



BRUXELLES POUVOIRS LOCAUX
SERVICE PUBLIC RÉGIONAL DE BRUXELLES

**A Mesdames et Messieurs les Bourgmestres et
Echevins des communes,**

**A Mesdames et Messieurs les Présidentes et
Présidents des CPAS,**

**A Messieurs les Présidents des zones
pluricommunales de police**

**A Mesdames et Messieurs les Présidentes et
Présidents des intercommunales,**

de la Région de Bruxelles-Capitale

CONTACT Yves CABUY, Directeur
T +32 02/800.32.83
F +32 02/800.38.00
ycabuy@sprb.brussels

NOTRE REF. Circ 2016/08
VOTRE REF.

CONCERNE Marchés publics
Circulaire relative à la sélection qualitative et la fixation des niveaux
d'exigence

ANNEXES

14 -03- 2016

BRUXELLES

Mesdames, Messieurs,

1. Introduction

1.1. - Depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2013 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, je constate à la lecture des dossiers transmis à Bruxelles Pouvoirs locaux, un problème récurrent dans l'application de certaines dispositions des paragraphes 1^{er} des articles 58 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, et 63 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux.

1.2. - Les dispositions visées portent sur le droit d'accès au marché ainsi que le choix des critères de sélection qualitative en matière de capacité financière, économique, technique ou professionnelle et la fixation de leur niveau d'exigence.



2. Droit d'accès et sélection qualitative

2.1. – Pour rappel, les dispositions susvisées des articles 58, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et 63, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 prévoient que

« *Le pouvoir adjudicateur procède à la sélection des candidats ou des soumissionnaires dans la mesure où les renseignements et les documents nécessaires établissent qu'ils remplissent cumulativement :*

1° les dispositions relatives au droit d'accès au marché telles que définies aux articles 61 à 66 [de l'arrêté royal du 15 juillet 2011] [ou « 66 à 71 » de l'arrêté royal du 16 juillet 2012] ;

2° les critères de sélection qualitative de caractère financier, économique, technique ou professionnel fixés par le pouvoir adjudicateur sur la base des articles 67 à 79 [de l'arrêté royal du 15 juillet 2011] [ou « en vertu de la présente section et de la section 3 » de l'arrêté royal du 16 juillet 2012] [...].»

2.2. – Dès lors qu'une publicité préalable est obligatoire, ces dispositions s'appliquent à toutes les procédures et modes de passation, soit les procédures ouverte et restreinte (adjudication et appel d'offres), négociée avec publicité et négociée directe avec publicité, ainsi que le dialogue compétitif. Le deuxième alinéa du paragraphe 1^{er} de l'article 58 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et le troisième alinéa du paragraphe 1^{er} de l'article 63 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 imposent que « *Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis de marché ou, en l'absence d'un tel avis, dans l'invitation à présenter une offre quels sont les critères fixés pour la sélection qualitative et quels renseignements et documents nécessaires sont à fournir* ». Les informations et exigences contenues dans cet avis de marché priment donc sur celles figurant dans tout autre document du marché (C.E., n° 194.625 du 24 juin 2009).

2.3. – En revanche, sauf clause particulière dans les documents du marché, ces dispositions ne s'appliquent pas aux marchés passés en procédure négociée sans publicité en vertu des paragraphes 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des articles 106 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et 105 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012. S'appliquent toutefois à ces marchés les articles portant sur les causes d'exclusion obligatoires, et les obligations en matière de sécurité sociale et fiscal, soit les articles 61, § 1^{er}, § 2, 5° et 6°, § 3 et § 4, 62 et 63 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, et les articles 66, § 1^{er}, § 2, 5° et 6°, § 3 et § 4, 67 et 68 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012.

2.4. - Enfin, l'ensemble des dispositions visées ci-dessus ne s'appliquent pas aux marchés constatés par une facture acceptée (soit les marchés dont la dépense à approuver ne dépasse pas hors taxe sur la valeur ajoutée 8.500 euros en secteurs classiques et 17.000 euros en secteurs spéciaux).

