
**L'EXCEPTION DU « FOURNISSEUR
UNIQUE » ET LES SPÉCIFICATIONS
TECHNIQUES DISCRIMINATOIRES :
LA RIGIDITÉ DU DROIT À L'ÉPREUVE
DES CONTRAINTES DE LA PRATIQUE**
MAXIME VANDERSTRAETEN



RÉSUMÉ

Le recours à l'exception du fournisseur unique suppose de démontrer que la situation d'exclusivité est objective, en ce sens qu'elle n'a pas été créée par le pouvoir adjudicateur lui-même.

L'exclusivité n'est pas objective si elle procède de la définition par le pouvoir adjudicateur de spécifications techniques discriminatoires.

Le pouvoir adjudicateur doit par ailleurs envisager l'existence de solutions alternatives ou de remplacement raisonnables. La présente contribution étudie la portée de cette nouvelle obligation.

Elle s'intéresse également aux modes de preuve du monopole et aux risques auxquels s'expose le pouvoir adjudicateur en recourant à l'exception du fournisseur unique.

Elle aborde enfin des formules alternatives permettant dans certains cas d'obtenir des résultats similaires à ceux d'une procédure « fournisseur unique » (comme les autres hypothèses de procédures négociées sans publicité, ou les modifications au contrat autorisées en vertu des règles générales d'exécution).

SAMENVATTING

Het gebruik van de « enige leverancier »-uitzondering veronderstelt dat de situatie van exclusiviteit objectief is, in die zin dat deze niet door de aanbestedende dienst zelf is gecreëerd.

Exclusiviteit is niet objectief als zij voortvloeit uit de vaststelling door de aanbestedende dienst van discriminerende technische specificaties.

De aanbestedende dienst moet ook rekening houden met het bestaan van redelijke alternatieve of vervangende oplossingen. Deze bijdrage onderzoekt de reikwijdte van deze nieuwe verplichting.

Ook wordt gekeken naar de bewijsmethoden voor het monopolie en de risico's waaraan de aanbestedende dienst is blootgesteld door gebruik te maken van de « enige leverancier »-uitzondering.

Ten slotte worden alternatieve formules besproken die in sommige gevallen tot resultaten kunnen leiden die vergelijkbaar zijn met die van een « enige leverancier »-procedure (zoals andere gevallen van procedures zonder voorafgaande bekendmaking, of wijzigingen van het contract die krachtens de algemene uitvoeringsregels zijn toegestaan).



Introduction

1. La dernière réforme en date du droit des marchés publics a donné lieu à une revalorisation de la procédure négociée *avec publicité*, qui dans les secteurs classiques porte désormais l'appellation de procédure concurrentielle avec négociation.

En revanche, la procédure négociée *sans publication* préalable continue d'être perçue avec méfiance.¹ Pour le législateur européen, compte tenu de ses effets négatifs sur la concurrence, le recours à cette procédure devrait en effet être réservé à des circonstances « très exceptionnelles »², qui sont limitativement énumérées par la loi.

2. Figure parmi ces cas exceptionnels l'hypothèse du monopole de fait ou de droit, qui est formulée en des termes substantiellement identiques dans les secteurs classiques³, les secteurs spéciaux⁴ et le droit des concessions.⁵

Il s'agit du cas où les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé pour l'une des raisons suivantes :

- i) l'objet du marché est la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique ;
- ii) il y a absence de concurrence pour des raisons techniques ;
- iii) la protection de droits d'exclusivité, en ce compris les droits de propriété intellectuelle.

La loi précise que les exceptions indiquées aux points ii) et iii) ne s'appliquent que lorsqu'il n'existe « aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable » et que « l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des conditions du marché ».

3. L'application pratique de l'exception de monopole donne lieu aux oppositions les plus contrastées entre :

- d'une part, les « orthodoxes », qui pointent à juste titre le caractère exceptionnel de l'exception et la rigidité de la jurisprudence en la matière ;
- d'autre part, les « pragmatiques », qui soulignent qu'une interprétation par trop restrictive de l'exception conduit à ne jamais pouvoir l'appliquer et à alourdir inutilement la charge administrative que les marchés publics représentent pour les acheteurs et leurs fournisseurs.

1 Exposé des motifs du projet de loi relatif aux marchés publics, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2015-2016, n° 54-1541/1, pp. 73 et 83.

2 Considérant 50 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

3 Art. 42, § 1^{er}, 1^o, d), de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

4 Art. 124, § 1^{er}, 4^e, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

5 Art. 43, § 1^{er}, 2^o, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

À défaut de réconcilier les deux points de vue, la présente contribution entend à tout le moins aborder cette controverse de façon dépassionnée.

Nous évoquerons brièvement l'exception « artistique » (1), avant d'examiner les « raisons techniques » et les « droits d'exclusivité » (2). Le recours à l'exception de monopole emporte toujours une certaine dose de risques, qui peut néanmoins être atténuée (3). Le pouvoir adjudicateur doit enfin garder à l'esprit que l'objectif poursuivi par le recours à l'exception de monopole peut dans certains cas être rencontré par d'autres moyens moins controversés (4).

1. L'exception artistique

4. L'exception relative à la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique est peu commentée et n'a à notre connaissance donné lieu à aucun contentieux marquant.

5. Le considérant 50 de la directive 2014/24/UE souligne qu'en matière d'œuvre d'art, c'est *l'identité de l'artiste* qui détermine en soi le caractère unique et la valeur de l'œuvre d'art.

Cette précision présente toute son importance. Imaginons par exemple qu'un hôpital souhaite agrémenter son hall d'accueil d'une sculpture originale : l'œuvre à réaliser sera certes « unique », en ce sens que l'artiste la réalisera spécifiquement pour l'hôpital et qu'il n'existera probablement aucune sculpture identique dans le monde. Ceci ne justifie néanmoins pas le recours à la procédure sans publicité : il faut en outre démontrer que le caractère unique et la valeur de l'œuvre proviennent de l'identité du sculpteur.

