

L'acquisition de documents par les bibliothèques publiques

**Vade Mecum juridique des conditions d'application de la loi sur
les marchés publics en Communauté française**

Bruxelles, le 10 décembre 2004.

Maître Patrick THIEL

Table des matières

INTRODUCTION	3
CHAPITRE I. QUI DOIT RESPECTER LA LOI SUR LES MARCHES PUBLICS ?.....	5
CHAPITRE II. QUELS SONT LES MODES D'ATTRIBUTION DU MARCHÉ QUI PEUVENT ÊTRE UTILISÉS ?8	
INTRODUCTION	8
SECTION 1. L'ADJUDICATION, L'APPEL D'OFFRES OU LA PROCÉDURE NÉGOCIÉE	9
SECTION 2. PROCÉDURES OUVERTES OU RESTREINTES ?.....	10
SECTION 3. CARACTÉRISTIQUES DE LA PROCÉDURE NÉGOCIÉE SANS PUBLICITÉ	11
SECTION 4. POSSIBILITÉ DE RECOURIR À UNE LISTE DE CANDIDATS PRÉSELECTIONNÉS.....	13
CONCLUSIONS QUANT AU MODE DE PASSATION.....	15
CHAPITRE III. QUELLE EST LA VALEUR DE LA COMMANDE À PRENDRE EN COMPTE POUR DÉTERMINER LES OBLIGATIONS EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS ?	16
INTRODUCTION	16
SECTION 1. APPRÉCIATION DE LA VALEUR DE LA COMMANDE.....	17
SECTION 2. QUELLE PUBLICITÉ FAUT-IL FAIRE EN FONCTION DE LA VALEUR DU MARCHÉ ?.....	19
CHAPITRE IV. AUTRES QUESTIONS JURIDIQUES À APPREHENDER	21
SECTION 1. LE PRINCIPE DU BON DE COMMANDE	21
SECTION 2. LA DURÉE DU MARCHÉ.....	24
CHAPITRE V. COMMENT ALORS FAVORISER L'ACCÈS DES LIBRAIRIES À CES COMMANDES ? 26	
INTRODUCTION	26
SECTION 1. LA DIVERSITÉ DES CRITÈRES D'ATTRIBUTION	26
SECTION 2. L'ÉTABLISSEMENT DE DIFFÉRENTS LOTS	27
SECTION 3. TECHNIQUES À ÉCARTER.....	30
A. <i>La sous-traitance</i>	30
B. <i>La réservation de marché</i>	30
CHAPITRE VI. CARACTÉRISTIQUES DU PAYEMENT	32
CONCLUSIONS.....	35

INTRODUCTION

1. La problématique soumise consiste à analyser comment les bibliothèques peuvent procéder à l'acquisition de leurs ouvrages, dans le respect de la législation sur les marchés publics et, dans ce cadre, passer des commandes éventuelles aux petites et moyennes librairies.

Les bibliothèques concernées peuvent être soit des bibliothèques publiques communales ou provinciales, soit des bibliothèques organisées sous forme d'association sans but lucratif bénéficiant d'une intervention des pouvoirs publics, soit encore des bibliothèques qui dépendent organiquement directement de la Communauté française.

Au niveau des systèmes d'acquisition, plusieurs hypothèses peuvent – d'un point de vue théorique – être envisagées : soit organiser une structure faîtière agissant sous forme de centrale d'achat, soit laisser chaque entité organiser ses commandes, soit encore toute autre forme intermédiaire. Parmi cet éventail, un seul mécanisme est ici analysé : l'acquisition faite par les différentes bibliothèques elles-mêmes. Dans ce mécanisme d'acquisition, l'idée est de préserver, autant que faire se peut, le recours aux librairies.

La présente note analyse par conséquent les différentes pistes de travail, tout à fait légales, qui s'offrent pour ce faire. Observons d'emblée qu'il est impossible de « fermer le marché » aux seules librairies.

2. L'acquisition des livres peut en effet ne pas se résumer à la simple fourniture matérielle de l'ouvrage commandé, mais être entourée d'un ensemble de services (conseils à l'acquisition, garantie d'approvisionnement auprès des petites maisons d'édition, mécanisme du suivi de la commande, etc.).

Ces services complémentaires ne sont bien entendu pas envisagés comme opérant un transfert des compétences ou de responsabilité des bibliothécaires dans la gestion de leur bibliothèque vers les librairies. Au contraire, ces services « annexes » viennent renforcer le rôle et la mission du bibliothécaire, en lui assurant un soutien complémentaire des libraires dans l'exercice de ses missions.

Le prix ne devrait donc pas être le seul critère déterminant le fournisseur de livres, au risque de porter préjudice à la qualité des services rendus.

- 3.** Le présent Vade mecum se veut exclusivement être un guide pratique. En aucune manière il n'a la prétention de « contraindre » les bibliothécaires dans l'un ou l'autre choix de leur politique de gestion de la bibliothèque. Ce n'est ni son objet, ni l'intention de ses commanditaires.

Le Vade mecum a uniquement pour objectif d'informer les bibliothèques publiques sur les contraintes légales qui pèsent sur elles en matière de marchés publics, en indiquant les moyens de travail avec les librairies dans ce cadre.

Chapitre I. QUI DOIT RESPECTER LA LOI SUR LES MARCHÉS PUBLICS ?

4. Les bibliothèques doivent respecter la loi sur les marchés publics dans deux cas :

- soit parce qu'il s'agit d'une bibliothèque publique communale, provinciale ou dépendant organiquement de la Communauté française. Dans ce cas, le « *pouvoir organisateur* » de la bibliothèque est en réalité un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 4, § 1, de la loi du 24 décembre 1993 ;
- soit, il s'agit d'une bibliothèque « *de droit privé* », qui peut être organisée, par exemple, sous forme d'une association sans but lucratif, et qui est financée, gérée ou contrôlée majoritairement par les pouvoirs publics.

