Wallonie
service public
SPW

Marchés publics et concessions de services et de travaux

Décret du 6 octobre 2022 modifiant le Code de la démocratie locale et de la décentralisation

Compétence des organes et tutelle générale à transmission obligatoire (communes et provinces)

Service public de Wallonie

Intérieur et Action sociale

Direction des marchés publics et du patrimoine

17 et 19 janvier 2023

Mot d'introduction

Christophe COLLIGNON

Ministre du Logement, des Pouvoirs locaux et de la Ville

SPW Intérieur

Direction des marchés publics et du patrimoine

Présentation succincte

Quelques missions :

- Instruction des actes adoptés en matière de MP et de concessions soumis à la tutelle générale d'annulation à transmission obligatoire (communes, provinces, intercommunales)
- Instruction des réclamations en matière de marchés publics, de concessions, d'opérations patrimoniales
- Conseil aux pouvoirs locaux :
  - Remise d'avis sur les projets de cahier des charges
  - Questions ponctuelles/spécifiques
  - Réunion relative à la mise en œuvre de certaines opérations complexes

Pour mémoire

Divers sites et outils à votre disposition

Portail des marchés publics en Wallonie

Informations diverses et contenus pratiques sur la commande publique

Portail des pouvoirs locaux

Informations diverses à destination des pouvoirs locaux wallons (MP, RH, Finances, calamités, etc.), notamment :

Le recueil de considérations et remarques diverses en matière de marchés publics et de concessions de services et de travaux

Guichet des pouvoirs locaux

Guichet électronique permettant de gérer certaines démarches administratives et suivre leur état d'avancement notamment dans le cadre de l'exercice de la tutelle et de certains dossiers subsidiés par la RW.

Entrée en vigueur du décret

1er mars 2023

Plan de l'exposé

1. <u>Compétence des organes</u>
   a) Marchés publics – dispositions générales
   b) Accords-cadres
   c) Marchés publics conjoints
   d) Centrales d'achats
   e) Concessions de services et de travaux
   f) Conflit d'intérêts
2. <u>Tutelle générale à transmission obligatoire</u>
3. <u>Dispositions transitoires</u>
4. <u>Séance de questions/réponses</u>

1. Compétence des organes

Marchés publics

Dispositions générales

Articles L1222-3 et L1222-4 /

L2222-2 et L2222-2bis

- Les règles de compétences énoncées à ces articles s'appliquent à la passation et à l'exécution :
  - des marchés publics « classiques »
  - des marchés publics conjoints
  - des marchés publics fondés sur le In House
  - des marchés publics fondés sur le droit exclusif
  - des coopérations horizontales non-institutionnalisées
  - des marchés publics exemptés de l'application des procédures légales de passation (art. 28 LMP), en ce compris le marché public de faible montant (art. 92 LMP)

Droit exclusif

In House

Coopération hor. non-instit.

Marchés exemptés et de faible montant

Conséquence

- Deux délibérations demeurent nécessaires à la passation de ces marchés publics :

  - Une délibération de passation:
    - décidant du recours à l'une de ces exceptions ou à une procédure *sui generis*
    - arrêtant les conditions du marché / de la convention

  - Une délibération d'attribution procédant à l'attribution du marché / approuvant la conclusion de la convention

Compétences du conseil

Articles
L1222-3 et
L2222-2

Il adopte la procédure de passation et fixe les conditions du marché

Points d'attention

Délibération de passation préalable au lancement du marché

- Approbation de la procédure de passation et des conditions du marché par l'organe compétent préalablement au lancement du marché
- Inopérance de toute ratification *a posteriori*

Ré-approbation des documents du marché en cas de relance

- En cas de non-attribution du marché, impossibilité de relancer le marché sans ré-approbation de la procédure de passation et des conditions du marché
- MÊME SI relance d'un marché identique

Exceptions à la compétence du conseil

(choix de la procédure de passation et fixation des conditions des marchés publics)

1. **Urgence impérieuse**
   Pas de modification apportée par la réforme

2. **Délégation octroyée par le conseil**
   Révision des seuils et possibilités de délégations élargies

Possibilité pour le collège d'exercer les compétences du conseil en cas d'urgence

