

Exercice de la tutelle administrative sur les actes des pouvoirs locaux bruxellois en matière de marchés publics

Années de référence 2020-2021
Éléments choisis

Bruxelles Pouvoirs locaux, 2023





Avant-propos

Bruxelles Pouvoirs locaux (ci-après BPL) est une des huit administrations du Service public régional de Bruxelles. Ses principales missions sont le contrôle et l'appui à l'égard des différents pouvoirs locaux de la Région de Bruxelles-Capitale (communes, CPAS, zones de police...). Cette administration élabore également la réglementation organique des pouvoirs locaux et organise les élections communales.

Au sein de BPL, la direction des Marchés publics locaux, d'une part, participe à l'exercice de la tutelle administrative sur les actes des pouvoirs locaux bruxellois relatifs à des marchés publics et des contrats de concession et, d'autre part, joue un rôle de conseil et d'accompagnement en matière de marchés publics, de contrats de concession et de matières connexes au profit des pouvoirs locaux bruxellois et également, mais plus occasionnellement, au profit de pouvoirs régionaux bruxellois. Pour ce faire, elle peut compter sur une équipe dynamique, motivée et collaborative composée de douze personnes, à savoir une responsable, neuf agents traitants (tutelle et conseil / accompagnement) et deux agents chargés de la coordination administrative des dossiers de la direction.

Pour plus d'informations sur les rôles et missions de BPL, en général, et de la direction des Marchés publics locaux, en particulier, nous vous invitons à consulter le site internet de cette administration (www.pouvoirs-locaux.brussels).

En ce qui concerne les grandes lignes de l'organisation de l'exercice de la tutelle administrative sur les marchés publics locaux bruxellois, les agents traitants de la direction des Marchés publics locaux gèrent de manière autonome l'instruction des dossiers qui leur sont soumis, sous la supervision et la coordination de la responsable de cette direction. Ils contrôlent la légalité des actes et vérifient que ceux-ci ne blessent pas l'intérêt général. Ce contrôle se base essentiellement sur le respect des règles en matière de compétence décisionnelle, de tutelle administrative, d'emploi des langues en matière administrative, de marchés publics, de contrats de concession, d'agrément des entrepreneurs de travaux et de motivation formelle des actes administratifs. Hormis les cas où l'acte ne devait pas être transmis, le pouvoir local reçoit systématiquement un courrier émanant de BPL dans lequel il est statué sur le dossier. Dans le pire des cas, est joint à ce courrier un arrêté de suspension, d'annulation ou de non-approbation. Qu'une mesure de tutelle ait été prise ou non, ce courrier peut également contenir une ou plusieurs remarques, dont l'objectif est de prévenir le pouvoir local de l'existence de certains risques liés au dossier ou de l'informer de mauvaises pratiques constatées dans le dossier et qu'il convient de corriger. Dans tous les cas, le caractère pédagogique de ces remarques en vue d'une amélioration constante de la pratique ne doit pas être minimisé.

Le présent document contient dans son point 1 un ensemble non exhaustif d'éléments sur lesquels la direction des Marchés publics locaux est intervenue dans le cadre de l'exercice de la tutelle administrative durant les années 2020 et 2021, soit dans le cadre d'une mesure de tutelle, soit par le biais d'une remarque. Par souci de simplification et parce que chaque dossier est traité au cas par cas en tenant notamment compte de l'impact juridique potentiel du problème soulevé, il a été préféré de ne pas opérer de distinction entre les éléments précités et de se limiter aux dossiers relatifs aux marchés publics.

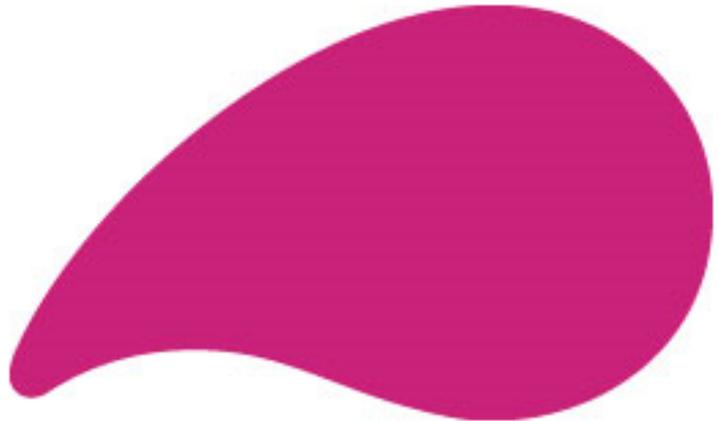
Pour chaque élément mis en avant, il est fait référence à la ou aux dispositions légales concernée(s) et, dans certains cas, à de la jurisprudence sur le sujet spécifiquement mis en avant. Les données ont été anonymisées autant que possible.

Force est de constater que nombre de ces éléments résultent d'un problème lié à la motivation formelle de la décision et/ou au non-respect de certains principes généraux de droit, tels les principes de transparence, d'égalité de traitement, de non-discrimination et de proportionnalité ainsi que leurs corollaires, la publicité et la mise en concurrence.

Par ailleurs, dans un certain nombre de cas, la cause du problème semble tout simplement trouver son origine dans le manque ou l'insuffisance d'une relecture attentive et globale de la version finale des documents avant leur approbation et leur transmission à l'autorité de tutelle.

Il est proposé de considérer le présent document non pas comme une liste non exhaustive des manquements des pouvoirs locaux bruxellois dans la gestion de leurs marchés publics au cours des années 2020 et 2021 mais plutôt comme un outil pédagogique et de sensibilisation à l'attention des acheteurs et décideurs publics locaux. Il ne s'agit pas de critiquer ou de comparer les pratiques entre les pouvoirs locaux. L'objectif est ailleurs : permettre au lecteur d'apprendre des erreurs des autres afin qu'il puisse ensuite identifier et corriger ses propres erreurs. Ce faisant, la qualité des marchés publics locaux bruxellois ne peut que s'améliorer.

Enfin, dans le but de contrebalancer autant que faire se peut la perception potentiellement négative que l'on pourrait avoir des interventions de l'autorité de tutelle, il semblait utile de mettre également en avant le rôle de conseil et d'accompagnement en matière de marchés publics, de contrats de concession et de problématiques connexes que la direction des Marchés publics locaux assure depuis de nombreuses années, principalement au profit des pouvoirs locaux et exclusivement à leur demande. Conseiller pour limiter les risques, tout en espérant qu'aucune mesure de tutelle ultérieure ne doive être prise, c'est un peu la philosophie qui sous-tend l'intervention de la direction des Marchés publics locaux dans le cadre de cette mission. Cela est surtout rendu possible grâce à l'expertise acquise dans ces matières par les membres de cette direction au fil des ans. Plus d'informations sont fournies sur ce rôle au point 2 du présent document.





Liste des abréviations

AR 2011 passation :	arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques
AR 2017 passation :	arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques
AR 2018 multi :	arrêté royal du 15 avril 2018 modifiant plusieurs arrêtés royaux en matière de marchés publics et de concessions et adaptant un seuil dans 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
AR RGE :	arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics (ancien intitulé jusqu'au 29 juin 2017 : arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics)
BPL :	Bruxelles Pouvoirs locaux
C.E. :	Conseil d'État
C.J. :	Cour de Justice
C.J.C.E. :	Cour de Justice des Communautés européennes
C.J.U.E. :	Cour de Justice de l'Union européenne
CPAS :	centre public de l'action sociale
Directive 2014/24/UE :	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
DUME :	document unique de marché européen
FEDER :	fonds européen de développement économique et régional
GTI MP :	groupe de travail et d'informations sur les marchés publics
LO CPAS :	loi organique du 8 juillet 1976 des centres publics d'action sociale
LO ZP :	loi du 7 décembre 1998 organisant un service de police intégré, structuré à deux niveaux
loi 1991 agréation :	loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux
loi 1991 motivation :	loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs
loi 1993 MP :	loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services
loi 2006 MP :	loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services

loi 2013 recours :	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
loi 2016 MP :	loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics
loi 2019 e-facturation :	loi du 7 avril 2019 modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité et modifiant la loi du 4 mai 2016 relative à la réutilisation des informations du secteur public
M.B. :	Moniteur belge
NLC :	Nouvelle loi communale
PCAN :	procédure concurrentielle avec négociation (loi 2016 MP)
PNAP :	procédure négociée avec publicité (loi 2006 MP)
PNDAPP :	procédure négociée directe avec publication préalable (loi 2016 MP)
PNSP :	procédure négociée sans publicité (loi 1993 MP et loi 2006 MP)
PNSPP :	procédure négociée sans publication préalable (loi 2016 MP)
SPRB :	Service public régional de Bruxelles



1.Éléments ayant fait l'objet d'une intervention lors de l'exercice de la tutelle administrative

1.1.Compétence décisionnelle

La réglementation relative aux marchés publics fait toujours état de la notion d' « adjudicateur » ou de « pouvoir adjudicateur » sans s'immiscer dans la manière dont celui-ci doit s'organiser pour passer ses marchés. Elle rappelle toutefois que « les pouvoirs relatifs à la passation et l'exécution des marchés [publics des pouvoirs locaux] sont exercés par les autorités et organes compétents, en vertu des dispositions d'une loi, d'un décret, d'une ordonnance, d'une disposition réglementaire ou statutaire les régissant » (article 169, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, ci-après loi 2016 MP).

Par conséquent, pour déterminer les règles de compétences des pouvoirs locaux en matière de marchés publics, il convient de se référer selon le cas aux dispositions de la Nouvelle loi communale (ci-après NLC), de la loi organique du 8 juillet 1976 des centres publics d'action sociale (ci-après LO CPAS), de la loi du 7 décembre 1998 organisant un service de police intégré, structuré à deux niveaux (ci-après LO ZP), de l'ordonnance du 5 juillet 2018 relative aux modes spécifiques de gestion communale et à la coopération intercommunale, du Code des sociétés et des associations et des statuts sociaux de ces sociétés et associations.

7 En application des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs (ci-après loi 1991 motivation), un acte juridique unilatéral de portée individuelle émanant d'une autorité administrative et qui a pour but de produire des effets juridiques doit indiquer explicitement les considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision prise par cette autorité. À cet égard, en ce qui concerne les motifs de droit, les règles de légistique communément admises recommandent de citer, dans le préambule de l'acte, tous les actes de droit interne ainsi que leurs articles, voire leurs subdivisions, qui constituent le fondement juridique précis de la décision adoptée par cette autorité administrative.

En pratique, dans chacune des décisions qu'un pouvoir local bruxellois prend en tant que pouvoir adjudicateur, il est tenu de préciser la disposition légale ou réglementaire qui lui octroie la compétence décisionnelle ainsi que, le cas échéant, les éléments factuels qui justifient qu'il est satisfait aux conditions d'application de cette disposition.

Voici déjà quelques exemples de mauvaises pratiques :

- l'organe décisionnel omet de mentionner dans son acte la disposition légale ou l'acte de délégation qui fonde son pouvoir à prendre une décision ainsi que les éléments de fait qui démontrent qu'il est satisfait aux conditions reprises dans ladite disposition ou délégation ;
- le préambule d'une décision se réfère à une disposition légale mais celle-ci ne correspond pas à la situation envisagée (par exemple, un collège des bourgmestre et échevins justifie sa compétence décisionnelle pour attribuer un marché public ou retirer une décision d'attribution qu'il avait précédemment prise sur base de l'article 234, § 1^{er}, de la NLC en lieu et place de l'article 236, § 2, de la NLC) ;
- le préambule d'une décision se réfère à plusieurs articles de la loi au lieu d'invoquer la subdivision du seul article pouvant justifier en droit la compétence de l'auteur de cet acte (par exemple, le collège des bourgmestre et échevins d'une commune cite les articles 117, 234 et 236 de la NLC pour justifier sa compétence pour prendre la décision de sélectionner des candidats alors que seul l'article 236, § 2, de la NLC fonde valablement sa compétence) ;

- faire uniquement référence à l'article 123 ou 123, 2°, de la NLC pour justifier la compétence du collège des bourgmestre et échevins à prendre une décision dans le cadre du suivi de l'exécution d'un marché public ou portant sur la modification des conditions d'un marché public en cours de passation.

À côté des règles spécifiques relatives aux marchés publics, il existe également d'autres règles de compétence décisionnelle applicables dans le cadre de la passation ou de l'exécution des marchés publics. Tel est notamment le cas des règles en matière d'engagement budgétaire et d'imputation.

1.1.1. Confusion quant à l'auteur de l'acte

Dans le cadre de la phase d'exécution d'un marché public, il est arrivé que le collège des bourgmestre et échevins d'une commune prenne dans un premier temps la décision de modifier ce marché *via* l'approbation d'un avenant et qu'ensuite, souhaitant faire preuve d'ouverture ou donner une assise plus large à sa décision, il invite le conseil communal à prendre la même décision de modification.

Ce faisant, il crée non seulement une incertitude quant à l'identité de l'organe de la commune qui a pris la décision pour la commune de modifier le marché mais il méconnaît aussi les limites fixées par le Conseil d'État au principe de la plénitude des compétences du conseil communal, consacré à l'article 117 de la NLC.

En effet, selon la jurisprudence du Conseil d'État, « le conseil communal jouit, dans les matières d'intérêt communal, d'une plénitude de compétence en vertu de l'article 117 de la Nouvelle loi communale, sous la réserve des compétences que la loi attribue à d'autres organes communaux » (jurisprudence constante, voy. Notam. C.E. (11^e ch.), 13 janvier 2006, n°153.735, s.a. M.G.C.I.). Autrement dit, le conseil communal n'est compétent que dans les matières que la loi n'attribue pas explicitement à un autre organe de la commune.

8

Or, l'article 236, § 3, de la NLC attribue explicitement au collège des bourgmestre et échevins le pouvoir de prendre toutes les décisions nécessaires dans le cadre de l'exécution d'un marché public et d'apporter à ce marché, le cas échéant, toute modification qu'il juge nécessaire. Le conseil ne dispose donc d'aucune compétence en matière de modification d'un marché public en cours d'exécution.

Bien entendu dans un souci de transparence et en vue de promouvoir la démocratie locale, le collège des bourgmestre et échevins est libre de transmettre au conseil communal pour information les décisions qu'il prend en matière de modification de marché, en particulier si celles-ci sont significatives.

1.1.2. Violation des règles de compétence relatives au choix de la procédure de passation et à la fixation des conditions du marché – défaut de motivation de la compétence du collège des bourgmestre et échevins

Concernant les communes, les zones de police et les centres publics de l'action sociale (ci-après CPAS), les lois qui en organisent les pouvoirs et répartissent entre eux les compétences attribuent explicitement par défaut la compétence de choisir la procédure de passation de leurs marchés publics et d'en fixer les conditions au conseil (communal, de police et de l'action sociale).

En ce qui concerne les communes, cette règle générale est reprise à l'article 234, § 1^{er}, de la NLC. Dès lors, sauf dans les cas d'exception prévus par cet article (voir notamment le point 1.1.4. ci-dessous), seul le conseil communal est compétent pour choisir la procédure de passation des marchés publics et en fixer les conditions.

Cependant, il a été constaté que le collège des bourgmestre et échevins d'une commune, après avoir décidé de ne pas attribuer un marché public en cours de passation, a pris la décision lui-même de le relancer selon une autre procédure de passation. Il n'a pas repris dans sa décision les éléments justificatifs, en fait ou en droit, qui fondent sa compétence à prendre cette dernière décision à la place du conseil communal alors que c'est ce dernier organe qui avait choisi la procédure de passation initiale. Dès lors, sa compétence décisionnelle pour le changement de procédure de passation du marché public concerné n'était pas démontrée.

Dans son arrêt n° 249.291 du 18 décembre 2020 (C.E. (6^e ch.), 18 décembre 2020, n° 249.291, s.a. LES ENTREPRISES MELIN), le Conseil d'État a sanctionné l'incompétence de l'auteur de l'acte faisant l'objet du recours (en l'espèce, cette incompétence résultait du non-respect de la limite de la délégation du pouvoir décisionnel), en appuyant sa décision notamment sur le raisonnement suivant : « La décision de recourir à la procédure négociée sans publication préalable doit être prise par l'autorité compétente avant le lancement de la procédure. Selon une jurisprudence constante du Conseil d'État, un vice de compétence ne peut être couvert *a posteriori* par une ratification. C'est d'autant plus le cas en l'espèce que la décision de recourir à ce type de procédure exclut des opérateurs économiques de la possibilité d'y participer et produit de la sorte des effets juridiques avant l'adoption de la décision d'attribution du marché censée procéder à ladite ratification par les autorités compétentes. »

1.1.3. Violation des règles de compétence relatives au choix de la procédure de passation et à la fixation des conditions du marché – défaut de motivation de la compétence du collège de police

Conformément à l'article 33, § 2, alinéas 1 et 2, de la LO ZP, tel qu'inséré par l'article 2, 2°, de la loi du 1^{er} mars 2019 modifiant la loi du 7 décembre 1998 organisant un service de police intégré, structuré à deux niveaux et la loi modifiant la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile, en vue de préciser les règles de compétence en matière de marchés publics applicables aux zones de police et aux zones de secours, le conseil de police peut déléguer l'exercice de ses compétences en ce qui concerne le choix de la procédure de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et la fixation des conditions desdits marchés publics au collège de police dans les limites des crédits inscrits à cet effet au budget ordinaire. Le Conseil d'État s'est prononcé comme suit sur les limites de cette délégation (C.E. (15^e ch.), 24 novembre 2022, n° 255.107, zone de police 5344 Polbruno) :

« La délégation de pouvoirs est le transfert, par une autorité à qui un pouvoir a été attribué, de l'exercice de tout ou partie de ce pouvoir. Elle constitue une dérogation à l'exercice normal des compétences. Elle est en principe interdite, mais les dispositions attribuant une compétence peuvent en autoriser la délégation. Pour apprécier si une délégation consentie reste dans les limites admissibles, il convient de tenir compte de la source des pouvoirs attribués, de la manière dont ils sont définis, de la matière dans laquelle les pouvoirs sont conférés, de l'autorité à laquelle la délégation est donnée ainsi que de l'importance des pouvoirs délégués. La délégation ne peut être que partielle, elle est de stricte interprétation et ne peut porter que sur des mesures d'exécution ou de détail. Elle ne peut, en outre, avoir pour objet des pouvoirs attribués en propre à l'autorité normalement compétente.

En l'espèce, il ressort expressément de la disposition précitée que la compétence de principe de définir le mode de passation des marchés publics et d'en fixer les conditions est attribuée au conseil de police, et qu'une délégation au collège de police n'est admissible que « dans les limites des crédits inscrits à cet effet au budget ordinaire ».

Pour que la délégation au collège soit admise, il ne suffit donc pas que le marché relève, par son objet, de la gestion journalière ou du budget ordinaire de la zone de police. Le législateur fédéral n'habilite le conseil à déléguer sa compétence que si le marché public en cause fait déjà l'objet de crédits inscrits au budget ordinaire.

Comme en conviennent les parties, cette disposition est difficilement conciliable avec une délégation de compétences portant sur un marché public pluriannuel.

Il n'appartient pas au Conseil d'État de se prononcer sur la pertinence de la volonté du législateur de limiter la possibilité de déléguer le choix du mode de passation et la fixation des conditions d'un marché public – qui intervient en principe en amont de la procédure de passation – aux crédits déjà inscrits au budget ordinaire de la zone de police – alors que ces crédits ne doivent en principe être inscrits que préalablement à l'engagement budgétaire, qui intervient au moment de la conclusion du marché. (...) »

Par ailleurs, le collège de police peut d'initiative exercer les pouvoirs susmentionnés du conseil de police en cas d'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles, en application de l'alinéa 5 du paragraphe 2 de l'article 33 précité. Le cas échéant, sa décision est communiquée au conseil de police qui en prend acte lors de sa prochaine séance.

Ces deux cas prévus à l'article 33, § 2, précité sont les deux seules exceptions permettant au collège de police de choisir la procédure de passation d'un marché public relevant du budget ordinaire et d'en fixer les conditions.

Cependant, pour un marché public pluriannuel de fournitures, d'entretien et de location de vêtements de travail, le collège de police d'une zone de police bruxelloise a pris lui-même la décision de choisir la procédure de passation et d'en fixer les conditions sans motiver par des éléments précis en fait et en droit sa compétence décisionnelle, en contradiction avec les articles 2 et 3 de la loi 1991 motivation. Il n'a invoqué aucune situation d'urgence, qui lui aurait permis de justifier son initiative, ni ne se réfère à un acte du conseil de police déléguant au collège une quelconque part de ses compétences en matière de marchés publics. À ce propos, il convient de préciser qu'en l'absence de crédits inscrits pour ce marché au budget ordinaire (fait confirmé par le fait qu'il est précisé dans la décision qu'elle est prise « sous réserve de l'inscription des crédits nécessaires, de l'adoption du budget 2021 à 2022 par le conseil de police et de son approbation par les autorités de Tutelle »), la mise en œuvre d'une telle délégation, si elle avait existé, n'aurait de toute façon pas été conforme à la loi.

1.1.4. Violation des règles de compétence relatives au choix de la procédure de passation et à la fixation des conditions du marché – recours abusif aux exceptions prévues par la loi

À la règle générale qui attribue par défaut au conseil (communal, de l'action sociale et de police) la compétence de choisir la procédure de passation de leurs marchés publics et d'en fixer les conditions., les lois précitées (NLC, LO CPAS et LO ZP) prévoient des exceptions, c'est-à-dire des hypothèses dans lesquelles un autre organe de ces pouvoirs locaux peut, en raison de certaines circonstances précises limitativement énumérées par la loi, exercer la compétence précitée du conseil en matière de marchés publics. S'agissant d'exceptions, ces dérogations sont dès lors de stricte interprétation. En outre, il appartient à l'organe qui entend s'en prévaloir de démontrer que les conditions permettant l'application de l'une de ces dérogations sont scrupuleusement remplies. À défaut, la compétence de l'auteur de l'acte pourra être remise en question, ce qui aurait pour effet de vicier l'ensemble de la procédure de passation puisque, comme rappelé au point 1.1.2. ci-dessus, un vice de compétence ne peut être couvert *a posteriori* par une ratification.

À cet égard, il est quelques fois apparu au cours de la période de référence que des pouvoirs locaux se méprennent voire abusent des exceptions légales évoquées ci-dessus, soit en se basant sur des exceptions non prévues par la loi, soit en omettant les modifications que le législateur a apportées à ces dérogations, soit en les interprétant avec beaucoup de largesse.