Ce test emporte à l'évidence une certaine part de subjectivité : l'on s'accordera ainsi à reconnaître un caractère unique à un Picasso, mais en va-t-il de même pour tel autre artiste dont la renommée se limite par exemple au territoire national, voire local ?⁶ La question doit être examinée au cas par cas, en se demandant si les prestations artistiques auraient pu être exécutées par d'autres artistes avec des compétences et des moyens équivalents, pour des résultats comparables.

2. Raisons techniques et droits d'exclusivité

6. L'exception de monopole peut être utilisée lorsqu'il y a « absence de concurrence pour des raisons techniques » (monopole de *fait*) ou en raison de la protection de droits d'exclusivité, par exemple⁷ des droits de propriété intellectuelle (monopole de *droit*).

6 Le professeur Arrowsmith suggère que lorsque l'œuvre se monnaie à un prix qui excède les tarifs commerciaux ordinaires, l'on peut présumer qu'il n'existe pas d'œuvre équivalente à celle de l'artiste concerné (*The law of public and utilities procurement*, T. 1, Londres, Sweet & Maxwell, 2014, p. 1071).

7 A.L. Durviaux note que la formulation des nouvelles directives laisse entendre que les droits d'exclusivité couvrent une réalité plus étendue que les seuls droits de propriété intellectuelle, même si les travaux préparatoires ne donnent aucune indication sur la portée de cette nouvelle formulation (*Principes de droit administratif – Tome 1 – L'action publique*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 125).

L'usage de cette exception donne traditionnellement lieu à une jurisprudence très stricte, dont on peut se demander si elle sera confortée, ou au contraire assouplie, du fait de la reformulation de cette exception dans la loi du 17 juin 2016 (2.1).

L'existence d'un monopole dépend dans une large mesure de la façon dont le pouvoir adjudicateur décrit ses besoins. Nous reviendrons par conséquent sur les principes qui président à la définition des spécifications techniques (2.2), avant de nous intéresser à la preuve du monopole (2.3).

2.1 *Jurisprudence traditionnelle et nouvelle formulation de l'exception*

7. Comme toute exception, celle du fournisseur unique est interprétée strictement.

Sous l'empire du précédent régime de marchés publics, la jurisprudence exigeait ainsi du pouvoir adjudicateur qu'il démontre concrètement :

- d'une part, l'existence d'un monopole de fait ou de droit. Il s'agit à cet égard de démontrer qu'une seule entreprise est capable de réaliser le marché, et pas seulement qu'elle est la plus indiquée⁸ ;
- d'autre part, la nécessité, voire l'« absolue nécessité » de recourir à cette entreprise en particulier.⁹

8. Dans ce contexte, les directives et la loi précisent désormais que l'exception du fournisseur unique ne s'applique que « lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des conditions du marché ».

Il s'agit notamment, précise le considérant 50 de la directive 2014/24, d'envisager le recours à « d'autres canaux de distribution, y compris en dehors de l'État membre du pouvoir adjudicateur », ou d'envisager des « travaux, fournitures ou services ayant une fonction comparable ».

9. L'obligation d'envisager des solutions alternatives raisonnables est nouvelle par rapport au *texte* de la précédente réglementation et peut donc, en ce sens, être perçue comme un durcissement des conditions de recours à cette hypothèse de procédure négociée sans publication préalable.¹⁰

Si l'on préfère voir le verre à moitié plein, l'on constatera que là où la jurisprudence exigeait d'établir l'« absolue nécessité » de recourir au fournisseur concer-

8 C.J.U.E., 10 mars 1987, *Commission c. Italie*, C-199/85 ; C.E., 15 juillet 2008, n° 185.406, *Esri Belux*.

9 C.J.U.E., 18 mai 1995, *Commission c. Italie*, C-57/94 ; C.J.U.E., 14 septembre 2004, *Commission c. Italie*, C-385/02 ; C.J.U.E., 10 avril 2003, *Commission c. Allemagne*, C-20/01 et C-28/01 ; C.J.U.E., 2 juin 2005, *Commission c. Grèce*, C-394/02.

10 A. VERLINDEN, E. DE RAEYMAECKER et F. VAN DURME, « Een overzicht van de nieuwe mogelijkheden voorzien in de WOO 2016 inzake 'de onderhandelingsprocedure' », in *Chronique des marchés publics 2016-2017*, Bruxelles, EBP Consulting, 2017, p. 822.

né, la loi n'oblige qu'à envisager des solutions alternatives « raisonnables », ce qui peut être considéré comme un assouplissement.¹¹

10. Il est en réalité malaisé d'apprécier la portée de cette nouvelle formulation, le législateur européen n'ayant pas jugé utile de la commenter au regard de la jurisprudence antérieure.

Le professeur Arrowsmith observe que cette nouvelle formulation est peut-être inspirée de l'article XV, § 1^{er}, b, de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics de 1994¹², qui dispose qu'un « appel d'offres limité » (c'est-à-dire une procédure sans publicité) peut être utilisé en présence d'un fournisseur unique s'il n'existe « aucun produit ou service de rechange ou de remplacement raisonnablement satisfaisant ».¹³ Une disposition similaire existe dans l'Accord révisé sur les marchés publics (article XIII, § 1^{er}, b)¹⁴, ainsi que dans la loi type de la CNUDCI (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international) sur la passation des marchés publics (article 30, § 5, a).¹⁵

L'Accord sur les marchés publics lie l'Union européenne et ses États membres, de sorte que la nouvelle formulation de l'exception du fournisseur unique n'est peut-être qu'une clarification du régime qui était déjà applicable sous l'empire des précédentes directives.¹⁶

2.2 Monopole et définition des spécifications techniques

11. L'exclusivité doit, suivant le considérant 50 de la directive 2014/24/UE, être « objective », en ce sens qu'elle ne peut pas avoir été créée par le pouvoir adjudicateur lui-même.

