts au départ ;
- d) elle modifie l'équilibre économique en faveur du contractant d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat initial ;
- e) leur valeur cumulée est supérieure à 15% du marché initial.

Le contrôle de légalité de l'ADMINISTRATION FONCTIONNELLE porte sur les modifications non substantielles dont le montant cumulé dépasse 5% du montant du marché initial.

En cas de travaux/services/fournitures complémentaires en cours d'exécution du marché, le lancement d'un nouveau marché soumis à concurrence est privilégié. Lorsque des travaux/services/fournitures complémentaires sont réalisés par l'entrepreneur ou le prestataire initial sous respect des conditions reprises dans la réglementation en vigueur, la notion de « circonstance imprévue » doit être interprétée eu égard à ce qu'un pouvoir adjudicateur diligent aurait dû prévoir (par exemple, de nouvelles exigences résultant de l'adoption d'une nouvelle législation européenne ou nationale, ou de nouvelles conditions techniques qui étaient imprévisibles malgré des enquêtes techniques sous-tendant la conception et réalisées conformément aux règles de l'art). Des travaux/services/fournitures complémentaires dus à un niveau insuffisant de préparation de l'offre ou du PROJET ne peuvent être considérés comme des « circonstances imprévues ». Dans ce cadre, la seule référence faite à la prolongation de la durée de l'exécution du marché de travaux lié à un marché de services ne constitue pas une circonstance imprévisible suffisante pour la prolongation du marché de services sans mise en concurrence préalable.

Le contrôle de légalité de l'ADMINISTRATION FONCTIONNELLE porte sur chacun de ces marchés complémentaires.

5.2.2. Marchés conclus à partir du 30 juin 2017

La modification en cours d'exécution est définie comme toute adaptation des conditions contractuelles du marché en cours d'exécution. Cette définition très large a pour conséquence que toute adaptation en cours d'exécution, même due à la révision des prix, ou encore à la suppression de certains postes non réalisés, doit être analysée au regard de la réglementation.

Une modification en cours d'exécution peut être de deux types :

- prévue dans les documents du marché sous forme d'une clause de réexamen (modification contractuelle) ;
- autorisée par la réglementation en vigueur (modification réglementaire).

En tout état de cause, ces modifications ne peuvent en aucun cas changer la nature globale du marché.

A. Clauses de réexamen

En ce qui concerne la modification contractuelle, elle peut être apportée sans nouvelle procédure lorsque, quelle que soit sa valeur monétaire, elle a été prévue dans les documents du marché initial sous la forme d'une clause de réexamen claire, précise et univoque. Elle doit notamment mentionner le champ d'application des modifications possibles, leur nature et les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. La présence dans les documents de marché de clauses de réexamen démontre de la diligence de l'adjudicateur lors de la préparation du marché. A ce titre, elles sont clairement encouragées. Dans certains cas, elles sont même rendues obligatoires par la réglementation.

Hormis les clauses de réexamen relatives à la révision de prix, ces clauses de réexamen sont contrôlées par l'ADMINISTRATION FONCTIONNELLE. Le contrôle de légalité de l'ADMINISTRATION FONCTIONNELLE porte sur chacune de ces clauses de réexamen lorsque, le cas échéant, elles sont activées.

B. Modifications réglementaires

En ce qui concerne les modifications réglementaires, elles sont éligibles sans nouvelle procédure de passation si elles respectent la réglementation en vigueur, la jurisprudence européenne et sont dûment justifiées en droit et en fait. Dans ce cadre, les éléments de fait en lien avec les conditions d'application de la règle invoquée doivent clairement établir le caractère légal de la modification.

- Modifications « de minimis »

Les modifications « de minimis » consistent en des modifications du marché initial dont la valeur nette cumulée n'atteint ni le seuil fixé pour la publicité européenne, ni 10 % de la valeur actualisée du marché initial (15% en cas de marché de travaux).

Elles doivent être motivées en droit et en fait dans EUROGES 2014. L'ADMINISTRATION FONCTIONNELLE exerce un contrôle de légalité de ces modifications lorsque la valeur nette de celles-ci dépasse 5% du montant actualisé du marché initial.

- Modifications non-substantielles

Une modification est non substantielle si, quelle qu'en soit la valeur, elle ne remplit aucune des quatre conditions suivantes:

- a) le pouvoir adjudicateur introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission d'autres candidats que ceux retenus initialement ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement acceptée ou auraient attiré d'avantage de participants à la procédure de passation du marché ;
- b) elle modifie l'équilibre économique du marché en faveur de l'adjudicataire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial ;
- c) elle élargit considérablement le champ d'application du marché ;
- d) lorsqu'un nouvel adjudicataire remplace celui auquel l'adjudicateur a initialement attribué le marché en dehors des cas prévus à la suite d'une succession universelle ou partielle ou à la suite d'opérations de restructuration de sociétés telles que prévu dans une clause de réexamen.

Une modification non-substantielle doit être motivée en droit et en fait dans EUROGES 2014. Le contrôle de l'ADMINISTRATION FONCTIONNELLE porte sur chaque modification présentée.

- Travaux, fournitures ou services complémentaires

Une modification pour des travaux, fournitures ou services complémentaires peut, sous conditions, être conclue avec le contractant principal. Il convient de démontrer que ces travaux, fournitures ou services complémentaires sont devenus nécessaires, qu'un changement de contractant est impossible pour des raisons économiques ou techniques et présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour l'adjudicateur. Cette augmentation ne peut toutefois pas être supérieure à 50% de la valeur actualisée du marché initial. En cas de modifications successives, cette limite s'applique à la valeur de chaque modification.

Une modification pour des travaux, fournitures ou services complémentaires doit être motivée en droit et en fait dans EUROGES 2014. Le contrôle de l'ADMINISTRATION FONCTIONNELLE porte sur chaque modification présentée.

- Modification suite à un évènement imprévisible dans le chef de l'adjudicateur

Une modification suite à un évènement imprévisible dans le chef de l'adjudicateur peut, sous conditions, être conclue avec le contractant principal. La modification doit être rendue nécessaire par des circonstances qu'un adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir. L'augmentation du prix ne peut pas être supérieure à 50% de la valeur actualisée du marché initial. En cas de modifications successives, cette limite s'applique à la valeur de chaque modification.

Une modification suite à un évènement imprévisible doit être motivée en droit et en fait dans EUROGES 2014. Le contrôle de l'ADMINISTRATION FONCTIONNELLE porte sur chaque modification présentée.

5.3. Marchés de services ou de fournitures présentant un caractère de régularité

Le BÉNÉFICIAIRE apporte un point d'attention particulier au respect des règles de calcul des seuils pour la publicité. A ce titre, toute scission du marché en vue de se soustraire aux règles de publicité est sanctionnée par une correction financière. Lorsque des marchés de services ou de fournitures présentent un caractère de régularité ou sont destinés à être renouvelés au cours d'une période donnée, le montant est estimé sur une période économique de minimum 12 mois.

5.4. Montants à prendre en considération

Les montants à prendre en considération dans le cadre de la présente annexe sont ceux du marché public global et non uniquement la partie du marché présentée à la subsidiation.