1.1.4.1. Recours à des hypothèses non prévues par le législateur

Un pouvoir local (en l'occurrence une commune) a erronément considéré que le collège des bourgmestre et échevins est habilité à exercer les compétences du conseil communal lorsqu'il décide de passer un marché public en procédure négociée sans publication préalable (PNSPP) sur base de l'article 42, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi 2016 MP (répétition de marché) même si la procédure de passation et les conditions du marché initial ont été initialement choisies et fixées par le conseil communal. Ce faisant, le collège justifie sa compétence en invoquant des circonstances étrangères à celles limitativement énumérées à l'article 234, §§ 2 à 5, de la NLC.

S'il est vrai que le Conseil d'État (voy. notam. C.E. (6^e ch. réf.), 13 septembre 2013, n° 224.643, société de droit français Oberthur Fiduciaire et société de droit français Oberthur Technologies) a déjà estimé que lorsqu'il existe un lien étroit entre deux procédures, le marché passé par PNSPP ne doit pas être considéré comme un marché autonome par rapport au marché initial, il n'en reste pas moins que le marché de répétition est un nouveau marché (et non une modification du marché initial) et que, par conséquent, à moins d'évoquer l'une des exceptions prévues à l'article 234 de la NLC, il appartient au conseil communal de choisir la procédure de passation du marché de répétition et d'en fixer les conditions.

Si le lien existant entre les deux procédures et le fait que, dans les documents du marché, il est indiqué que le marché initial pourra être répété *via* une PNSPP en application de l'article 42, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, précité, permettent de motiver adéquatement le recours à une procédure d'exception pour répéter le marché, en revanche, ces éléments ne justifient nullement la compétence du collège de fixer les conditions du marché de répétition en lieu et place du conseil. La seconde procédure de passation ne peut en effet pas être réduite à une simple mesure d'exécution de la première. Par ailleurs, une référence à l'article 123 de la NLC ne constitue pas une base pertinente pour justifier la compétence du collège pour prendre une telle décision. En la matière, il y a lieu de se limiter aux hypothèses énumérées à l'article 234, §§ 2 à 5, de la NLC.

1.1.4.2. Interprétation erronée des conditions d'application d'une exception – méconnaissance d'une modification législative

Selon la jurisprudence de la Cour de Cassation, une « loi nouvelle n'est en principe pas uniquement applicable à des situations nées après son entrée en vigueur mais aussi à des conséquences futures d'une situation née sous l'empire de l'ancienne loi qui se produisent ou qui se poursuivent sous l'empire de la loi nouvelle » (Cass. (1^{re} ch.), 24 avril 2008, R.G. C.06.0353.N, disponible sur www.juportal.be). Par ailleurs, la règle selon laquelle, en matière contractuelle, la loi ancienne demeure applicable ne trouve pas à s'appliquer lorsque la loi nouvelle est d'ordre public (voy. Cass. (1^{re} ch.), 26 mai 2005, R.G. C.04.0215.F, J.T., 2005, p. 679 et Cass. (1^{re} ch.), 15 septembre 2005, RG C.04.0345.N, disponibles sur www.juportal.be). Tel est le cas en matière de compétence décisionnelle.

Il est apparu que plusieurs communes n'ont pas pris toute la mesure des conséquences des modifications apportées à l'article 234, § 4, de la NLC par l'article 68 de l'ordonnance du 17 juillet 2020 modifiant la Nouvelle loi communale. Ainsi, depuis le 9 août 2020, date de l'entrée en vigueur de cette disposition, les possibilités, pour le conseil communal, de déléguer au collège des bourgmestre et échevins sa compétence de choisir la procédure de passation et de fixer les conditions des marchés publics dont la dépense relève du budget ordinaire ont été considérablement réduites. Dans sa nouvelle formulation, l'article 234, § 4, alinéa 2, de la NLC limite en effet la possibilité de délégation prévue à l'article 234, § 4, alinéa 1^{er}, de la NLC aux seuls marchés publics visés à l'article 92 de la loi 2016 MP (c'est-à-dire les marchés de faible montant) alors que dans sa version précédente, l'article 234, § 4, de la NLC ne prévoyait aucune limite de montant pour les marchés délégués.

Le collège des bourgmestre et échevins n'est donc plus compétent pour exercer, en application de l'article 234, § 4, de la NLC, le pouvoir du conseil communal visé à l'article 234, § 1^{er}, de la NLC pour les marchés publics dont le montant estimé, hors TVA, est égal ou supérieur à 30.000 euros et ce, même si l'acte de délégation du conseil communal au collège des bourgmestre et échevins ne fixe aucune limite en ce qui concerne le montant du marché public ou fixe un montant hors TVA égal ou supérieur à 30.000 euros. La délégation d'une compétence doit en effet rester dans les limites de l'habilitation légale. Bien entendu, pour de tels marchés, le collège des bourgmestre et échevins peut toujours justifier sa compétence pour exercer le pouvoir du conseil communal visé à l'article 234, § 1^{er}, de la NLC en invoquant une des autres hypothèses prévues à l'article 234 de la NLC (urgence impérieuse (§ 2) et marchés publics de moins de 139.000 euros hors TVA (§ 3)).

Un problème similaire s'est posé lorsque le seuil mentionné à l'article 234, § 3, alinéa 1^{er}, de la NLC a été modifié par un arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 7 mai 2020 (M.B., 15 mai 2020) en vue de maintenir le lien étroit voulu par le législateur entre l'hypothèse de recours à la procédure négociée sans publication préalable mentionnée à l'article 42, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, a), de la loi 2016 MP et l'habilitation du collège des bourgmestre et échevins à choisir la procédure de passation des marchés publics inférieurs à un certain montant et d'en fixer les conditions.

1.1.4.3. Acte pris en dépassant les limites de l'habilitation légale – abus de pouvoir

Pour justifier l'exercice de la compétence du conseil communal visée à l'article 234, § 1^{er}, de la NLC (choix de la procédure de passation et fixation des conditions d'un marché public), le collège des bourgmestre et échevins d'une commune a invoqué l'article 234, § 3, de ladite loi.

Cette disposition habilite le collège des bourgmestre et échevins à exercer le pouvoir du conseil visé à l'article 234, § 1^{er}, de ladite Nouvelle loi communale pour les marchés publics dont le montant estimé hors TVA est inférieur à 139.000 euros. Or le montant hors TVA du marché public à passer était estimé à 350.000 euros. Dès lors, le collège des bourgmestre et échevins précité a outrepassé le seuil prévu pour l'application de cette disposition.

1.1.4.4. Interprétation hasardeuse des conditions d'application d'une exception – absence d'un arrêté d'exécution autorisant la délégation

L'article 2, 2^o, de la loi du 1^{er} mars 2019 modifiant la loi du 7 décembre 1998 organisant un service de police intégré, structuré à deux niveaux et la loi modifiant la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile, en vue de préciser les règles de compétence en matière de marchés publics applicables aux zones de police et aux zones de secours habilite le conseil de police à déléguer au collège de police l'exercice de ses compétences en matière de marchés publics (choix de la procédure de passation des marchés publics de la zone et fixation de leurs conditions) pour des dépenses relevant du budget extraordinaire lorsque la valeur du marché est inférieure au montant fixé par le Roi.

Malgré l'absence d'un arrêté royal fixant ce montant et donc l'impossibilité concrète, pour le conseil d'une zone de police, de procéder à une telle délégation, l'administration régionale a déjà constaté que le conseil d'une zone de police bruxelloise n'a pas hésité à user de cette habilitation inachevée et à déléguer au collège de police l'exercice de ses compétences en la matière pour des marchés publics dont la dépense relève du budget extraordinaire.

Si la volonté du législateur fédéral d'autoriser la délégation précitée est certaine, il n'en reste pas moins vrai qu'il laisse au Roi le soin de préciser la limite de cette délégation en fixant la valeur maximale du montant des marchés publics pouvant être délégués. S'agissant d'une disposition complètement nouvelle, instaurant pour la première fois une délégation pour des marchés publics dont la dépense relève du budget extraordinaire, il est impossible d'invoquer un précédent texte légal qui aurait par le passé fixé un seuil pour une délégation similaire. Il s'ensuit que le fondement légal sur lequel se fonde l'acte de délégation précité est incertain et que la légalité des décisions du collège de police qui se basent sur cette délégation est douteuse, sa compétence ne reposant sur aucune base légale sérieuse.

1.1.4.5. Acte de délégation dépassant les limites de l'habilitation légale – abus de pouvoir

En ce qui concerne les CPAS, l'article 84, § 3, de la LO CPAS habilite le conseil de l'action sociale à déléguer au bureau permanent tout ou partie des pouvoirs qui lui sont attribués par les §§ 1^{er} et 2 dudit article 84, à savoir choisir la procédure de passation des marchés publics du CPAS, en fixer les conditions, engager la procédure et attribuer lesdits marchés.

Toutefois, en application de l'article 27, § 1^{er}, 5^o, de la LO CPAS, complété par l'article 1^{er} de l'arrêté du Collège réuni de la Commission communautaire commune de Bruxelles-Capitale du 5 mars 2020 fixant le montant visé à l'article 27, § 1^{er}, 5^o, de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action sociale, les délégations évoquées ci-dessus ne sont autorisées que pour les marchés publics dont le montant estimé hors TVA est inférieur à 139.000 euros.

Il est apparu que le conseil de l'action sociale d'un CPAS bruxellois a décidé de déléguer au bureau permanent ses compétences pour la passation, l'attribution et l'exécution des marchés publics du CPAS dont le montant de l'estimation ou de l'attribution est inférieur à 139.000 euros TVA comprise. Une telle formulation méconnaît les limites du cadre légal permettant une délégation de compétence en matière de marchés publics (voir ci-dessus). En effet, si rien ne s'oppose à ce que l'acte de délégation fixe un cadre plus restrictif que celui fixé par le législateur, en précisant que la délégation envisagée est fondée sur le seuil estimé ou attribué de 139.000 euros TVA comprise, elle autorise implicitement le bureau permanent à exercer les compétences du conseil d'action social en matière de marchés publics pour des marchés publics dont le montant attribué est inférieur à 139.000 euros TVA comprise mais dont le montant estimé hors TVA n'est pas forcément inférieur à 139.000 euros. En effet, en application de l'article 7, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (ci-après AR 2017 passation), le calcul de la valeur estimée d'un marché public est fondé sur la notion de montant total payable. Cette dernière comprend un certain nombre d'éléments qui peuvent être commandés, mais ne le seront pas nécessairement, comme les tranches, les répétitions, les reconductions ou les clauses de réexamen. Il s'ensuit qu'en déléguant plus que ce que la loi ne l'y autorise, le conseil de l'action sociale a outrepassé son pouvoir.

1.1.4.6. Violation des pouvoirs attribués par la loi au collège de police

L'article 33, § 3, de la LO ZP, tel que modifié par la loi du 1^{er} mars 2019 modifiant la loi du 7 décembre 1998 organisant un service de police intégré, structuré à deux niveaux et la loi modifiant la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile, en vue de préciser les règles de compétence en matière de marchés publics applicables aux zones de police et aux zones de secours, attribue explicitement au collège de police la compétence d'engager la procédure, d'attribuer les marchés publics de la zone, d'assurer le suivi de leur exécution et d'apporter à ces marchés toute modification en cours d'exécution. Le législateur n'a prévu aucune exception à ce principe au bénéfice du conseil de police.

Il a néanmoins été constaté à plusieurs reprises qu'ignorant le principe de l'exclusivité des compétences attribuées (voir aussi début du point 1.1.2.), un conseil de police a pris la décision de modifier un marché public en cours d'exécution (et en particulier de prolonger la durée du marché) alors que cette décision incombe exclusivement au collège de police en application de l'article 33, § 3, de la LO ZP. Il s'ensuit que de telles décisions souffrent de l'incompétence de l'auteur de l'acte qui les a prises, le conseil de police ne disposant d'aucune compétence en matière de modification de marché.

1.1.5. Non-respect des règles de compétence décisionnelle en cas de recours à un accord-cadre conclu par une centrale d'achat

En application de l'article 47, § 2, de la loi 2016 MP, un pouvoir adjudicateur qui recourt à une centrale d'achat est dispensé de l'obligation d'organiser lui-même une procédure de passation. Le cas échéant, une référence à cette disposition doit apparaître dans l'acte mais l'administration régionale a déjà constaté à plusieurs reprises que cette mention a été omise.

En général, les marchés publics conclus par une centrale d'achat prennent la forme d'accords-cadres. La centrale d'achat en fixe le cadre de base avec le(s) participant(s) à l'accord-cadre et les commandes successives à placer par les pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires (les marchés subséquents à l'accord-cadre conclu par la centrale d'achat) doivent faire l'objet de décisions formelles, notamment :

- une première décision relative à l'adhésion à la centrale d'achat, ce qui implique généralement la signature ultérieure d'une convention fixant les droits et obligations des parties ;
- une ou plusieurs décision(s) successive(s) visant à déterminer le(s) marché(s) public(s) qui sera (seront) effectivement passé(s) sur base du marché conclu par la centrale d'achat, en précisant notamment son (leur) objet et le cadre budgétaire de la dépense ;
- une ou plusieurs décision(s) d'attribution du (des) marché(s) subséquent(s) à l'accord-cadre conclu par la centrale d'achat, y compris le(s) engagement(s) budgétaire(s).

Sauf à démontrer le contraire par une décision dûment motivée, les décisions d'adhésion à la centrale d'achat et de passer certains marchés publics déterminés *via* l'accord-cadre conclu par la centrale d'achat, décisions dont l'objet s'apparente au choix de la procédure de passation et à la fixation des conditions de marchés publics, doivent être prises par l'organe décisionnel compétent par défaut, à savoir :

- le conseil communal pour les communes (art. 234, § 1^{er}, de la NLC) ;
- le conseil de l'action sociale pour les CPAS (art. 84, § 1^{er}, de la LO CPAS) ;
- le conseil de police pour les zones de police pluricommunales (art. 33, § 2, de la LO ZP).

Toutefois, l'administration régionale a eu l'occasion de constater à plusieurs reprises que le principe rappelé ci-dessus n'a pas été correctement appliqué.

1.1.6. Engagement budgétaire décidé par un organe sans habilitation légale

Il est régulièrement constaté par l'administration régionale qu'un conseil communal ou de police prend lui-même une décision d'engager un montant sur un crédit inscrit à l'exercice budgétaire au moment de fixer les conditions d'un marché public à passer.

Or, pour ces deux types de pouvoirs locaux, le collège est le seul organe habilité à procéder à des engagements budgétaires, en application respectivement des dispositions de l'article 57, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 2 août 1990 portant le règlement général de la comptabilité communale et de l'article 54, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 5 septembre 2001 portant le règlement général de la comptabilité de la zone de police, hormis dans les cas d'exception prévus par le législateur régional pour faciliter la mise en œuvre des possibilités de délégation prévues aux articles 234, §§ 4 et 5, et 236, §§ 4 et 6, de la NLC ainsi que de l'habilitation prévue à l'article 236, § 5, de la même loi.

14 1.1.7. Choix de l'exercice budgétaire pour l'imputation de la dépense après la désignation de l'adjudicataire du marché

L'article 6 de l'arrêté royal du 2 août 1990 portant le règlement général de la comptabilité communale dispose que les recettes et les dépenses, ainsi que leur résultat, doivent être irrévocablement imputés à un exercice et à un service. Il résulte du principe légal d'annualité du budget que l'exercice auquel doit être liée une dépense est déterminé par l'instant de la naissance de l'engagement de cette dépense.

Cette question de la détermination de l'exercice budgétaire sur lequel une dépense peut être imputée après l'attribution du marché s'est posée à plusieurs moments dans le cadre de l'exercice de la tutelle au cours de la période concernée.

Il est ainsi apparu dans un dossier que le délai nécessaire pour pouvoir attribuer un marché public a été plus long que prévu au départ, de sorte que la décision d'attribution de ce marché n'a finalement pu être prise qu'au cours de l'exercice budgétaire suivant celui initialement choisi par l'organe décisionnel compétent pour la fixation des conditions de ce marché (attribution en 2021 et non en 2020).

En application du principe d'annualité du budget, la dépense ne pouvait plus être imputée sur l'exercice budgétaire 2020. Dans ces conditions, il appartenait à l'organe décisionnel compétent pour fixer les conditions du marché de revoir sa décision initiale en ce qui concerne le cadre budgétaire de la dépense et ce, avant l'attribution du marché. Tel ne fut pas le cas.

Dans un autre dossier, il a été constaté dans une décision relative à l'attribution d'un marché public prise au début de l'année 2021, que la dépense a été imputée sur un article du budget extraordinaire de l'exercice précédent (2020), en contradiction avec le principe légal d'annualité du budget précité.

1.1.8. Modification des conditions du marché au cours de la procédure de passation sans nouvelle décision de l'organe compétent (hors phase de négociation)

Il appartient à l'organe décisionnel compétent, sur base des règles rappelées ci-avant, de choisir la procédure de passation et de fixer les conditions des marchés publics.

Par conditions d'un marché public, on entend principalement les documents du marché, définis à l'article 2, 43°, de la loi 2016 MP comme suit : « tout document applicable au marché fourni par l'adjudicateur ou auquel il se réfère. Sont, le cas échéant, compris l'avis de marché, l'avis de préinformation ou l'avis périodique indicatif lorsqu'il est utilisé en tant que moyen d'appel à la concurrence, le cahier spécial des charges ou tout autre document descriptif comprenant notamment les spécifications techniques, les conditions contractuelles proposées, les formats de présentation des documents par les candidats et les soumissionnaires, les informations sur les obligations généralement applicables et tout autre document additionnel. En cas de concours, ces documents sont dénommés documents du concours ».

En ce qui concerne l'avis de marché, s'il n'est pas absolument obligatoire que le modèle d'avis dûment complété soit préalablement approuvé par l'organe décisionnel compétent avant sa publication, il en va autrement de son contenu. Cela est régulièrement rappelé à certains pouvoirs locaux bruxellois.

Les conditions d'un marché public ne se limitent pas aux documents du marché. Elles comprennent également, de manière non exhaustive, le cadre financier (généralement basé sur l'estimation de la valeur globale du marché et sur les possibilités de financement) et budgétaire du marché et, en cas de recours à une procédure non soumise à une obligation de publicité, la liste des opérateurs économiques à consulter.

L'administration régionale a constaté à plusieurs reprises que les conditions d'un marché public publiées *via* e-notification et/ou appliquées au moment de la sélection ou de l'attribution du marché ne correspondaient pas à celles qui ont été approuvées par l'organe décisionnel compétent et soumises à l'exercice de la tutelle administrative et ce, en l'absence d'une nouvelle décision de l'organe compétent approuvant les changements apportés aux conditions initiales du marché avant la publication des nouvelles conditions du marché. Concrètement, elle a notamment constaté la suppression d'un critère d'attribution avant la publication de l'avis de marché et l'adaptation de l'exigence en matière de catégorie d'agrément des entrepreneurs au moment de l'attribution.

Le plus souvent, ces modifications ne sont même pas mentionnées dans la décision d'attribution, de sorte que la procédure de passation manque de transparence, en contradiction avec l'article 4 de la loi 2016 MP et qu'elle pourrait être viciée par l'incompétence de l'auteur de ces modifications (voy. notamment à ce sujet le point 1.1.2).

Enfin, l'administration régionale constate également que les limites du cadre budgétaire de la dépense préalablement fixé par le conseil communal au moment de la fixation des conditions d'un marché public sont assez régulièrement dépassées dans la décision d'attribution du marché prise par le collège des bourgmestre et échevins, sans que le conseil communal n'en ait été préalablement informé et sans qu'il n'ait eu l'occasion de statuer sur le dépassement envisagé avant que la décision d'attribution ne soit prise.

1.1.9. Les décisions « deux-en-un »

Dans le cadre de la passation de tout marché public, y compris des marchés subséquents à un accord-cadre conclu, un pouvoir adjudicateur doit en principe prendre au minimum deux décisions formelles dans un ordre précis : d'abord le choix de la procédure de passation et la fixation des conditions du marché (y compris le cadre budgétaire lié à la dépense à pourvoir) et, dans un second temps, l'attribution du marché.

En application de l'article 169, alinéa 2, de la loi 2016 MP, pour les personnes de droit public autres que celles visées à l'alinéa 1^{er} de cet article, les pouvoirs relatifs à la passation et l'exécution des marchés sont exercés par les autorités et organes compétents, en vertu des dispositions d'une loi, d'un décret, d'une ordonnance, d'une disposition réglementaire ou statutaire les régissant. À titre d'exemples, il s'agit des articles 234 et 236 de la NLC pour les communes, des articles 27, § 1^{er} *ter* et 84 de la LO CPAS pour les CPAS et de l'article 33 de la LO ZP pour les zones de police.

Toutefois, lorsqu'un même organe est compétent à la fois pour décider du choix de la procédure de passation et fixer les conditions des marchés publics, mais aussi pour attribuer les marchés publics, la prise de ces deux décisions lors d'une même séance, sous la forme d'une décision « deux en un » ou de deux décisions prises successivement (autrement dit, sans intervalle de temps entre les deux décisions), peut s'envisager, pour autant qu'il n'ait pas été demandé aux opérateurs économiques consultés de remettre une offre formelle sur base de conditions de marchés publics particulières prédéfinies. En effet, les conditions d'un marché public doivent être fixées par l'organe décisionnel compétent avant leur diffusion ou publication dans le cadre de la consultation du marché concurrentiel et ne peuvent être ratifiées au stade de l'attribution du marché.

Dans le cadre des marchés de faible montant tels que visés à l'article 92 de la loi 2016 MP (marchés dont le montant estimé est inférieur à 30.000 euros hors TVA), il est possible de soumettre le marché à la concurrence, soit en invitant des opérateurs économiques à remettre une offre formelle sur base de conditions de marché prédéfinies, soit en consultant, si possible, les conditions de plusieurs opérateurs économiques sans demander l'introduction d'offres (art. 124 de l'AR 2017 passation). Ce n'est que dans ce dernier cas que la situation d'exception décrite ci-dessus (décision « deux en un » ou prise des deux décisions successives lors d'une même séance) sera permise.

Dans le cadre d'une procédure négociée sans publication préalable, la remise d'une offre se fait nécessairement sur base de conditions de marché particulières prédéfinies. Dès lors, l'organe décisionnel compétent doit prendre une première décision formelle pour choisir la procédure de passation et fixer ces conditions avant le lancement de la procédure de passation.