L'exclusivité n'est pas objective si elle procède d'une définition *discriminatoire* des besoins du pouvoir adjudicateur (**2.2.1**).

Cela étant, l'édition de spécifications techniques *non discriminatoires* ne suffit pas, vu l'obligation d'envisager des solutions alternatives raisonnables (**2.2.2**).

2.2.1 Exclusivité fondée sur des spécifications techniques discriminatoires

12. Les spécifications techniques définissent les caractéristiques requises de travaux, des fournitures ou des services.

11 En ce sens, D. Batselé estime que cette disposition « peut être lue dans un sens très favorable aux opérateurs économiques, singulièrement les promoteurs immobiliers ou les entrepreneurs de travaux propriétaires de terrains qui sont de plus en plus rares dans les centres urbains » (« Les marchés publics 'cuvée 2017' : mystères, paradoxes, incertitudes et autres approximations », in *Actualités des marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 230).

12 Disponible à l'adresse suivante : https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94_01_f.htm.

13 S. ARROWSMITH, *op. cit.*, p. 1068.

14 Disponible à l'adresse suivante : https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/rev-gpr-94_01_f.htm.

15 Disponible à l'adresse suivante : <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/procurem/ml-procurement-2011/2011-Model-Law-on-Public-Procurement-f.pdf>.

16 S. ARROWSMITH, *op. cit.*, p. 1072.

13. Le pouvoir adjudicateur dispose d'une large marge d'appréciation dans le cadre de la formulation des spécifications techniques. Cette marge d'appréciation est justifiée par le fait que c'est le pouvoir adjudicateur qui connaît le mieux ses besoins.

Les spécifications techniques peuvent être détaillées, tout en respectant le principe de proportionnalité (lequel est apprécié particulièrement soupagement dans le domaine sensible de la santé publique¹⁷).

14. Les spécifications techniques peuvent être formulées soit en termes de performances fonctionnelles, soit par référence à des spécifications techniques, soit par une combinaison des deux façons.¹⁸

La Cour de justice a récemment confirmé qu'il n'existe pas de hiérarchie entre ces méthodes.¹⁹

15. Les spécifications doivent donner aux opérateurs économiques une égalité d'accès à la procédure de passation et ne peuvent avoir pour effet que des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence soient soulevés.²⁰

Plus précisément, les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'une « fabrication ou d'une provenance déterminée ou d'un procédé particulier qui caractérise les produits ou les services fournis par un opérateur économique spécifique, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, à une origine ou à une production déterminée qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits ». ²¹

Il convient d'être particulièrement vigilant à propos de la notion de « procédé particulier », à laquelle le Conseil d'État a récemment conféré une large portée.²²

17 C.J.U.E., 25 octobre 2018, *Roche Lietuva*, C-413/17.

18 Art. 53, § 3, de la loi du 17 juin 2016.

19 C.J.U.E., 25 octobre 2018, *Roche Lietuva*, C-413/17.

20 Art. 53, § 2, de la loi du 17 juin 2016.

21 Art. 53, § 4, de la loi du 17 juin 2016.

22 À propos de l'énumération de l'article 8, § 2, de la loi du 15 juin 2006 (devenu l'article 53, § 4, de la loi du 17 juin 2016), le Conseil d'État a noté que cette disposition « disposition ne se limite donc pas à cibler certains cas aisément identifiables de limitation de la concurrence, mais interdit, plus largement, de recourir à des spécifications qui seraient définies par rapport à une solution technique permettant d'atteindre un résultat et non par ce résultat lui-même. Le rapport au Roi explicite de manière positive cette interdiction en indiquant que 'les spécifications techniques doivent pouvoir être établies en termes de performances et d'exigences fonctionnelles'. Il s'ensuit que lorsque la qualification d'une spécification prête lieu à discussion, la question qu'il convient de se poser tient à savoir si elle détermine une performance à atteindre ou une exigence fonctionnelle, ou si elle impose, en réalité, une solution technique déterminée pour parvenir à cette performance ou répondre à cette exigence fonctionnelle » C.E., 22 février 2017, n° 237.449, *Etablissements GDA*, nous soulignons). Dans cette espèce, le Conseil d'État a jugé discriminatoire l'exigence qu'une balayeuse de voirie dispose de « 4 roues directionnelles », s'agissant d'un « procédé particulier », à savoir une solution déterminée pour atteindre la performance souhaitée. L'on peut se demander si cette jurisprudence est compatible avec l'arrêt de la Cour de justice du 25 octobre 2018, *Roche Lietuva*, C-413/17, par lequel la Cour a confirmé qu'il n'existe pas de hiérarchie entre la méthode de définition des spécifications techniques par référence à des performances fonctionnelles, et celle consistant à renvoyer à des normes techniques.

16. Le simple effet discriminatoire de la spécification technique suffit. Il n'est pas requis que, par la mention contestée, le pouvoir adjudicateur ait entendu poursuivre le but de favoriser ou d'éliminer l'une ou l'autre entreprise.²³

17. Soulignons qu'une telle mention est interdite, même s'il existe un certain degré de concurrence, par exemple lorsque plusieurs entreprises pourraient proposer du matériel correspondant à une marque, une norme, une provenance ou un procédé déterminé²⁴ (ex. : plusieurs distributeurs de licences Microsoft Office).

