

Brexit et marchés publics : l'accord Brexmas expliqué



Mr. Jens Debievre

Partner



Mr. Felix Feyt

Associate

jens.debievre@lydian.be felix.feyt@lydian.be

Depuis le 1^{er} janvier 2021, le Brexit est devenu un fait. Le 24 décembre 2020, l'Union européenne (UE) et le Royaume-Uni ont conclu ledit accord Brexmas, officiellement le EU-UK Trade and Cooperation agreement (TCA). Le TCA, qui sous conditions est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2021, consacre également un chapitre distinct à la relation entre l'UE et le Royaume-Uni dans le domaine des marchés publics. Il s'agit pour les deux de permettre aux fournisseurs de travaux, de marchandises et de services de l'autre, l'accès mutuel à ses propres marchés publics, toutefois assorti des restrictions nécessaires.

Le Brexit signifie également que les directives européennes relatives aux marchés publics ne s'appliquent plus au Royaume-Uni. Le Royaume-Uni est devenu un 'pays tiers' pour les marchés conduits dans les états membres de l'UE et vice versa.

Dans un scénario de "no deal" Brexit, le Royaume-Uni et l'UE seraient revenus aux dispositions de l'Accord sur les marchés publics (AMP), un accord conclu au sein de l'Organisation mondiale du commerce et auquel les deux parties sont parties.

En concluant le TCA au dernier moment, le Royaume-Uni et l'UE visent à étendre et approfondir les accords contenus dans l'AMP. Le point de départ est le traitement mutuel sur un pied d'égalité des fournisseurs de travaux, de marchandises et de services de chacun. Pour les marchés inférieurs aux seuils inscrits dans l'AMP (et donc de moindre valeur), et lorsque les soumissionnaires sont établis sur le territoire de l'autre partie, une disposition de non-discrimination est également prévue.

QU'EST-CE QUE L'AMP ?

Outre les Etats membres de l'UE, l'AMP inclut également des acteurs majeurs tels que les Etats-Unis, le Canada et le Japon, mais également des pays importants pour l'UE tels qu'Israël, la Norvège et la Suisse. Malgré que le Royaume-Uni ait fait partie de l'AMP via son adhésion à

l'UE, il a dû passer par une nouvelle procédure d'adhésion en raison du Brexit. Avec le soutien de l'UE, le Royaume-Uni a obtenu le 27 février 2019, l'autorisation de rejoindre l'AMP de son propre chef après avoir quitté l'UE.

Grâce à l'AMP, les parties membres s'ouvrent mutuellement leurs propres marchés publics (en partie). La règle de base est que les soumissionnaires établis dans un des pays membres de l'AMP ne peuvent pas être traités moins favorablement que les soumissionnaires nationaux. Les parties à l'AMP ne sont donc pas de purs "pays tiers" les uns pour les autres au regard du droit des marchés publics.

L'AMP prescrit donc un certain nombre de procédures de passation de marchés qui sont similaires aux procédures de passation de marchés connues sous les directives européennes sur les marchés publics. En outre, l'AMP prévoit également des règles relatives aux obligations de publication et de transparence, aux délais minimums, aux obligations d'inclure des critères de sélection et d'attribution, etc.

Le champ d'application de l'AMP diffère cependant des directives européennes sur les marchés publics. L'AMP est basé sur un système d'annexes qui permet à chaque partie de préciser jusqu'où elle va dans l'ouverture de ses marchés publics. Ces listes de parties font partie intégrante de l'AMP et figurent à l'Appendice I de l'accord. Ces annexes concernent quatre dimensions qui déterminent le champ d'application pour chaque partie :

- les entités contractantes couvertes par l'Accord;
- les marchandises, services et services de construction couverts par l'Accord;
- les valeurs de seuil au-delà desquelles les activités de passation de marchés sont couvertes par l'Accord; et
- les exceptions au champ d'application.