Deux conditions cumulatives :

Urgence impérieuse

Collège « contraint » d'exercer cette compétence pour éviter des dommages conséquents : la décision DOIT être prise dans un délai tel qu'une convocation du conseil n'est pas possible

Evènement imprévisible

Evènement qui ne peut être raisonnablement prévu par l'adjudicateur et ne peut lui être imputable

- Importance de motiver adéquatement la délibération du collège pour justifier de son intervention à ce stade de la procédure
- La décision du collège est communiquée au conseil qui en prend acte lors de sa plus prochaine séance

Délégation octroyée au collège

Budget ordinaire

Toujours aucune limite fixée par le code

Budget extraordinaire

Délégation limitée aux marchés publics d'un montant estimé et H.T.V.A. inférieur à :

- **30 000** € (< de 15.000 habitants)
- **60 000** € (15.000 à 49.999 habitants)
- **120 000** € (50.000 habitants et plus)

  ⚠ Montant des seuils doublé pour les communes

- **150 000** € pour les provinces

Autres délégations

Budget ordinaire

Octroyée :

- au directeur général
- au directeur général adjoint (commune)
- à un autre fonctionnaire à l'exclusion du directeur financier

Limitée, au maximum, aux marchés publics d'un montant estimé et H.T.V.A. inférieur à :

- **5 000** € (< 15.000 habitants)
- **10 000** € (15.000 à 49.999 habitants)
- **15 000** € (50.000 habitants et plus)

Budget extraordinaire

Octroyée :

- au directeur général
- au directeur général adjoint (commune)

Limitée, au maximum, aux marchés publics d'un montant estimé et H.T.V.A. inférieur à :

- **2 500** € (<15.000 habitants)
- **5 000** € (15.000 à 49.999 habitants)
- **7 500** € (50.000 habitants et plus)

Pour les **provinces** : inférieur à **15 000** € sans distinction suivant le type de budget

Délégations

Points d'attention (rappel)

- Conseil peut assortir les délégations octroyées de conditions (seuils inférieurs, types de marchés publics)

- Délégation au DG/à un fonctionnaire :

  - Possibilité de viser une fonction ou un grade au lieu de viser une identité (Mme X, M. Y)

    → Permet un exercice de la délégation par un membre du personnel « faisant fonction »

  - Pas de distinction entre fonctionnaire statutaire ou contractuel

- Délégation à l'extraordinaire impossible envers un autre fonctionnaire

Délégations

Points d'attention

- Extinction des délégations : de plein droit le dernier jour du quatrième mois qui suit l'installation du conseil de la législature suivante

  Pas de modification apportée par la réforme

- Détermination du seuil de délégation applicable (commune) : sur base des dernières données mises à jour quant au nombre d'habitants de la commune connues au moment de l'adoption de la délibération de délégation

  Clarification : pas d'incidence des fluctuations ultérieures, sauf adoption d'une nouvelle délibération de délégations

Compétences du collège

Articles L1222-4 et L2222-2bis

– Il engage la procédure, attribue le marché public et assure le suivi de son exécution

– NOUVEAU : Il approuve le résultat des négociations intervenues avec les soumissionnaires

!

- L'approbation peut intervenir en même temps que l'attribution
- La négociation doit être permise
- Négocier dans la limite de la règlementation et des documents applicables au marché en cause

Compétences du collège

Articles L1222-4 et L2222-2bis

– Il peut apporter au marché public toute modification en cours d'exécution

!

- Compétence exclusive du collège = illégalité d'une modification approuvée par le conseil
- Dans la limite de la législation relative aux marchés publics et/ou des grands principes de droit administratif

– Ces compétences sont exercées par le DG, DG adjoint ou le fonctionnaire en cas d'usage de la délégation du choix de la procédure de passation/de la fixation des conditions des marchés publics

Accord-cadre

Passation des accords-cadres

- Clarification quant à l'interprétation extensive de la notion de « marchés publics »

⟶ Les règles de compétence des organes s'appliquent de manière identique à la passation des marchés publics et des accords-cadres

Art. L1222-3 / L2222-2

Passation des marchés subséquents

- La passation des marchés publics fondés sur un accord-cadre relève entièrement de la compétence du collège