18. La mention d'une marque, d'un brevet, d'un procédé, etc., n'est autorisée à titre exceptionnel que :

- lorsqu'il ne serait pas possible de fournir une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché en termes de performances fonctionnelles ou au moyen de spécifications techniques. Dans ce cas, la mention est accompagnée des termes « ou équivalent » ;
- lorsqu'elle est justifiée par l'objet du marché. L'exemple habituellement cité à cet égard est celui des pièces de rechange qui, pour des raisons techniques, doivent être d'une marque déterminée.²⁵

19. La loi dispose désormais que si le pouvoir adjudicateur inclut une mention prohibée dans ses spécifications techniques (par exemple la référence à une marque déterminée), le soumissionnaire peut présenter un produit ou un service équivalent.²⁶ La Cour de justice a récemment précisé que la preuve de l'équivalence devait être fournie par le soumissionnaire dans son offre, et pas ultérieurement.²⁷

20. Dans tous les cas où les spécifications techniques sont discriminatoires, l'éventuelle situation d'exclusivité qui en découle n'est pas objective, de sorte que le pouvoir adjudicateur ne peut pas se prévaloir de l'exception du fournisseur unique.

2.2.2 Absence de solution alternative ou de remplacement raisonnable

a. Affaire GSK du 26 juin 2018

21. Il ne suffit pas d'établir l'existence d'un monopole sur la base d'une définition non-discriminatoires des besoins ; encore faut-il démontrer qu'il n'existe « aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable » et que « l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des conditions du marché ».

23 G. DEREAU, « Les documents du marché », in *Le nouveau droit des marchés publics en Belgique – De l'article à la pratique*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 418.

24 C.E., 22 février 2017, n° 237.449, *Établissements GDA*.

25 Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, *M.B.*, 9 août 2011.

26 Art. 53, § 4, dernier alinéa, de la loi du 17 juin 2016.

27 C.J.U.E., 12 juillet 2018, *VARSL*, C-14/17.

Comme relevé ci-avant, la portée de cette nouvelle condition n'est pas évidente. Un récent arrêt du Conseil d'État dans une affaire *GSK*²⁸ – à notre connaissance le premier arrêt rendu sur cette question – offre cependant quelques enseignements utiles.

22. Les faits de cette affaire sont techniques, mais peuvent en substance être résumés comme suit.

La Communauté flamande a octroyé à l'entreprise MSD Belgium (Merck), sans mise en concurrence, un marché de fourniture de vaccins contre le papillomavirus humain (HPV) en vue de la mise en œuvre d'une campagne de vaccination d'élèves de l'enseignement secondaire.

Le recours à la procédure négociée sans publication préalable a été justifiée par la circonstance qu'il n'existe sur le marché que trois vaccins contre le papillomavirus :

- le Cervarix (commercialisé par GSK), un vaccin bivalent (HPV de types 16 et 18), qui offre une protection contre les HPV représentant environ 74% des cancers du col de l'utérus ;
- le Gardasil (commercialisé par Merck), un vaccin quadrivalent (HPV de types 6, 11, 16 et 18), qui offre une protection contre les HPV représentant environ 74% des cancers du col de l'utérus et environ 90% des verrues génitales ;
- le Gardasil 9 (commercialisé par Merck), un vaccin nonavalent (papillomavirus de types 6, 11, 16, 18, 31, 33, 45, 52 et 58), qui offre une protection contre les HPV représentant environ 90% des cancers du col de l'utérus et 90% des verrues génitales.

S'appuyant sur un avis du Conseil Supérieur de la Santé, recommandant la vaccination contre tous les types de HPV, la Communauté flamande a constaté que seul le Gardasil 9 est en mesure d'offrir une protection contre d'autres types de HPV que les types 16 et 18. La Communauté flamande a reconnu que le choix d'un vaccin bivalent serait certes moins onéreux, mais offrirait une protection moins étendue. Le marché est par conséquent attribué sans publicité à Merck.

23. Sur recours en suspension introduit par GSK, le Conseil d'État a validé le recours à la procédure négociée sans publicité, en rappelant que c'est au pouvoir adjudicateur qu'il appartient de définir ses besoins, sans néanmoins limiter artificiellement la concurrence.

Le Conseil d'État observe qu'en l'espèce, le choix du vaccin procède d'une politique de santé publique tendant à assurer une protection plus étendue contre le papillomavirus. Cette politique s'appuie sur la recommandation expresse d'experts indépendants relevant du Conseil Supérieur de la Santé.

28 C.E., 26 juin 2018, n° 241.920, GSK.

Il est vrai que lors du précédent marché ayant le même objet, la Communauté flamande n'avait pas imposé la protection contre les verrues génitales, mais en avait seulement fait un critère d'attribution. Le Conseil d'État partage cependant le constat de la Communauté flamande selon lequel les circonstances ont entretemps évolué, notamment au regard de la recommandation explicite du Conseil Supérieur de la Santé. Ceci autorise la Communauté flamande à désormais inclure la protection contre les verrues génitales dans l'objet du marché.

La circonstance que d'autres pouvoirs adjudicateurs (notamment norvégiens) n'exigent pas une protection aussi étendue tient à la politique de santé publique menée dans ces pays, et qui ne lie pas la Communauté flamande. C'est à cette dernière qu'il appartient de définir ses besoins.

La situation de monopole est donc objective : elle n'a pas été créée par le pouvoir adjudicateur.

Enfin, le Conseil d'État relève que le vaccin de GSK (Cervarix) présente des différences importantes par rapport au vaccin choisi, de sorte qu'il ne constitue pas une alternative raisonnable et que le pouvoir adjudicateur n'a pas restreint artificiellement la concurrence.

24. Cet arrêt reconnaît selon nous une juste marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur dans la définition de ses besoins.

En particulier, il nous semble que le juge devrait faire preuve de modération dans l'examen du caractère « raisonnable » d'une solution alternative, sous peine d'obliger les pouvoirs adjudicateurs à organiser des mises en concurrence dans des cas où cela n'a pas le moindre intérêt.²⁹

C'est certainement le cas dans le contexte de politiques publiques sensibles, comme la santé publique. Dans l'affaire commentée, il aurait en effet paru inconcevable que le Conseil d'État considère comme « raisonnable » l'alternative consistant à acquérir des vaccins moins chers, mais moins performants.

b. Dispositifs « opérateur-dépendants »

25. Toujours dans le domaine de la santé, une situation particulière concerne certains dispositifs dits « opérateur-dépendants », par exemple des dispositifs médicaux implantables (DMI), lorsque le spécialiste est formé à une technique propre à un type particulier de dispositif. Dans ce cas, l'absence de mise en concurrence est liée à l'impossibilité pour l'opérateur d'utiliser un autre dispositif et non au dispositif lui-même.