Dans ce deuxième cas, l'association est également considérée comme un pouvoir adjudicateur, et elle doit donc respecter la loi sur les marchés publics. En effet, conformément à l'article 4, § 2, 8°, de la loi du 24 décembre 1993, sont considérés comme pouvoirs adjudicateurs au sens de cette loi les :

« (...) *personnes qui, à la date de la décision de lancer le marché :*

- *ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, et ;*
- *sont dotées d'une personnalité juridique, et ;*
- *dont :*
 - *soit l'activité est financée majoritairement par les autorités ou organismes mentionnés au § 1 et au § 2, 1° à 8° ;*
 - *soit la gestion est soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes ;*
 - *soit plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance sont désignés par ces autorités ou organismes. »*

Observons que le critère de financement majoritaire est rencontré dès que plus de la moitié des moyens financiers de l'organisme de l'association sans but lucratif sont mis à la disposition par un ou plusieurs des autres pouvoirs adjudicateurs. Toute forme de financement doit être prise en compte, même par exemple la couverture d'un déficit annuel.¹

Les bibliothèques qui dépendent directement de la Communauté française, ainsi que les bibliothèques qui dépendent directement des communes ou des provinces, tout comme les bibliothèques privées, organisées sous forme d'ASBL mais qui sont soit financées majoritairement, soit contrôlées par les pouvoirs publics sont donc soumises, en principe, à la législation sous les marchés publics.

5. Un pouvoir adjudicateur est une entité juridique autonome. Ainsi, une commune qui dispose d'une bibliothèque publique d'une part et de plusieurs établissements scolaires non dotés de la personnalité juridique et qui procèdent périodiquement à des acquisitions, constitue un seul et même pouvoir adjudicateur.

En Communauté française, le pouvoir adjudicateur est la Communauté française. Le fait que cette dernière soit organisée au travers différents services, tels que le Service de la Lecture publique et le Service de la Promotion des Lettres, le Service général des Lettres et du Livre, etc., est – juridiquement parlant – indifférent.

¹ P. Thiel, *Mémento des marchés publics*, Bruxelles, Ed. Kluwer, 2003, p. 44 et 45 ; P. Lewalle, « La loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et les mesures d'exécution » in *La nouvelle réglementation des marchés publics – Journée d'étude du 6 mars 1997*, Edition de la collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1997, p. 55 et les références citées.

Pour résoudre la difficulté que cette contrainte implique, on lira les développements effectués au numéro 28 et suivants relatifs à la division en lots d'un marché. Cette technique permettra souvent – en pratique – de résoudre plusieurs questions quant à la procédure à suivre en matière de commandes publiques.

Chapitre II. QUELS SONT LES MODES D'ATTRIBUTION DU MARCHÉ QUI PEUVENT ÊTRE UTILISÉS ?

Introduction

6. Trois modes d'attribution du marché peuvent théoriquement être mis en œuvre :

- l'adjudication ;
- l'appel d'offres ;
- la procédure négociée.

L'adjudication se caractérise par le fait que le seul critère d'attribution est le prix le moins cher.

L'appel d'offres, au contraire, se caractérise par le fait que le marché est attribué en fonction de plusieurs critères d'attribution : le prix, la qualité, les délais, etc.

La procédure négociée, en vertu de laquelle le pouvoir adjudicateur attribue le marché en fonction d'un (le prix) ou de plusieurs critères (le prix, la qualité, les délais, etc.), permet en outre, à la différence des deux premières procédures, de négocier directement avec les différents candidats.

La plupart de bibliothèques publiques pourront, vraisemblablement, faire usage de la procédure négociée sans publicité. Il est vraisemblable que seule une dizaine de bibliothèques publiques dépassent, de manière annuelle, un seuil de commande de 67.000 euros. L'attention est dès lors attirée sur le fait que, pour bon nombre de bibliothèques, la procédure négociée avec publicité est possible².

² Lire, pour le surplus, les informations exposées ci-après, au numéro 15 pour ce qui concerne les règles de détermination de la valeur à prendre en compte.

En adjudication et en appel d'offres, les candidats remettent leur offre sur base du cahier spécial des charges. Il n'y a donc pas de discussion entre les parties sur l'offre. À l'inverse, en procédure négociée, les parties peuvent entamer des discussions, et il n'y a pas nécessairement un cahier spécial des charges aussi développé que dans l'adjudication ou l'appel l'offres. Il est toutefois préférable d'en avoir un, parce que c'est à travers lui que la bibliothèque précise les conditions dans sa commande.

En outre, la procédure négociée est généralement perçue comme moins formaliste.

Section 1. L'adjudication, l'appel d'offres ou la procédure négociée

7. Lorsque la valeur estimée du marché, est inférieure à 67.000 euros, le pouvoir adjudicateur peut recourir à la procédure négociée sans publicité.³

Dans ce cas, il ne faut donc pas publier d'avis de marché, et le pouvoir adjudicateur consultera au moins trois fournisseurs potentiels, de son choix :

« Le marché public est dit " procédure négociée " lorsque le pouvoir adjudicateur consulte plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services de son choix et négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux »⁴.

Dans le cadre d'une procédure négociée, le pouvoir adjudicateur ne doit pas obligatoirement formaliser de manière aussi stricte un cahier spécial des charges. De même, il n'est pas nécessairement obligé d'indiquer les critères d'attribution du marché⁵.

³ Art. 17, § 2, 1°, de la loi du 24 décembre 1993 et art. 120 de l'A.R. du 8 janvier 1996.

⁴ Art. 17, § 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993.

⁵ L'article 120 de l'A.R. du 8 janvier 1996 précise en effet que l'indication des critères d'attribution n'est que facultative.

Si l'on souhaite, toutefois, entendre non seulement favoriser un prix intéressant à l'occasion de l'acquisition et simultanément soutenir les librairies de proximité, un cahier spécial des charges, même sommaire, est préférable car il permettra d'insister sur l'élément distinctif entre les grossistes et les librairies, tel que la qualité du conseil à l'achat, la garantie d'approvisionnement auprès des petites éditeurs, le suivi des commandes, etc. Ceci permet en outre d'objectiver la relation juridique.