2.5. - Pour les procédures et modes de passation visés au point 2.2. ci-dessus, il y a dès lors lieu de prévoir dans les documents du marché de vérifier **les causes d'exclusion tant obligatoires que facultatives** et de fixer **au moins un critère de capacité financière, économique, technique ou professionnelle**. Il revient au pouvoir adjudicateur de décider,



pour chaque marché considéré, s'il y a lieu ou non de prévoir à la fois (au moins) un critère de capacité financière et économique et (au moins) un critère de capacité technique ou professionnelle (procès-verbal n° 1331 du 18 décembre 2014 de la Commission des Marchés publics).

3. Choix des critères de sélection qualitative

3.1. – Les conditions relevant de la sélection qualitative s'insèrent dans les clauses administratives et doivent faire l'objet tant dans le choix des critères de capacité économique, financière, techniques ou professionnelle que dans leur rédaction de toute l'attention du pouvoir adjudicateur. Nombre d'ambiguïtés constatées au moment de la phase de sélection qualitative pourraient être évitées si les exigences du pouvoir adjudicateur avaient été précises et compréhensibles.

L'essentiel des dispositions des sections

- 2 et 3 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et plus précisément les articles 61 à 63 (pour ce qui concerne le droit d'accès) et 67 à 74 (pour ce qui concerne la sélection qualitative proprement dite) et
- 2 et 3 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 et plus précisément les articles 66 à 68 (droit d'accès) et 72 à 78 (sélection qualitative)

encadre l'établissement de ces conditions par des listes de critères, dont la portée est dans certains cas limitative.

3.2. - Toutefois, l'article 73 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 permet dans certaines conditions de s'écarter de ces listes : « *Pour les marchés pour lesquels une publicité européenne préalable n'est pas obligatoire, le pouvoir adjudicateur peut mentionner des références appropriées sans être lié par les contraintes des articles 68, 69, 71 et 72.* ». Ces références doivent cependant toujours être appropriées en regard du marché considéré.

On conclura *a contrario* que pour les marchés soumis à une publicité européenne préalable obligatoire, il découle de cet article 73 qu'aucune autre référence que celles mentionnées dans les articles 68, 69, 71 et 72 de ce même arrêté royal ne peut être exigée des candidats et des soumissionnaires.

4. Niveaux d'exigence et niveaux d'exigence minimum

4.1. – Les articles 58, § 1^{er}, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et 63, § 1^{er}, 2°, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 prévoient que le pouvoir adjudicateur « [...] *précise ces critères et leurs niveaux d'exigence de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché* ». Ils introduisent deux notions qui ne doivent pas être confondues, celle du critère de capacité et celle du niveau de capacité.



Quelle que soit la procédure, cette disposition impose au pouvoir adjudicateur d'assortir à chaque critère qu'il a fixé un niveau d'exigence que chaque candidat ou soumissionnaire sera tenu d'atteindre aux fins d'être sélectionné (C.E., n° 230.692 du 30 mars 2015). Elle garantit ainsi que la vérification de l'aptitude des candidats et des soumissionnaires et leur sélection soient menées dans le respect du principe de transparence qui veut que soient indiqués dès la mise en concurrence les critères de sélection et le niveau d'exigence. Autrement dit, pour permettre aux personnes intéressées de juger si elles disposent de la capacité pour voir leur candidature ou leur offre prise en considération, le pouvoir adjudicateur est tenu de fixer de manière suffisamment précise le niveau d'exigence qu'il prendra en compte lors de la sélection qualitative des candidats ou des soumissionnaires. Il ne peut donc limiter par exemple ses exigences à des références de travaux, de fournitures ou de services « similaires » sans autre précision, mais doit veiller à indiquer dans les documents du marché avec une précision suffisante les niveaux d'exigences requis, soit par exemple un nombre x de travaux, fournitures ou services dont l'objet est clairement établi en lien avec le marché organisé et d'une valeur minimale déterminée. Ces exigences ne peuvent être disproportionnées, inutilement restrictifs et méconnaître le principe d'égalité de traitement entre tous les soumissionnaires (voyez par exemple C.E., n° 220.779 du 27 septembre 2012, n° 225.796 du 12 décembre 2013).