Selon nous, cette situation concerne néanmoins un besoin propre au pouvoir adjudicateur, qui justifie le recours à l'exception du fournisseur unique pour autant qu'il n'existe pas d'alternative raisonnable (comme par exemple inclure dans l'objet du marché la formation du personnel au dispositif technique qu'il ne connaîtrait pas).

29 Dans le même sens : S. ARROWSMITH, *op. cit.*, p. 1069.

c. Exigences d'interopérabilité

26. Par comparaison avec l'affaire *GSK*, il n'est pas certain que la jurisprudence fasse preuve de la même bienveillance à l'égard d'usages de l'exception du fournisseur unique dans d'autres domaines, notamment l'informatique.

Un exemple relativement peu controversé concerne les « exigences spécifiques d'interopérabilité qui doivent être satisfaites pour garantir le fonctionnement des travaux, des fournitures ou des services achetés » (considérant 50 de la directive 2014/24). Il faut néanmoins démontrer un véritable risque d'incompatibilité³⁰ – et donc une absence d'alternative raisonnable –, et pas seulement se prévaloir d'un motif de confort. Par exemple, l'homogénéité d'un parc informatique en termes de marques et de caractéristiques techniques facilite son usage et sa maintenance, mais ne procède pas nécessairement de préoccupations d'interopérabilité.

d. Solutions logicielles

27. Un autre exemple, plus controversé, concerne les solutions logicielles « historiques ». Un pouvoir adjudicateur fait par exemple l'acquisition, au terme d'une procédure avec publicité, d'une solution logicielle pour une durée de 4 ans. À l'issue de cette période, le pouvoir adjudicateur souhaite renouveler le contrat sans mise en concurrence, au motif que le développeur du logiciel dispose de droits exclusifs sur sa solution. Doit-il envisager l'alternative consistant à changer totalement de solution informatique, et cette alternative – généralement plus coûteuse – peut-elle être considérée comme raisonnable ?

De manière plutôt libérale, le Conseil d'État de France a jugé dans un contexte similaire « qu'il ne résulte pas de l'instruction qu'en choisissant de conserver l'espace numérique de travail mis en place en 2009 avec le logiciel 'NetCollège' et de lancer une procédure de passation d'un marché public afin de répondre au besoin d'assurer son exploitation et sa maintenance, plutôt que d'acquiescer un nouveau dispositif, le département ait entaché d'une erreur manifeste la définition de son besoin ».³¹

À l'inverse, un récent jugement néerlandais a considéré que les coûts qu'implique la transition d'un prestataire à un autre ne suffisent pas à démontrer une « absence de concurrence pour des raisons techniques ». Ces coûts peuvent d'ailleurs être en tout ou en partie pris en charge par le nouveau prestataire.³²

2.3 Preuve du monopole

28. Le pouvoir adjudicateur doit démontrer qu'aucune autre entreprise que celle pressentie n'est à même d'exécuter le marché, ou à tout le moins qu'aucun concurrent n'a raisonnablement pu être identifié.³³

30 C.J.U.E., 8 avril 2008, *Commission c. Italie*, C-337/05.

31 C.E. Fr., 2 octobre 2013, n° 368846, <https://www.legifrance.gouv.fr>.

32 Trib. Amsterdam, 27 septembre 2018, C/13/651498, <https://uitspraken.rechtspraak.nl>.

33 S. ARROWSMITH, *op. cit.*, p. 1066.

29. L'affirmation du pouvoir adjudicateur selon laquelle une entreprise se trouve en situation de monopole ne suffit pas : le pouvoir adjudicateur doit réaliser des recherches sérieuses au niveau européen.³⁴

Le pouvoir adjudicateur pourra à cet égard s'appuyer sur des catalogues de fournisseurs, des revues spécialisées, des avis de consultants techniques, etc. L'affaire *GSK* commentée ci-avant illustre l'importance, pour le pouvoir adjudicateur, d'*objectiver* son besoin – et donc l'existence d'un monopole –, le cas échéant au moyen d'avis de tiers indépendants.

Le pouvoir adjudicateur pourra se prévaloir de l'article 51 de la loi du 17 juin 2016 afin de prospecter le marché, pour autant évidemment que cette prospection n'ait pas pour effet de fausser la concurrence et d'entraîner une violation des principes de non-discrimination ou de transparence.

Notons qu'il n'est pas souhaitable de consacrer des ressources humaines et matérielles démesurées en vue de démontrer l'existence d'un monopole ; lorsque ce dernier est loin d'être évident, mieux vaut encore publier un avis de marché et constater, le cas échéant, qu'une seule offre a été remise.

30. Certains pouvoirs adjudicateurs invitent également les entreprises présumées monopolistiques à transmettre un certificat d'exclusivité, ou une autre forme d'auto-attestation.

Rien ne s'oppose à cette pratique, mais les pouvoirs adjudicateurs qui y recourent se garderont de prendre ces attestations pour argent comptant. Le plus souvent, l'entreprise concernée ne perd en effet rien à attester, par exemple, qu'elle est la seule à disposer des droits (de propriété intellectuelle) sur une solution. Cela ne signifie toutefois pas qu'il n'existerait pas de solution alternative ou de remplacement raisonnable, ce que seul le pouvoir adjudicateur est en principe à même d'apprécier sur la base de ses propres besoins.