Section 2. Procédures ouvertes ou restreintes ?

8. L'adjudication peut être soit publique, soit restreinte. L'appel d'offre peut également être soit général, soit restreint. La différence entre les procédures publiques ou générales d'une part, et les procédures restreintes, d'autre part, est la suivante.

Dans le premier cas, toute personne qui le souhaite peut déposer une offre à dater de la publication de l'avis de marché.

Dans le cadre des procédures restreintes au contraire, seules les personnes qui ont été présélectionnées par le pouvoir adjudicateur au terme d'une étape spécifique peuvent ensuite déposer une offre.

9. Il faut s'interroger sur recours aux procédures restreintes.

La Fondation Roi Baudouin estimait, vraisemblablement avec raison, que la technique de la sélection qualitative augmente le risque d'exclusion des petites et moyennes entreprises des procédures de marchés publics, faute pour les

entreprises de taille modeste de disposer de référence solide en rapport direct avec l'objet du marché⁶.

Ce point de vue n'a pas été démenti, à ce jour, à ma connaissance

Il semble donc préférable de ne pas recourir aux procédures restreintes si la procédure d'attribution suivie est l'appel d'offre, sauf de ce qui est dit maintenant à propos de l'établissement d'une liste de candidats présélectionnés.

Section 3. Caractéristiques de la procédure négociée sans publicité

10. Lorsque le marché d'une valeur inférieure à 67.000 euros⁷ la bibliothèque publique peut faire choix de la procédure négociée sans publicité.

La procédure négociée sans publicité ne requiert pas la publication d'un avis de marché au bulletin des adjudications.

Attention, elle suppose toutefois que le pouvoir adjudicateur mette en concurrence plusieurs prestataires de services potentiels. L'article 17, § 2, de la loi du 24 décembre 1993 précise en effet que, pour autant que ce soit possible, plusieurs prestataires de services doivent être consultés dans le cadre d'une procédure négociée sans publicité.

Il importe donc que les bibliothèques publiques, lorsqu'elles décideront de passer le contrat, mettent en concurrence les fournisseurs en leur adressant directement le cahier spécial des charges, par exemple.

⁶ Fondation Roi Baudouin, *Guide destiné à promouvoir l'accès des PME, des artisans et des entreprises à finalité sociale aux marchés publics*, août 2000, p. 123.

⁷ Calculé lit conformément aux règles exposées aux numéros 15 et suivants.

11. Dans le cadre d'une procédure négociée sans publicité, le pouvoir adjudicateur consulte les fournisseurs de son choix. Le Conseil d'État a ainsi jugé, récemment, ce qui suit :

« (...) selon l'article 17, § 1er, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services 'le marché public est dit par procédure négociée lorsque le pouvoir adjudicateur consulte plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services de son choix et négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux' ; que, dans le cadre d'une telle procédure négociée le pouvoir adjudicateur est libre de choisir, parmi les entreprises qui auront manifesté leur intérêt, celle qu'il consultera et il jouit, dans cette consultation, dépourvue de tout formalisme, de la même liberté que les particuliers, et notamment de celle de négocier avec tous ou certains, voir un seul des candidats ; que, toutefois, le pouvoir largement discrétionnaire dont dispose l'autorité dans le cadre d'une procédure négociée ne peut s'exercer arbitrairement »⁸.

12. Si la valeur estimée du marché excède 67.000 euros, alors on ne peut pas recourir à la procédure négociée sans publicité.⁹

Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur devra recourir soit à l'adjudication, soit à l'appel d'offre.

Pour les motifs évoqués au numéro 2, l'appel d'offre est dans ce cas la procédure d'attribution la mieux à même de satisfaire les objectifs que la Communauté française s'est assignée en faveur du soutien des librairies.

⁸ C.E. n° 104.014 du 27 février 2002.

⁹ À moins, exceptionnellement, que l'on soit dans un autre cas d'application de l'article 17 de la loi, comme par exemple une situation d'urgence impérieuse résultant d'événement imprévisible. Ceci devrait toutefois rester marginal.

Section 4. Possibilité de recourir à une liste de candidats présélectionnés

13. Je dois attirer votre attention sur un mécanisme de présélection rarement utilisé en Belgique, mais qui pourrait éventuellement être utile.

La plupart des marchés considérés seront d'une valeur estimée inférieure à 236.900 euros.

Lorsque la valeur estimée du marché est inférieure à ce montant, le pouvoir adjudicateur peut recourir à une technique relativement peu utilisée, et qui pourtant est pratique. Il s'agit d'établir une liste de candidats présélectionnés.

Cette technique est intéressante lorsqu'on ne peut pas recourir à une procédure négociée sans publicité parce que la valeur estimée du marché excède 67.000 euros, sans toutefois atteindre le seuil de 236.900 euros. Pour les marchés dont la valeur est située dans cette tranche, on peut procéder comme suit.

Le pouvoir adjudicateur choisit librement les personnes auxquelles il entend recourir, publie cette liste de candidats ainsi que les conditions auxquelles les autres candidats potentiels doivent satisfaire pour éventuellement participer. Le pouvoir adjudicateur peut donc établir et publier périodiquement, au moins une fois l'an, une liste de candidats auxquels il compte faire appel au cours d'une période donnée. La durée de validité de cette liste ne peut excéder douze mois. Ce système est parfois appelé, en pratique, un système de pré-qualification.

Cette technique peut s'appliquer pour des fournitures à caractère répétitif.¹⁰ Tel est le cas des commandes de livres dans les bibliothèques.

¹⁰ Art. 39, al. 2, de l'A.R. du 8 janvier 1996, *précité*.

Si le pouvoir adjudicateur choisit cette forme de mise en concurrence, il publie périodiquement au Bulletin des Adjudications, et au moins tous les douze mois, un avis relatif à l'établissement d'une liste de candidats sélectionnés pour la passation des marchés publics concernés.

