



## SOMMAIRE

- **Actualités législatives** : Loi du 22 décembre 2023 visant à promouvoir l'accès des PME aux marchés publics
- **Focus thématique** : La motivation formelle des modifications de marché

\*\*\*

### ❖ Actualités législatives

Le 22 décembre 2023, le législateur fédéral adoptait une loi modifiant la réglementation relative aux marchés publics **en vue de promouvoir l'accès des PME auxdits marchés**.

Cette loi comporte des dispositions nouvelles relatives :

- À l'octroi d'avances ;
- À l'octroi d'une indemnité de soumission ;
- À l'information des soumissionnaires quant au classement provisoire à l'ouverture des offres.

➤ Ce 1<sup>er</sup> février 2024, **la nouvelle disposition relative à l'octroi d'une indemnité de soumission<sup>[1]</sup>** est entrée en vigueur.

Une indemnité de soumission doit être prévue dans et selon les conditions suivantes :

- **Champ d'application matériel** : lorsque le pouvoir adjudicateur exige que les offres soient accompagnées d'échantillons, de maquettes, de prototypes, de dessins ou de toute autre conception graphique dans les domaines des arts plastiques, des arts musicaux, des arts cinématographiques ou des arts du spectacle.
- **Champ d'application temporel** : pour les marchés publiés ou qui auraient dû être publiés à partir du 1<sup>er</sup> février 2024, ainsi que pour les marchés pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à introduire une demande de participation ou une offre est lancée à partir de cette date.
- **Procédures de passation concernées** : procédure restreinte, procédure concurrentielle avec négociation, procédure négociée sans publication préalable, dialogue compétitif, partenariat d'innovation.

<sup>[1]</sup> Art. 12/9 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, inséré par l'article 3 de la loi du 22 décembre 2023 modifiant la réglementation relative aux marchés publics en vue de promouvoir l'accès des PME auxdits marchés.

- **Bénéficiaire de l'indemnité** : les soumissionnaires, à l'exclusion de l'adjudicataire<sup>[2]</sup>.

⚠ Moyennant une disposition expresse des documents du marchés, l'adjudicateur peut prévoir de n'octroyer aucune indemnité de soumission ou de n'octroyer qu'une indemnité réduite aux soumissionnaires qui ont présenté une offre substantiellement irrégulière ou inacceptable.

- **Montant de l'indemnité** : déterminé par l'adjudicateur et indiqué dans les documents du marché.

- **Date de versement de l'indemnité** : déterminée par l'adjudicateur et indiquée dans les documents du marché.

⚠ Cependant, cette date ne peut être postérieure au trentième jour suivant la date de la conclusion du marché et doit être comprise dans un délai de six mois à partir du jour de la décision d'attribution ou de non-attribution du marché.

- **Publicité ex-post de l'indemnité de soumission** : les adjudicateurs remplissent les champs relatifs à l'indemnité de soumission qui sont prévus dans un formulaire électronique préparé à cet effet par le service fédéral compétent. Ce formulaire doit être rempli à la suite de l'avis d'attribution (simplifié) du marché. [En vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2024].

➤ Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2024, **un nouveau régime relatif à l'octroi des avances**<sup>[3]</sup> s'applique.

- **Principe** : les adjudicateurs n'accordent pas d'avance.

- **Dérogation libre** : les adjudicateurs peuvent dorénavant déroger librement au principe de l'interdiction des avances par une disposition contraire expresse prévoyant l'octroi d'avances. L'octroi d'avance n'apparaît donc plus limité par les hypothèses limitativement énumérées à l'article 67 RGE.

- **Obligation d'octroyer des avances** : certains adjudicateurs, parmi lesquels **les autorités locales et les adjudicateurs dont les activités sont financées majoritairement par les autorités locales et dont la gestion est soumise au contrôle de ces dernières**, ont l'obligation de prévoir l'octroi d'avances dans les hypothèses suivantes :

- ***Passation du marché selon la procédure négociée sans publication préalable*** dans les hypothèses suivantes :

- la dépense à approuver est inférieure à 143.000 € HTVA ;
- aucune demande de participation ou demande de participation appropriée, aucune offre ou offre appropriée n'a été déposée à la suite d'une procédure ouverte ou restreinte ;
- dans le cas d'un marché public de fournitures, lorsque les produits concernés sont fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement.

---

<sup>[2]</sup> Une indemnité est également due à l'adjudicataire si l'adjudicateur prévoit des primes ou des paiements au profit des participants à un dialogue compétitif conformément aux articles 39, § 8 ou 121, § 8, de la loi ou si des indemnités similaires sont accordées dans le cadre d'un concours.

<sup>[3]</sup> Art. 12/1 à 12/8 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, inséré par l'article 3 de la loi du 22 décembre 2023 modifiant la réglementation relative aux marchés publics en vue de promouvoir l'accès des PME auxdits marchés.