16

Même dans le cadre d'une procédure négociée sans publication préalable sur base de l'article 42, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, b), de la loi 2016 MP (« dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur ne permet pas de respecter les délais exigés par la procédure ouverte, restreinte ou concurrentielle avec négociation. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne peuvent, en aucun cas, être imputables au pouvoir adjudicateur »), le pouvoir adjudicateur doit prendre une première décision relative au choix de la procédure de passation et à la fixation des conditions du marché avant le lancement de la procédure. Cette approche est confirmée par le Conseil d'État comme suit dans son arrêt n° 249.291 du 18 décembre 2020 (C.E. (6^e ch.), 18 décembre 2020, n° 249.291, s.a. LES ENTREPRISES MELIN) : « La décision de recourir à la procédure négociée sans publication préalable doit être prise par l'autorité compétente avant le lancement de la procédure. Selon une jurisprudence constante du Conseil d'État, un vice de compétence ne peut être couvert *a posteriori* par une ratification. C'est d'autant plus le cas en l'espèce que la décision de recourir à ce type de procédure exclut des opérateurs économiques de la possibilité d'y participer et produit de la sorte des effets juridiques avant l'adoption de la décision d'attribution du marché censée procéder à ladite ratification par les autorités compétentes. [...] L'article 4, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2013 qui prévoit qu'en ce qui concerne les décisions de recourir à une procédure négociée sans publication préalable, « les motifs de la décision doivent exister au moment où celle-ci est prise », mais que « la décision formelle peut cependant être rédigée *a posteriori*, lors de l'établissement de la prochaine décision [telle celle d'attribuer le marché] » ne permet pas *prima facie* de considérer que la décision de recourir à une telle procédure (*negocium*) pourrait être établie au moment de la décision d'attribution. La disposition légale précitée a uniquement trait à la motivation formelle des décisions qu'elle énumère. Elle n'a pas vocation à déroger aux règles relatives à la compétence des auteurs de ces décisions. Elle précise d'ailleurs bien que les motifs de la décision doivent exister « au moment où celle-ci est prise », tout en permettant la rédaction *a posteriori* de la décision formelle motivée (*instrumentum*). »

Les pouvoirs adjudicateurs doivent dès lors tenir compte des délais nécessaires à la prise de deux décisions distinctes (sauf dans le cadre de l'exception rappelée ci-dessus) dans le cadre de la planification des procédures de passation de leurs marchés publics.

Cependant, l'administration régionale a eu à plusieurs reprises l'occasion de rappeler le principe précisé ci-dessus à certains pouvoirs locaux dans le cadre de l'exercice de la tutelle administrative en matière de marchés publics.

1.1.10. Non-attribution et changement de procédure de passation d'un marché public – incompétence de l'auteur de l'acte

Il arrive qu'à la suite de l'échec d'une procédure de passation, le collège de bourgmestre et échevins d'une commune décide formellement de non-attribuer le marché en cours et, sur sa lancée, de le relancer selon une autre procédure de passation. Cependant, dans certains cas, le conseil communal est le seul organe décisionnel compétent pour le choix de la procédure de passation et la fixation des conditions du marché public initial, en application de l'article 234, § 1^{er}, de la NLC. Dès lors, le collège des bourgmestre et échevins aurait dû, au lieu de prendre lui-même la décision relative au changement de procédure de passation et à la nécessaire adaptation des documents du marché résultant de ce changement, décider de soumettre cette décision au conseil communal avant le lancement de la nouvelle procédure.

L'administration régionale a également pu constater l'existence de la situation inverse, à savoir qu'un conseil communal décide formellement de mettre fin à la procédure de passation initiale avant de décider de relancer le même marché selon une autre procédure de passation. Or, seul le collège des bourgmestre et échevins est compétent pour prendre toutes les décisions nécessaires jusqu'au terme de la procédure de passation initiale, y compris celle d'y mettre fin suite à la non-attribution du marché, en application de l'article 236, § 2, de la NLC.

1.2. Non-respect des règles de tutelle

1.2.1. Transmission d'un dossier incomplet à l'autorité de tutelle

L'article 3 de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 16 juillet 1998 relatif à la transmission au Gouvernement des actes des autorités communales en vue de l'exercice de la tutelle administrative dispose que les actes des autorités communales à transmettre à la tutelle doivent être accompagnés de toutes les pièces nécessaires au contrôle de conformité à la loi et à l'intérêt général. Par ailleurs, les actes qui, de par la loi doivent être rédigés dans les deux langues (voir point 1.3), sont à transmettre dans les deux langues.

Cette obligation de transmettre à l'autorité de tutelle un dossier complet n'est pas propre aux communes.

Au niveau des CPAS, le point III.3.1. de la circulaire du 29 mai 2019 relative aux nouvelles règles de tutelle applicables aux CPAS et aux associations visées au Chapitre XII de la loi du 8 juillet 1976 organique des CPAS précise que les CPAS doivent veiller à ce qu'un dossier transmis *in extenso* (sur base de l'article 110, § 1^{er}, de la LO CPAS) soit complet, c'est-à-dire que tous les documents qui font partie intégrante de l'acte y soient annexés. Cette circulaire a été complétée par la circulaire du 5 septembre 2019 relative aux modalités de transmission des actes soumis à tutelle administrative et, plus particulièrement en ce qui concerne les marchés publics, par la circulaire du 7 novembre 2019 relative à la composition des dossiers contenant les actes des CPAS et des associations relevant du Chapitre XII de la LO CPAS soumis à la tutelle administrative concernant les marchés publics qui développe de manière non exhaustive la composition des dossiers à transmettre de manière *in extenso*.

Pour les zones de police, une même obligation est formulée à l'article 3 de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 19 juillet 2001 relatif à la transmission au Gouvernement des actes des autorités des zones de police pluricomunales en vue de l'exercice de la tutelle administrative.

18

Il arrive cependant régulièrement que les dossiers transmis à l'autorité de tutelle ne soient pas complets. En fonction du contenu du dossier et de l'éventuelle complétude du dossier par le pouvoir local à la demande de l'autorité de tutelle, la suspension de l'exécution de l'acte (en tutelle générale) ou la non-approbation de l'acte (en tutelle d'approbation) peut être envisagée pour ce seul motif, le cas échéant après une prorogation du délai, dans la mesure où l'autorité de tutelle ne peut pas vérifier, sur base des documents en sa possession, la conformité de l'acte à la loi ou à l'intérêt général et le fait que la motivation est basée sur des faits exacts. Il appartient donc au pouvoir local de veiller à fournir un dossier le plus complet possible pour éviter une telle sanction.

Voici, à titre illustratif (puisque le caractère complet ou non dépend évidemment du dossier), quelques exemples de documents manquants :

- l'ensemble des documents du marché ;
- une des deux versions linguistiques (d'une partie) du cahier spécial des charges (alors que le marché public en question devait faire l'objet d'une publication) ;
- les annexes du cahier spécial des charges ;
- le projet d'avis de marché ;
- une copie des invitations à déposer ou régulariser une offre ;
- le rapport d'analyse des offres ;
- certaines / toutes les offres ;
- les formulaires d'offre des soumissionnaires ;
- les documents relatifs aux éventuels contrôles effectués sur base des motifs d'exclusion et/ou des critères de sélection qualitative ;
- le Document Unique de Marché Européen (ci-après DUME) des soumissionnaires ;
- les documents / informations qui se rapportent au déroulement de la phase de négociation.

Dans un autre cas, les documents ont été transmis mais une partie était transmise dans un format illisible.

1.2.2. Actes repris à tort sur la liste des actes

L'article 7 de l'ordonnance 14 mai 1998 organisant la tutelle administrative sur les communes de la Région de Bruxelles-Capitale dispose qu'en vue de l'exercice de la tutelle administrative, les communes doivent transmettre au Gouvernement la liste de tous les actes du conseil communal autres que les actes à transmettre *in extenso*, visés par l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 16 juillet 1998 relatif à la transmission au Gouvernement des actes des autorités communales en vue de l'exercice de la tutelle administrative. Concrètement, cette liste doit contenir un bref exposé des actes et doit être transmise dans les 20 jours à l'autorité de tutelle.

Sur base du bref exposé, qui doit lui permettre de comprendre l'objet et la portée de l'acte concerné, l'autorité de tutelle décide si l'acte doit lui être transmis ou non. Si le bref exposé est trop vague, imprécis ou manque de cohérence, la transmission *in extenso* de l'acte a davantage de chance d'être réclamée.

L'article 11 de cette même ordonnance dispose que les actes du conseil communal repris sur la liste ne sont plus susceptibles d'être suspendus ou annulés si le Gouvernement n'a pas réclamé ces actes, par lettre recommandée avec accusé de réception, dans les vingt jours de la réception de la liste.

Les zones de police (art. 7 de l'ordonnance du 19 juillet 2001 relatif à la transmission au Gouvernement des actes des autorités des zones de police pluricommunales en vue de l'exercice de la tutelle administrative), les CPAS (art. 112quinquies de la LO CPAS) et la plupart des organismes visés par l'ordonnance du 5 juillet 2018 relative aux modes spécifiques de gestion communale et à la coopération intercommunale sont également soumis à une obligation de transmettre des listes à l'autorité de tutelle.

Il est déjà arrivé que l'acte d'une commune soit repris à tort sur la liste susvisée. La réponse à ce constat se trouve dans la circulaire du 24 août 1998 relative à l'ordonnance du 14 mai 1998 organisant la tutelle administrative sur les communes de la Région de Bruxelles-Capitale dont le point III, b), précise : « Le délai dont dispose l'autorité de tutelle pour se prononcer sur les actes à transmettre obligatoirement prend cours le lendemain du jour de la réception de l'acte « in extenso » et dans sa forme authentique. Concrètement, la notification éventuelle du bref exposé de ces décisions n'a pas d'incidence sur le délai de tutelle, pas plus que la réception d'une copie non signée. Au moins un des deux exemplaires requis doit être signé par le bourgmestre – ou son délégué – et par le secrétaire communal. ».

Sur base de ce qui précède, l'administration régionale a réclamé la transmission *in extenso* d'un tel acte après l'expiration du délai de tutelle applicable au contrôle de la liste d'actes sur laquelle il était repris, parce que l'acte réclamé aurait dû être transmis *in extenso* à l'autorité de tutelle et ce, afin de satisfaire à l'obligation prévue à l'article 1, 17°, de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 16 juillet 1998 relatif à la transmission au Gouvernement des actes des autorités communales en vue de l'exercice de la tutelle administrative. Une fois réceptionné, l'acte a été soumis à l'exercice de la tutelle administrative selon les règles qui lui étaient normalement applicables. Nous le voyons, une qualification correcte est ainsi indubitablement à l'avantage du pouvoir adjudicateur.

1.2.3. Transmission tardive d'actes et de listes d'actes à l'autorité de tutelle

Sauf exceptions légales, la transmission d'actes *in extenso* et de listes d'actes à l'autorité de tutelle doit intervenir dans les vingt jours de la date à laquelle ils ont été pris (cf. notamment les articles 6, § 1^{er}, et 7 de l'ordonnance du 14 mai 1998 organisant la tutelle administrative sur les communes de la Région de Bruxelles-Capitale, les articles 110, § 1^{er}, et 112quinquies, § 1^{er}, de la LO CPAS ainsi que l'article 1^{er} de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 19 juillet 2001 relatif à la transmission au Gouvernement des actes des autorités des zones de police pluricommunales en vue de l'exercice de la tutelle administrative et l'article 7 de l'ordonnance du 19 juillet 2001 organisant la tutelle administrative sur les zones de police pluricommunales de la Région de Bruxelles-Capitale respectivement pour les actes pour des communes, les CPAS et les zones de police en matière de marchés publics).

L'administration régionale constate régulièrement le dépassement de ce délai, la transmission de l'acte ou de la liste d'actes étant intervenue avec retard ou ayant été omise.

Bien que l'autorité de tutelle ne sanctionne pas directement le dépassement du délai de vingt jours précité, il n'en demeure pas moins que ce non-respect prolonge la période durant laquelle la validité des actes concernés peut être remise en question. En effet, le délai de tutelle ne commence à courir que lorsque l'acte ou la liste d'actes a été valablement transmis(e) à l'autorité de tutelle et un acte transmis à l'autorité de tutelle (in extenso ou dans le cadre d'une liste) est susceptible de faire l'objet d'une mesure de tutelle aussi longtemps que le délai de tutelle sur l'acte ou sur la liste d'actes n'a pas expiré.

Le problème se pose de manière accrue s'il s'agit d'un acte qui aurait dû être soumis à la tutelle d'approbation, comme c'est le cas en principe pour les actes des zones de police bruxelloises relatifs au choix de la procédure de passation et à la fixation des conditions des marchés de travaux, de fournitures et de services, lorsque la valeur globale du marché est supérieure à 249.600 euros hors TVA pour les marchés de travaux et à 500.000 euros hors TVA pour les marchés de fournitures et de services et à 500.000 euros hors TVA pour les marchés de travaux (art. 13, 5°, de l'ordonnance du 19 juillet 2001 organisant la tutelle administrative sur les zones de police pluricommunales de la Région de Bruxelles-Capitale). Dans ce cas, si l'acte précité n'a pas été transmis mais que la procédure de passation a été lancée, c'est toute la procédure qui est viciée puisque le premier acte n'était pas encore exécutoire lorsqu'il a été mis en œuvre.

Le non-respect du délai de transmission des actes à l'autorité de tutelle est donc source d'insécurité juridique pour le pouvoir local.

Il est notamment arrivé que la décision relative au choix de la procédure de passation et à la fixation des conditions d'un marché public soit transmise en même temps que la décision de sélection ou d'attribution subséquente, voire des deux. De même, certains pouvoirs locaux ont transmis à l'autorité de tutelle une décision de sélection de candidats en même temps que la décision subséquente d'attribution. Ce faisant, les pouvoirs locaux concernés ont pris le risque que la première décision soit annulée à un moment où des actes définitifs ont déjà été posés, comme par exemple le fait d'avoir invité les candidats sélectionnés à déposer une offre dans le cadre d'une procédure de passation en plusieurs phases.

Finalement, il convient de préciser que l'acte par lequel l'organe d'un pouvoir local bruxellois maintient son acte dont l'exécution a été préalablement suspendue dans le cadre de l'exercice de la tutelle administrative, doit impérativement être transmis à l'administration régionale avant l'expiration du délai légal prévu à cet effet, sous peine de nullité de plein droit de l'acte initial. Il est malheureusement déjà arrivé à un pouvoir local de prendre la décision de maintien dans le délai précité mais de ne la transmettre à l'administration régionale qu'après l'expiration de ce délai. Dès lors, l'administration régionale n'a eu d'autre choix que de constater la nullité de plein droit de l'acte initial.

1.2.4. Non-respect du caractère non-exécutoire d'une décision d'attribution

En ce qui concerne plus spécifiquement les décisions d'attribution de certains marchés publics, il existe, dans chacun des textes légaux cités au point 1.2.3., une disposition qui empêche, partiellement ou totalement, leur exécution (notamment la conclusion du marché public) avant l'expiration du délai de tutelle, sauf autorisation expresse et écrite de l'autorité de tutelle. Si le marché public devait avoir été conclu avant même que le délai de tutelle ne commence à courir, il serait entaché d'irrégularité.

Il arrive pourtant que l'administration régionale constate que la date initialement prévue pour le début de l'exécution d'un marché public soit antérieure à la date à laquelle doit expirer le délai de tutelle applicable à la décision d'attribution de ce marché.

1.3. Non-respect des règles sur l'emploi des langues en matière administrative

La Région de Bruxelles-Capitale a la particularité constitutionnelle d'être une région bilingue (art. 4 de la Constitution).

D'une part, selon la jurisprudence constante de la Commission permanente de Contrôle linguistique, tous les points portés à l'ordre du jour des réunions des conseils communaux intéressent tous les conseillers communaux, quelle que soit leur appartenance linguistique. Il s'ensuit que dans les communes de la Région de Bruxelles-Capitale, chaque conseiller doit, pour remplir normalement son mandat, recevoir dans sa propre langue non seulement la convocation mais également tous les points portés à l'ordre du jour ainsi que les rapports et documents transmis au conseil par le collège et ce, quelle que soit la langue dans laquelle l'affaire a été traitée dans le service administratif proprement dit (voir notamment le rapport de la Commission permanente de Contrôle linguistique pour l'année 2000, p. 105, et celui pour l'année 2017, p. 45). En outre, les conseillers de police et les conseillers de CPAS devraient bénéficier, en ce qui concerne l'emploi des langues, des mêmes droits que les conseillers communaux.

D'autre part, la Section III des lois coordonnées du 18 juillet 1966 sur l'emploi des langues en matière administrative expose les règles en matière d'emploi des langues dans les services locaux de la Région bruxelloise, notamment :

- article 18 : cette disposition impose aux autorités locales bruxelloises de rédiger en français et en néerlandais les avis, communications et formulaires destinés au public autres que les publications relatives à l'état civil. La publication officielle prévue dans le cadre de la procédure de passation d'un marché public choisie par le pouvoir adjudicateur local bruxellois peut être assimilée à l'un des cas évoqués à l'article 18 précité. Il appartient dès lors à ce dernier de publier chaque avis de marché, ainsi que ses annexes (les autres documents du marché), en français et en néerlandais dans une concordance linguistique parfaite afin de ne pas porter atteinte aux principes de transparence et d'égalité de traitement visés à l'article 4 de la loi 2016 MP ;
- article 19 : il y est précisé que le service local bruxellois doit employer, dans ses rapports avec un particulier, la langue que l'intéressé utilise quand celle-ci est le français ou le néerlandais et, dans ses rapports avec une entreprise privée, établie dans une commune sans régime spécial de la région de langue française ou de langue néerlandaise, la langue de cette commune.

1.3.1. Publication unilingue dans le cadre d'une procédure soumise à une obligation de publicité

Il est de temps en temps constaté par l'administration régionale qu'il manque dans un dossier qui lui a été transmis une des deux versions linguistiques des documents du marché. Comme précisé ci-dessus, l'absence d'une version entièrement bilingue des documents du marché dans le cadre d'une procédure soumise à une obligation de publicité est non seulement contraire aux dispositions de l'article 18 des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative du 18 juillet 1966 mais un tel manquement est par ailleurs de nature à porter atteinte aux principes de transparence et d'égalité de traitement entre les soumissionnaires francophones et néerlandophones, tels que visés à l'article 4 de la loi 2016 MP.

Dans un dossier d'une commune bruxelloise, non seulement les documents du marché n'avaient été transmis à l'autorité de tutelle qu'en français mais, par ailleurs, alors qu'il s'agissait d'un marché public à passer par procédure négociée directe avec publication préalable (ci-après PNDAPP), ils n'avaient été publiés qu'en français, en violation de l'article 18 des lois coordonnées du 18 juillet 1966 sur l'emploi des langues en matière administrative. La date limite de réception des offres étant dépassée, il n'était plus possible pour le pouvoir adjudicateur de régulariser la procédure de passation en cours, celle-ci étant irrémédiablement viciée.

1.3.2. Discordances entre les versions linguistiques des documents transmis à la tutelle

Lorsque le bilinguisme (français et néerlandais) des actes et des documents du marché est requis par la loi, il appartient au pouvoir adjudicateur de s'assurer, d'une part, de pouvoir mettre immédiatement à disposition du public une version bilingue de tous les documents du marché, y compris les annexes du cahier spécial des charges, ou de renvoyer vers des documents disponibles dans les deux langues (voy. à ce sujet C.E. (15^e ch.), 13 novembre 2020, n° 248.914, Maingain et crts, cet arrêt a été pris dans un autre contexte mais le principe reste fondamentalement le même) et, d'autre part, de veiller à la concordance parfaite du contenu entre les deux versions linguistiques des documents afin de ne pas porter atteinte aux principes de transparence et d'égalité de traitement rappelés ci-dessus.

L'administration régionale a cependant régulièrement constaté que cette règle n'est pas respectée. Voici à titre d'exemples une liste non limitative d'éléments pour lesquels il existait une discordance entre les deux versions linguistiques ou pour lesquels la partie du document n'avait pas été traduite ou avait été mal traduite avant d'être intégrée dans l'autre version linguistique :

- absence du corps de la délibération dans une des deux versions linguistiques ;
- éléments non / mal traduits (réglementation applicable, procédure de passation, critère(s) de sélection relatif(s) à la capacité technique et professionnelle, (sous-) critère(s) d'attribution, dispositions relatives à la facturation et au paiement, règles relatives aux documents à fournir durant l'exécution du marché, inventaire, autres annexes, période de garantie, ...) ;
- partie d'un des documents du marché rédigé dans l'autre langue.

Il convient de rappeler que dans le cas où les documents du marché sont rédigés en plus d'une langue, l'interprétation des pièces a lieu dans la langue de la demande de participation ou de l'offre, pour autant que les documents du marché soient établis dans cette langue (art. 53, § 2, de l'AR 2017 passation). L'absence de concordance entre les deux versions linguistiques des documents du marché pourrait dès lors inciter certains opérateurs économiques à choisir la version qui leur est la plus avantageuse.

1.3.3. Unilinguisme de décisions de sélection et d'attribution après réception de demandes de participation et d'offres établies en français et en néerlandais

L'autorité de tutelle constate encore trop souvent qu'il n'existe qu'une version officielle unilingue de la décision de sélection ou d'attribution quand bien même des demandes de participation ou des offres ont été déposées dans les deux langues.

Pour rappel, l'information des candidats et des soumissionnaires, telle que prévue par 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 (ci-après loi 2013 recours) doit se faire sur base de la décision et dans la langue choisie conformément au prescrit de l'article 19 des lois coordonnées du 18 juillet 1966 sur l'emploi des langues en matière administrative.

1.4. Non-respect des règles en matière de marchés publics et d'agrégation des entrepreneurs

Avant de lancer la procédure de passation d'un marché public et à l'exception des cas dans lesquels une décision « deux-en-un » peut être prise (voir 1.1.9.), l'organe décisionnel compétent doit prendre une décision formelle relative au choix de la procédure de passation et à la fixation des conditions du marché.

Il en va de même lorsqu'un marché public n'a pas pu être attribué et qu'il doit être relancé suivant une nouvelle procédure de passation.

La présente partie de ce document est structurée sur base des thématiques suivantes :

1. conclusion de contrats publics avec des tiers sans mise en concurrence, ni publicité ;
2. qualification du marché public;
3. choix de la procédure de passation ;
4. fixation des documents du marché ;
5. sélection et attribution;
6. marchés publics en cours d'exécution.

1.4.1. Conclusion de contrats publics avec des tiers sans mise en concurrence, ni publicité

1.4.1.1. Conclusion de contrats publics avec d'autres personnes morales de droit public sans mise en concurrence, ni publicité : absence de justification

23

Les contrats publics ne répondent pas tous aux critères constitutifs qui définissent un marché public et parmi ceux qui peuvent être qualifiés de marchés publics, certains sont expressément exclus du champ d'application de la réglementation des marchés publics.

Lorsque la réglementation des marchés publics s'applique, les contrats publics sont notamment soumis aux dispositions de la loi 2016 MP dont le Chapitre 2 du Titre 1^{er} fixe les principes généraux applicables. Plus particulièrement, les articles 4 et 5 de la loi 2016 MP rappellent que les marchés publics sont soumis aux principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de transparence et de proportionnalité ainsi qu'à leurs corollaires, les obligations de mise en concurrence et de publicité.