Les candidats présélectionnés sur cette liste sont invités simultanément et par écrit à présenter leur offre.

Cette invitation comporte au moins¹¹ :

- le cahier spécial des charges et les documents complémentaires ou, le cas échéant, l'adresse du service auprès duquel le cahier spécial des charges et les documents complémentaires peuvent être demandés et la date limite pour effectuer cette demande; le cas échéant, le montant dû pour l'obtention de ces documents et les modalités de paiement de cette somme;
- la date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle elles doivent être envoyées et la ou les langues dans lesquelles elles doivent être rédigées;
- l'indication des documents à joindre éventuellement;
- le cas échéant, le ou les critères d'attribution du marché;
- la date, l'heure et le lieu de l'ouverture des offres en cas d'adjudication restreinte ou d'appel d'offres restreint.

Le délai de réception des offres ne peut, en règle générale, être inférieur à quinze jours à compter de la date de l'envoi de l'invitation à présenter une offre. Ce délai peut être réduit à un minimum de dix jours.

¹¹ Art. 40, § 2, de l'A.R. du 8 janvier 1996, *précité*.

Conclusions quant au mode de passation

14. En conclusion, le pouvoir adjudicateur peut procéder comme suit :

- soit la valeur annuelle estimée du marché est inférieure à 67.000 euros ; il peut faire une procédure négociée sans publicité ; il choisit alors le ou les fournisseurs de son choix, en ayant préalablement mis en concurrence trois d'entre eux au moins qu'il choisit librement ;
- soit la valeur estimée du marché est supérieure à 67.000 euros ; dans ce cas, il doit recourir à une adjudication ou à un appel d'offre ;
- lorsque l'on est en adjudication et en appel d'offres classique, il ne semble pas souhaitable d'imposer une phase de sélection qualitative distincte ;
- si le marché est d'une valeur estimée située entre 67.000 euros et 236.900 euros, il peut recourir à l'établissement d'une liste de candidats présélectionnés. Cette technique, peu utilisée en pratique, pourrait être intéressante dans le cas qui nous occupe ;
- entre l'adjudication et l'appel d'offres, cette dernière technique semble devoir être préférée si l'on souhaite favoriser la commande aux librairies.

Chapitre III. QUELLE EST LA VALEUR DE LA COMMANDE À PRENDRE EN COMPTE POUR DÉTERMINER LES OBLIGATIONS EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS ?

Introduction

15. On considère parfois que l'acquisition des ouvrages peut se faire selon une procédure négociée sans publicité (l'ancienne procédure dite de gré à gré), parce que chaque commande de livre est faite ponctuellement.

L'idée circule alors que l'ensemble de ces commandes ponctuelles pourraient être faites directement auprès de n'importe quel libraire ou fournisseur, au terme d'une procédure négociée sans publicité, parce que le prix de chaque ouvrage est infime par rapport aux seuils applicables dans la législation sur les marchés publics.

Selon cette idée, il ne faudrait donc pas calculer l'ensemble de la valeur de ces commandes sur une année pour voir si le seuil de 67.000 euros, qui permet de recourir à une procédure négociée sans publicité, est atteint, au motif que chaque commande est unique.

Ce point de vue est erroné, comme on va le voir.

Section 1. Appréciation de la valeur de la commande

16. Le calcul de la valeur du marché est spécifiquement organisé aux articles 27 et 28 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 lorsqu'il s'agit d'un marché de fournitures¹².

S'il est un fait que le prix de chaque livre est d'une valeur inférieure à 67.000 euros, il faut cependant cumuler la valeur de l'ensemble des ouvrages acquis sur une année.

17. Conformément à l'article 28, alinéa 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 :

« Lorsque des marchés présentent un caractère de régularité ou sont destinés à être renouvelés au cours d'une période donnée, le montant estimé se réfère :

- 1. soit au montant réel total des contrats successifs analogues passés au cours des douze mois ou de l'exercice précédent, corrigé, si possible, pour tenir compte des modifications en quantité ou en valeur qui surviendraient au cours des douze mois suivant le marché initial ;*
- 2. soit au montant estimé total des marchés successifs au cours des douze mois suivant la première livraison ou au cours de l'exercice si celui-ci est supérieur à douze mois »¹³.*

Partons du principe que le marché est conclu pour une durée d'un an, par exemple.

¹² En l'occurrence, l'on est en présence d'un marché de fournitures et non de services. Les règles de calcul de la valeur du marché, d'exécution, etc. sont donc exposées compte tenu de cette qualification juridique.

¹³ Art. 28, al. 2, de l'A.R. du 8 janvier 1996, *précité*.

La valeur du marché doit alors être établie en fonction de l'importance annuelle des commandes envisagées. Ceci se fait de manière relativement simple en examinant, en début d'année, le montant prévu au budget. Celui-ci est censé refléter l'importance du volume de commande qui sera passé au cours de l'année à venir.

Si le budget ne permet pas de procéder à cette estimation, parce qu'il reprendrait par exemple d'autres fournitures dans le même article budgétaire, il faut alors de se référer au montant réel total des contrats successifs analogues passés au cours des douze mois de l'exercice précédent, corrigé si possible pour tenir compte des modifications en quantité ou en valeur qui surviendraient dans l'année à venir.

Il est donc clair que la valeur du marché doit être estimée sur une base annuelle, et non pas commande par commande.

18. Le calcul de la valeur du marché doit se faire en tenant compte du type de produits, et non du type de fournisseur ou prestataire de services.¹⁴

La réglementation sur les marchés publics impose en effet de raisonner par catégorie de produits, et non par type de fournisseurs ou de prestataires de services.

Cette obligation légale ne permet donc pas de procéder à une ventilation au niveau du calcul de la valeur des marchés en fonction de la nature du libraire, du distributeur ou autres types de fournisseurs.

¹⁴ M. Gremetz, « Comment faciliter l'achat des ouvrages produits par les petits éditeurs ? », *Contrats et marchés publics*, novembre 2003, p. 41 ; voyez également R. Rinchet « Les bibliothèques municipales ou départementales peuvent-elles acquérir des ouvrages hors marché auprès des petits éditeurs ? », *Contrats et marchés publics*, mars 2003, p. 40.