Peuvent également être identifiés comme des points de divergence avec le cadre de l'UE :

L'AMP n'exige pas que les procédures d'attribution soient effectuées par voie électronique;
Dans le cadre de l'AMP, les négociations sont toujours autorisées dans la mesure où cela a été indiqué au préalable dans l'avis de marché;

L'AMP ne prévoit pas d'obligation de reconnaissance mutuelle des certificats et des enregistrements;

L'AMP ne prévoit pas une période obligatoire de standstill entre la notification de l'attribution et la conclusion du marché public.

CHAMP D'APPLICATION ÉLARGI : 'LES MARCHÉS APPLICABLES SOUS LE TCA'

Le TCA élargit sensiblement la portée des engagements pris dans le cadre de l'AMP. Le Royaume-Uni et l'UE ont convenu d'une extension de l'accès au marché (en comparaison avec l'AMP).

Les marchés couverts par le TCA sont donc largement ceux couverts par l'AMP ainsi que les marchés repris dans l'annexe PPROC-1' du TCA. Le TCA élargit l'accès au marché, entre autres au secteur du gaz et de la distribution de chaleur, les services privés d'utilité publique en situation de monopole et une série de services auxiliaires dans les secteurs de l'horeca, des télécommunications, de l'immobilier, de l'éducation et d'autres secteurs commerciaux.

TCA : QU'EST-CE QUE LES PARTIES ONT CONVENU CONCERNANT 'LES MARCHÉS APPLICABLES SOUS LE TCA' ?

Avec le TCA, l'UE et le Royaume Uni visent à « garantir l'accès des fournisseurs à des possibilités accrues de participer aux procédures de marchés publics et d'améliorer la transparence de ces procédures ».

Dans un premier temps, cet objectif est atteint en incorporant les dispositions de l'AMP presque entièrement sous le TCA et en les rendant ainsi applicables aux 'marchés applicables sous le TCA'.

En outre, l'UE et le Royaume-Uni ont également convenu d'un certain nombre d'ajouts à l'AMP qui visent à remédier aux imperfections de l'AMP. Certains de ces accords complémentaires équivalent à l'adoption de principes contenus dans les directives européennes existantes. A noter :

- Les pouvoirs adjudicateurs passeront, dans la mesure du possible, les marchés couverts par le TCA par voie électronique (càd non seulement la publication mais aussi le déroulement ultérieur de la procédure) et veilleront à ce que les systèmes utilisés ne restreignent pas l'accès à la procédure de passation. Le Royaume-Uni a, à cet égard, déjà mis en place une nouvelle plateforme électronique, nommée "Find a Tender".
- Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas exiger des soumissionnaires qu'ils présentent avec leurs offres des justificatifs (en tout ou en partie) pour démontrer qu'ils ne se trouvent pas dans l'une des situations d'exclusion ou qu'ils remplissent les conditions de participation, sauf si cela est nécessaire pour garantir le bon déroulement de la procédure de passation de marché.
- Lorsque les soumissionnaires sont tenus de démontrer une certaine d'expérience dans des marchés similaires, les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas imposer que cette expérience se rapporte à leur propre territoire (par exemple au sein de l'UE ou du Royaume-Uni).
- Si les pouvoirs adjudicateurs tiennent un système d'enregistrement des fournisseurs, ils doivent veiller à ce que les fournisseurs intéressés puissent demander l'enregistrement à

tout moment. Tout fournisseur ayant introduit une demande doit être informé dans un délai raisonnable de la décision d'acceptation ou de rejet de cette demande.