L'agrément des entrepreneurs de travaux constitue à la fois un critère de capacité et un niveau d'exigence. Dans les procédures ouvertes (adjudication ouverte et appel d'offres ouvert) et en procédure négociée directe avec publicité, il est dès lors possible de se limiter aux exigences fixées pour l'agrément comme seul critère de sélection qualitative pour un marché de travaux, comme l'autorisent les dispositions constituant l'alinéa 3 des articles 70 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et 73 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012. Nonobstant cette disposition, le pouvoir adjudicateur reste toutefois libre d'exiger des entrepreneurs de travaux qu'ils répondent en sus de l'agrément à d'autres critères de capacité assortis de niveaux d'exigence minimum fixés notamment pour les marchés relevant du régime des secteurs classiques par les articles 67 et 69 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Par contre, dans les procédures restreintes, d'autres critères de sélection doivent être nécessairement exigés en plus de l'agrément.

Il s'avère toutefois en pratique difficile de fixer un niveau d'exigence pour certains critères tels que, par exemple, les « *déclarations bancaires appropriées* » (pour lesquelles un modèle figure à l'annexe 3 de l'arrêté royal), ou la « *preuve d'une assurance des risques professionnelle* » visées à l'article 67, § 1^{er}, 1^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

4.2. – La troisième phrase du 2^o du § 1^{er} des articles 58 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, et 63 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012, stipule également que « *En procédure ouverte et procédure négociée directe avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire* ».

Le non-respect de cette disposition motive trop régulièrement des mesures de tutelle et suscite nombre d'interrogations. Il est également à la base d'un certain nombre d'arrêts du Conseil d'Etat (voyez à titre d'exemples C.E., n° 227.074 du 9 avril 2014 et n° 226.436 du 14 février 2014) qui précisent clairement que, dans les procédures ouvertes et négociées



directe avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire. la fixation d'un niveau minimum d'exigence est obligatoire pour chaque critère de capacité économique, financière, technique ou professionnel. En l'absence d'un tel niveau minimum d'exigence, la sélection qualitative des soumissionnaires est entachée d'une irrégularité substantielle.

Le Conseil d'Etat a ainsi considéré que le pouvoir adjudicateur n'a pas énoncé de niveau d'exigence minimum en se limitant à imposer aux soumissionnaires de produire deux certificats de bonne exécution de marchés de services d'architecture se rapportant à des travaux réalisés depuis le 1^{er} janvier 2003 dans des maisons de repos. Il précise par ailleurs qu'une assurance des risques professionnels (critère de capacité visé à l'article 67, § 1^{er}, 1^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011) doit être assortie d'un niveau minimum par des modalités qui tantôt en étendent, tantôt en réduisent la portée, en fixant par exemple des franchises ou des plafonds (C.E., n° 226.574 du 27 février 2014 et n° 232.049 du 14 août 2015). Ne répond également pas à cette exigence d'un niveau minimum les documents du marché qui requièrent « *des déclarations bancaires appropriées justifiant une bonne santé financière, les comptes de résultats et bilans des deux dernières années comptables* » (C.E., n° 227.074 du 9 avril 2014). L'obligation de produire deux références de « missions complètes d'architecture dans le domaine de la restauration sur des biens patrimoniaux classés comparables à l'édifice à restaurer » ne fixe aucun niveau d'exigence et encore moins un niveau minimum et les termes « *comparables à l'édifice à restaurer* », qui ne sont précisés par aucune indication d'exigence ni de seuil à atteindre, sont, par eux-mêmes, trop imprécis pour permettre de déterminer le niveau minimum attendu (C.E., n° 232.049 du 14 août 2015).

Le rapport au Roi de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précise que « *Dans les procédures se déroulant en une seule phase, le pouvoir adjudicateur doit sélectionner tous les soumissionnaires répondant à ses exigences minimales, sans qu'il puisse sur ce plan opérer un choix entre eux* » (voir C.E., n° 159.657 du 7 juin 2006). Il est dès lors indispensable pour ce faire que tant les critères de capacité que leurs niveaux d'exigence minimum respectifs soient clairement énoncés.

4.3. – Les sections III.2.2 (capacité économique et financière) et III.2.3 (capacité technique) du modèle d'avis de marché repris à l'annexe 7 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 prévoient les champs permettant de fixer ces niveaux d'exigence en regard des critères retenus. Le pouvoir adjudicateur veillera s'il échet à reproduire à l'identique ces critères et exigences dans le cahier spécial des charges lorsque le marché est passé en procédure ouverte et en procédure négociée directe avec publicité.