Section 2. Quelle publicité faut-il faire en fonction de la valeur du marché ?

19. Ce type de marché doit faire l'objet d'une publication d'un avis de marché au Bulletin des adjudications dès que la valeur estimée de la commande, calculée comme cela a été exposé ci-avant, atteint ou dépasse 67.000 euros.

Les obligations en matière de publicité du marché poursuivent un objectif : celui de la transparence.

Si la valeur estimée du marché atteint ou dépasse 236.900 euros, alors un avis indicatif et un avis de marché devront être publiés audit Bulletin mais aussi Journal officiel de l'Union européenne.¹⁵ Cet avis de marché devra alors indiquer que la commande est soumise à l'accord sur les marchés publics.¹⁶

20. Si la valeur du marché est inférieure à 67.000 euros, alors le pouvoir adjudicateur peut procéder à une procédure négociée sans publicité. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur consultera au moins trois fournisseurs de son choix, comme cela est exposé au numéro 10.

21. L'attention doit être attirée sur le fait que si les formalités de publicité des marchés sont légalement organisées au travers du Bulletin des adjudications et du Journal officiel de l'Union européenne lorsque l'on atteint 67.000 euros, rien n'empêche les pouvoirs adjudicateurs de procéder, en outre, à une information de leur commande selon d'autres modes.

¹⁵ Art. 27, § 2 de l'A.R. du 8 janvier 1996.

¹⁶ Art. 50, 2°, de l'A.R. du 8 janvier 1996.

Il est ainsi concevable, par exemple, que le pouvoir adjudicateur procède à une publication de sa commande dans une revue spécialisée, voir même – pourquoi pas ? – adresse une correspondance à plusieurs de libraires et fournisseurs, en attirant spécialement leur attention sur le fait qu'il lance une commande.

Observons cependant que la publicité complémentaire qui est faite – dans le respect du principe d'égalité¹⁷ – ne peut jamais avoir lieu avant que les publications légales n'interviennent. L'arrêté royal du 8 janvier 1996 a en effet été modifié récemment en ce sens.

¹⁷ Ce qui implique évidemment que le pouvoir adjudicateur n'adresse pas cette invitation particulière à un seul candidat, bien entendu !

Chapitre IV. AUTRES QUESTIONS JURIDIQUES À APPRÉHENDER

Section 1. Le principe du bon de commande

22. Le jour de l'attribution du marché, il n'y aura encore aucune commande concrète. Ce n'est que par la suite que la bibliothèque commandera les ouvrages. Ce mécanisme de commande s'étendra sur plusieurs mois. Cette technique est ce qu'on appelle un marché à bons de commande.

Le marché à bons de commande, encore appelé marché stock ou, en France, le marché de clientèle¹⁸, vise le cas d'un marché où la quantité totale des travaux ou des fournitures ou services n'est au départ pas connue.

Le marché à bons de commande est une notion qui n'est pas spécifiquement appréhendée dans la législation belge. La terminologie n'est alors pas strictement fixée, et on trouve des variantes dans les formes et les appellations, telle que marché (pluriannuel) ouvert, marché stock, etc.¹⁹ En pratique, l'administration l'utilise depuis longtemps.

Il s'agit d'une technique utilisée par le pouvoir adjudicateur lorsqu'il sait qu'au cours d'une période donnée, il devra satisfaire un type de besoin, sans qu'il ne puisse déterminer son importance au préalable si ce n'est que par voie d'estimation²⁰, comme on l'a vu.

23. Les besoins doivent avoir été définis avec précision comme pour un marché ordinaire. Mais la spécificité du marché à bons de commande tient au fait que le rythme ou l'étendue des besoins n'a pu être entièrement arrêté initialement dans

¹⁸ Voyez p.ex. C.A.A. de Douai, 12 juin 2003, *Contrats et marchés publics*, novembre 2003, p. 20 et 21, et note F. Olivier.

¹⁹ J. Noël et consorts, *Les marchés publics, Droits.belges et européen, Principes et application*, Gerpines, Quorum, 2000, p. 189.

²⁰ Cour des comptes, *Les marchés publics d'infrastructure routière à Bruxelles – Rapport de la Cour des comptes transmis au Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale*, mai 2003, p. 2.

le cahier spécial des charges. Le cahier spécial des charges contient alors un ensemble de postes à quantité présumée, mais la quantité réelle de fournitures n'est pas connue.

En pratique, le cahier spécial des charges doit prévoir pour ce genre de marché que ²¹:

- les quantités indiquées ne sont que présumées, et n'engagent pas le pouvoir adjudicateur ;
- l'attribution du marché confère – ou non – un droit de préférence à l'adjudicataire ; on verra ci-après qu'il faut l'exclure ;
- les prix unitaires restent inchangés – ou à tout le moins leur méthode de calcul – , quelles que soient les quantités réellement commandées et sauf révision générale des prix ;
- l'importance du marché est fixée entre deux montants, l'un minimal et l'autre maximal.

Un marché à bon de commande est généralement conclu pour une durée de un an.

On peut alors prévoir une faculté de reconduction pour une durée maximale totale de trois ans, fondée sur l'article 17, § 2, 2°, b), de la loi du 24 décembre 1993. Pour que ceci soit possible, il faut que le cahier spécial des charges le prévoie explicitement.

24. Le cahier spécial des charges doit expressément prévoir que l'on ne confère pas de droit de préférence, comme évoqué. Ceci permet de solutionner l'achat de livres auprès d'un « soldeur ». Le recours au soldeur pourrait se faire dans le cadre d'une procédure négociée sans publicité, de manière à saisir l'opportunité qui se présente. On peut considérer que l'achat de livres, de manière ponctuelle, chez un soldeur constitue un cas d'application de l'article 17, § 2, de

²¹ *Idem*, p. 8 et 9.

la loi du 24 décembre 1993, et qui permet, en toute hypothèse, de recourir alors de manière ponctuelle, à une procédure négociée sans publicité. Insistons toutefois sur le fait que, si la bibliothèque publique a conclu un marché public pour l'acquisition de ses livres avec un adjudicataire déterminée, il faut avoir précisé dans le cahier spécial des charges que ce dernier ne dispose pas d'un d'exclusivité sur les achats.