Même lorsqu'ils ne sont pas soumis à la réglementation des marchés publics, les contrats publics sont soumis, à des degrés divers, à ces mêmes principes généraux qui découlent directement des libertés fondamentales prescrites par le Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne. Cela implique notamment l'obligation de traiter tous les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de communiquer à tous les règles applicables de manière transparente, de prévoir une publicité suffisante en fonction de la nature et de l'ampleur de l'objet du contrat et d'assurer une mise en concurrence avant la conclusion du contrat.

Certes, l'intensité avec laquelle ces principes sont appliqués varie en fonction de dispositions légales particulières et de considérations de fait. De même, le législateur peut, à titre exceptionnel, prévoir des hypothèses dans lesquelles ces principes ne doivent pas être respectés. Il n'en reste pas moins vrai qu'il appartient au pouvoir public de motiver en droit et en fait sa décision de conclure un contrat public sans mise en concurrence préalable.

Il est encore apparu au cours de la période de référence que des pouvoirs locaux bruxellois ont conclu, sans mise en concurrence préalable ni publicité, des contrats à titre onéreux avec des opérateurs économiques sans autre raison apparente que le fait que ces opérateurs économiques sont des personnes morales de droit public.

Compte tenu de la définition de la notion d'opérateur économique mentionnée à l'article 2, 10°, de la loi 2016 MP, qui vise explicitement les personnes morales de droit public, et de leurs éléments constitutifs, ces contrats ne pouvaient pas échapper à la qualification de marché public au sens du point 21° de ce même article 2. De ce fait, ils étaient soumis à la réglementation des marchés publics, en ce compris les règles de mise en concurrence et de publicité. L'administration régionale n'a pu que constater l'absence d'éléments de motivation, en fait et en droit, de l'exclusion du champ d'application de la réglementation des marchés, de l'absence de publicité et de la non mise en concurrence de ces contrats avant leur attribution.

1.4.1.2. Désignation d'un adjudicataire en l'absence d'une décision préalable relative au choix de la procédure de passation et à la fixation des conditions du marché et en l'absence d'une décision formelle préalable de confier la passation de ce marché public à un autre pouvoir adjudicateur

La problématique visée ici doit être abordée en tenant par ailleurs compte de celle évoquée au point 1.1.5 en lien avec la compétence décisionnelle de l'auteur de l'acte.

Un conseil communal avait pris, il y a quelques années, la décision de principe d'adhérer à une centrale d'achat. Sur base de cette décision à caractère très général, le collège des bourgmestre et échevins de la même commune a pris, en application de l'article 236 de la NLC, la décision d'attribuer un marché public de travaux pour un montant de « minimum » 194.627,74 euros TVA comprise, sans motiver le choix de l'adjudicataire de ce marché.

L'analyse plus approfondie du dossier a permis de mettre en avant les éléments suivants :

- après sa décision de principe d'adhérer à la centrale d'achat, le conseil communal n'a pas déterminé les travaux spécifiques pour lesquels la passation des marchés publics y relatifs serait confiée à cette centrale d'achat ;
- la signature de la fiche-projet par les parties constitue, selon le règlement régissant cette centrale d'achat, une formalité préalable indispensable à la conclusion d'un accord entre le pouvoir local et la centrale d'achat pour la prise en charge, par cette dernière, de la passation d'un marché public particulier. Il n'est ressorti d'aucune pièce des deux dossiers transmis à l'administration régionale que le conseil communal a approuvé le contenu de la fiche-projet relative aux travaux à réaliser ainsi que le cadre budgétaire de la dépense totale. La décision du conseil communal relative au choix de la procédure de passation et à la fixation des conditions du marché aurait dû être prise par l'autorité compétente avant le lancement de la procédure de passation par la centrale d'achat. Comme déjà précisé au point 1.1.2, selon une jurisprudence constante du Conseil d'État, un vice de compétence ne peut être couvert *a posteriori* par une ratification ;
- selon le règlement régissant cette centrale d'achat, celle-ci entend jouer le rôle de pouvoir adjudicateur pour les marchés publics qui lui sont confiés. Il lui appartient notamment de prendre les décisions d'attribution de ces marchés publics et de communiquer sur celles-ci. Dès lors, le collège des bourgmestre et échevins ne peut pas prendre lui-même la décision d'attribution pour un marché public dont la passation aurait été préalablement confiée à la centrale d'achat ;
- en l'absence d'une décision préalable à la décision d'attribution en ce qui concerne le choix de la procédure de passation et la fixation des conditions du marché public précité et en l'absence d'une décision formelle préalable de l'organe décisionnel compétent de confier la passation de ce marché public à une centrale d'achat, il n'apparaissait pas clairement à l'administration régionale sur base de quelles conditions et suivant quelle procédure de passation l'adjudicataire du marché a été désigné par le collège des bourgmestre et échevins.

L'administration régionale a conclu, d'une part, que la décision d'attribution précitée n'était pas adéquatement motivée en fait et en droit, en contradiction avec l'article 3 de la loi 1991 motivation et que, d'autre part, la procédure de passation décrite ci-dessus manquait de transparence et que le respect du principe de concurrence avait été mis à mal, en contradiction avec les articles 4 et 5 de la loi 2016 MP.

1.4.1.3. Décision relative à la fixation des conditions du marché à portée très limitée

L'administration régionale a également déjà reçu des décisions par lesquelles un pouvoir local décide, en dehors de l'exception rappelée ci-dessus, d'autoriser le lancement d'un marché public déterminé dont le montant a été estimé sans pour autant mentionner dans l'acte la procédure de passation choisie et sans avoir formellement approuvé les documents du marché.

1.4.2. Qualification du marché public

1.4.2.1. Qualification erronée du marché public – impact sur l'application de plusieurs réglementations et sur la mise en concurrence

Il ne peut y avoir qu'une seule qualification pour un même marché. En cas de marché mixte ayant pour objet différents types de marchés relevant du Titre 2 de la loi 2016 MP, il convient d'appliquer les règles de qualification reprises à l'article 20 de la loi 2016 MP.

L'estimation d'un marché public ne constitue pas l'unique paramètre déterminant les règles qui sont applicables à un marché public pendant tout son déroulement. La qualification du marché joue aussi un rôle prépondérant à ce niveau. En effet, tant au niveau de la passation que de l'exécution d'un marché public, la réglementation des marchés publics comprend des règles propres à chaque type de marché public (marché de travaux, marché de fournitures ou marché de services) ainsi que des règles communes aux trois types de marché public mais dont les conditions d'application diffèrent en fonction dudit type. Il s'ensuit qu'une mauvaise qualification du marché pourrait avoir pour conséquence l'application de dispositions inappropriées de la réglementation des marchés publics en ce qui concerne notamment la détermination des règles d'exécution applicables au marché mais aussi de celles applicables à la passation et aux voies de recours.

25

En outre, une qualification erronée du marché n'est pas sans conséquence sur l'accès à la commande publique qui risque de se voir artificiellement limitée ou étendue. Ainsi dans le cadre d'un marché public de services qu'un pouvoir adjudicateur aurait erronément qualifié de marché public de travaux, la concurrence serait fortement limitée compte tenu des exigences en matière d'agrégation des entrepreneurs de travaux qui ne s'appliquent qu'aux marchés publics de travaux en vertu de l'article 3, alinéa 1^{er}, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux (ci-après loi 1991 agrégation) et de l'article 70 de l'AR 2017 passation.

Tel a été notamment le cas quand un pouvoir local a qualifié de marché public de travaux, un marché public qui avait pour objet la fourniture et le placement de range-vélos et de ce fait exigé des soumissionnaires qu'ils disposent d'une agrégation en sous-catégorie C3 alors que le marché aurait dû être qualifié de marché de fournitures. En effet conformément à l'article 20, alinéa 3, de la loi 2016 MP, un marché public ayant pour objet la fourniture de produits et, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation doit être considéré comme un marché public de fournitures.

Pour rappel, l'article 20, alinéa 3, précité a été introduit dans la réglementation des marchés publics afin de se conformer à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes en vertu de laquelle « lorsqu'un contrat contient à la fois des éléments ayant trait à un marché public de travaux et des éléments ayant trait à d'autres types de marché, c'est l'objet principal du contrat qui détermine sa qualification, laquelle doit être opérée au regard des obligations essentielles qui prévalent et qui, comme telles, caractérisent ce marché, par opposition à celles qui ne revêtent qu'un caractère accessoire ou complémentaire, et sont imposées par l'objet même du contrat, le montant respectif des montants des différentes prestations en présence n'étant, à cet égard, qu'un critère parmi d'autres à prendre en compte au fin de ladite détermination » (cf. notamment C.J.C.E., arrêt *Commission des Communautés européennes c/ république italienne*, 21 février 2008, c-412/04, EU:C:2008:102 (cité dans C.E. (6^e ch. réf.), 24 octobre 2017, n° 239.534, ville de Namur)).

Enfin, dans un nombre limité de cas, la qualification erronée d'un marché public peut également avoir une incidence sur le type de tutelle auquel l'acte est soumis. Cela concerne plus spécifiquement les actes par lesquels une zone de police pluricommunale choisit la procédure de passation et fixe les conditions d'un marché public. En fonction de la qualification du marché public (travaux ou fournitures / services), le seuil de la tutelle d'approbation se trouve respectivement au-dessus de 500.000 euros ou de 249.600 euros (montants hors TVA) (article 13, 5°, a), de l'ordonnance du 19 juillet 2001 organisant la tutelle administrative sur les zones de police pluricommunales de la Région de Bruxelles-Capitale.

1.4.2.2. Qualification du marché public en cas d'allotissement

Lorsqu'un marché public est scindé en lots, le pouvoir adjudicateur doit veiller à ce que les clauses contractuelles du marché soient adaptées à chaque lot.

En effet, d'une part, le « lot » est défini à l'article 2, 52°, de la loi 2016 MP comme « la subdivision d'un marché susceptible d'être attribuée séparément, en principe en vue d'une exécution distincte » et, d'autre part, l'article 17, § 2, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics (ci-après AR RGE) dispose par ailleurs que, sauf disposition contraire dans les documents du marché, chaque lot est considéré, en vue de son exécution, comme un marché distinct.

L'administration régionale a déjà eu l'occasion de constater qu'en qualifiant de marché public de fournitures un marché public composé de 6 lots, alors que l'objet de certains lots portait uniquement sur des prestations de services, certaines dispositions de l'AR RGE invoquées dans les documents du marché n'étaient pas adaptées pour ces derniers lots compte tenu de leur objet spécifique.

1.4.3. Choix de la procédure de passation

26

1.4.3.1. Recours à la procédure négociée sans publication préalable - motivation lacunaire, inadéquate ou absente

Si, depuis l'entrée en vigueur de la loi 2016 MP et de ses arrêtés d'exécution, la procédure négociée avec publicité (ci-après PNAP), qui dans les secteurs classiques porte désormais l'appellation de procédure concurrentielle avec négociation (ci-après PCAN), a incontestablement gagné en crédibilité, la procédure négociée sans publicité (ci-après PNSP) (devenue dans les secteurs classiques la procédure négociée sans publication préalable (PNSPP)) continue, en revanche, d'être perçue avec une certaine réserve (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).

Compte tenu de ses effets négatifs sur la concurrence, le législateur européen n'a pas hésité à rappeler que le recours à la PNSPP devrait être réservé à des circonstances « très exceptionnelles » (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 (ci-après Directive 2014/24/UE)).

Par conséquent, les enseignements de la jurisprudence européenne en la matière restent d'actualité, à savoir que la PNSPP est une procédure d'exception dont les conditions de mise en œuvre doivent être entendues de manière restrictive. L'atteinte aux principes de la commande publique est trop importante pour que l'on puisse déroger facilement aux contraintes de la mise en concurrence.

La Cour de Justice des Communautés européennes considère en outre que cette dérogation doit « faire l'objet d'une interprétation stricte et que c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement » (C.J.C.E., arrêt *Commission des Communautés européennes c/ République italienne*, 18 mai 1995, C-57/94, EU:C:1995:150). À cet égard, les articles 4, 1°, et 5, 2°, et 29, § 1^{er}, de la loi 2013 recours rappellent explicitement que lorsqu'il décide de recourir à la PNSPP, le pouvoir adjudicateur doit rédiger une décision adéquatement motivée en fait et en droit.

Il est apparu néanmoins que pour plusieurs marchés publics passés en PNSPP, certains pouvoirs locaux ont interprété avec une certaine largesse leurs obligations de motivation rappelées ci-dessus et notamment que les circonstances exceptionnelles qu'ils se doivent d'invoquer pour justifier leur décision n'étaient pas toujours mentionnées et/ou explicitées.

Ainsi dans le cadre de marchés passés sous l'emprise de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (ci-après loi 2006 MP), il est arrivé à des pouvoirs locaux de décider de recourir à la PNSP en vue de prolonger la durée d'un marché public en cours sans pour autant invoquer de quelconques circonstances exceptionnelles justifiant le recours à cette procédure d'exception, ni même parfois sans mentionner l'hypothèse légale sur laquelle ils se basent pour justifier leur décision. D'autres pouvoirs locaux ont également pris une décision en vue de la répétition d'un marché public en application de l'article 26, § 1^{er}, 2^o, b), de la loi 2006 MP en omettant de reprendre tout élément factuel permettant de confirmer que la condition du délai contenue dans cette disposition (l'attribution du marché répétitif doit intervenir dans les trois ans après la conclusion du marché initial) est remplie.

En outre, il y a lieu de rappeler que depuis l'entrée en vigueur de l'article 13 de l'arrêté royal du 15 avril 2018 modifiant plusieurs arrêtés royaux en matière de marchés publics et de concessions et adaptant un seuil dans 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 concession (ci-après AR 2018 multi), les dispositions de l'article 38/1 de l'AR RGE sont également applicables aux marchés publics en cours d'exécution soumis à la loi 2006 MP. Elles peuvent par conséquent être invoquées pour justifier une modification de marché entraînant des travaux, des fournitures ou des services complémentaires. Le cas échéant, le pouvoir adjudicateur est tenu d'invoquer cette disposition en lieu et place de l'hypothèse correspondante prévue à l'article 26 de la loi 2006 MP et de démontrer, par une motivation adéquate, qu'il est satisfait aux conditions qu'elle fixe.

Par ailleurs, durant la période de référence, un pouvoir local a adopté un avenant modifiant sensiblement un marché public de services d'architecture qui, ayant été passé au siècle dernier, était soumis à la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (ci-après loi 1993 MP) et à ses arrêtés d'exécution. Malheureusement, il y a eu lieu de constater qu'en contradiction avec les articles 2 et 3 de la loi 1991 motivation, l'adoption de cet avenant n'a pas été motivée en droit. En outre, compte tenu de l'ampleur (le montant des modifications étant estimé à 655.167,73 euros TVA comprise alors que le montant du marché initial ne dépassait pas 67.000 euros hors TVA) et de la nature des prestations qui imposait de disposer de capacités techniques (études de stabilité et de techniques spéciales) non prévues dans le marché initial, l'adoption des modifications reprises dans l'avenant susmentionné nécessitait la passation d'un nouveau marché public. Pour rappel, en vertu de la jurisprudence *Presstext* découlant de l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 19 juin 2008 (C.J.C.E., arrêt *presstext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH et APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, 19 juin 2008, C-454/06, EU:C:2008:351), un pouvoir adjudicateur ne peut pas apporter de modification substantielle à un contrat en cours d'exécution sans procéder à une nouvelle mise en concurrence. Par conséquent, en raison des éléments factuels évoqués ci-dessus, si l'intention du pouvoir local était de confier à l'adjudicataire du marché initial les prestations faisant l'objet de l'avenant précité, il aurait dû recourir à la PNSPP sur base de l'article 42, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, d), de la loi 2016 MP (c'est-à-dire l'hypothèse du monopole de fait ou de droit) sans oublier de préciser dans sa décision le cas de figure choisi (parmi les trois prévus par cette disposition) et de motiver en fait la satisfaction aux conditions d'application de cette disposition.

1.4.3.2. Recours à la procédure négociée sans publicité préalable motivée par une situation d'urgence impérieuse – motivation contredite par les éléments factuels de la procédure de passation

Comme rappelé ci-dessus, la PNSPP est une procédure d'exception et les conditions d'application de cette procédure sont de stricte interprétation. En particulier, le recours à la PNSPP sur base de l'article 42, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, b), de la loi 2016 MP implique notamment l'impossibilité de respecter les délais exigés par la procédure ouverte restreinte ou concurrentielle avec négociation.

Il est ainsi arrivé à l'administration régionale de constater seulement au moment de l'analyse de la décision d'attribution d'un marché public qu'il n'est pas satisfait à cette condition, sur base des éléments concrets de la procédure de la passation mentionnés dans la décision d'attribution.

Voici un exemple précis illustrant bien la problématique :

Dans le cadre d'un marché public passé par une commune bruxelloise, le collège des bourgmestre et échevins a, en date du 5 octobre 2021, choisi de recourir à la PNSPP sur base de l'urgence impérieuse en application de l'article 42, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, b), de la loi 2016 MP et fixé les conditions de ce marché. Pour justifier la situation d'urgence, il a invoqué la nécessité de terminer les travaux pour le 31 décembre 2021. Le délai d'exécution était fixé à 90 jours. Cependant, la date ultime de remise des offres a été fixée au 10 novembre 2021. En faisant le calcul, l'administration régionale a constaté qu'un délai de 36 jours s'est écoulé entre la date de la décision précitée du 5 octobre 2021 et la date ultime de réception des offres. Un tel délai respecte scrupuleusement les dispositions de l'article 36 de la loi 2016 MP fixant les règles applicables au calcul du délai minimal de réception des offres dans le cadre d'une procédure ouverte. Par ailleurs, plus de 40 jours se sont écoulés entre la date ultime de remise des offres et celle de l'attribution du marché bien que l'analyse des offres n'ait soulevé aucun problème particulier. Sur base de ces éléments factuels, l'administration régionale a conclu que le délai qui s'est finalement écoulé entre la décision de lancer le marché et son attribution dément l'urgence impérieuse invoquée par la commune pour recourir à la PNSPP sur base de la disposition précitée. Les motifs matériels justifiant l'impossibilité de passer ledit marché en procédure ouverte n'étant ni exacts, ni pertinents, ni admissibles, la décision de recourir à la PNSPP sur base de la disposition précitée n'était pas adéquatement motivée.

1.4.3.3. Recours à la procédure négociée sans publicité préalable motivée par une situation d'exclusivité – absence de perspective pour sortir à terme de la situation monopolistique invoquée

28 Un pouvoir local avait prévu de passer un accord-cadre de services basé sur l'article 42, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, d), de la loi 2016 MP pour des prestations de maintenance d'installations préexistantes dans plusieurs de ses bâtiments au motif que « La firme XXX est la seule à pouvoir assurer la maintenance globale (de ces installations) dont elle est le fabricant, comme le montre l'attestation d'exclusivité reprise en annexe ».

Dans ce dossier, comme dans d'autres du même pouvoir local, le constat a été dressé que la situation de monopole de cet opérateur économique est appelée à perdurer sans limite de temps, le remplacement de ces installations ne se faisant pas en même temps pour l'ensemble des bâtiments du pouvoir local concerné. Le pouvoir local concerné a dès lors été invité à mener une réflexion sur les modalités concrètes de sortie d'une telle situation monopolistique, qui est contraire au prescrit de l'article 5 de la loi 2016 MP.

1.4.3.4. Recours à une procédure de passation d'exception autorisé en fonction du montant estimé du marché ou du montant de la dépense à approuver – motivation erronée en ce qui concerne le seuil applicable

Hormis pour les marchés publics ayant pour objet des services sociaux et d'autres services spécifiques énumérés à l'annexe III de la loi 2016 MP, l'article 41, § 1^{er}, de cette loi conditionne la possibilité de passer un marché public par PNDAPP au fait que le montant hors TVA estimé du marché soit inférieur à un certain seuil qui, en 2020 et 2021, s'élevait à 750.000 euros pour les marchés publics de travaux et à 214.000 euros pour les marchés publics de fournitures et de services (pour ces derniers marchés, il s'agit du seuil fixé pour la publicité européenne).

Dans les mêmes conditions, le recours à la PCAN peut également être motivé sur base du montant estimé du marché, en application de l'article 38, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, f), de la loi 2016 MP, lu en combinaison avec l'article 91 de l'AR 2017 passation.

Pour les marchés de faible montant visés à l'article 92 de la loi 2016 MP, le seuil que le montant hors TVA estimé du marché ne peut atteindre s'élève à 30.000 euros.

Pour recourir à la PNSPP en application de l'article 42, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, a), de la loi 2016 MP, c'est en principe le montant de la dépense à approuver qui est le critère déterminant. Ce montant doit être inférieur aux seuils fixés à l'article 90 de l'AR 2017 passation. Par contre, s'il s'agit d'un marché public ayant pour objet des services sociaux et d'autres services spécifiques énumérés à l'annexe III de la loi 2016 MP, c'est le montant hors TVA estimé du marché qui constitue l'élément de choix. Dans ce dernier cas, sauf exceptions prévues par la loi, le seuil à ne pas atteindre par l'estimation du marché s'élève à 750.000 euros.

Cependant, l'administration régionale constate de temps en temps qu'un pouvoir local applique ces conditions de manière erronée, en justifiant le recours à une des procédures de passation d'exception susmentionnées par le fait que le montant estimé de son marché ou celui de la dépense à approuver, selon la procédure de passation choisie, est égal et non inférieur au seuil applicable.

Il arrive également que le seuil spécifique prévu pour les marchés visés à l'article 88 de la loi 2016 MP ne soit pas pris en considération par un pouvoir local, ce dernier appliquant le seuil général autorisant le recours à la PNSPP, lequel est bien plus contraignant.

1.4.4. Fixation des documents du marché

1.4.4.1. Non-respect des règles applicables aux moyens de communication

Avec l'entrée en vigueur de la loi 2016 MP, le législateur a introduit, *via* le premier paragraphe de l'article 14 de cette loi, le principe selon lequel les communications et échanges entre les adjudicateurs et les opérateurs économiques, en ce compris la transmission des demandes de participation et des offres, doivent se faire *via* des moyens électroniques (pour plus d'informations, voy. Exposé des motifs, Doc. Parl., Ch. Repr., sess. Ord. 2015-2016, n°54-1541/001, pp. 34-37). Il existe toutefois des exceptions légales à cette obligation, notamment à l'article 14, § 2, alinéa 1^{er}, 5^o, de la loi précitée.

Un temps d'adaptation avait été prévu par le législateur pour permettre aux adjudicateurs d'adapter leur pratique à cette nouvelle obligation. À cette fin, des dispositions transitoires, différentes selon le montant estimé du marché, ont été reprises aux articles 128 et 129 de l'AR 2017 passation. À ce propos, la direction des Marchés publics locaux avait publié deux actualités sur l'ancien site de BPL : l'actualité du 17 octobre 2018 était consacrée à l'article 128 et celle du 25 novembre 2018 à l'article 129.