31. La justification du recours à la procédure négociée sans publication préalable doit figurer dans une décision motivée du pouvoir adjudicateur, soit à l'entame de la procédure, soit *a posteriori* lors de l'établissement de la décision motivée relative à la sélection qualitative ou à l'attribution du marché.³⁵

Cette justification veillera à (i) remettre le marché dans son contexte, (ii) exposer clairement les besoins du pouvoir adjudicateur, (iii) expliquer pourquoi l'entreprise pressentie est la seule à pouvoir rencontrer ces besoins, (iv) exposer les alternatives qui ont été envisagées et (v) énumérer les raisons pour lesquelles ces alternatives ne sont pas raisonnables.

34 C.J.U.E., 15 octobre 2009, *Commission c. Allemagne*, C-275/08 ; C.J.U.E., 2 juin 2015, *Commission c. Grèce*, C-394/02.

35 Art. 4, al. 1^{er}, 1^o, et al. 2, et art. 29, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions. Voy. égal. l'art. 164, § 1^{er}, 6^o, de la loi du 17 juin 2016, concernant l'obligation (pour les marchés européens) de conserver un dossier écrit contenant notamment la justification du recours à la procédure négociée sans publication préalable).

32. Les marchés atteignant les seuils européens doivent en outre faire l'objet d'un avis d'attribution de marché, publié dans les 30 jours de la conclusion du marché, et comprenant la justification du recours à la procédure négociée.³⁶

3. Analyse de risques

33. Comme il apparaît des développements qui précèdent, le maniement de l'exception du fournisseur unique est délicat, et expose par conséquent le pouvoir adjudicateur à certains risques contentieux.

Il s'agit des recours organisés par la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics (sans préjudice d'autres formes de contrôle, notamment de tutelle).

34. Le recours naturel en matière de marchés publics est la demande de suspension et/ou d'annulation de la décision d'attribution du marché. Le plus souvent, le contrat avec le fournisseur unique aura néanmoins déjà été conclu au moment de l'introduction de ces demandes, de sorte que leur intérêt pour le requérant est limité.

35. Le concurrent préjudicié peut également introduire un recours indemnitaire fondé sur la perte d'une chance d'obtenir le marché attribué sans mise en concurrence.

36. De manière plus fondamentale, le tiers lésé peut enfin s'attaquer au contrat lui-même.

37. Au-dessus des seuils européens, toute personne intéressée³⁷ peut solliciter du juge judiciaire, statuant comme en référé, une déclaration d'absence d'effets du contrat conclu en violation du droit des marchés publics ou des concessions.³⁸ Cette sanction s'apparente à une annulation (rétroactive ou non) du contrat.³⁹

Le mécanisme de l'absence d'effets peut notamment être mis en œuvre en cas de conclusion d'un contrat sans publicité européenne, alors que celle-ci était légalement requise, ce qui couvre donc l'hypothèse d'un usage illégitime de l'exception du fournisseur unique.

36 Art. 62 de la loi du 17 juin 2016 ; annexe 5 à l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

37 L'action n'est donc pas ouverte à tout tiers quelconque, mais bien à tout tiers ayant un intérêt à ce que le marché soit déclaré sans effets et/ou qu'une sanction de substitution soit prononcée (Civ. Bruxelles, 15 février 2013, *M.C.P.*, 2013, liv. 2, p. 238, somm.). Voy. également P. GOFFAUX, « La Cour constitutionnelle n'annule pas les articles 65/22, § 2, et 65/32 de la loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics », note sous C. const., 30 mars 2011, n° 47/2011, *M.C.P.*, 2011, liv. 4, pp. 437-451.

38 En droit belge, le régime de la déclaration d'absence d'effets fut introduit par la loi du 23 décembre 2009 complétant la loi du 24 décembre 1993 (article 65/17) et est actuellement contenu aux articles 17 à 21 de la loi du 17 juin 2013.

39 Article 19 de la loi du 17 juin 2013. Pour un exemple d'annulation *ex nunc*, voy. Anvers, 27 juin 2013, *M.C.P.*, 2013, livr. 4, p. 612 (sommaire). Voy. cependant F. VANDENDRIESSCHE et L. MARTENS, qui estiment que la déclaration d'absence d'effets et la nullité du contrat sont deux figures juridiques distinctes (« Kan iedere overeenkomst gesloten in strijd met de wetgeving overheidsopdrachten dan toch nietig worden verklaard ? », note sous Bruxelles, 23 novembre 2011, *T.B.P.*, 2012, p. 569).

Le recours en déclaration d'absence d'effets doit être introduit dans un délai strict⁴⁰ : trente jours à compter de la publication d'un avis de marché passé ou de la communication de la décision motivée aux candidats et soumissionnaires évincés. À défaut d'une telle publication ou communication, le délai de recours est porté à six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du marché.

La déclaration d'absence d'effets ne s'applique pas si le pouvoir adjudicateur, bien qu'estimant pouvoir légalement se dispenser d'une publicité européenne préalable, a publié au *Journal officiel de l'Union européenne* un avis de transparence *ex ante* volontaire exprimant son intention de conclure le marché et n'a pas conclu le marché avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours à compter du lendemain du jour de publication de cet avis.⁴¹ Ce mécanisme de « rédemption »⁴² suppose que l'avis de transparence *ex ante* comprenne, notamment, la justification de la décision de l'autorité de passer le marché sans publicité européenne préalable.