Le pouvoir adjudicateur peut utiliser ces critères, en tout ou en partie.

Il peut également pondérer ces critères. Observez que les nouvelles directives en matière de marchés publics, qui devront être transposées dans la loi belge pour le 31 janvier 2006 au plus tard, imposent qu'après cette date, les pouvoirs adjudicateurs mentionnent la pondération qu'ils entendent pouvoir appliquer aux critères.

Conformément à l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, le pouvoir adjudicateur mentionne dans le cahier spécial des charges – et éventuellement dans l'avis du marché – tous les critères d'attribution. Si possible, cette énonciation doit se faire dans l'ordre décroissant de l'importance qui leur est attribuée, ce dont le cahier spécial des charges fait dans ce cas mention. Attention, à défaut de préciser une pondération, ou à défaut de préciser que les critères sont énoncés dans l'ordre décroissant de leur importance, les critères d'attribution ont juridiquement la même valeur²². En vue de favoriser l'achat via des librairies, il convient vraisemblablement de pondérer les critères en accordant une part importante de la pondération aux critères qui favorisent les librairies, tels que la garantie d'approvisionnement auprès des petits éditeurs, le conseil à l'acquisition et à la qualité de recherches bibliographiques, le service après vente, etc.

²² Comme le prescrit expressément l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 en ce qui concerne l'appel d'offre.

Parmi les critères énoncés, certains entrent dans les fonctions qui reviennent aux bibliothécaires, tels que le conseil à l'acquisition et la qualité de recherches bibliographiques. Ce critère n'a évidemment pas pour objet de défaire le bibliothécaire de sa compétence, mais n'est envisagé que comme un soutien à son activité.

Il faut donc avoir expressément précisé dans ce cas que le marché principal ne porte pas préjudice au fait de recourir à semblable technique.

Section 2. La durée du marché

25. La durée des contrats n'est pas expressément réglée dans la loi sur les marchés publics. Elle ne l'est pas plus dans l'arrêté royal du 8 janvier 1996, ni dans l'arrêté royal du 26 septembre 1996 et son annexe, le cahier général des charges.

Il est par conséquent possible qu'un pouvoir adjudicateur décide de conclure un marché public pour plusieurs années. Il importe à cet égard d'être attentif à ce qui suit.

La durée du marché ne peut pas être excessive. Ainsi, on concevra mal – et il serait difficilement justifiable – de prétendre conclure un marché public de fournitures pour quinze ans par exemple avec le même libraire.

Comme la réglementation sur les marchés publics n'impose pas de délai maximal, il faut alors prendre en compte la notion de « *délai raisonnable* ». À cet égard, la jurisprudence de la Cour des Comptes de Belgique indique qu'une durée maximale de l'ordre de trois à quatre ans semble admissible.

Les principes généraux de bonne administration et la *ratione legis* de la loi du 24 décembre 1993 recommandent dans les faits que les contrats conclus pour

une durée longue soient régulièrement comparés aux conditions du marché, et par conséquent remis en concurrence²³.

Il semble qu'une durée maximale de trois ans soit raisonnable.

²³ Cour de Comptes, 158^{ème} cahier d'observations présenté à la chambre de représentants, p. 159 ; P. Thiel, *Mémento des marchés publics*, Bruxelles, Ed. Kluwer, 2003, p. 240 et 241.

Chapitre V. COMMENT ALORS FAVORISER L'ACCÈS DES LIBRAIRIES À CES COMMANDES ?

Introduction

26. Pour permettre aux libraires de répondre à ce type de commande, on peut en principe faire usage de plusieurs techniques différentes, parmi lesquelles : la réservation des marchés d'une part, les critères d'attribution d'autre part, la constitution de différents lots et la sous-traitance.

Analysons chacune de ces hypothèses pour apprécier leur pertinence dans le présent cas.

Section 1. La diversité des critères d'attribution

27. L'examen de plusieurs cahiers spéciaux des charges utilisé en pratique montre qu'en règle générale, les commandes sont attribuées sur base d'un critère unique : le prix.

Le critère d'attribution des commandes fait donc fi de tout l'aspect conseil/service que l'on trouve spécifiquement chez les libraires et que l'on trouve moins, voire pas du tout, chez d'autres fournisseurs. Il importe par conséquent de faire usage d'un cahier spécial des charges qui, outre le critère du prix, prenne en compte d'autres éléments. À cet égard, et sans que cette liste ne prétende être exhaustive, on peut retenir les éléments suivants :

- La garantie d'approvisionnement auprès des « *petits éditeurs* » ;
- Le service après-vente.
- Le conseil à l'acquisition et la qualité des recherches bibliographiques ;

- Le prix ;
- L'enregistrement et le suivi des commandes ;
- Le délai de livraison ;

Un pouvoir adjudicateur est en effet libre de choisir la technique d'attribution qu'il souhaite adopter : soit fondée exclusivement sur le prix (l'adjudication) soit fondée sur plusieurs critères (l'appel d'offre et, dans certains cas, la procédure négociée).

Section 2. L'établissement de différents lots

28. La constitution de différents lots permettrait aussi à des opérateurs économiques d'importance modeste de participer au marché.

En France, on trouve d'ailleurs un conseil de nature similaire : le pouvoir adjudicateur peut décider de répartir l'achat des livres en lots, donnant lieu chacun à un marché. Cette procédure facilite l'accès des petites et moyennes libraires à la commande publique.²⁴

La commande pourrait être répartie en plusieurs lots, en fonction, par exemple, de deux types de catégories :

- soit la nature des livres et ouvrages à fournir ;
- soit les bibliothèques à approvisionner si un pouvoir adjudicateur dispose de plusieurs bibliothèques.