En substance, pendant une période limitée dans le temps, le pouvoir adjudicateur pouvait ne pas faire usage ou ne pas faire exclusivement usage des moyens de communication électroniques dans une procédure de passation. Le cas échéant, il devait indiquer dans les documents du marché le moyen de communication privilégié pour l'échange d'informations, fixer si nécessaire des règles additionnelles en matière de communication et adapter ses clauses contractuelles types en conséquence.

Depuis le 1^{er} janvier 2020, les dispositions transitoires précitées ne sont plus applicables, quel que soit le montant estimé du marché. Dès lors, depuis cette date et en dehors des cas prévus aux paragraphes 2 à 4 de l'article 14 susmentionné, l'usage des moyens de communication électroniques est obligatoire à tous les stades de la procédure de passation. Il a pourtant été constaté par l'administration régionale que certains pouvoirs locaux bruxellois faisaient encore application de l'article 129 précité dans des documents de marché approuvés par l'organe décisionnel compétent en 2020.

D'autre part, l'article 14, § 6, de la loi 2016 MP impose aux pouvoirs adjudicateurs de veiller à préserver l'intégrité des données et la confidentialité des offres et des demandes de participation lors de toute communication et de tout échange et stockage d'informations. Ils ne peuvent prendre connaissance du contenu des offres et des demandes de participation qu'à l'expiration du délai ultime prévu pour la présentation de celles-ci. Il est rappelé, pour autant que ce soit nécessaire, que la plateforme Freemarket offre toutes les garanties par rapport à ces exigences pour les procédures de passation qui ne sont pas soumises à l'obligation de publier un avis de marché (PNSPP, marchés publics de faible montant).

À ce sujet, l'Exposé des motifs précise que « l'intégrité des données et la confidentialité ne peu[ven]t être garantie[s] par le fax, étant donné que les informations qu'il contient sont visible[s] directement et par tous. Par contre, un courriel peut être utilisé, à condition que les mesures nécessaires soient prises afin d'en préserver la confidentialité (par exemple en exigeant que les offres figurent en annexe du courriel). » Or, si certains pouvoirs adjudicateurs autorisent la transmission des offres par mail dans le cadre d'une PNSPP, il n'apparaît pas dans les dossiers transmis à l'autorité de tutelle qu'ils ont prévu des mesures particulières pour assurer la confidentialité des offres jusqu'à l'expiration du délai ultime prévu pour la présentation de celles-ci.

Enfin, lorsqu'il est tenu de transmettre son offre par des moyens de communication électroniques *via* une plateforme électronique telle que visée à l'article 14, § 7, de la loi 2016 MP, le soumissionnaire est soumis à des règles spécifiques de signatures des offres, qui sont reprises au Chapitre 7 du Titre 1^{er} de l'AR 2017 passation. Le principe est que le soumissionnaire signe l'ensemble des documents de son offre par l'apposition d'une signature sur le rapport de dépôt de son offre. Cependant, l'administration régionale a constaté à plusieurs reprises que certains pouvoirs adjudicateurs exigent que le formulaire d'offre et/ou d'autres documents soient signés de manière individuelle. Dans certains cas, cette exigence du pouvoir adjudicateur s'oppose à une autre clause du cahier spécial des charges qui rappelle le principe susvisé.

1.4.4.2. Non-respect des règles d'estimation

30

L'obligation d'estimer le montant du marché trouve son origine à l'article 16 de la loi 2016 MP.

Des règles complémentaires à ce principe de base sont reprises au Chapitre 2 du Titre 1^{er} de l'AR 2017 passation.

Ainsi, l'article 6 de l'arrêté royal précité pose le principe selon lequel l'estimation du montant du marché établie lors du lancement de la procédure détermine les règles qui lui sont applicables pendant tout son déroulement, pour autant que l'application de ces règles dépende de la valeur estimée du marché ou découle de l'obligation d'assurer une publicité européenne préalable. Tel est notamment le cas pour justifier le recours à certaines procédures de passation d'exception ou pour pouvoir exiger la présentation d'un DUME.

Par ailleurs, le paragraphe premier de l'article 7 de cet arrêté royal met en avant l'idée que l'estimation calculée par le pouvoir adjudicateur vise à déterminer le montant total payable, hors taxe sur la valeur ajoutée.

L'article 7 de l'AR 2017 passation fixe encore une série d'autres règles applicables à l'estimation, notamment :

- l'estimation du montant du marché doit tenir compte de la durée et de la valeur totale du marché et notamment des éléments suivants : toutes les options exigées ou autorisées, tous les lots, toutes les répétitions au sens de l'article 42, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi, toutes les tranches fermes et conditionnelles du marché, toutes les primes ou tous les paiements que le pouvoir adjudicateur prévoit au profit des candidats, participants ou soumissionnaires, les clauses de réexamen (le cas échéant), les reconductions ;
- le choix de la méthode pour le calcul de la valeur estimée d'un marché public ne peut être effectué avec l'intention de soustraire le marché aux règles de publicité. De même, un marché public ne peut être scindé de manière à le soustraire aux règles de publicité, sauf si des raisons objectives le justifient ;
- l'estimation du montant du marché intervient avant le lancement de la procédure de passation, au moment de fixer les conditions du marché ;
- pour les marchés publics de fournitures ou de services présentant un caractère de régularité ou destinés à être renouvelés pendant une période donnée, la période minimale de référence est de 12 mois.

Or, l'administration régionale a constaté plusieurs manquements aux dispositions précitées, tels que par exemple (liste non limitative) :

- absence d'information sur le montant estimé du marché ou manque de précision sur le montant estimé du marché (en particulier sur le fait qu'il inclut ou non la TVA) dans des décisions relatives à la fixation des conditions de marchés publics ;
- estimation du montant de certains marchés publics calculée en méconnaissance des règles de calcul fixées à l'article 7 précité (certains éléments ayant été omis dans le calcul, comme par exemple les options exigées, les répétitions envisagées, les indemnités et les clauses de réexamen), avec un possible impact sur le niveau de publicité auquel la procédure de passation doit être soumise ;
- absence de prise en compte des répétitions envisagées lors de l'estimation de la valeur totale du marché au moment de la décision de recourir à la PNDAPP sur base de l'article 41, § 1^{er}, 2^o, de la loi 2016 MP (la prise en compte de la valeur des répétitions, conformément à l'article 7, § 1^{er}, 3^o, de l'AR 2017 passation, aurait rendu impossible le recours à cette procédure de passation en raison du dépassement du seuil de 750.000 euros hors TVA) ;
- probable sous-estimation initiale du montant du marché, qui a permis au départ de justifier le recours à une procédure de passation d'exception (à savoir la PNSP) et un niveau de publicité plus bas que celui auquel le marché aurait dû être soumis ;
- scission de marché (en dehors d'un marché alloti) qui a eu un impact négatif sur le niveau de mise en concurrence (par exemple, un marché public soumis à la publicité belge alors que si le montant du marché avait été correctement estimé en tenant compte du caractère régulier ou renouvelable des fournitures à commander, il aurait dû être soumis à la publicité européenne) et a facilité le recours à une procédure de passation d'exception (par exemple, un marché public de fournitures passé pour une période de 3 mois et un marché public de services passé pour une durée de 6 mois en ne tenant compte que de la valeur totale des fournitures ou des services à commander durant ces périodes, ce qui a permis aux pouvoirs adjudicateurs concernés respectivement de recourir à la PNSPP et de considérer qu'il s'agissait d'un marché public de faible montant) alors que, s'agissant de fournitures / services présentant un caractère de régularité ou destiné(e)s à être renouvelé(e)s au cours d'une période donnée, il convenait de tenir compte *a minima* de la valeur globale des marchés successifs à passer au cours d'une période de 12 mois, en application de l'article 7, § 8, de l'AR 2017 passation) ;
- absence d'estimation par lot dans le cadre d'un marché public alloti, rendant impossible la vérification de l'adéquation du niveau d'exigence fixé par le pouvoir adjudicateur par lot pour chaque critère de sélection qualitative.

1.4.4.3. Accords-cadres - adaptation des documents du marché et conséquences des arrêts de la Cour de Justice du 19 décembre 2018 et du 17 juin 2021

Lorsqu'un pouvoir adjudicateur lance un marché public sous la forme d'un accord-cadre, il importe qu'il précise les règles applicables à l'accord-cadre et celles qui le sont aux marchés subséquents (règles de passation, de cautionnement, de réception...), étant entendu que certaines dispositions peuvent s'appliquer à l'un et aux autres.

Cependant, l'administration régionale a déjà eu l'occasion, à de nombreuses reprises, de constater que cette précision était manquante dans les documents du marché.

Suite aux arrêts de la Cour de Justice du 19 décembre 2018 (C.J., arrêt *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust et Coopservice Soc. coop. arl c/ Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica – Sebino (ASST) e.a.*, C-216/17, EU:C:2018:1034) et du 17 juin 2021 (C.J., arrêt *Simonsen & Weel A/S c/ Region Nordjylland og Region Syddanmark*, 17 juin 2021, C-23/20, EU:C:2021:490), la Commission des Marchés publics a rendu un avis conseillant aux pouvoirs adjudicateurs de se conformer à la jurisprudence de la Cour de Justice. Cet avis a fait l'objet d'une actualité sur le site portail de BPL le 20 décembre 2020.

Il ressort de l'avis précité deux informations utiles au moment de préparer son accord-cadre :

- « La CJUE considère qu'eu égard aux principes d'égalité de traitement et de transparence, le pouvoir adjudicateur doit indiquer dans l'avis de marché la quantité et/ou la valeur estimée ainsi qu'une quantité et/ou une valeur maximale des produits à fournir en vertu d'un accord-cadre pour la durée de celui-ci. À condition que les opérateurs économiques aient, par moyen électronique, un accès gratuit, sans restriction, complet et direct aux documents de marché à partir de la date de publication de l'avis de marché, lesdites quantités ou valeurs peuvent être mentionnées dans un autre document du marché. »
- La CJUE précise également qu'une fois que la valeur cumulée des marchés fondés sur un accord-cadre a atteint la quantité maximale ou la valeur maximale mentionnée dans l'accord-cadre, il est considéré comme ayant épuisé ses effets. Néanmoins, certaines modifications de l'accord-cadre restent possibles en application des articles 37 et suiv. de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

Suite à cela, l'administration régionale a eu l'occasion de rappeler cette jurisprudence à plusieurs pouvoirs locaux en raison de l'absence de certaines informations dans les dossiers qui lui ont été transmis.

1.4.4.4. Confusion entre les notions de marché à tranches ferme(s) et conditionnelle(s) et de clause de reconduction

Les règles relatives aux marchés à tranches ferme(s) et conditionnelle(s) et aux clauses de reconduction trouvent leur fondement légal en droit belge à l'article 57 de la loi 2016 MPU, qui est largement influencé dans sa formulation par l'article 72.1, a) de la Directive 2014/24/UE, suivant lequel « Les marchés et les accords-cadres peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de passation de marché conformément à la présente directive dans l'un des cas suivants : a) lorsque les modifications, quelle que soit leur valeur monétaire, ont été prévues dans les documents de marchés initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de révision du prix ou d'options claires, précises et univoques. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des éventuelles modifications ou options ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. Elles ne permettent pas de modifications ou d'options qui changeraient la nature globale du marché ou de l'accord-cadre ».

Il convient de bien comprendre les similitudes mais également les différences entre ces deux techniques.

Dans le premier cas, le marché forme un ensemble qui est fractionné en différentes parties (appelées « tranches »). Les tranches peuvent concerner des prestations similaires ou différentes mais il doit exister un lien objectif évident entre l'objet de toutes les tranches du marché et le pouvoir adjudicateur doit pouvoir démontrer la nécessité de recourir à cette technique. Au moment de lancer la procédure de passation d'un tel marché, il subsiste une incertitude quant à la commande effective et à l'exécution des tranches désignées comme « conditionnelles ». L'exécution de chaque tranche conditionnelle est subordonnée à une décision du pouvoir adjudicateur portée à la connaissance de l'adjudicataire selon les modalités prévues dans les documents du marché initiaux.

Dans le second cas, le marché reconduit n'est que la poursuite, au cours d'une nouvelle période, du marché initial. L'objet du marché reste identique et le marché tel que reconduit est soumis aux mêmes conditions que le marché initial. La durée totale du marché, y compris les reconductions, ne peut en règle générale dépasser quatre ans à partir de la conclusion du marché.

Ni l'exécution d'une tranche conditionnelle, ni la reconduction d'un marché ne peut changer la nature globale du marché concerné. Par ailleurs, dans les deux hypothèses, les clauses contractuelles reprises dans les documents du marché doivent être rédigées de manière claire, précise et univoque et indiquer le champ d'application et la nature des éventuelles conséquences qui peuvent en résulter ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage.

Au cours de la période de référence, l'administration régionale a eu l'occasion d'intervenir dans un dossier où ces deux notions étaient utilisées de manière indistincte dans les documents du marché pour permettre la prolongation d'un marché de 4 ans pour une période supplémentaire de 2 ans.

1.4.4.5. Marché à bordereau de prix – manque de transparence quant à l'ampleur du marché et impact sur les prix

33

En vue de la passation d'un marché public de services à bordereau de prix, une commune a fixé les conditions de son marché en omettant de préciser les quantités présumées pour les deux postes prévus dans l'inventaire (un poste par lot – deux lots). Elle n'a pas non plus annoncé d'ordre de grandeur concernant l'ampleur envisagée du marché dans l'avis de marché publié. En outre, en décrivant les prestations attendues, elle s'est assurée de couvrir un maximum de situations différentes sur base d'un dénominateur commun assez large. Le prix était le seul critère d'attribution.

Outre le fait que cette pratique porte atteinte au principe de transparence tel que visé à l'article 4 de la loi 2016 MP, elle a également pour conséquence que les soumissionnaires ne disposaient pas des données nécessaires pour introduire leur meilleure offre en connaissance de cause. Le risque était dès lors grand que, si des offres étaient déposées, les prix unitaires proposés aient été fixés en partant de la conception la plus large des prestations demandées pour chaque poste, autrement dit qu'ils aient été gonflés artificiellement au préjudice des finances communales.

1.4.4.6. Confusion relative à l'identité du pouvoir adjudicateur

L'administration régionale a déjà eu l'occasion de constater dans des documents de marché une certaine confusion entre le pouvoir adjudicateur (en l'espèce, il s'agissait d'une commune) et l'organe décisionnel qui le représente (ici, le collège des bourgmestre et échevins).

1.4.4.7. Incohérences, discordances, erreurs et/ou omissions dans les dossiers transmis à l'autorité de tutelle – non-respect du principe de transparence

La transparence est un des grands principes généraux du droit européen, qui a été retranscrit dans la réglementation des marchés publics à l'article 4 de la loi 2016 MP. Ce principe était déjà repris à l'article 5 de la loi 2006 MP.

Au stade de la fixation des conditions d'un marché public, le respect de ce principe implique notamment l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur, de veiller à ce que les informations reprises dans les documents du marché soient suffisamment précises afin de permettre aux candidats / aux soumissionnaires de préparer utilement leur candidature / leur offre (C.E. (6^e ch. réf.), 21 octobre 2011, n° 215.936, s.a. Conceptexpo Lettering). Elles doivent par ailleurs être claires, cohérentes et non ambiguës.

Cependant, l'existence d'incohérences et de discordances fait partie des erreurs matérielles les plus courantes que l'administration régionale constate dans les dossiers soumis à l'exercice de la tutelle administrative. En voici quelques exemples non exhaustifs :

- dans la décision fixant les conditions d'un marché public :
 - o mention de deux procédures de passation différentes pour un même marché ;
 - o mention de deux montants estimés différents pour un seul et même marché ;

- dans le cahier spécial des charges :
 - o incohérences en matière d'agrément des entrepreneurs (le titre précisant que la classe exigible sera déterminée au moment de l'attribution du marché et la mention d'une exigence relative à la classe 2) ;
 - o incohérences en ce qui concerne les références à présenter dans le cadre de la sélection qualitative (comme par exemple fournir une liste des principales livraisons dans le cadre d'un marché public de services ou fixer un critère de sélection distinct par lot et ensuite préciser que les critères de sélection s'appliquent à tous les lots) ;
 - o discordances en ce qui concerne les modalités de paiement (paiement unique après exécution du marché et dans le même cahier spécial des charges règle autorisant le ralentissement du rythme de l'exécution du marché en cas de retard de paiement en cours d'exécution du marché) ;
 - o incohérences en matière de délai d'exécution (par exemple, demander de faire offre pour le délai d'exécution sans prévoir de critère d'attribution y relatif) ;
 - o discordances en ce qui concerne les règles de signature des offres (signature globale de tous les documents transmis par la signature du rapport de dépôt mais aussi zone de signature prévue dans le formulaire d'offre) ;
 - o discordances en ce qui concerne les options (une disposition confirmant l'absence d'options exigées alors qu'une autre du même document précise que l'omission de remettre offre pour les options exigées rend l'offre substantiellement irrégulière) ;
 - o autres discordances : durée du marché, mode de fixation des prix (y compris les règles relatives à la modification des quantités) ou les variantes, au sujet du fait qu'il s'agit ou non d'un marché alloti, d'un accord-cadre (avec ou sans remise en concurrence), d'un marché à tranches (avec des tranches par lot ou des lots par tranches), en ce qui concerne les critères d'attribution (y compris la question de savoir si le prix constitue un critère d'attribution) et leur portée ;

- entre la décision et les documents du marché : incohérence en ce qui concerne l'objet du marché, la procédure de passation, la durée du marché, la présence et le type de variante ;

- entre les documents du marché : discordances en ce qui concerne les critères de sélection qualitative, les critères d'attribution, le contenu minimum des demandes de participation, la manière de compléter le DUME, le délai d'exécution ou la durée du marché, l'unité de temps utilisée pour déterminer le délai minimum de validité des offres ou le délai (partiel) d'exécution, le nombre de lots pour lesquels un même soumissionnaire peut remettre offre, la possibilité ou

le nombre de reconductions envisagées, la présence et le type d'options, le fait qu'il s'agit ou non d'un accord-cadre...

Outre le problème des discordances évoqué ci-dessus, il est également régulièrement constaté des erreurs ou des omissions dans les documents du marché, telles que :

- exemples d'erreurs :

- mode de fixation des prix erroné (marché public à prix global alors que les honoraires seront calculés sur base d'un pourcentage fixe du montant des travaux réalisés) ;
- référence à une décision, à une clause, à une information, à une variante, à des lots, à un accord-cadre ou à un DUME qui n'existe(nt) pas ;
- référence à une disposition légale ou contractuelle qui n'a rien à voir avec le sujet évoqué ou qui n'est pas applicable au marché à passer ;
- mention d'une disposition légale inexistante / abrogée (comme, par exemple, la loi 2006 MP) ;
- mention incorrecte de l'intitulé ou de la date d'un texte légal ;
- erreur de nom concernant un soumissionnaire ; usage d'une terminologie obsolète (« adjudication », « appel d'offres général / ouvert », « mode de passation ») ;
- usage d'une terminologie inadéquate (« candidat » à la place de « soumissionnaire » et inversement « offre initiale » dans le cadre d'une procédure ouverte, « markt » au lieu de « (overheids)opdracht », « fonctionnaire surveillant » au lieu de « fonctionnaire délégué », « service dirigeant »...) ;
- confusion entre plusieurs notions (par exemple, « lot » / « option », « lots » / « tranches », « fonctionnaire dirigeant » / « fonctionnaire délégué », « pénalités » / « amendes pour retard », « tranches (fermes et conditionnelles) » / « phases d'exécution », « répétition » / « reconduction »...) (voy. également le point 1.4.4.4.) ;
- information erronée sur le juge compétent dans le cadre d'éventuels litiges en cours d'exécution du marché ;
- transmission d'une version précédente ou non finalisée de documents ;

35

- exemples d'omissions :

- mention d'un paiement du prix global par tranche sans précision sur le pourcentage de ce prix global applicable à chaque tranche de paiement ;
- présence de champs à compléter par le pouvoir adjudicateur qui ne l'ont visiblement pas été (« *** ») ;
- prévoir une clause de résiliation qui précise la limite de l'indemnité envisagée par la mention « XXXX », sans opérer de distinction entre les phases d'exécution du marché et sans être suffisamment précise sur l'ensemble des effets qu'une telle clause peut avoir sur certains aspects du marché ;
- absence d'adaptation des documents de marché-types aux règles applicables aux signatures et aux moyens de communication telles qu'elles sont définies au Chapitre 7 du Titre 1^{er} de l'AR 2017 passation ;
- absence de mention dans les documents du marché de l'action directe du sous-traitant conformément à l'article 1798 du Code civil, en contradiction avec l'article 12, § 4, de l'AR RGE ;
- absence d'information sur la durée du marché (laquelle peut avoir un impact sur son estimation) ;
- documents traduits partiellement.

Il est aussi arrivé qu'un pouvoir local constate lui-même la présence de discordances, d'erreurs ou d'omissions dans son dossier après l'avoir transmis à l'administration régionale. Dans pareil cas, l'administration régionale rappelle généralement que les nouvelles conditions du marché (y compris le contenu de l'avis rectificatif) doivent être soumises pour approbation à l'organe décisionnel compétent avant leur publication et que cette décision doit être transmise à l'administration régionale en vue de l'exercice de la tutelle administrative.

1.4.4.8. Exigences minimales – absence en procédure concurrentielle avec négociation – critère d'attribution implicite

L'article 38, § 3, alinéa 1^{er}, de la loi 2016 MP dispose : « Dans les documents du marché, le pouvoir adjudicateur définit l'objet du marché en fournissant une description de ses besoins et des caractéristiques requises des fournitures, travaux ou services faisant l'objet du marché et précise les critères d'attribution du marché. Il indique également les éléments de la description qui fixent les exigences minimales que doivent respecter toutes les offres. ». L'obligation de fixer des exigences minimales applicables à toutes les offres est également prévue dans le cadre du partenariat d'innovation (art. 40, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi 2016 MP).

L'article 56, § 2, de la loi 2016 MP dispose par ailleurs que le pouvoir adjudicateur est tenu de mentionner dans les documents de marché les exigences minimales auxquelles les variantes et options exigées et autorisées doivent satisfaire. Une telle obligation n'existe par contre pas pour les variantes et options libres.