- Ceci inclut :
  - le choix de recourir à la remise en concurrence, le cas échéant
  - le lancement de la remise en concurrence, le cas échant
  - la commande/l'attribution

Recours aux marchés publics conjoints

Articles L1222-6 et L2222-2quater

- Marché réalisé conjointement dans son intégralité ou non et pour le compte de plusieurs adjudicateurs (Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics)

- Les articles L1222-3 et L1222-4 / L2222-2 et L2222-2bis :

  - ne s'appliquent pas dans le cadre du choix du recours à un marché conjoint

  - s'appliquent à l'adjudicateur désigné (PA « pilote ») dans le cadre de la passation et de l'exécution du marché public conjoint

Compétences de principe du conseil

- Décide de recourir à un marché public conjoint

  → À prendre par tous les adjudicateurs concernés

- Désigne le pouvoir adjudicateur pilote

- Adopte l'éventuelle convention fixant les droits et obligations des adjudicateurs

  → Pas d'obligation/liberté laissée aux adjudicateurs MAIS importance de déterminer la responsabilité de chacun dans le paiement des factures/l'exécution du marché

Exceptions identiques aux dispositions précitées (L1222-3 et L2222-2) tant pour l'urgence impérieuse que pour les délégations

Compétence du collège

- Le cas échéant, le collège de l'adjudicateur représenté prend acte de l'attribution du marché public par l'adjudicateur désigné

  ⟶ Cette compétence est exercée par le DG, DG adjoint ou le fonctionnaire en cas d'usage de la délégation pour le recours au marché conjoint

Centrale d’achats

L1222-7 et L2222-2*quinquies*

- Centrale d’achats : un pouvoir adjudicateur qui réalise des activités d'achat centralisées et éventuellement des activités d'achat auxiliaires

  - Activités d’achat centralisées : des activités menées en permanence qui prennent l'une des formes suivantes :
    - l'acquisition de fournitures et/ou de services destinés à des adjudicateurs;
    - la passation de marchés publics et d'accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services destinés à des adjudicateurs;

Délibérations

1. Adhésion à la centrale
2. Manifestation d'intérêt
3. Décision de recourir à la centrale et définition du besoin
4. Commande

Adhésion à la centrale d'achat

Compétence de principe du conseil

- pour adhérer à la centrale, modifier les conditions d'adhésion et résilier l'adhésion
- dans le respect du principe de convention-loi

Urgence impérieuse

- le collège peut d'initiative exercer les compétences du conseil
- communication de la délibération au conseil qui en prend acte lors de sa plus prochaine séance

Délégation

➢ au collège

- stricte choix d'opportunité : aucune condition légale fixée à la délégation
- possibilité pour le conseil d'assortir cette délégation de conditions et limites

Manifestation d’intérêt

Compétence de principe du conseil

Urgence impérieuse

- le collège peut d'initiative exercer les compétences du conseil

- communication de la délibération au conseil qui en prend acte lors de sa plus prochaine séance

Délégation

- au collège
- au directeur général, au directeur général adjoint (commune) ou à un autre fonctionnaire, à l'exclusion du directeur financier

- stricte choix d’opportunité et possibilité pour le conseil d’assortir cette délégation de conditions et limites

Manifestation d'intérêts
Points d'attention

Temporalité

- Précédemment, concomitamment ou postérieurement à l'adhésion
- MAIS avant le lancement du marché

Caractère éventuellement contraignant

En ce cas,

- Engagement de la commune/province dès la manifestation d'intérêt
- Organe compétent pour la définition du besoin lié par le besoin tel qu'il a été estimé

  → à prendre en compte lors de l'octroi de délégations

Recours à la centrale et définition du besoin

Compétence de principe du conseil

Urgence impérieuse

- le collège peut d'initiative exercer les compétences du conseil
- communication de la délibération au conseil qui en prend acte lors de sa plus prochaine séance

Délégation

- au collège
- au directeur général, au directeur général adjoint (commune) ou à un autre fonctionnaire, à l'exclusion du directeur financier