4.4. – La distinction opérée par ces dispositions entre procédure ouverte et procédure restreinte (en ce compris négociée avec publicité) ne porte pas tant sur l'obligation de fixer ou non un niveau d'exigence mais bien sur les conséquences sur la sélection qualitative du candidat ou soumissionnaire.

4.4.1. – Ainsi, en procédure ouverte (adjudication ouverte et appel d'offres ouvert) ou en procédure négociée directe avec publicité, le niveau fixé doit être compris comme **le**



minimum que doit atteindre le soumissionnaire pour être automatiquement sélectionné.

4.4.2. - Par contre, en procédure restreinte (adjudication restreinte et appel d'offres restreint), en procédure négociée avec publicité et en dialogue compétitif, **un candidat atteignant le niveau d'exigence requis (et par conséquent ayant démontré sa capacité à exécuter le marché) peut ne pas se voir sélectionner lorsque l'avis de marché a fixé un nombre maximum de candidats que le pouvoir adjudicateur envisage de retenir.** La sélection qualitative a alors pour objectif de choisir les meilleurs parmi ceux qui répondent aux conditions minimales.

Pour rappel, le § 3 de l'article 58 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 encadre ce principe dans les termes suivants pour les marchés relevant du régime des secteurs classiques : « *Le nombre minimum de candidats sélectionnés ne peut être inférieur à cinq en procédure restreinte et à trois en procédure négociée avec publicité ou de dialogue compétitif. En tout état de cause, le nombre de candidats retenus doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle, pour autant qu'il y ait suffisamment de candidats appropriés. Lorsque le marché est soumis à une publicité européenne préalable obligatoire, le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis de marché le nombre minimal et, le cas échéant, le nombre maximal de candidats qu'il envisage de sélectionner.* »

Le rapport au Roi de ce même arrêté royal précise la portée de ce dispositif : « *Afin d'exploiter au mieux l'essence d'une procédure s'accompagnant d'une sélection préalable, le pouvoir adjudicateur peut légitimement et sur la base d'un choix objectivement motivé au regard des critères de sélection, limiter le nombre de candidats qu'il retient finalement et auxquels il demandera de remettre une offre.* ».

Lorsque le marché est soumis à la publicité européenne obligatoire, le pouvoir adjudicateur doit fixer un nombre minimal de candidats à retenir dans l'avis de marché. En pratique, il doit veiller à ne pas s'enfermer dans une contrainte qu'il risque de ne pouvoir rencontrer lors de la sélection qualitative. S'il entend procéder à une réduction du nombre de candidats, il doit également mentionner dans l'avis de marché le nombre maximal de candidats qu'il envisage de sélectionner

Le nombre de candidats envisagé doit apparaître à la section IV.1.2 du modèle d'avis de marché repris à l'annexe 7 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Un champ y est également réservé pour permettre au pouvoir adjudicateur d'annoncer les « critères objectifs de limitation du nombre de candidats ». **Ces derniers ne doivent pas être confondus avec les niveaux d'exigence des critères de capacité financière, économique, technique ou professionnelle.**

Pour les marchés relevant du régime des secteurs spéciaux, le § 3 de l'article 63 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 se montre plus souple quant à la détermination du nombre de candidats à retenir : « *Tout en assurant une concurrence suffisante, la sélection peut être fondée sur la nécessité objective de réduire le nombre de candidats à un niveau justifié par la nécessité d'un équilibre entre les caractéristiques spécifiques d'une procédure restreinte*



BRUXELLES POUVOIRS LOCAUX
SERVICE PUBLIC RÉGIONAL DE BRUXELLES

ou d'une procédure négociée avec publicité et les moyens que requiert son accomplissement. ».

Je vous invite à accorder la plus grande attention au respect des dispositions réglementaires exposées ci-dessus. La Direction des Marchés publics locaux de Bruxelles Pouvoirs locaux est à votre disposition pour tout soutien technique qui vous serait nécessaire aux fins d'inscrire vos projets dans le respect de la réglementation en vigueur

Le Ministre-Président

Rudi VERVOORT