Les exigences minimales ne peuvent faire l'objet de négociations en PCAN (art. 38, § 5, alinéa 2, et § 6, alinéa 1^{er}, de la loi 2016 MP), en partenariat d'innovation (art. 40, § 3, alinéa 2, et § 4, alinéa 1^{er}, de la loi 2016 MP) ainsi qu'en PNDAPP (art. 41, § 3, alinéa 2, et § 4, alinéa 1^{er}, de la loi 2016 MP), quel que soit le montant estimé du marché. Il en va de même en PNSPP pour les marchés publics dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils fixés pour la publicité européenne (art. 42, § 2, 2^e alinéa, de la loi 2016 MP). Pour les marchés publics passés en PNSPP et dont le montant estimé est inférieur aux seuils susmentionnés, les exigences minimales peuvent être négociées, pour autant que ceci ne soit pas explicitement exclu dans les documents du marché.

Le fait de fixer de telles exigences minimales permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que les offres à recevoir satisferont *a minima* à son besoin de base et que les offres pourront être préparées en respectant une base minimale commune en vue de permettre la comparabilité des offres. Pour cette raison, le non-respect des exigences minimales ainsi que de toute exigence indiquée comme substantielle dans les documents du marché constitue une irrégularité substantielle en vertu de l'article 76, § 1^{er}, alinéa 4, 3^o, de l'AR 2017 passation.

Selon la procédure de passation choisie et le montant estimé du marché, l'impact de ce non-respect sera différent (art. 76, §§ 3 à 5, de l'AR 2017 passation) :

- en procédure ouverte ou restreinte, quel que soit le montant estimé du marché, ou s'il s'agit d'offres finales dans le cadre d'une procédure permettant une négociation lorsque le montant estimé du marché est égal ou supérieur au seuil fixé pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur doit déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle dans tous les cas ;
- s'il s'agit d'offres autres que des offres finales dans le cadre d'une procédure permettant une négociation lorsque le montant estimé du marché est égal ou supérieur au seuil fixé pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur doit déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, sauf disposition contraire dans les documents du marché. Dans ce dernier cas, il doit donner la possibilité au soumissionnaire de régulariser cette irrégularité avant d'entamer les négociations, à moins qu'il n'ait indiqué à propos de ladite irrégularité qu'elle ne peut faire l'objet d'une régularisation. ;
- dans le cadre d'une procédure permettant une négociation lorsque le montant estimé du marché est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne, sans qu'il ne soit fait de distinction entre les offres finales et les autres offres, le pouvoir adjudicateur doit choisir entre déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle et inviter l'auteur de l'offre concernée à régulariser cette irrégularité.

Par ailleurs, en vertu de l'article 48, § 2, de l'AR 2017 passation, lorsque l'option est exigée, le non-respect des exigences minimales relatives à une option exigée entraîne non seulement l'irrégularité substantielle de cette option mais également celle de l'offre de base.

Dans le cadre d'un marché public européen passé en PCAN, un pouvoir local avait indiqué, au début des clauses techniques de son cahier spécial des charges que « Le bâtiment proposé par le soumissionnaire doit répondre le plus possible aux exigences du présent document et annexes » et que « le soumissionnaire n'est pas obligé de répondre à 100% au cahier des charges si son projet pour des raisons administratives, techniques ou autres ne le permet pas. Le pouvoir adjudicateur analysera les offres reçues dans le cadre de l'appel d'offres et un élément qui sera pris en compte dans l'évaluation des offres est la mesure dans laquelle le projet correspond aux cahier des charges (...) ». À ce sujet l'administration régionale a notamment soulevé les deux éléments suivants :

- en précisant que les opérateurs économiques ne sont pas obligés de répondre à 100% au cahier spécial des charges, le pouvoir adjudicateur confirme qu'il ne fixe aucune exigence minimale à respecter par toutes les offres ;
- le fait d'indiquer que le pouvoir adjudicateur prendra en compte, lors de l'évaluation des offres, la mesure dans laquelle le projet correspond aux besoins formulés dans le cahier spécial des charges, s'apparente à la formulation d'un critère d'attribution alors que le pouvoir adjudicateur n'a pas prévu de critère d'attribution ni de pondération y relatifs dans la liste des critères d'attribution reprise dans les clauses administratives du cahier spécial des charges.

Dès lors, outre le fait qu'une telle clause était de nature à porter atteinte aux principes d'égalité de traitement et de transparence tels que visés à l'article 4 de la loi 2016 MP, une telle clause était par ailleurs contraire aux articles 38, § 3, alinéa 1^{er}, et 81, § 4, de cette même loi.

1.4.4.9. Variantes et options exigées et autorisées - absence d'exigences minimales – inapplicabilité des critères d'attribution - manque de transparence et risque pour la comparabilité des offres

S'agissant des variantes et options exigées et autorisées, l'article 56, § 2, de la loi 2016 MP impose au pouvoir adjudicateur de mentionner dans les documents de marché les exigences minimales auxquelles elles doivent satisfaire ainsi que les exigences spécifiques relatives à leur mode d'introduction. Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur doit veiller à ce que les critères d'attribution sélectionnés puissent s'appliquer aux variantes exigées et autorisées qui satisfont aux prescriptions minimales ainsi qu'aux offres de base.

Ces règles ne sont pas toujours bien assimilées. Ainsi, un pouvoir local bruxellois avait précisé dans les clauses administratives du cahier spécial des charges d'un de ses marchés que le soumissionnaire est tenu de remettre un prix pour l'option exigée relative à la fourniture de mobilier, sous peine du rejet de son offre. Dans les clauses techniques du même cahier spécial des charges, le pouvoir adjudicateur faisait mention de l'obligation de proposer du mobilier avec, si possible, 3 variantes. Cependant, l'administration régionale a constaté les manquements suivants qui ne contreviennent pas uniquement à la disposition précitée :

- le cahier spécial des charges ne précise pas les besoins du pouvoir adjudicateur en ce qui concerne le type de mobilier et la quantité souhaités ni ne renvoie vers un autre document. Les documents du marché ne contiennent dès lors pas l'information minimale nécessaire devant servir de base commune en vue de la comparaison des offres. S'il fallait néanmoins considérer le document intitulé « 3047 – Étude des besoins room by room » (document joint au dossier transmis à l'administration régionale mais non mentionné dans le cahier spécial des charges comme faisant partie des documents de marché) comme établissant l'inventaire des besoins du pouvoir adjudicateur, il est à regretter que certaines mentions utilisées dans ce document (par exemple « pax ») ne sont pas définies par le pouvoir adjudicateur. En ce sens, les documents de marché manquent de transparence, en contradiction avec l'article 4 de la loi 2016 MP ;
- le pouvoir adjudicateur n'a pas adapté les critères d'attribution repris dans les clauses administratives du cahier spécial des charges pour qu'ils puissent également s'appliquer à l'option exigée (prix, qualité, délai,...) ;

- le pouvoir adjudicateur a prévu une option exigée dans les documents du marché mais a omis de prévoir dans le formulaire d'offre annexé au cahier spécial des charges une zone à compléter pour la présentation d'un prix séparé relatif à cette option. Or l'article 48, § 1^{er}, de l'AR 2017 passation dispose que les options sont présentées dans une partie séparée de l'offre. Par ailleurs, ce faisant, le pouvoir adjudicateur a créé un risque non négligeable pour la comparabilité des offres dans la mesure où certains soumissionnaires auraient pu être induits en erreur en ce qui concerne l'inclusion du prix relatif à l'option exigée dans le prix global du marché.

1.4.4.10. Non-respect du principe de la déclaration sur l'honneur

Le législateur a prévu deux systèmes différents de déclaration sur l'honneur en fonction du montant estimé du marché public à passer. Ceux-ci témoignent de la volonté du législateur de simplifier la procédure de remise des preuves dans le cadre de la sélection et d'alléger les charges administratives pour les opérateurs économiques (Exposé des motifs, Doc. parl., Ch. Repr., sess. ord. 2015-2016, n°54-1541/001, pp.126-129).

Pour les marchés dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil fixé pour la publicité européenne et sauf exception prévue par la loi, il doit être fait application du principe d'une déclaration explicite sur l'honneur *via* le DUME). Les règles de base relatives au DUME sont reprises à l'article 73 de la loi 2016 MP ainsi qu'à l'article 38 de l'AR 2017 passation.

L'article 73, § 1^{er}, de la loi 2016 MP définit le DUME comme « une déclaration sur l'honneur propre actualisée et qui est acceptée par le pouvoir adjudicateur à titre de preuve *a priori* en lieu et place des documents ou certificats délivrés par des autorités publiques ou des tiers pour confirmer que le candidat ou le soumissionnaire concerné remplit toutes les conditions suivantes :

- 1° qu'il ne se trouve pas dans l'une des situations visées aux articles 67 à 69, qui doit ou peut entraîner l'exclusion des candidats ou des soumissionnaires ;
- 2° qu'il répond aux critères de sélection applicables qui ont été établis conformément à l'article 71 ;
- 3° que, le cas échéant, il respecte les règles et critères objectifs relatifs à la réduction du nombre de candidats qui ont été établis conformément à l'article 79. »

Conformément à l'article 73, § 3, de la loi 2016 MP, le pouvoir adjudicateur peut demander à des candidats et soumissionnaires, à tout moment de la procédure, de fournir tout ou partie des documents justificatifs, si cela est nécessaire pour assurer le bon déroulement de la procédure. Le DUME fait office de preuve *a priori* et remplace à cet égard provisoirement les documents et certificats délivrés par des autorités publiques ou des tiers afin de justifier que ledit candidat ou soumissionnaire (selon le cas) remplit les conditions de sélection. Cependant, l'administration régionale a eu l'occasion de constater à plusieurs reprises au cours de la période de référence que certains pouvoirs adjudicateurs ont imposé à chacun des candidats ou soumissionnaires (selon le cas) de joindre à sa demande de participation / à son offre tant le DUME que les certificats et documents précités, sans qu'il ne soit démontré le caractère nécessaire de cette démarche pour le bon déroulement de la procédure. La nécessité d'une telle exigence n'est pas toujours évidente, surtout s'il s'agit d'une procédure de passation en une seule phase.

Par ailleurs, elle a également constaté que certains pouvoirs locaux prévoient dans les documents de leurs marchés publics européens de limiter la vérification en matière de motifs d'exclusion obligatoire à certaines personnes et/ou fonctions (par exemple, le signataire de la demande de participation / de l'offre, le CEO (directeur général) et le CFO (directeur financier)) alors que, pour ces marchés, en application des dispositions de l'article 67, § 1^{er}, alinéa 5, de la loi 2016 MP, la vérification de l'extrait de casier judiciaire est requise pour tous les membres de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance dudit candidat ou soumissionnaire ainsi que celui qui détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein.

Bien que l'administration régionale l'ait déjà constaté, le pouvoir adjudicateur ne peut pas demander de DUME au candidat ou au soumissionnaire pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne, en vertu de l'article 39, § 1^{er}, 4^{ème} alinéa, de l'AR 2017 passation.

Pour les marchés publics dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne ainsi que pour les marchés publics dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils précités et qui sont passés par PNSPP dans les cas visés à l'article 42, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, b), et d), 2^o, 3^o, 4^o, b), et c), de la loi 2016 MP, le simple fait d'introduire une demande de participation ou une offre constitue une déclaration implicite sur l'honneur du candidat ou du soumissionnaire qu'il ne se trouve pas dans un des cas d'exclusion visés aux articles 67 à 69 de cette loi.

Contrairement au DUME et sauf disposition contraire dans les documents du marché, le principe de la déclaration implicite sur l'honneur est limité aux seuls documents ou certificats relatifs aux situations d'exclusion qui sont gratuitement accessibles pour le pouvoir adjudicateur par le biais des banques de données visées à l'article 73, § 4, de la loi 2016 MP, comme par exemple Télémarc pour la vérification du paiement des dettes sociales et fiscales pour les opérateurs économiques soumis au droit belge.

Pour les éléments relatifs aux motifs d'exclusion qui ne relèvent pas de la déclaration implicite (comme c'est le cas de l'extrait du casier judiciaire en Belgique), les documents et certificats qui démontrent que l'opérateur économique ne se trouve pas dans une situation d'exclusion, doivent être présentés d'initiative par le candidat ou le soumissionnaire avant la date et l'heure limites d'introduction des demandes de participation ou des offres (art. 39, § 1^{er}, 3^{ème} alinéa, de l'AR 2017 passation). À ce propos, l'administration régionale attire régulièrement l'attention des pouvoirs locaux sur l'intérêt de préciser dans les documents du marché, pour plus de transparence dans le cadre de la mise en œuvre du principe de la déclaration implicite sur l'honneur, les documents ou certificats auxquels ils auront gratuitement accès par le biais de banques de données visées à l'article 73, § 4, de la loi 2016 MP ainsi que les autres documents relatifs aux motifs d'exclusion qui, *a contrario*, devront nécessairement être présentés avant la date limite d'introduction des offres.

39

Pour ce qui concerne les critères de sélection et, le cas échéant, les règles et critères objectifs pour la limitation du nombre de candidats, les documents et certificats justificatifs doivent être présentés d'initiative par les candidats ou les soumissionnaires avant la date et l'heure limites d'introduction des demandes de participation ou des offres (art. 39, § 2, de l'AR 2017 passation).

Enfin, quel que soit le type de déclaration sur l'honneur, il appartient toujours au pouvoir adjudicateur de vérifier la véracité du contenu de chaque déclaration et ce, avant l'attribution du marché. Pour les dettes sociales et fiscales en particulier, cette vérification doit intervenir dans un délai de vingt jours après la date limite de réception des demandes de participation ou des offres, en application du deuxième paragraphe des articles 62 et 63 de l'AR 2017 passation. Il est cependant arrivé à plusieurs reprises à l'administration régionale de constater que cette vérification a été omise, selon le cas, au stade de la sélection ou de l'attribution.

1.4.4.11. Manquements dans le cadre de la fixation des critères de sélection ayant trait à la capacité économique et financière et/ou aux capacités techniques et professionnelles des opérateurs économiques

L'article 66, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi 2016 MP fixe le principe selon lequel, dans le cadre de la passation des marchés, le pouvoir adjudicateur doit notamment s'assurer que les candidats ou soumissionnaires (selon le cas) répondent aux critères de sélection qu'il a préalablement fixés.

En vertu de l'article 71 de la loi de cette même loi, les critères de sélection peuvent avoir trait :

- à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle et/ou
- à la capacité économique et financière et/ou
- aux capacités techniques et professionnelles,

à l'exclusion de toute autre condition de participation.

Conformément aux dispositions de l'article 65, alinéas 2 et 3, de l'AR 2017 passation, le pouvoir adjudicateur est tenu de fixer un niveau d'exigence approprié pour chaque critère de sélection de caractère financier, économique, technique et/ou professionnel. Si le pouvoir adjudicateur utilise un critère ne se prêtant pas à la fixation d'un tel niveau, il doit être assorti d'un second critère de même type qui se prête à une telle fixation.

Ces dispositions sont dans la continuité des dispositions de l'article 58, § 1^{er}, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (ci-après AR 2011 passation) : « 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 : (...) 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. Il précise ces critères et leurs niveaux d'exigence de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché. En procédure ouverte et procédure négociée directe avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire. ». La circulaire régionale 2016/08 du 14 mars 2016 relative à la sélection qualitative et la fixation des niveaux d'exigence, basée notamment sur l'article 58, § 1^{er}, 2°, de l'AR 2011 passation, attire déjà l'attention des pouvoirs locaux sur l'obligation de fixer correctement un niveau d'exigence (approprié) et citait un grand nombre d'arrêts du Conseil d'État sur ce sujet.

Mais que faut-il entendre par niveau d'exigence approprié ? Le législateur n'est pas très précis sur ce point. L'article 71 de la loi 2016 MP précise que le pouvoir adjudicateur doit limiter les conditions de participation basées sur les critères de sélection précités à celles qui sont propres à garantir qu'un candidat ou un soumissionnaire (selon le cas) dispose de la capacité juridique et financière ainsi que des compétences techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer. Les critères de sélection choisis par le pouvoir adjudicateur doivent dès lors être liés à l'objet du marché. D'autre part, un niveau d'exigence doit être fixé par le pouvoir adjudicateur pour chaque type de critère de sélection de manière proportionnelle en fonction de l'objet du marché et de son ampleur. Le plus souvent, ce caractère proportionnel s'exprime sous la forme d'une exigence de type quantitatif (montant minimum, superficie minimale, quantité minimale, ...) mais elle peut également être de type qualitatif (état d'avancement minimum, diplôme spécifique, type de matériel disponible, ...). Il appartient au pouvoir adjudicateur de veiller à ce que le niveau d'exigence fixé ne soit ni trop élevé (ce qui aurait pour effet de limiter artificiellement la concurrence, en contradiction avec les dispositions de l'article 5 de la loi 2016 MP) ni trop léger (pour éviter de choisir *in fine* un opérateur économique qui ne dispose pas des capacités nécessaires à l'exécution du marché).

Il convient toutefois de préciser que cet article 71 n'est pas toujours d'application ; c'est notamment le cas pour les marchés de faible montant et en cas de recours à la PNSPP.

Les articles 67 et suivants de l'AR 2017 passation fixent un certain nombre de règles en ce qui concerne le choix des critères de sélection ayant trait à la capacité économique et financière et aux capacités techniques et professionnelles ainsi que le mode de preuve de ces capacités. Dans certains cas, ils précisent même le niveau d'exigence maximal à ne pas dépasser.

Lorsqu'il y est tenu, le pouvoir adjudicateur doit dès lors choisir un ou plusieurs critères de sélection et assortir celui-ci ou ceux-ci du niveau d'exigence approprié spécifiquement en fonction de l'objet, de la qualification et des conditions particulières du marché à passer.

Dans la mesure où un marché alloti est susceptible d'être exécuté par des adjudicataires différents, il nécessite que les critères de sélection et leurs niveaux d'exigence minimale respectifs soient fixés par lot. Par ailleurs, en application de l'article 49 de l'AR 2017 passation, le pouvoir adjudicateur peut également fixer le niveau minimal requis pour la sélection qualitative en cas d'attribution de plusieurs lots à un même soumissionnaire.

En ce qui concerne l'agrégation des entrepreneurs de travaux, l'article 70, § 1^{er}, alinéa 3, de l'AR 2017 passation dispose qu'en procédure ouverte ou en procédure négociée directe avec publication préalable, s'il estime suffisantes les conditions fixées par ou en vertu de loi 1991 agrégation pour opérer la sélection des soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur peut se limiter à la mention visée à l'alinéa 1^{er} de cette disposition sans exiger des soumissionnaires d'autres renseignements ou documents concernant leur capacité économique, financière, technique ou professionnelle.

Le pouvoir adjudicateur doit en outre également préciser le mode de preuve applicable à chaque critère.

La formulation des critères de sélection doit être suffisamment précise et sans équivoque pour permettre aux opérateurs économiques de déterminer de manière certaine s'ils disposent ou non des capacités requises mais également pour permettre au pouvoir adjudicateur de procéder à une sélection effective des candidats ou soumissionnaires (selon le cas), dans le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement rappelés à l'article 4 de la loi 2016 MP.

Enfin, l'article 65, alinéa 1^{er}, de l'AR 2017 passation précise que ces critères doivent être indiqués dans l'avis de marché ou, en absence d'un tel avis, dans les documents du marché. Une mention dans l'avis de marché renvoyant vers les autres documents du marché n'est pas conforme à l'exigence précitée.

L'administration régionale constate très régulièrement des manquements aux règles précitées et/ou des difficultés liées à leur application. En voici une liste non exhaustive d'exemples :

- absence de critères de sélection et, le cas échéant, de mention relative aux motifs d'exclusion dans un cas où le pouvoir adjudicateur avait l'obligation d'en prévoir ;
- dans le cadre d'un marché alloti, absence de critères de sélection ou de niveau d'exigence par lot ou absence de précision sur le fait que les critères de sélection et/ou leur niveau d'exigence s'appliquent indistinctement à tous les lots du marché ;
- dans le cadre d'un marché alloti et en l'absence d'une estimation par lot, impossibilité de vérifier l'adéquation du niveau d'exigence fixé par lot pour chaque critère de sélection qualitative ;
- confusion entre les différents types de critères de sélection ;
- critères de sélection formulés de manière ouverte (présence d'éléments non définis tels que « au moins », « etc. » ou « ... ») ;
- critères de sélection formulés de manière imprécise ou ambiguë ou en ayant recours à des notions qui ne sont pas ou pas suffisamment définies par le pouvoir adjudicateur (par exemple, service center « ancré localement », immeuble de bureau « à caractère de service », « grand projet de rénovation ») ;
- critère de sélection sans fixation d'un niveau d'exigence (par exemple, demander un CV sans fixer une expérience minimale ou sans préciser clairement les titres d'études et/ou professionnels requis, demander une assurance couvrant les risques professionnels comme seul critère de sélection qualitative relatif à la capacité économique et financière sans fixation d'un niveau d'exigence) ou avec un niveau d'exigence partiel (par exemple, demander un chiffre d'affaires global et un chiffre d'affaires spécifique mais ne fixer de niveau d'exigence que pour le premier des deux, demander des références sans en préciser le nombre minimum) ;
- mention du nombre de références (avec certificat de bonne exécution) à transmettre mais sans précision sur le niveau d'exigence à atteindre par les références demandées par le pouvoir adjudicateur (critère inopérant) ;
- référence demandée concernant « un projet d'espace public urbain dont le Maître d'ouvrage est une autorité publique belge soumise aux lois sur les marchés publics » (critère très restrictif et potentiellement discriminatoire dans le cadre d'un marché public européen) ;
- références demandées par le pouvoir adjudicateur avec mention d'un niveau d'exigence imprécis (par exemple, le montant minimal à atteindre est-il fixé par référence ou pour toutes les références ?), incomplet ((tel est le cas lorsqu'un critère de sélection qualitative impose la présentation de 3 références sans pour autant préciser une ampleur minimale ou un niveau d'exécution minimal) ou incertain (notamment lorsque la quantité minimale est précédée de « +/- ») ;
- références demandées par le pouvoir adjudicateur avec mention d'un niveau d'exigence disproportionné par rapport au marché à passer, que ce soit à la hausse (par exemple, un chiffre d'affaires annuel minimal largement supérieur au double du montant estimé du marché sans que ce soit justifié par les risques particuliers inhérents au marché à passer, en contradiction avec les dispositions de l'article 67, § 3, alinéa 2, de l'AR 2017 passation) ou à la baisse (par exemple, des références atteignant un stade d'exécution qui ne permet pas d'établir la capacité du candidat ou du soumissionnaire (selon le cas) à exécuter la totalité du marché (être lauréat d'un concours ou avoir atteint le stade de l'avant-projet pour une mission complète d'auteur de projet impliquant le suivi du chantier et l'assistance à la réception des travaux) ;
- références demandées par le pouvoir adjudicateur sans précision sur l'objet des références et par conséquent sans lien direct avec l'objet du marché (par exemple, demander trois références de travaux sans autre précision) ;

- références demandées par le pouvoir adjudicateur pour des travaux, fournitures ou prestations « similaires » à l'objet du marché, « de même nature », (de nature correspondante », « de même ampleur »... (objet et niveau d'exigence imprécis) ;
- références demandées par le pouvoir adjudicateur sous la forme d'une « liste des principaux services similaires (mission d'assistance au maître d'ouvrage) » pour lesquels le niveau de référence était sans lien direct avec l'objet du marché (« trois références de travaux, d'un montant minimum de 10.000.000 euros hors TVA ») ;
- titres d'études, expérience ou références demandées par le pouvoir adjudicateur avec mention du diplôme, d'une expérience particulière ou de l'objet des références partiellement ou totalement sans lien direct avec l'objet du marché (un tel manquement est par ailleurs de nature à porter atteinte au principe de concurrence susmentionné) ;
- période de référence allongée sans en démontrer la nécessité d'élargir la concurrence ;
- mode de preuve applicable à un critère de sélection non précisé (par exemple, titres d'études et professionnels acceptés pour certaines professions reprises dans la description de la composition d'équipe minimale alors qu'il s'agit de professions peu ou pas réglementées) ;
- mode de preuve applicable à un critère de sélection non conforme à la législation (par exemple, certificats de bonne exécution dans le cadre d'un marché public de fournitures ou de services, déclaration bancaire imposée dont le contenu excède largement le contenu du modèle de déclaration bancaire prévu par la loi) ;
- doute sur l'identité des personnes concernées par un critère de sélection qualitative dans le cadre d'un marché de type DBFM ;
- critères de sélection non indiqués ou partiellement indiqués dans l'avis de marché, en contradiction avec les dispositions de l'article 65, alinéa 1^{er}, de l'AR 2017 passation ;
- fixer un nombre maximum de pages pour certaines informations demandées sans préciser ce qu'il adviendra des informations reprises dans les pages excédentaires.