- dans des conditions identiques aux articles L1222-3 / L2222-2

Commande et suivi de l'exécution

Compétence du collège

En cas d'usage de la délégation relative au recours à la centrale et à la définition du besoin : ces compétences sont exercées par le DG, DG adjoint ou le fonctionnaire

Concessions de services et de travaux

Articles L1222-8/L1222-9 et L2222-2sexies/L2222-2septies

- Définition : contrat écrit et à titre onéreux permettant de confier l'exécution de travaux, la prestation et la gestion de services à un/des opérateurs économiques à qui est octroyé le droit d'exploiter les ouvrages ou les services objet du contrat (Loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession)

- Différence par rapport aux marchés publics : le risque lié à l'exploitation des travaux ou services est transféré au concessionnaire (incertitudes quant à l'amortissement des investissements/des coûts)

- Exemples : gestion du stationnement, construction d'un parking public, gestion du marché hebdomadaire/d'une foire, gestion de cafétérias/établissements HORECA, gestion des plaines de vacances, gestion du hall omnisport, etc.

Concessions de services et de travaux

Articles L1222-8/L1222-9 et L2222-2sexies/L2222-2septies

Champ d'application des dispositions du CDLD :

TOUTES les concessions de services et de travaux sont visées, qu'elles soient ou non régies par la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession

Compétences du conseil

Articles L1222-8 et L2222-2sexies

– Il décide du principe de la concession

– Il fixe les conditions et les modalités de la procédure d'attribution (Déterminer les critères de sélection/d'attribution, les modalités de remise des offres, les éléments négociables/non négociables, etc.)

– Il adopte les clauses régissant la concession

- Fixant l'organisation et le fonctionnement du service/l'exploitation de l'ouvrage et impactant les usagers (prix pratiqués par le concessionnaire envers les usagers, horaires d'ouverture, missions qui devront être réalisées, etc.)

- Régissant les relations entre l'adjudicateur et le concessionnaire (modalités de résiliation de la concession, redevance payée au concédant, etc.)

Exceptions à la compétence du conseil

1 **Urgence impérieuse**

Identique à celle des marchés publics

2 **Délégation octroyée par le conseil**

- Uniquement au collège
- Pour les concessions d'une valeur estimée inférieure à 250.000 € H.T.V.A.

  = montant estimé du chiffre d'affaires du concessionnaire (l'ensemble de ses recettes pendant toute la durée du contrat)

  ≠ prix éventuellement payé ou perçu par la commune/province
- Seuil identique pour communes et provinces (non révisé car fixé en 2018)

Points d'attention

Éléments identiques aux règles fixées en matière de marchés publics :

- Conseil peut assortir les délégations octroyées de conditions (seuils inférieurs, types de concession)

- La délibération décidant du principe et fixant la procédure et les clauses doit être adoptée préalablement à la publication de l'avis de concession ou de l'envoi des demandes de remise d'offre

Compétences du collège

Articles L1222-9 et L2222-2septies

– Il engage la procédure, attribue la concession et assure le suivi de son exécution

!

- La compétence d'attribution entraine la compétence d'approuver l'éventuel projet de convention définitif

  (pas de passage au conseil après l'attribution)

– NOUVEAU : Il approuve le résultat des négociations intervenues avec les soumissionnaires

!

- L'approbation peut intervenir en même temps que l'attribution
- La négociation doit être permise
- Négocier dans la limite de la règlementation et des documents applicables à la concession en cause

Compétences du collège

Articles L1222-9 et L2222-2septies

– Il peut apporter à la concession toute modification en cours d'exécution

!

- Compétence exclusive du collège = illégalité d'une modification approuvée par le conseil
- Dans la limite de la législation relative aux concessions et/ou des grands principes de droit administratif

Conflit d'intérêts

Rappel de principes

Art. L1125-10. Outre les interdictions visées à l'article L1122-19, il est interdit à tout membre du conseil et du collège :

1° de prendre part directement ou indirectement dans aucun service, perception de droits, fourniture ou adjudication quelconque pour la commune ; (…)

Les dispositions qui précèdent sont applicables aux directeurs généraux.