Lorsqu'un marché est constitué en plusieurs lots, les candidats peuvent déposer une offre pour un, plusieurs, voire tous les lots simultanément. En principe, et

²⁴ Ch. Boutin, « Comment permettre aux petits libraires d'accéder aux commandes publiques de livres scolaires ? », *Contrats et marchés publics*, février 2002, p. 28.

sauf disposition expresse contraire du cahier spécial des charges, ils peuvent donc déposer une offre pour un seul des lots, ce qui favorise immanquablement l'accès des plus petites entreprises – et donc des librairies de proximité – à la commande publique. L'article 100 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précise en effet que :

« Lorsque le cahier spécial des charges comprend plusieurs lots, le soumissionnaire peut remettre offre pour un ou plusieurs d'entre eux. Il remet offre pour chacun des lots qu'il a choisis. Ces offres peuvent être consignées dans un document unique si le cahier spécial des charges le permet.

Si le cahier spécial des charges le permet, le soumissionnaire peut compléter ces offres sur les différents lots en mentionnant le rabais ou, en cas d'appel d'offre, la proposition d'amélioration qu'il consent sur chaque lot en cas de réunion de certains lots pour lesquels il remet offre »²⁵.

Notons d'ailleurs qu'en vertu de l'article 18, alinéa 2, de la loi du 24 décembre 1993, le pouvoir adjudicateur a la faculté de renoncer à l'attribution de certains lots, pourvu qu'il se soit réservé ce droit expressément dans le cahier spécial des charges, ce que je conseille de faire en règle générale.

29. La constitution des différents lots pourrait être faite, par exemple, au vu des critères suivants :

- Les livres généraux ;
- Les livres scientifiques, techniques et médicaux ;
- Les livres de science humaine ;
- Les livres de littérature générale ;
- Les beaux livres, livres d'art, atlas grand public ;
- Les livres pour la jeunesse ;

²⁵ Art. 101 de l'A.R. du 8 janvier 1996, précité.

- Les livres pratiques ;
- Les dictionnaires et encyclopédies ;
- Les livres de poche ;
- Les livres scolaires et parascolaires ;
- Les bandes dessinées ;
- Les périodiques ;
- Les produits multimédias ;
- Les livres électroniques ;
- Divers et produits mixtes.

Attention cependant dans la technique de l'allotissement. Il est un fait que cette technique peut alors tenir la charge de travail dans la confection du cahier spécial des charges, dans l'attribution et l'exécution du marché.

Par ailleurs, un allotissement peut comporter des effets pervers. Certaines offres, voire l'ensemble des offres, pourrait se cantonner à certains segments de marché qui sont estimés les plus rentables. Cette question ne relève pas d'une analyse juridique proprement dite, mais devait être soulevée dans le présent Vade mecum.

On pourrait alors concevoir une autre forme d'allotissement. Certains pouvoirs adjudicateurs, tels que les provinces ou les communes disposent d'une ou de plusieurs bibliothèques publiques, ainsi que d'établissements scolaires qui, régulièrement, procèdent à des acquisitions de cette nature. Dans ce cas, la division en lots pourrait être faite entre les différents établissements, services ou bibliothèques concernés.

30. La technique de la division en lots ne peut pas porter préjudice au fait que, pour le calcul de la valeur du marché, il faut prendre en compte l'ensemble des lots concernés. En d'autres termes, le cahier spécial des charges peut – fort bien – comprendre plusieurs lots dont la valeur estimée – pour chacun – serait inférieure à 67.000 euros. Pour apprécier le type de publicité qu'il convient de donner au marché et voir si l'on peut suivre une procédure négociée sans

publicité parce que la valeur estimée du marché serait inférieure à 67.000 euros, il convient de cumuler la valeur estimée de l'ensemble des lots.

Section 3. Techniques à écarter

A. La sous-traitance

31. La technique de la sous-traitance, qui est parfois aussi mise en exergue afin de favoriser l'accès de plus petites entités économiques à la commande publique, ne semble pas appropriée en l'espèce.

Il découle d'ailleurs des cahiers des charges utilisés en pratique que la sous-traitance est généralement interdite.

Au regard de la structuration actuelle du marché du livre cette technique ne semble pas s'indiquer.

B. La réservation de marché

32. Parmi les techniques possibles d'un point de vue théorique évoquées au numéro 26, une doit certainement être écartée : la réservation de marchés.

La technique de la réservation des commandes a été introduite récemment²⁶ en matière de marchés publics. Elle consiste à limiter l'accès à la commande à certains opérateurs économiques, à l'exclusion de tout autre.

²⁶ Par une loi du 8 avril 2003.

Les catégories d'opérateurs qui peuvent ainsi être favorisées sont énumérées dans la loi : il s'agit des entreprises d'économie sociale d'une part ou des entreprises à travail adapté (autrement dit, les ateliers protégés) d'autre part²⁷.

Cette technique ne semble donc pas être praticable en l'espèce et on l'écarte par conséquent.

²⁷ Art. 18bis, § 2, de la loi du 24 décembre 1993, précitée.

Chapitre VI. CARACTÉRISTIQUES DU PAYEMENT

33. La pratique²⁸ montre qu'en matière de paiement, de nombreux cas de figure peuvent se présenter. Parfois, certaines bibliothèques avancent des fonds à l'un ou l'autre fournisseur. Parfois au contraire d'autres bibliothèques payent avec des délais de retard de plusieurs mois.

Or, la marge de manœuvre dont dispose le pouvoir adjudicateur en matière de délai de paiement est extrêmement réduite.

34. Les avances ne sont en principe pas possibles, puisque les paiements ne peuvent être faits que pour des services faits et acceptés²⁹ et les exceptions à cette règle semblent totalement étrangères à la présente problématique³⁰.