○ **Attribution du marché à une PME en dehors d'une PNSPP**



PME = entreprises qui occupent moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros.



Ne pouvant déterminer au moment de la rédaction des conditions du marché, la qualité de l'adjudicataire, l'adjudicateur devra dorénavant prévoir une clause au sein des documents du marché dédié à l'octroi des avances si l'adjudicataire devait se révéler être une PME.

○ **Exceptions** à l'obligation d'octroyer des avances :

- les marchés publics portant à la fois sur le financement et l'exécution de travaux ainsi que, le cas échéant, sur toute prestation de services relative à ceux-ci ;
- les marchés publics ayant pour objet le crédit-bail, la location ou la location-vente ;
- les marchés publics de services d'assurance ;
- les marchés publics conclus sur la base d'un abonnement ou les marchés publics dont le paiement est effectué sur la base d'une consommation périodique ;
- les marchés publics dont le délai d'exécution est inférieur à deux mois.

● **Valeur de référence pour le calcul de l'avance :**

- **Si la durée du marché est égale ou inférieure à douze mois** : la valeur de référence pour le calcul de l'avance est égale au montant initial du marché, toutes taxes comprises.
- **Si la durée du marché est supérieure à douze mois** : la valeur de référence est un montant égal à douze fois la valeur initiale du marché, taxes comprises, divisée par la durée du marché exprimée en mois.
- **Dans le cas d'un marché à durée indéterminée** : la valeur de référence est la valeur par mois du marché multipliée par douze.



Pour le calcul du montant initial du marché, il n'est tenu compte ni des tranches conditionnelles ni des reconductions.

● **Valeur de l'avance :**

- **En cas de dérogation libre** : la valeur de l'avance ne peut excéder 20% de la valeur de référence.
- **En cas d'octroi obligatoire en raison de l'usage de la PNSPP** : l'avance correspond à 15% de la valeur de référence.



Possibilité de porter la valeur de l'avance jusqu'à 20% de la valeur de référence par une disposition expresse.

○ **En cas d'octroi obligatoire au motif que l'adjudicataire est une PME :**

- lorsque l'adjudicataire est **une micro-entreprise**, l'avance correspond à 20% de la valeur de référence.



Micro-entreprise = une entreprise qui emploie moins de dix personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel ne dépasse pas deux millions d'euros.

- lorsque l'adjudicataire est **une petite entreprise**, l'avance correspond à 10% de la valeur de référence.



Petite entreprise = une entreprise qui emploie moins de cinquante personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel ne dépasse pas dix millions d'euros.



Possibilité de porter la valeur de l'avance jusqu'à 20% de la valeur de référence par une disposition expresse.

- lorsque l'adjudicataire est une **moyenne entreprise**, l'avance correspond à 5% de la valeur de référence.




Moyenne entreprise = une entreprise qui occupe moins de deux cent cinquante personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas cinquante millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas quarante-trois millions d'euros.



Possibilité de porter la valeur de l'avance jusqu'à 20% de la valeur de référence par une disposition expresse.


- **Plafonnement de la valeur de l'avance** : la valeur de l'avance ne peut excéder 225.000 € HTVA. Si l'application des pourcentages précités à la valeur de référence détermine une valeur d'avance supérieure à 225.000 € HTVA, cette valeur devra être ramenée à 225.000 € HTVA.
- **Exceptions** : le plafonnement en montant absolu et en pourcentage ainsi que les pourcentages applicables à la valeur de référence en fonction de la taille de la PME ne s'appliquent pas dans les cas suivants :
  - Valeurs spécifiques fixées par arrêtés royaux adoptés en cas de circonstances économiques exceptionnelles.
  - Cas particuliers : la valeur de l'avance est fixée librement par l'adjudicateur dans les hypothèses suivantes :
    - 1° pour les marchés publics de services de transport aérien de voyageurs ;
    - 2° pour les marchés publics de fournitures ou de services qu'il s'impose de conclure :
      - a) avec d'autres États 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 États ;
      - 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 États ou organisations internationales ;
    - 3° pour les marchés 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 ;
    - 4° 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.

 Plafonnement pour les hypothèses du 4° à 50% du montant initial du marché.

- **Imputation de l'avance :**


- ***Libre détermination par l'adjudicateur*** : l'avance accordée est imputée sur les montants dus à l'adjudicataire selon le rythme et les modalités prévus dans les documents du marché.
- ***Par défaut*** : en absence de mention dans les documents du marché :
  - la première moitié de l'avance est imputée sur les sommes dues à l'adjudicataire quand le montant des prestations exécutées atteint 30% du montant initial TVAC du marché ;
  - la deuxième moitié de l'avance est imputée sur les sommes dues à l'adjudicataire quand le montant des prestations exécutées atteint soixante pour cent du montant initial du marché.