Art. L2212-78. Il est interdit à tout membre du conseil : (…)

2° de prendre part directement ou indirectement dans aucun service, perception de droits, fourniture ou adjudication de travaux publics pour compte de la province ; (…)

Les dispositions qui précèdent sont applicables au directeur général, au directeur financier et aux membres du collège provincial, (…).

Ces articles sont rendus applicables aux fonctionnaires à qui une délégation a été octroyée par le conseil

Conflit d'intérêts

Points d'attention

- Exemples de conflit d'intérêts :
  - Un marché portant sur la stérilisation des chats errants ne peut pas être attribué à un bourgmestre vétérinaire ou à la société de celui-ci
  - Un marché portant sur le recouvrement amiable de créances ne peut pas être attribué à un échevin ou un conseiller communal huissier ou à son mari/sa femme
- La problématique des conflits d'intérêts est également visée par :
  - L'article L1122-19 et 2212-78, 1° du CDLD
  - La loi relative aux marchés publics (article 6) et aux contrats de concession (article 26)
  - L'article 245 du Code pénal (prise d'intérêt)

2. Tutelle générale à transmission obligatoire

Transmission des actes à l'autorité de tutelle

Rappel

- Dans les 15 jours de leur adoption
- Accompagnés de leurs pièces justificatives (cf. circulaire du 21 janvier 2019 relative aux PJ et dispositions spécifiques pour les dossiers subsidiés)

→ A défaut d'une transmission complète, les actes adoptés demeurent inexécutoires

Attribution des marchés publics

Nouveaux seuils de transmission

	PO	**PR/ PCAN** (PNAMCP) **/ PNDAPP** (PNDAMCP)	**PNSPP** (PNSMCP)
Travaux	300.000 EUR H.T.V.A.	150.000 EUR H.T.V.A.	75.000 EUR H.T.V.A.
Fournitures et services	250.000 EUR H.T.V.A.	75.000 EUR H.T.V.A.	40.000 EUR H.T.V.A.

Révisés sur base de l'indice « santé » et arrondis

Modifications apportées aux conditions des marchés publics

Seuls certains marchés concernés

- TGTO ne porte que sur les modifications apportées aux marchés publics dont l'attribution a été soumise à transmission obligatoire en vertu du 4° a) de l'article L3122-2 (seuils suivant procédure et type de marché)

  → Pas si modification apportée à un marché financier, à un marché passé sous le couvert de l'exception dite « in house » ou sur la base d'un droit exclusif

Modifications apportées aux conditions des marchés publics

Seuils

– Deux hypothèses :

- Modifications positives qui augmentent le montant initial de minimum 10 %

- Modifications positives dont le montant cumulé aux montants des modifications successives positives augmente le montant initial du marché de minimum 10%

Modifications apportées aux conditions des marchés publics

Points d'attention

- Modification diminue le montant du marché = acte pas soumis à transmission obligatoire

- Pour déterminer si le seuil est atteint :

  - Modifications positives compensées par les modifications négatives SI elles sont approuvées dans le même acte

  - Modifications successives adoptées dans des délibérations différentes : seules les modifications qui augmentent la valeur du marché sont prises en compte

  Pas de compensation des modifications qui diminuent le montant du marché

- Pas de transmission obligatoire *a posteriori* sur les modifications antérieures qui étaient inférieures, par elles-mêmes, à 10 %

Exemple

MP de travaux en PO attribué à 500.000 € HTVA		
Délibération 1	**-** 75.000 €	~~TGTO~~
Délibération 2	**+** 60.000 € **-** 20.000 € = **+** 40.000 €	~~TGTO~~
Délibération 3	**+** 15.000 € (40.000 + 15.000 > 10% du MP)	**TGTO**
Délibération 4	**-** 10.000 €	~~TGTO~~
Délibération 5	+ 25.000 €	**TGTO**

Création d'une centrale d'achats

Adhésion à une centrale d'achats

Coopération hor. non-instit.