35. Par ailleurs, le délai de paiement est aussi organisé strictement. Conformément à l'article 15 du cahier général des charges, le paiement doit être fait dans un délai cinquante jours de calendrier :

« *Paiement des fournitures et des services :*

1. *En ce qui concerne les fournitures, le paiement est effectué dans les 50 jours de calendrier à compter de la date à laquelle les formalités de réception sont terminées, pour autant que le pouvoir adjudicateur soit, en même temps, en possession de la facture régulièrement établie ainsi que des autres documents éventuellement exigés.*

²⁸ Voyez par exemple A. Esterzon, *Les conditions d'un rapprochement entre bibliothèques publiques et librairies*, 1999 ; Dossier : *Quelles relations entre les librairies et bibliothèques, concurrentes, complémentaire ou partenariat ?*, 1998.

²⁹ Art. 8 de la loi du 24 décembre 1993 ; art. 5 de l'A.R. du 26 septembre 1996.

³⁰ Elles doivent être fondées, par exemple, sur des investissements préalables en matière de recherche et développement.

Ladite facture vaut déclaration de créance.

Si la livraison a lieu en plusieurs fois, le délai de 50 jours est compté à partir du jour de l'achèvement des formalités de la dernière réception de chacune des livraisons partielles.

2. *En ce qui concerne les services, le paiement est effectué conformément aux modalités fixées dans le cahier spécial des charges, dans les 50 jours de calendrier à compter de la réception de la déclaration de créance pour autant que le pouvoir adjudicateur ait été mis dans les délais prévus en possession des autres documents éventuellement exigés »³¹.*

La réglementation précise d'ailleurs au niveau du délai de paiement que toute disposition contraire qui serait inscrite dans le cahier spécial des charges ou dans un autre document contractuel est réputée non-écrite.

Le paiement doit donc être fait dans un délai de cinquante jours à dater de la réception de la facture, pour autant que les formalités de réception aient été effectuées.

Passé ce délai un intérêt, élevé, est automatiquement dû, sans mise en demeure, ni aucune formalité préalable.

Conformément à l'article 8 de la loi du 24 décembre 1993, aucun marché public ne peut stipuler d'acomptes que pour un service fait et accepté.

En application de ce principe, le cahier spécial des charges régissant le marché peut prévoir que la déclaration de créance ne peut être introduite par le libraire qu'une fois que le livre est livré. À ce moment là, il y a un service fait et accepté.

³¹ Art. 15, § 2, du cahier général des charges.

Le cahier spécial des charges peut préciser qu'aucune facture n'est admise avant que le livre ne soit effectivement livré.

CONCLUSIONS

36. En conclusions, il faut retenir ce qui suit :

- Les bibliothèques publiques ou privées sont des pouvoirs adjudicateurs au sens de la loi sur les marchés publics. Sous la notion de bibliothèques publiques, on vise les bibliothèques qui dépendent directement de la Communauté française, de la Région, d'une commune ou d'une province. Les bibliothèques privées concernées par la loi sur les marchés publics sont celles organisées sous la forme d'association sans but lucratif mais qui sont soit financées majoritairement par les communes, les provinces ou la Communauté française, soit gérées ou contrôlées directement par celles-ci.
- L'achat de livres par les bibliothèques est un marché de fournitures.
- La valeur du marché doit être estimée au niveau de chaque pouvoir adjudicateur en comptabilisant la valeur totale des commandes sur une année.
- Si la valeur totale de la commande est inférieure à 67.000 euros, on peut recourir à une procédure négociée sans publicité.
- Si la valeur de la commande excède 67.000 euros, alors le pouvoir adjudicateur doit procéder soit à une adjudication, soit à un appel d'offres. Pour favoriser le recours aux libraires, la procédure de l'appel d'offres doit être préférée.
- Une phase de sélection qualitative distincte ne semble pas opportune dans le présent marché.

- Pour les marchés dont la valeur estimée est située entre 67.000 et 236.900 euros, le pouvoir adjudicateur peut également recourir à une technique particulière : l'établissement d'une liste de candidats présélectionnés. Dans ce cas, les autres candidats doivent cependant avoir accès au marché s'ils le souhaitent.
- Dans le cas d'un appel d'offres, on peut favoriser l'accès aux libraires soit via les critères d'attribution, soit en procédant à un partage du marché en différents lots. Le problème se pose avec moins d'acuité pour les procédures négociées sans publicité puisque, dans ce cas, le pouvoir adjudicateur choisit librement les candidats avec lesquels il souhaite négocier le marché.
- Il faut prévoir dans le cahier spécial des charges du marché à bons de commande une clause aux termes de laquelle il n'y a pas de garantie d'exclusivité, de manière à pouvoir recourir aux offres faites par des « soldeurs ».
- Lorsque la valeur du marché atteint 5.500 euros au moins, le cahier général des charges s'applique, à tout le moins partiellement. Lorsque la valeur du marché excède 22.000 euros, le cahier général des charges s'applique entièrement. Tout paiement qui serait fait par les bibliothèques publiques au-delà d'un délai de cinquante jours entraîne, en principe, un taux d'intérêts de retard très élevé.
- Le mécanisme des avances qui se pratique parfois semble devoir être prohibé en l'espèce.

Ci-dessous, vous trouverez un tableau récapitulatif des seuils.

Valeur estimée du marché	Cahier général des charges	Procédure	Publicité
< 5.500 euros	Pas d'application	Négociée, ou autre	Pas obligatoire si négociée
Entre 5.500 et 22.000 euros	Application partielle	Négociée, ou autre	Pas obligatoire si négociée
À partir de 22.000 euros	Est intégralement d'application	Négociée, ou autre	Pas obligatoire si négociée
≥ 67.000 euros	Est intégralement d'application	Adjudication, appel d'offre et liste de candidats présélectionnés	Avis de marché publié au Bulletin des adjudications ou liste des candidats
≥ 236.900 euros	Est intégralement d'application	Adjudication et Appel d'offres	Avis indicatif et avis de marché publié au Bulletin des adjudications et au Journal Officiel de l'Union Européenne

*** * ***

Annexes : - Exemple de cahier spécial des charges en appel d'offres général