Dans son arrêt *Fastweb*, la Cour de justice a précisé que l'instance de recours doit s'assurer que l'autorité a agi « de bonne foi » en publiant l'avis de transparence, sur la base d'une croyance légitime que le recours à la procédure négociée sans publicité était autorisée.⁴³

Le pouvoir adjudicateur est donc confronté à un dilemme⁴⁴ :

- soit il est certain de pouvoir légalement se dispenser de la publication d'un avis de marché, auquel cas il n'a guère d'intérêt à procéder à la publication d'un avis de transparence ;
- soit il doute de la légalité du recours à la procédure négociée sans publicité, auquel cas la publication d'un avis de transparence ne fait qu'attirer l'attention sur une illégalité potentielle qui aurait autrement pu passer inaperçue. Pis encore, en cas de recours, l'autorité devra, pour éviter la sanction de l'absence d'effets, prouver qu'elle a estimé de bonne foi pouvoir recourir à la procédure négociée. Or, la publication d'un avis de transparence n'est-elle pas de nature, en soi, à contredire cette croyance légitime ?⁴⁵

40 Art. 23, § 5, de la loi du 17 juin 2013.

41 Art. 18 de la loi du 17 juin 2013.

42 A.L. DURVIAUX, *Précis de droit des marchés publics*, Bruxelles, la Charte, 2014, p. 686.

43 C.J.U.E., 11 septembre 2014, C-19/13, *J.T.*, 2015, liv. 8, pp. 197-200 et obs. M. VANDERSTRAETEN, « Déclaration d'absence d'effets versus sécurité juridique des contrats : un équilibre européen » ; *T.B.P.*, 2015, liv. 6, pp. 328-331 et note F. VANDENDRIESSCHE et J. CARLE ; S. MAEYAERT, « Europees rechtsbeschermingscompromis inzake overheidsopdrachten begrenst vrijheid nationale rechter », *Entr. et dr.*, 2014, liv. 4, pp. 440-448 ; A. BROWN, « When will publication of a voluntary *ex ante* transparency notice provide protection against the remedy of contract ineffectiveness ? Case C-19/13 *Ministero dell'Interno v Fastweb SpA* », *P.P.L.R.*, 2015, liv. 1, pp. NA10-NA16.

44 M. VANDERSTRAETEN, « Ordre et désordre publics : le sort du contrat conclu en violation des règles d'attribution des marchés publics », in *Chronique des marchés publics 2015-2016*, Bruxelles, EBP Consulting, 2016, p. 930.

45 Plus fondamentalement, l'on peut se demander si, dans le doute – même légitime au regard de la complexification du droit de la commande publique – l'autorité ne devrait pas privilégier l'appel d'offres. La Cour rappelle d'ailleurs que la procédure négociée ne peut être utilisée que dans les cas limitativement énumérés par les directives et par la loi (§ 49 de l'arrêt commenté). Ces exceptions

Il n'empêche que l'avis de transparence *ex ante* est relativement peu utilisé en Belgique, alors que son usage peut être utile, notamment en cas de recours à l'exception du fournisseur unique.

38. Sous les seuils européens, un tiers peut en principe introduire une action en nullité (de droit commun) du contrat conclu sans concurrence, en se prévalant du caractère d'ordre public de l'obligation de mise en concurrence. Cette vaste question dépasse cependant le cadre de la présente contribution.⁴⁶

4. Alternatives à l'exception du fournisseur unique

39. Au vu de l'irréductible insécurité juridique qui entoure l'exception du fournisseur unique, et des risques encourus, le pouvoir adjudicateur serait bien inspiré d'envisager des alternatives qui, dans certains cas, emportent des résultats similaires.

40. Ainsi, lorsque le pouvoir adjudicateur dispose déjà d'un fournisseur, et souhaite renouveler ou étendre la mission de celui-ci, il peut envisager de recourir aux procédés suivants, que nous nous contentons de citer :

- l'exception relative aux « travaux ou services nouveaux consistant dans la répétition de travaux ou de services similaires »⁴⁷, à condition que ces travaux ou services soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un marché initial passé selon une procédure avec publicité. Le projet de base doit préciser l'étendue des travaux ou des services supplémentaires possibles, et les conditions de leur attribution. Cette possibilité doit être indiquée dès la mise en concurrence du premier marché, et le montant total envisagé pour les travaux ou services supplémentaires doit déjà dès ce moment être pris en considération pour déterminer si les seuils européens sont atteints. La décision d'attribution des marchés répétitifs doit intervenir dans les trois ans après la conclusion du marché initial ;
- l'exception relative aux fournitures complémentaires destinées, soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir des fournitures ayant des caractéristiques techniques différentes entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées. La durée de ces marchés, ainsi que des marchés renouvelables, ne peut pas, en règle générale, dépasser trois ans⁴⁸ ;

à la publicité devraient s'interpréter de manière stricte (voy. notamment C.J.U.E., 8 avril 2008, Commission c. Italie, C-337/05).

46 Voy. J.-F. GERMAIN et M. VANDERSTRAETEN, « Les régimes de nullité des marchés publics », in *La distinction entre droit privé et droit public*, à paraître en mars 2019.

47 Art. 42, § 1^{er}, 2^o, de la loi du 17 juin 2016.

48 Art. 42, § 1^{er}, 4^o, b), de la loi du 17 juin 2016.

- le régime des événements imprévisibles dans le chef du pouvoir adjudicateur⁴⁹, qui permet la modification d'un marché en cours sans nouvelle procédure de passation lorsque toutes les conditions suivantes sont remplies :
 - 1° la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir ;
 - 2° la modification ne change pas la nature globale du marché ou de l'accord-cadre ;
 - 3° l'augmentation de prix résultant d'une modification n'est pas supérieure à 50% de la valeur du marché ou de l'accord-cadre initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique à la valeur de chaque modification. Ces modifications consécutives ne peuvent pas viser à contourner les dispositions en matière des marchés publics.
- les travaux, fournitures ou services complémentaires devenus nécessaires⁵⁰, lorsqu'un changement de contractant :
 - est impossible pour des raisons économiques ou techniques, telles que l'obligation d'interchangeabilité ou d'interopérabilité des services complémentaires avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché initial ; et
 - présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour le pouvoir adjudicateur.

L'augmentation résultant de la modification ne peut pas être supérieure à 50% de la valeur du marché initial. En cas de modifications successives, le seuil s'applique à la valeur de chaque modification.