- Abrogation de la transmission obligatoire

- Demeurent soumises à une tutelle générale d'annulation (à l'initiative du Ministre ou en cas de réclamation)

Coopération horizontale non-institutionnalisée

Rappel

- **Entre deux pouvoirs adjudicateurs**
- **Mise en œuvre d'une authentique coopération**

  Cf. CJUE C-429/19 du 4 juin 2020 : exigence d'effectivité – contribution réciproques de toutes les parties – simple remboursement des frais, même sans bénéfices, insuffisant – aboutissement d'une démarche de coopération – dimension intrinsèquement collaborative

- **Réalisation d'objectifs communs dans le cadre de l'exercice de services publics**

  Cf. *CJUE C-796/18 du 28 mai 2020*

- **Obéissant uniquement à des considérations d'intérêts publics**
- **Moins de 20 % des activités concernées par la coopération exercées sur le marché concurrentiel**

Autres seuils

L3122-2 1° e., f., g.

Marché public relatif à un prêt

250.000 € H.T.V.A.
(Seuil augmenté)

Marché public sur la base d'un droit exclusif

75.000 € H.T.V.A.
(Nouveau seuil)

Marché public dans le cadre d'un contrôle dit « in house »

75.000 € H.T.V.A.
(Nouveau seuil)

Concessions de services et de travaux

L3122-2, 9°

Attribution

Insertion d'un nouveau seuil :

250.000 € H.T.V.A.

= valeur estimée de la concession au moment de l'attribution au sens de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession

≠ redevance perçue par le concédant

= pas uniquement le prix payé le concédant

Concessions de services et de travaux

L3122-2, 9°

Pour rappel

- Concessions de travaux : toutes régies par la loi du 17 juin 2016 (règles différentes selon la valeur de la concession)

- Concessions de services : législation s'applique uniquement aux concessions d'une valeur estimée égale ou supérieure à 5.382.000 €

  ⟶ Nécessité d'estimer la valeur de CHAQUE concession conformément aux articles 35 et 36 de la loi :

  - Avant le lancement
  - Avant l'attribution (cette estimation doit se baser sur l'offre concrètement remise par le candidat désigné)

Concessions de services et de travaux

L3122-2, 9°

Pour rappel

En cas de concessions exclues du champ d'application de la loi :

Nécessité de respecter les grands principes de droit administratif (égalité, non-discrimination, motivation, etc.) et, en cas d'intérêt transfrontalier, le Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne

Voir, notamment, l'exposé des motifs de la loi du 17 juin 2016 (Projet de loi relatif aux contrats de concession, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2015-2016, n° 1708/001, pp. 13 et suivantes)

Concessions de services et de travaux

L3122-2, 9°

Modification

Insertion de nouveaux seuils

Principe identique à celui des marchés publics

- Augmente de minimum 10% la valeur estimée initialement
- Montant cumulé aux montants des modifications positives successives augmente de minimum 10 % la valeur estimée initialement

3. Dispositions transitoires

Actes adoptés antérieurement au 1er mars 2023

- Demeurent soumis aux dispositions qui étaient en vigueur en la matière au jour de leur adoption

Ex. : MP In House attribué le 28 février < 75.000 € HTVA = TGTO

Ex. : Concession attribuée le 28 février au montant de 200.000 € HTVA
= TGTO

⚠ En conséquence : nécessité d'adopter de nouvelles délégations, même si renvoi dynamique

Modifications approuvées à compter du 1er mars 2023
(concernant des MP soumis à TGTO avant le 1er mars 2023)

- Soumises aux nouvelles dispositions

Ex. : MP/Concession attribué en septembre 2022 soumis à TGTO – Délibération d'avril 2023 approuvant les modifications : + 150.000, - 50.000, - 25.000 = 75.000

→ TGTO si 75.000 > 10% de la valeur initiale du marché

⚠ Modifications à une concession attribuée antérieurement au 1er février 2019
= TG

Nouvelles délégations

- Les nouvelles délégations peuvent être adoptées dès maintenant
- Elles sortiront leurs effets, même en l'absence de spécifications expresses de la délibération, au 1er mars 2023

Ex. : Délibération de délégations adoptées en janvier – Automatiquement exécutoire au 1er mars 2023

4. Séance de questions/réponses

Wallonie
service public
SPW

Aurélie LEDOUX
Jordan BERNY

Marchés publics

marchespublics.interieur@spw.wallonie.be

Concessions de services et de travaux

patrimoine.interieur@spw.wallonie.be

Merci pour votre attention !