 Ces règles ne s'appliquent pas aux avances octroyées dans les cas particuliers (cf. les cas particuliers sous les exceptions à la valeur de l'avance).

- **Publicité ex-post de l'octroi d'avances** : à la suite de l'avis (simplifié) d'attribution de marché, les adjudicateurs complètent les champs relatifs aux avances du formulaire électronique séparé préparé à cet effet par le service fédéral compétent.

- **Divers :**

- ***Projet soumis à autorisation*** : lorsque le marché public concerné intervient dans le cadre d'un projet pour lequel une autorisation est requise, l'adjudicateur peut par une disposition expresse dans les documents du marché subordonner le versement de l'avance à l'obtention de cette autorisation.
 

 La notion d'autorisation s'entend largement. Cette hypothèse couvre notamment le cas où l'exécution du marché dépend de l'obtention d'un permis urbanistique.
- ***Accord-cadre et marchés subséquents*** : logiquement, l'accord-cadre n'est pas concerné par les avances, aucune prestation n'étant directement attribuée en vertu de l'accord-cadre ; le régime des avances s'appliquent, en revanche, aux marchés subséquents attribués en vertu de l'accord-cadre.
- ***Tranches conditionnelles*** : la levée de tranches conditionnelles ne donne pas lieu à l'octroi d'une nouvelle avance en vue de l'exécution desdites tranches levées.
- ***Reconduction*** : la reconduction du marché ne donne pas lieu à l'octroi d'une nouvelle avance en vue de son exécution.

- **Répétition** : la répétition, consistant dans la passation d'un nouveau marché public, donne lieu à l'octroi d'une avance pour le marché répété dans les cas où l'avance est obligatoire.

➤ Le 1er juin 2024 entrera en vigueur l'obligation, dans certains cas, de **communiquer à chaque soumissionnaire sa place dans le classement provisoire** résultant de l'ouverture des offres.

## ❖ Focus thématique : La motivation formelle des modifications de marché

La délibération approuvant une modification apportée à un marché public en cours d'exécution constitue un acte administratif à portée individuelle devant, en conséquence, faire l'objet d'une motivation formelle tant en droit qu'en fait, conformément aux articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

Concrètement, il importe, dans les délibérations relatives aux modifications apportées en cours d'exécution à des marchés publics, d'indiquer, outre la disposition issue de la réglementation fondant légalement la modification, les éléments factuels propres au cas d'espèce démontrant que les conditions légales posées par la disposition invoquée sont effectivement rencontrées.

\*\*\*

Pour toute question relative aux marchés publics : [marchespublics.interieur@spw.wallonie.be](mailto:marchespublics.interieur@spw.wallonie.be)

Pour toute question relative aux concessions de services ou de travaux : [patrimoine.interieur@spw.wallonie.be](mailto:patrimoine.interieur@spw.wallonie.be)

N'hésitez pas à consulter [le Portail des Pouvoirs locaux](#), et notamment le [Recueil](#) de considérations et remarques diverses en matière de marchés publics et de concessions de services et de travaux.

\*\*\*

**Vous connaissez un collègue intéressé ?**

N'hésitez pas à l'inviter à s'inscrire à notre newsletter via l'adresse : [interieur@spw.wallonie.be](mailto:interieur@spw.wallonie.be).

**Vous ne souhaitez plus recevoir notre newsletter ?**

Sollicitez votre désinscription via l'adresse : [interieur@spw.wallonie.be](mailto:interieur@spw.wallonie.be).

\*\*\*

Le SPW Intérieur et Action sociale dispose d'un [compte LinkedIn](#), n'hésitez pas à le suivre et à vous y abonner.

Celui-ci comprend de nombreuses actualités en lien avec les Pouvoirs locaux.

Lien : <https://www.linkedin.com/company/spw-interieur-et-action-sociale/>

<sup>[1]</sup> Art. 12/9 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, inséré par l'article 3 de la loi du 22 décembre 2023 modifiant la réglementation relative aux marchés publics en vue de promouvoir l'accès des PME auxdits marchés.

<sup>[2]</sup> Une indemnité est également due à l'adjudicataire si l'adjudicateur prévoit des primes ou des paiements au profit des participants à un dialogue compétitif conformément aux articles 39, § 8 ou 121, § 8, de la loi ou si des indemnités similaires sont accordées dans le cadre d'un concours.

<sup>[3]</sup> Art. 12/1 à 12/8 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, inséré par l'article 3 de la loi du 22 décembre 2023 modifiant la réglementation relative aux marchés publics en vue de promouvoir l'accès des PME auxdits marchés.