- Lorsque les pouvoirs adjudicateurs recourent à une procédure d'appel d'offres sélectif, le nombre de candidats invités à soumettre une offre doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle.
- Lorsque les pouvoirs adjudicateurs reçoivent une soumission dont le prix est anormalement bas, ils peuvent vérifier auprès du fournisseur si le prix tient compte de l'octroi de subventions.
- Les pouvoirs adjudicateurs doivent pouvoir tenir compte de considérations environnementales, sociales et d'emploi, à condition qu'elles soient mentionnées dans l'avis de marché ou l'appel d'offres.
- Les instances de recours nationaux doivent être indépendantes et impartiales, entre autres en ayant au moins un membre possédant des qualifications juridiques.
- Des accords de protection juridique de fond ont également été adoptés. Ainsi, en principe, l'UE et le Royaume-Uni doivent veiller à ce que le pouvoir adjudicateur ne conclut pas le contrat avant que l'instance de recours n'ait pris une décision ou une recommandation concernant les mesures provisoires, les mesures correctives ou la compensation de la perte ou du dommage subi.

Il faut s'attendre à ce que l'UE élabore davantage, dans la prochaine génération de directives sur les marchés publics, la position particulière du Royaume-Uni en tant que pays tiers / membre de l'AMP.

QU'EN EST-IL DES SOUMISSIONNAIRES ÉTABLIS SUR LE TERRITOIRE D'UNE AUTRE PARTIE ?

Le TCA prévoit également des dispositions concernant le 'traitement national allant au-delà des marchés publics couverts par l'accord'. Ainsi, il prévoit une 'obligation de traitement national' générale, ce qui implique qu'une mesure prise par une partie ne peut, en principe, aboutir à un traitement moins favorable pour les soumissionnaires établis sur le territoire de l'autre partie que celui accordé à ses propres soumissionnaires similaires. Cette protection peut être importante dans le cas de marchés dont la valeur est inférieure aux seuils de l'AMP (et qui ne sont donc pas soumis à l'interdiction de discrimination prévue par l'AMP).

QU'EN EST-IL DES PROCÉDURES DE PASSATION ENTAMÉES AVANT LE 31 DÉCEMBRE 2020 ?

Ces dernières doivent continuer à suivre la réglementation européenne jusqu'au moment de la passation du marché. Également en ce qui concerne la protection juridique, le régime transitoire prévoit une protection pour les procédures en cours. De nombreux marchés publics en cours, plus complexes, pourraient donc continuer à être couverts par les règles de l'UE jusqu'en 2021, voire au-delà. La législation européenne restera donc pertinente pour le Royaume-Uni dans un avenir proche.

Les règles de l'UE resteront également applicables à tous les contrats-cadres qui ont été attribués avant la fin de la période de transition (ou dont la procédure d'attribution est encore en cours à ce moment).

QU'EN EST-IL DU DROIT DES MARCHÉS PUBLICS AU ROYAUME-UNI ?

Malgré que le Royaume-Uni ne soit plus soumis au droit européen depuis le 1 janvier 2021, il faut constater que le droit des marchés publics local ne va pas fortement s'écarter des directives européennes dans les mois (années ?) à venir.

L'AMP, tel qu'approfondi par le TCA, veillera au moins pour les grands marchés publics, à ce que subsiste un certain degré d'équivalence entre les deux régimes de marchés publics.

Toutefois, le Royaume-Uni est désormais libre de s'écarter des règles basées sur l'UE, à condition de respecter ses obligations découlant de l'AMP et du TCA. À cet égard, il convient de noter qu'un avis sur la transition suite au Brexit et les orientations relatives aux marchés pour le secteur public a déjà été publié le 15 décembre 2020.

CONCLUSION

Le TCA reprend des grandes parties de l'AMP et les complète. Par conséquent, un cadre juridique similaire aux directives européennes (bien qu'avec des différences) garantira l'accès à une grande partie du marché britannique aux candidats-adjudicataires établis dans un pays de l'UE et vice versa.

Actuellement, le plus grand changement réside dans le fait que les marchés des adjudicateurs au Royaume-Uni ne sont plus publiés sur Tenders Electronic Daily (TED), mais sur Find a Tender. Mais les soumissionnaires européens intéressés trouveront rapidement leur chemin.