En ce qui concerne l'absence de niveau d'exigence, voy. notamment C.E. (6^e ch. réf.), 22 janvier 2021, n° 249.563, s.r.l. Liège Dépannage et services.

Un point spécifiquement consacré aux manquements à la réglementation relative à l'agrégation d'entrepreneurs de travaux est repris ci-dessous.

1.4.4.12. Manquements dans le cadre de la fixation des critères de sélection ayant trait à l'agrégation des entrepreneurs de travaux

Les règles générales relatives à la sélection sont rappelées au point précédent.

C'est l'article 3 de la loi 1991 agrégation qui impose aux pouvoirs adjudicateurs de confier l'exécution de leurs marchés publics de travaux et concessions de travaux à des entrepreneurs (tant personnes de droit privé que de droit public) qui, au moment de la conclusion du marché public ou du contrat de concession, soit sont agréés à cet effet, soit ont fourni la preuve qu'ils remplissent les conditions fixées par ou en vertu de cette loi, lorsque la valeur estimée dépasse le montant fixé à l'article 2 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux, à savoir :

- 75.000 euros hors TVA pour les travaux rangés en catégories ;
- 50 000 euros hors TVA pour les travaux rangés en sous-catégories.

Jusqu'à ce montant, les autres marchés publics de travaux et concessions de travaux ne peuvent être exécutés que par des entrepreneurs (tant personnes de droit privé que de droit public) qui, au moment de la conclusion, remplissent les conditions prévues à l'article 4, § 1^{er}, 1^o, 4^o et 7^o, de la loi 1991 agrégation.

L'article 3, § 4, de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 précité dispose que la classe d'agrégation exigible pour l'attribution d'un marché est celle qui correspond au montant de la soumission à approuver.

L'article 5, § 7, de ce même arrêté royal dispose par ailleurs que la catégorie ou sous-catégorie dans laquelle un marché comprenant des travaux classés dans différentes catégories et/ou sous-catégories doit être rangé est celle dans laquelle rentre la partie de l'ouvrage à exécuter dont le montant représente le pourcentage le plus élevé du montant du marché et que dans le cas où l'ouvrage comprend des travaux de nature différente, dont l'importance relative est plus ou moins égale, celui-ci pourra être classé dans plusieurs des catégories ou sous-catégories concernées, mais qu'en toute hypothèse, l'adjudicataire ne devra être agréé que dans l'une des catégories ou sous-catégories prévues.

L'administration régionale constate aussi régulièrement des manquements en ce qui concerne la formulation des exigences du pouvoir adjudicateur en matière d'agrément des entrepreneurs de travaux dans le cadre de la sélection qualitative. En voici quelques exemples :

- agrément requis en dehors des marchés publics de travaux et des concessions de travaux ;
- exigence minimale d'agrément dans une classe déterminée sur base de l'estimation et non sur base du montant de l'offre à approuver ;
- agrément exigé dans plusieurs (sous-) catégories à la fois ;
- (sous-)catégorie ne correspondant pas à l'objet du marché ;
- dans le cadre d'un marché alloti, absence d'exigence par lot ;
- exigence d'une agrément en sous-catégorie pour un lot dont le montant estimé (et puis attribué) est inférieur à 50.000 euros hors TVA ;
- exiger que toutes les personnes agissant en sous-traitant, à quelque stade que ce soit, soient obligatoirement inscrites sur la liste des entrepreneurs agréés et titulaires d'une agrément dans la catégorie correspondant à la nature des travaux qui leur sont confiés et dans la classe correspondant à leur participation au marché, sans tenir compte du fait qu'une agrément peut ne pas être requise en fonction du montant des travaux qui leur sont confiés ;
- mode de preuve imposé par le pouvoir adjudicateur plus restrictif ou contraignant que ce que la loi impose.

En ce qui concerne la classe d'agrément requise en cas d'accord-cadre dans un marché à lots, voy. notamment C.E. (6^e ch. réf.), 25 mars 2015, n° 230.653, s.a. Fodetra.

1.4.4.13. Difficultés liées à la fixation de critères de réduction du nombre de candidats qualifiés

L'article 79 de la loi 2016 MP fixe le cadre légal de base de la limitation du nombre de candidats, à laquelle un pouvoir adjudicateur peut avoir recours dans les procédures restreintes, les procédures concurrentielles avec négociation, les dialogues compétitifs et les partenariats d'innovation en vue de limiter le nombre d'offres à recevoir et donc à analyser dans le cadre de la procédure de passation. Ici aussi, il ne s'agit pas d'une nouveauté puisque cette possibilité était déjà prévue à l'article 58, § 3, de l'AR 2011 passation.

Le cas échéant, la sélection intervient en trois étapes successives :

- la vérification de l'absence de motifs d'exclusion ;
- la vérification de la satisfaction aux critères de sélection qualitative ;
- l'évaluation et le classement des candidats qualifiés sur base de critères ou de règles de limitation préalablement annoncés dans l'avis de marché.

Il convient de bien distinguer les critères de sélection qualitative des critères de limitation du nombre de candidats qualifiés car ils poursuivent des objectifs différents :

- les premiers visent à identifier l'ensemble des candidats qui disposent des capacités minimales nécessaires pour l'exécution du marché. À ce stade, il n'appartient pas au pouvoir adjudicateur d'évaluer la valeur des éléments présentés sauf pour constater l'existence ou l'absence des capacités qu'il a fixées comme conditions minimales de participation à la procédure de passation. Les candidats qualifiés sont désignés sur un pied d'égalité ;

- les seconds visent à déterminer, parmi les candidats qualifiés, quels candidats apporteront une plus-value durant l'exécution du marché, sur base d'un jugement de valeur effectué par le pouvoir adjudicateur sur base d'éléments clairement identifiés et préalablement annoncés. La décision qui s'en suit vise à opérer un classement des candidats qualifiés et seuls les candidats qualifiés les mieux classés seront sélectionnés et pourront être invités à déposer une offre ou à dialoguer.

La limitation précitée intervient pour autant que le nombre minimum de candidats qualifiés soit disponible. L'indication de ce nombre minimum (cinq en cas de recours à la procédure restreinte et de trois pour les autres procédures de passation susmentionnées) n'est obligatoire que pour les marchés publics soumis aux règles de la publicité européenne. L'indication d'un nombre maximum de candidats n'est pas obligatoire. En tout état de cause, le nombre de candidats invités doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle.

Compte tenu de l'impact négatif que l'application des critères ou règles de limitation du nombre de candidats qualifiés peut avoir sur la participation de certains candidats qualifiés à la phase ultérieure de la procédure de passation, il importe que ces critères et règles soient objectifs et non discriminatoires. Tant ces critères ou règles que leur mode de preuve doivent par ailleurs être formulés de manière suffisamment précise pour garantir le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement visés à l'article 4 de la loi 2016 MP.

À ce sujet, l'administration régionale a déjà pu constater les manquements suivants :

- imprécision de certains critères de limitation du nombre de candidats qualifiés ;
- formulation complexe de certains critères de limitation du nombre de candidats qualifiés, qui en limite la bonne compréhension (par exemple : « Le pouvoir adjudicateur appréciera sur base de la note demandée au point XXX, les spécificités et les capacités de l'équipe pluridisciplinaire à répondre spécifiquement à l'objet du marché, sur base des capacités professionnelles définies au point XXX. Il est attendu que l'association puisse établir une synergie entre les compétences et intégrer activement la complexité des réflexions issues de ces disciplines. ») ;
- recours à des notions subjectives telles que « références pertinentes » ou « compétences et expériences appropriées » sans mettre en avant les éléments pouvant servir de point de comparaison ou de référence ;
- absence d'exigence en matière de mode de preuve ;
- absence d'information sur la manière avec laquelle les critères de limitation du nombre de candidats qualifiés seront appliqués ;
- une certaine confusion entre les critères de sélection qualitative et les critères de limitation du nombre de candidats qualifiés ;
- choix de critères de limitation du nombre de candidats qualifiés qui semblent davantage destinés à évaluer la valeur intrinsèque d'une offre à venir (organisation envisagée par le candidat pour exécuter le marché, bonne compréhension du projet du pouvoir adjudicateur...).

1.4.4.14. Critères d'attribution

L'article 66, § 1^{er}, de la loi 2016 MP dispose que les marchés sont attribués sur la base du ou des critères d'attribution fixés conformément à l'article 81. Ce dernier article impose d'attribuer les marchés publics en se fondant sur l'offre économiquement la plus avantageuse déterminée soit :

- sur la base du prix ;
- sur la base du coût (selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité) ;
- sur le meilleur rapport qualité/prix ou coût.

Par ailleurs, les critères d'attribution doivent satisfaire à certaines exigences, notamment :

- être liés à l'objet du marché public, à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie ;
- ne pas avoir pour effet de conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur ;
- garantir la possibilité d'une véritable concurrence ;

- être assortis de précisions qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution ;
- être indiqués dans l'avis de marché ou dans un autre document du marché ;
- les marchés publics dont le montant estimé est égal ou supérieur aux montants fixés pour la publicité européenne, doivent être pondérés sauf si le marché est attribué uniquement sur la seule base du prix.

Si, pour garantir le principe de transparence visé à l'article 4 de la loi 2016 MP, il importe que les critères d'attribution soient rédigés de manière claire, précise et univoque et préalablement annoncés, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de porter à la connaissance des soumissionnaires, préalablement au dépôt des offres, la méthodologie qu'il appliquera afin d'évaluer les offres au regard de ces critères, moyennant le respect de certaines conditions rappelées par le Conseil d'État (jurisprudence constante, voy. notamm. C.E. (6^e ch. réf.), 30 mars 2021, n° 250.271, s.a. Duchêne et crts) : « Il dispose donc d'une certaine liberté dans l'accomplissement de son évaluation et peut donc, sans modifier les critères d'attribution établis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, structurer son propre travail d'examen et d'analyse des offres présentées. (...) cette méthode d'évaluation ne peut pour autant revêtir un caractère arbitraire ou incohérent. Non seulement, elle ne peut avoir pour effet de dénaturer les critères annoncés, ce qui les rendrait imprévisibles, mais encore doit-elle être appliquée de la même manière à l'ensemble des offres, faute de quoi elle ne respecterait pas l'égalité de traitement entre les soumissionnaires. La méthode d'évaluation ainsi appliquée doit pouvoir se comprendre à la lecture de la motivation de l'acte attaqué. ».

1.4.4.14.1. Critères de sélection qualitative versus critères d'attribution

Contrairement aux critères d'attribution qui visent à déterminer objectivement l'offre économiquement la plus avantageuse, les critères de sélection qualitative visent à identifier, parmi les candidats ou les soumissionnaires, ceux qui disposent des capacités minimales nécessaires pour exécuter le marché à passer.

45

L'article 68, § 4, de l'AR 2017 passation dresse une liste des moyens de preuve attestant des capacités techniques des opérateurs économiques, parmi lesquels on retrouve une liste des principaux services fournis au cours d'une période donnée (en général les trois dernières années) et, pour autant qu'ils ne soient pas évalués comme critère d'attribution, l'indication des titres d'études et professionnels du prestataire de services ou des cadres de l'entreprise.

Pourtant, au cours de la période de référence, l'administration régionale a mis en avant, dans un dossier qui lui a été transmis en vue de l'exercice de la tutelle administrative, que le pouvoir adjudicateur utilisait comme critères d'attribution, d'une part, le nombre de références d'études similaires et, d'autre part, la composition de l'équipe affectée au projet (évaluée sur base des CV des personnes que le soumissionnaire propose d'affecter au projet) alors que la liste des personnes en charge du projet avait déjà fait l'objet d'un critère de sélection qualitative.

Dans un autre dossier, un pouvoir local a demandé à chaque soumissionnaire de lui transmettre, en tant que preuve de sa capacité technique et professionnelle à exécuter le marché, une déclaration relative à la manière dont il entend prester les services à fournir. Cependant, les informations demandées, outre le fait qu'elles étaient très peu encadrées, ne relèvent pas de la sélection qualitative mais auraient dû être demandées en vue de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse sur base d'un critère d'attribution de type qualitatif.

1.4.4.14.2. Recours à la procédure négociée sans publication préalable – absence de critères d'attribution en dehors des cas autorisés

L'article 42, § 3, alinéa 2, de la loi 2016 MP précise que, « sauf disposition contraire dans les documents du marché, l'article 81 précité concernant les critères d'attribution n'est pas d'application lorsqu'il est fait usage de la procédure sans publication préalable dans les situations suivantes :

- 1° les divers cas dans lesquels seul un opérateur économique peut être consulté tel que visé au paragraphe 1^{er}, 1°, d), 2° ou 4°, b) indépendamment du montant estimé ;
- 2° dans le cas de l'urgence impérieuse telle que visée au paragraphe 1^{er}, 1°, b), pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil correspondant pour la publicité européenne ;
- 3° lorsqu'il s'agit de fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières telles que visées au paragraphe 1^{er}, 4°, c), pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil correspondant pour la publicité européenne ;
- 4° lorsqu'il s'agit d'acquisitions de fournitures ou de services achetés à des conditions particulièrement avantageuses telles que visées au paragraphe 1^{er}, 3°, pour les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils pour la publicité européenne, ainsi que, le cas échéant, pour les achats d'opportunité visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 2. ».

L'Exposé des motifs relatif à cette loi précise au sujet de cette disposition que : « L'alinéa deux prévoit une série d'exceptions à l'utilisation obligatoire de critères d'attribution actuellement prévu à l'article 107, alinéa 2, 2° et 4°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, lorsqu'il est fait usage de la procédure négociée sans publication préalable. À toutes fins utiles, il convient de préciser que le pouvoir adjudicateur peut toutefois, s'il le juge nécessaire, rendre ces dispositions applicables dans les documents du marché. »

Les exceptions rappelées ci-dessus portent dès lors bien sur l'obligation de prévoir des critères d'attribution et non sur les exigences légales relatives au choix et à la formulation des critères d'attribution telles que contenues à l'article 81 de la loi 2016 MP. Ces exceptions sont de stricte interprétation.

46

Si l'article 107, alinéa 2, de l'AR 2011 passation prévoyait notamment comme exception à l'obligation de prévoir des critères d'attribution le fait de recours à la PNSP de l'article 26, § 1^{er}, 1°, a), de la loi 2006 MP (cas équivalent au recours à la PNSPP en application de l'article 42, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, a), de la loi 2016 MP), une telle exception a été supprimée dans la nouvelle réglementation entrée en vigueur le 30 juin 2017.

Or l'administration régionale a constaté au cours de la période de référence qu'un pouvoir adjudicateur local bruxellois ayant choisi de passer un marché public en recourant à la PNSPP en application de l'article 42, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, a), de la loi 2016 MP, avait expressément précisé dans les documents du marché qu'il avait choisi de ne fixer aucun critère d'attribution sans toutefois pouvoir invoquer une des quatre exceptions légales rappelées ci-dessus.

1.4.4.14.3. Critères d'attribution pas (suffisamment) transparents

L'article 81 de la loi 2016 MP impose au pouvoir adjudicateur d'attribuer les marchés publics sur base de l'offre économiquement la plus avantageuse et d'annoncer dans l'avis de marché ou dans un autre document du marché les critères d'attribution qu'il entend appliquer.

Ces critères doivent être liés à l'objet du marché public lorsqu'ils se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie. Ils ne peuvent avoir pour effet de conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur. Ils doivent garantir la possibilité d'une véritable concurrence et être assortis de précisions qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution.

Ces critères ne peuvent conférer au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix pour l'attribution du marché à un soumissionnaire. Une telle liberté inconditionnée de choix existe, par exemple, lorsque les critères d'attribution sont vagues et imprécis.

L'administration régionale a, à plusieurs reprises durant la période de référence, constaté, dans les dossiers qui lui ont été transmis en vue de l'exercice de la tutelle administrative, le caractère imprécis, ambigu ou incertain de certaines clauses relatives aux critères d'attribution, aux sous-critères d'attribution ou à la méthode d'évaluation des offres sur base de ces (sous-)critères.

En voici quelques exemples :

- critère d'attribution dont le libellé se réduit à « qualité des services proposés », « valeur technique de l'offre » ou « pertinence et adéquation de la méthodologie de travail proposée par le soumissionnaire » ;
- méthode de cotation annoncée mais pour laquelle de nombreuses questions se posent quant à sa mise en œuvre concrète ;
- sous-critère d'attribution relatif à l'aménagement intérieur dans le cadre d'un marché public de services. Parmi les éléments d'appréciation, on retrouve le « nombre d'étages de bureau ». Il est impossible pour les soumissionnaires de déterminer sur base de cette mention dans quel sens les offres seront évaluées en fonction du nombre d'étages proposés ;
- critères d'attribution dont l'énoncé contient des éléments non exhaustifs ou non définis (« etc. », « ... », « entre autre ») ;
- formule de calcul pour déterminer le coût global des offres qui contient plusieurs éléments problématiques, tels que le fait que la formule prévoit que le montant R2 devant être facturé trimestriellement sera multiplié par 10 (au lieu de 40 puisqu'il s'agit d'un marché d'une durée de 10 ans) et ne tient pas compte de la valeur d'une partie des prestations (R3) ;
- critère d'attribution relatif à l'origine du produit, en favorisant une origine belge (cote maximale). Outre le fait que cet aspect impacte nécessairement l'empreinte carbone des produits faisant l'objet du marché (élément qui faisait déjà l'objet d'un autre critère d'attribution dans le cadre de ce marché), un tel critère n'est *a priori* pas compatible avec les principes d'égalité et de non-discrimination rappelés à l'article 4 de la loi 2016 MP. D'autre part, il n'apparaît pas clairement de quelle manière ce critère d'attribution sera appliqué, à défaut d'être assorti de précisions suffisantes pour permettre aux soumissionnaires de répondre de manière précise et utile, en connaissance de cause, aux exigences attendues de la part du pouvoir adjudicateur pour garantir le principe de transparence visé à l'article 4 de la loi 2016 MP.

Enfin, dans certains cas, c'est la portée même d'une clause contractuelle qui peut porter à confusion, comme par exemple lorsqu'on cite un élément considéré comme un « atout » sans prévoir de critère d'attribution permettant de valoriser la valeur intrinsèque de cet élément.

1.4.4.14.4. Règle de cotation ne reflétant pas suffisamment la différence de valeur intrinsèque entre les offres

Un pouvoir local a prévu pour un critère d'attribution de type « prix le plus bas » que le maximum de points sera accordé au soumissionnaire ayant proposé les honoraires réalistes les plus bas et que les autres soumissionnaires recevront un certain nombre de points en fonction du classement de leur offre (l'offre la moins-disante doit recevoir 10 points, la deuxième 8 points, la troisième 6 points, la quatrième 4 points et le cinquième 2 points), que l'offre proposant des honoraires au-delà de l'estimation du montant du marché doit recevoir 0 point et que l'offre proposant un prix par tranche au-delà de l'estimation par tranche communiquée dans une autre disposition du cahier spécial des charges, perd 5 points (en précisant toutefois que le solde des points pour ce critère ne peut être inférieur à 0 point au total). Une telle règle de cotation, qui implique que chaque offre se voit attribuer un nombre prédéfini de points en fonction de la place qu'elle occupe dans le classement ou de la manière dont elle se situe par rapport au montant estimé total ou par tranche, ne reflète pas l'importance des écarts réels existants entre les honoraires des différentes offres.

De même, les règles de cotation suivantes ne permettront pas de refléter les écarts de qualité effectifs entre les offres de manière suffisamment fine et différenciée, la cotation en points ne permettant pas de refléter de manière adéquate et proportionnée la différence de valeur intrinsèque entre les offres :

- « excellent : 10 points – bon : 8 points – satisfaisant : 6 points - insuffisant: 4 points – mauvais : 2 points - très mauvais ou impossible à apprécier : 0 point » (qualité de l'approche et de la solution sur le plan technique) ;
- « excellent : 10 points - bon : 5 points – absence d'initiatives en matière environnementale : 0 points » (écoscore).

De telles méthodes de cotation sont dès lors de nature à porter atteinte aux principes fondamentaux de proportionnalité, d'égalité de traitement entre les soumissionnaires et de transparence, mentionnés à l'article 4 de la loi 2016 MP.

1.4.4.14.5. Règle de cotation comprenant un risque d'effets disproportionnés sur le classement des offres

Dans le cadre d'un marché public de travaux avec achat du terrain, l'administration régionale a constaté qu'un des critères d'attribution prévu dans les clauses administratives du cahier spécial des charges était de nature à porter atteinte au principe de proportionnalité tel que visé à l'article 4 de la loi 2017 MP.

Plus précisément, le critère « accessibilité / endroit (10 points) » était subdivisé en 4 sous-critères :

- accessibilité pour un piéton (2.5 points) ;
- accessibilité pour un cycliste (2.5 points) ;
- accessibilité pour une voiture (2.5 points) ;
- compatibilité de la fonction du bâtiment avec l'environnement immédiat (2.5 points).