41. Cela étant, n'en déplaise aux « pragmatiques », l'alternative la plus sûre au recours à l'exception du fournisseur unique reste l'utilisation d'une procédure *avec publicité*. Certains pouvoirs adjudicateurs craignent que l'organisation d'une telle mise en concurrence se solde par le choix, perçu comme inévitable, d'une solution technique inadéquate ou qui remettrait fondamentalement en cause l'infrastructure ou les habitudes du pouvoir adjudicateur. Or, la mise en œuvre d'une procédure avec publicité ne produit pas forcément des résultats moins satisfaisants qu'une négociation avec un fournisseur unique.

Premièrement, la loi du 17 juin 2016 a revalorisé le recours à la procédure concurrentielle avec négociation, de sorte que la publication d'un avis de marché ne prive pas pour autant le pouvoir adjudicateur de sa faculté de négociation et de la souplesse qui s'y attache.

49 Art. 38/2 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics.

50 Art. 38/1 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics.

Deuxièmement, la circonstance qu'une seule offre serait remise – celle de l'entreprise dont on doutait de la situation de monopole – n'empêche pas le pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché à l'unique soumissionnaire.

Troisièmement, le régime des irrégularités substantielles permet d'appréhender les hypothèses de non-conformité aux spécifications techniques. Le pouvoir adjudicateur n'est donc jamais obligé d'attribuer le marché à un soumissionnaire dont l'offre ne répond pas aux exigences minimales.

Quatrièmement, le degré de conformité aux spécifications techniques peut lui-même faire l'objet d'un critère d'attribution⁵¹, ce qui permet par exemple de valoriser la plus ou moins grande interopérabilité du matériel proposé. La Cour de justice a même récemment confirmé qu'un pouvoir adjudicateur peut, y compris dans le cadre d'une procédure ouverte, organiser une évaluation des offres par phases, de telle sorte que les offres qui n'atteignent pas un seuil de points minimum prédéterminé au terme d'une phase d'évaluation (par exemple la qualité technique) sont exclues des phases ultérieures (par exemple l'évaluation financière).⁵²

Cinquièmement, même dans le cadre d'une remise en concurrence, l'« *incumbent* », à savoir l'exécutant du marché à renouveler, disposera d'un avantage de fait par rapport aux autres soumissionnaires, car il connaît le service à prester et les contraintes du pouvoir adjudicateur, et peut plus précisément adapter son offre de prix. La Cour de justice a désigné cette situation par l'expression « avantage de facto inhérent », qualifié d'inévitable.⁵³ Il ne faut donc pas surévaluer les risques que le pouvoir adjudicateur, dans le cadre d'une remise en concurrence globale, soit contraint de changer de solution.

Conclusion

42. Le recours à l'exception du fournisseur unique suppose de démontrer que la situation d'exclusivité est objective, en ce sens qu'elle n'a pas été créée par le pouvoir adjudicateur lui-même.

43. L'exclusivité n'est pas objective si elle procède de la définition par le pouvoir adjudicateur de spécifications techniques discriminatoires, c'est-à-dire qui favorisent ou défavorisent indûment certains opérateurs.

44. Le pouvoir adjudicateur dispose pour le reste d'une large marge d'appréciation dans la définition de ses besoins, et il n'a en principe pas l'obligation d'accepter une offre qui ne répond pas à ses exigences.

51 C.J.U.E., 12 mars 2015, *eVigilo*, C-538/13.

52 C.J.U.E., 20 septembre 2018, *Montte*, C-546/16 ; voy. M. VANDERSTRAETEN, « Arrêt 'Montte' : l'évaluation des offres par phases dans le cadre d'une procédure ouverte », *J.D.E.*, 2018/10, pp. 391-392.

53 T.U.E., 12 mars 2008, *Evropaïki Dynamiki*, T-345/03. Le Tribunal a néanmoins jugé que « afin de préserver autant que possible le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires et d'éviter des conséquences contraires à l'intérêt du service de l'institution adjudicataire, une neutralisation des possibles avantages du contractant en place ou du soumissionnaire lié à celui-ci dans le cadre d'un contrat de sous-traitance doit tout de même être effectuée, mais uniquement dans la mesure où cette neutralisation est techniquement facile à réaliser, lorsqu'elle est économiquement acceptable et lorsqu'elle ne viole pas les droits du contractant en place ou dudit soumissionnaire » (point 76).

Il est fait exception à ce principe lorsque :

- ces exigences ont pour conséquence de supprimer toute concurrence ; et
- qu'il existe une solution alternative ou de remplacement raisonnable.

45. L'obligation pour le pouvoir adjudicateur d'envisager des solutions alternatives raisonnables est nouvelle par rapport au texte de la précédente réglementation, mais pourrait n'être qu'une clarification du régime précédemment applicable.

46. La première jurisprudence relative à cette obligation semble reconnaître une juste marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur dans l'appréciation du caractère raisonnable des alternatives disponibles, à tout le moins dans le secteur sensible de la santé publique. L'application de l'exception du fournisseur unique continuera néanmoins de susciter des controverses, notamment dans le domaine informatique.

47. Le pouvoir adjudicateur doit apporter la preuve du monopole et de l'absence d'alternative raisonnable, et s'en justifier au plus tard dans la décision d'attribution du marché et – en cas de marché européen – dans l'avis d'attribution de marché.

48. Cette décision expose évidemment le pouvoir adjudicateur à des risques contentieux, parmi lesquels (au-dessus des seuils européens) l'action en déclaration d'absence d'effets du contrat. Les conséquences radicales de cette sanction peuvent néanmoins être évitées par la publication d'un avis de transparence *ex ante* volontaire avant la conclusion du marché.

49. L'usage de l'exception du fournisseur unique étant toujours entouré d'incertitude, le pouvoir adjudicateur est invité à envisager d'autres formules permettant dans certains cas d'obtenir des résultats similaires à ceux d'une procédure « fournisseur unique » (comme les autres hypothèses de procédures négociées sans publicité, ou les modifications au contrat autorisées en vertu des règles générales d'exécution).

À défaut, la publication d'un avis de marché reste l'alternative la plus sûre.