48

Pour chacun des 3 premiers sous-critères précités, il était précisé que les points seront attribués *via* une formule qui prend en compte la distance entre le site proposé par le soumissionnaire et

- la maison communale (distance multipliée par 2) ;
- l'arrêt de tram /métro le plus proche ;
- l'arrêt de bus le plus proche ;
- la gare la plus proche.

Par ailleurs, si le site proposé se trouvait dans une rue à cul de sac, la distance totale obtenue sera multipliée par 2. Enfin, si le site proposé est dans une rue à sens unique, la distance totale sera multipliée par 1,5.

Les différentes multiplications de distance précitées ne paraissent pas pertinentes dans le cadre des deux premiers sous-critères (accessibilité pour un piéton et pour un cycliste) et pourraient impacter l'ordre du classement des offres sans que le pouvoir adjudicateur n'en démontre les motifs de manière objective.

En outre, ces multiplications ne distinguent pas les situations selon l'implantation du site dans la rue (par exemple à l'entrée ou au fond d'une rue à cul de sac). Dès lors, leur application aurait pu avoir un effet disproportionné sur le classement des offres.

Dans d'autres dossiers, c'est le caractère *a priori* inapproprié de la pondération relative de certains sous-critères d'attribution qui a été dénoncé dans la mesure où il a pour effet d'affaiblir la pertinence du critère d'attribution relatif au prix et la motivation du choix de l'offre considérée comme économiquement la plus avantageuse. Tel était notamment le cas de deux sous-critères relatifs au prix avec une pondération identique alors qu'en valeur absolue, compte tenu des offres reçues, le montant des prestations couvertes par le 1^{er} sous-critère était approximativement en moyenne dix fois plus élevé que celui relatif aux prestations couvertes par le second-sous-critère.

1.4.4.14.6. Évaluation de la qualité des offres par comparaison avec la meilleure offre

Dans le cadre de la fixation de plusieurs critères d'attribution, un pouvoir local a précisé dans les documents de son marché que "la meilleure offre obtiendra 100 % des points attribués, les autres offres seront évaluées en fonction de leur qualité en comparaison avec / de leur valeur relative en regard de la meilleure offre".

Un tel système de cotation des offres ne tient pas compte de la valeur intrinsèque des offres mais bien de leur valeur au regard de la valeur d'une autre offre. L'administration régionale considère que cette méthode présente un risque manifeste de violation des principes de transparence, d'égalité et de non-discrimination tels que fixés à l'article 4 de la loi 2016 MP.

1.4.4.14.7. Critère d'attribution faisant référence à une information qui n'est pas reprise dans les documents du marché – manque de transparence

Dans le cadre de la fixation d'un critère d'attribution pondéré à 10 points, un pouvoir local bruxellois a mentionné que pour "chaque soumissionnaire ayant proposé un prix par tranche au-delà de l'estimation par tranche communiquée au point 1.1. des clauses administratives du présent cahier spécial des charges, 5 points seront déduits du total des points obtenus pour le critère des honoraires, le solde des points ne pouvant jamais être inférieur à 0 point au total pour ce critère. » Or, après vérification, il est apparu que l'estimation par tranche n'était pas reprise au point 1.1. susmentionné.

Une telle règle manque de transparence, en contradiction avec l'article 4 de la loi 2016 MP.

1.4.4.14.8. Critère d'attribution relatif au prix – discordances en ce qui concerne la composition et la détermination du prix – manque de transparence – risque d'aboutir à des offres incomparables

49 Dans le cadre d'un marché public de travaux d'un pouvoir local bruxellois ayant pour objet le préfinancement, la conception et la construction d'un nouveau bâtiment, les documents du marché contenaient des informations de nature à porter atteinte à la bonne compréhension et à la mise en œuvre du critère d'attribution relatif au prix. En effet, les clauses administratives de son cahier spécial des charges précisaient :

- en ce qui concerne le mode de détermination des prix et la composition du prix : qu'il s'agit d'un marché à prix global au sens de l'article 2, 3°, de l'AR 2017 passation et que le prix comprend les frais de conception et de réalisation des travaux ainsi que les frais de financement de l'investissement ;
- en ce qui concerne le premier critère d'attribution (coût global du projet) : que les offres seront évaluées sur base de leur coût global pour les prestations suivantes : conception du projet, réalisation du projet et financement de l'investissement.

Les deux dispositions précitées ne mentionnent ni le prix d'achat du terrain ni celui de l'option exigée. Cependant, dans le formulaire d'offre, ce pouvoir adjudicateur imposait aux soumissionnaires de proposer les deux prix globaux suivants :

- un prix pour l'achat du terrain ;
- un prix pour la construction.

Il n'y était pas demandé de prix distinct pour la conception des travaux, le financement de l'investissement et l'option exigée.

Sans autre explication de la part du pouvoir adjudicateur, il est difficile d'établir un lien certain entre tous ces éléments constitutifs du prix du marché. En ce sens, les documents du marché manquaient de transparence, en contradiction avec les dispositions de l'article 4 de la loi 2016 MP. Par ailleurs, une telle discordance crée un risque non négligeable que les prix proposés par les soumissionnaires portent sur des prestations différentes, ce qui poserait un problème d'évaluation de la valeur intrinsèque des offres et de leur comparaison.

Enfin, une des clauses administratives du cahier spécial des charges envisageait que le prix d'achat du terrain proposé par l'adjudicataire dans son offre (telle que choisie par le pouvoir adjudicateur au moment de l'attribution du marché) ne soit pas nécessairement celui payé au final par le pouvoir adjudicateur. Il y est en effet précisé que ce prix d'achat devrait encore être vérifié par un géomètre-expert agréé désigné par le pouvoir adjudicateur au cours de l'exécution du marché et que c'est ce géomètre-expert qui sera chargé de fixer définitivement le prix d'achat. Dans une autre disposition des clauses administrative du cahier spécial des charges, le pouvoir adjudicateur précisait pourtant clairement que « le transfert de propriété du terrain et de l'ouvrage doit s'effectuer quitte et libre de tous droits réels et personnels sans que le pouvoir adjudicateur soit tenu à aucun autre paiement que le prix d'achat fixé dans l'offre de l'adjudicataire ». La contradiction évidente entre ces deux dispositions crée une incertitude sur le mode de détermination du prix du marché (marché à prix global).

1.4.4.15. Fonctionnaire dirigeant versus fonctionnaire délégué – confusion et absence de référence à un acte préalable de délégation

Il convient de distinguer la notion de fonctionnaire dirigeant de celle de fonctionnaire délégué.

Pour les communes bruxelloises, l'article 236, § 3, de la NLC attribue explicitement au collège des bourgmestre et échevins le pouvoir d'assurer le suivi de l'exécution des marchés publics et de prendre toutes les décisions nécessaires dans le cadre de l'exécution de ces marchés. C'est donc lui le fonctionnaire dirigeant. La notion de fonctionnaire délégué intervient, quant à elle, lorsque le collège des bourgmestre et échevins, en application de l'article 236, § 4, de la NLC, délègue son pouvoir susmentionné au secrétaire communal ou à un ou plusieurs fonctionnaire(s) nommément désigné(s), à l'exception du pouvoir relatif à la modification du marché public en cours d'exécution. Ainsi, le fonctionnaire qui sera désigné dans la notification de la conclusion du marché et dont les compétences doivent être précisées et délimitées dans cette notification ne doit pas être dénommé « fonctionnaire dirigeant » mais « fonctionnaire délégué ». Tel n'est pas toujours le cas.

S'agissant d'une compétence déléguée, il appartient au collège des bourgmestre et échevins de prendre une décision formelle en ce sens. Or, il est régulièrement constaté que le conseil communal, qui est l'organe décisionnel compétent pour la fixation des conditions du marché, prévoit une telle délégation dans les documents du marché sans qu'il y ait dans le dossier transmis à l'administration régionale la moindre référence à une décision préalable du collège des bourgmestre et échevins à ce sujet.

À défaut d'une disposition équivalente pour le CPAS, aucune délégation spécifique pour le suivi de l'exécution du marché ne peut être donnée, de sorte qu'un agent d'un CPAS ne peut qu'exécuter des actes préparatoires à une décision prise par l'organe décisionnel compétent.

1.4.4.16. Cautionnement - absence d'exigence ou clause inadéquate

Le cautionnement constitue pour le pouvoir adjudicateur l'unique garantie financière de bonne exécution du marché par l'adjudicataire. Il n'est dès lors possible d'y renoncer que dans les hypothèses prévues au premier paragraphe de l'article 25 de l'AR RGE ou dans des cas dûment motivés lorsque les exigences particulières du marché rendent ce renoncement indispensable.

L'administration régionale a déjà eu l'occasion de constater l'absence d'exigence en matière de cautionnement dans un cas non prévu par le Roi et sans que cette absence ne soit dûment justifiée.

Elle a par ailleurs considéré comme non pertinente la motivation d'une décision de renoncer à demander un cautionnement dans le cadre d'un marché public de services d'architecture basée sur le seul fait que « les honoraires sont répartis et payés au fur et à mesure de l'avancement du projet pour services exécutés et que le projet s'étale sur une longue période qui n'est pas définie au stade de l'attribution, il n'est pas nécessaire de demander un cautionnement ». En effet, de telles considérations, qui sont inhérentes à tous les marchés publics de services d'architecture, ne constituent aucunement des exigences particulières du marché. Dans un autre dossier, des considérations telles que « ne pas pénaliser financièrement l'adjudicataire dès le début du marché » et « favoriser la concurrence » qui ont été invoquées par le pouvoir adjudicateur pour justifier l'absence d'exigence de constitution de cautionnement n'ont pas non plus paru correspondre à des circonstances particulières du marché susmentionné et s'apparentent à une clause de style.

Les règles en matière de cautionnement (étendue et montant, constitution, libération...) doivent être adaptées aux particularités de chaque marché comme par exemple en cas d'accord-cadre, de marché à commandes successives, de marché à durée indéterminée, selon les modalités de réception prévues (réception provisoire unique ou multiple ou absence de réception provisoire)... Tel n'est pas toujours le cas.

Si l'article 25, § 1^{er}, de l'AR RGE précise les cas où la constitution d'un cautionnement n'est pas exigée, le pouvoir adjudicateur peut en décider autrement en prévoyant une disposition contraire dans les documents du marché. En cas de marché alloti, il devrait d'ailleurs être envisagé de fixer une règle particulière en matière de cautionnement dans le cas où plusieurs lots seraient attribués à un même opérateur économique, lorsque la valeur estimée individuelle de chaque lot permet au pouvoir adjudicateur de ne pas exiger la constitution d'un cautionnement mais que la valeur cumulée de ces lots dépasse le seuil sous lequel aucun cautionnement n'est exigé.

1.4.4.17. Clauses de réexamen (obligatoires) : absence, incomplétude ou non-conformité aux exigences de l'article 38 de l'AR RGE

51

Tel qu'entré en vigueur le 30 juin 2017, le nouvel article 37 de l'AR RGE pose le principe selon lequel les marchés et les accords-cadres ne peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de passation de marché que dans les cas prévus dans la Section 5 du Chapitre 2 de cet arrêté royal. Parmi les cas de modification autorisés, on retrouve les clauses de réexamen dont les règles de base sont définies à l'article 38 de l'AR RGE.

Il n'y a pas de définition légale d'une clause de réexamen. Toutefois, on peut dire qu'il s'agit d'une clause contractuelle reprise dans les documents du marché initial, qui a pour vocation de fixer un certain nombre de règles qui ne seront applicables que si un événement prévisible pour le pouvoir adjudicateur se produit, dans l'objectif de modifier le marché public concerné durant sa période d'exécution. Une clause de réexamen informe les opérateurs économiques intéressés par le marché de la possibilité d'une telle modification de manière à respecter les principes de transparence et d'égalité de traitement et à garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur qui est lié par les documents du marché (*adage patere legem quam ipse fecisti*).

Ce type de clause permet au pouvoir adjudicateur d'anticiper certaines difficultés dans le cadre de l'exécution d'un marché public, comme des problèmes liés à l'évolution technologique ou normative dans le cadre d'un marché pluriannuel, à l'usure ou à l'utilisation.

Le fait pour un pouvoir adjudicateur de prévoir dans les documents de son marché des clauses de réexamen est encouragé par la jurisprudence de la Cour de Justice. Par exemple, dans son arrêt *Finn Frogne* du 7 septembre 2016 (C.J., arrêt *Finn Frogne A/S c/ Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*, 7 septembre 2016, C-549/14, EU:C:2016:634, point 40), la Cour juge qu'après l'attribution d'un marché public, « une modification substantielle ne peut pas être apportée à celui-ci sans l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation de marché même lorsque cette modification constitue, objectivement, un mode de règlement transactionnel, emportant des renoncements réciproques de la part des deux parties, en vue de mettre un terme à un litige, dont l'issue est incertaine, né des difficultés auxquelles se heurte l'exécution de ce marché. Il n'en serait autrement que si les documents dudit marché prévoyaient la faculté d'adapter certaines conditions, même importantes, de celui-ci après son attribution et fixaient les modalités d'application de cette faculté. »

Si la plupart des clauses de réexamen sont rédigées à l'initiative des pouvoirs adjudicateurs, le législateur leur impose de prévoir un certain nombre de clauses de réexamen en fonction des conditions propres de leurs marchés (voy. les articles 38/7 à 38/12 de l'AR RGE). Le Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 22 juin 2017 modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 16 février 2017 modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, rappelle le principe selon lequel, en l'absence, dans les documents du marché, d'une des clauses de réexamen pourtant rendues obligatoires par les articles 38/8, alinéa 1^{er}, 38/9, § 1^{er}, 38/10, § 1^{er}, 38/11, alinéa 1^{er}, et 38/12, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 précité, le marché en cours d'exécution ne peut être modifié que dans un des cas où une modification est autorisée par le Roi (cf. articles 38/1 à 38/6 de l'AR RGE) et ce, même si le législateur a prévu une « option de repli » dont les règles sont réputées être applicables de plein droit à la modification.

En estimant le montant du marché, le pouvoir adjudicateur doit prendre notamment en considération la valeur des clauses de réexamen qu'il a prévues dans les documents du marché (article 7, § 1^{er}, 6^o, de l'AR 2017 passation).

Quelle que soit leur valeur monétaire et qu'elles soient obligatoires ou facultatives, les clauses de réexamen doivent répondre aux trois conditions cumulatives suivantes pour permettre une modification du marché sans nouvelle procédure de passation :

- être claires, précises et univoques, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice (des Communautés européennes) (voy. notamment C.J.C.E., arrêt *Commission des Communautés européennes c/ CAS Succhi di Frutta SpA*, 29 avril 2004, C-496/99 P, EU:C:2004:236). Ainsi tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents peuvent en comprendre la portée exacte et les interpréter de la même manière ;
- indiquer le champ d'application et la nature des modifications possibles ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage ;
- ne pas permettre de modifications qui changeraient la nature globale du marché ou de l'accord-cadre.

52

Selon le Rapport au Roi qui précède la publication de l'arrêté royal du 22 juin 2017 précité, il s'agit d'une notion différente de celle de la modification substantielle et cette notion ne peut être interprétée de manière trop large. Le considérant 109 de la Directive 2014/24/UE précise en ce qui concerne cette notion qu'il n'est pas nécessaire de pouvoir modifier le marché « en cas de modification altérant la nature de l'ensemble du marché, par exemple lorsque les travaux, fournitures ou services faisant l'objet du marché sont remplacés par une commande différente ou que le type de marché est fondamentalement modifié, puisque l'on peut, dans ce cas, présumer que cette modification serait de nature à influencer éventuellement sur l'issue du marché ».

S'il n'est pas entièrement satisfait à ces trois conditions, l'application de la clause contractuelle ne peut justifier à elle seule une modification du marché sans nouvelle procédure de passation. Le pouvoir adjudicateur doit, dans ce cas, fonder sa décision en droit sur un des autres cas de modification autorisée prévus aux articles 38/1 à 38/5 de l'AR RGE (circonstances imprévisibles, disposition de *minimis*, critères Pressetext...) et justifier par des éléments factuels qu'il est satisfait aux conditions d'application de la disposition invoquée.

Dans le cadre de l'exercice de la tutelle, l'administration régionale constate très régulièrement que les clauses contractuelles reprises dans les documents du marché et qui s'apparentent à des clauses de réexamen

- sont un simple copier-coller de la réglementation sans information sur les modalités concrètes de la révision du marché envisagée ;
- sont formulées de manière vague ou très générale (par exemple, « d'éventuels services complémentaires non prévus dans le présent cahier des charges mais s'avérant nécessaires au cours du marché pourront, à l'occasion, être effectués par l'adjudicataire, et ce, sans nouvelle procédure de passation »), stéréotypée et/ou ne sont pas adaptées à l'objet, à la qualification et/ou aux conditions particulières du marché ;
- sont sujettes à interprétation ;

- sont formulées de manière incomplète ou imprécise de sorte que la portée et l'application envisagée peuvent être mal comprises ou interprétées par les soumissionnaires ;
- ne satisfont pas aux exigences des articles 38 et 38/7 à 38/12 de l'AR RGE sans que la dérogation ne soit annoncée au début du cahier spécial des charges.

Plus particulièrement en ce qui concerne la révision des prix, certains pouvoirs locaux ont

- utilisé dans la formule de révision des prix des indices qui ne reflètent pas les principaux composants et la structure réelle des coûts ;
- dérogé à l'obligation de prévoir une formule de révision des prix en dehors des exceptions prévues à l'article 38/7 de l'AR RGE, parfois même sans annoncer cette dérogation au début du cahier spécial des charges ;
- omis de prévoir une formule de révision des prix alors qu'il s'agissait d'un marché public de longue durée (marché pluriannuel ou marché avec possibilité de reconduction(s)). Une telle absence fait pourtant courir un risque financier dans la mesure où les soumissionnaires pourraient vouloir compenser la perte financière potentielle liée à l'absence d'une formule de révision des prix par une augmentation artificielle de leurs prix dès le début de l'exécution du marché ;
- laissé aux soumissionnaires la possibilité de proposer eux-mêmes une formule de révision des prix ;
- annoncé le principe de la révision des prix sans prévoir de formule à cette fin.

L'attention de certains pouvoirs locaux bruxellois a par ailleurs été attirée sur le fait qu'un nouvel indice I, intitulé Indice I 2021 a été introduit en janvier 2021 dans le cadre de la réforme de la liste des prix de référence des matériaux de construction, appelée « Mercuriale ». Ce nouvel indice remplacera à terme l'ancien indice I, jugé inadéquat mais qui fera encore l'objet d'une publication jusqu'en décembre 2022. Néanmoins, pour les marchés dont les documents de marché sont encore en cours de rédaction et pour les marchés qui ont fait l'objet d'une publication ou d'une invitation à remettre offre mais pour lesquels une rectification des documents de marché est encore possible, il paraît opportun de procéder à une adaptation à propos de l'indice I et de référencer le nouvel indice I 2021. En effet, même si la réglementation des marchés n'impose pas l'utilisation de tel ou tel indice, les dispositions de l'article 38/7, § 1^{er}, alinéa 2, de l'AR RGE précisent explicitement que la formule de révision des prix doit refléter la structure réelle des coûts et donc être adaptée à la réalité des prix.

Dans un dossier très particulier où l'attribution devait se faire sur base du meilleur rapport qualité/prix, un pouvoir local avait prévu une clause contractuelle (non identifiée par lui comme étant une clause de réexamen) dont l'effet aurait été de rendre incertain le prix du marché jusqu'à un moment non clairement déterminé de l'exécution du marché. Le prix du marché proposé par l'adjudicataire (pris en considération sur base d'un critère d'attribution relatif au coût global du marché pondéré à 40% des points) devait être provisoire et une révision de ce prix en cours d'exécution était annoncée (à la hausse ou à la baisse, sans balises) suite à l'intervention d'un expert, sans qu'il ne soit clairement précisé sur base de quels éléments d'appréciation pourrait se faire cette réestimation.

Par ailleurs, l'administration régionale constate aussi régulièrement que les documents du marché ne contiennent pas toutes ou une partie des clauses de réexamen à prévoir obligatoirement dans les documents du marché en application des dispositions des articles 38/7 à 38/12, § 1^{er}, de l'AR RGE.

Elle remarque enfin que certains pouvoirs adjudicateurs confondent la notion de « clauses de réexamen » et les cas de modification de marché autorisée par le Roi. En effet, les dispositions de l'AR RGE relatives aux travaux, fournitures ou services complémentaires (art. 38/1), aux événements imprévisibles dans le chef de l'adjudicateur (art. 38/2), au remplacement de l'adjudicataire suite à la succession universelle ou partielle de l'adjudicataire initial (art. 38/3, 2^o), aux modifications *de minimis* (art. 38/4) et aux modifications non substantielles (art. 38/5) sont des hypothèses propres de modification du marché qui ne requièrent pas d'être prévues par le pouvoir adjudicateur *via* une clause de réexamen.

1.4.4.18. Absence de clause permettant la facturation électronique

La loi du 7 avril 2019 modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité et modifiant la loi du 4 mai 2016 relative à la réutilisation des informations du secteur public (ci-après loi 2019 e-facturation) a pour objectif de transposer en droit belge la directive 2014/55/UE du 16 avril 2014 du Parlement européen et du Conseil relative à la facturation électronique dans le cadre des marchés publics.

L'article 4 de la loi 2019 e-facturation définit la facture électronique comme « une facture qui a été émise, transmise et reçue sous une forme électronique structurée qui permet son traitement automatique et électronique ». L'Exposé des motifs précise au sujet de cette définition ce qui suit : « le présent projet part de l'idée que les avantages de la facturation électronique sont maximalisés lorsque l'établissement, l'envoi, la transmission, la réception et le traitement d'une facture sont entièrement automatisés. C'est pourquoi seules les factures lisibles par une machine et qui peuvent être traitées automatiquement et numériquement par le destinataire sont considérées comme conformes. Un simple fichier image (par exemple un fichier PDF) n'est dès lors pas considéré comme une facture électronique ».

L'article 9 de la loi 2019 e-facturation insère un article 192/1 dans la loi 2016 MP, rédigé comme suit :

« Facturation électronique.

Art. 192/1. Les opérateurs économiques peuvent transmettre leurs factures de manière électronique aux adjudicateurs.

Les adjudicateurs reçoivent et traitent les factures électroniques qui leur sont transmises. »

Cette disposition est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2019 pour tous les marchés publics, en ce compris les marchés publics en cours, en application de l'article 26, alinéa 2, de la même loi.

54

Dès lors, pour cette date, tous les pouvoirs adjudicateurs devaient adapter les conditions / les documents de leurs marchés publics en cours d'exécution et futurs afin de prévoir des modalités de transmission des factures adaptées à la facturation électronique. Ils ne pouvaient plus, comme cela a été constaté à maintes reprises par l'administration régionale, imposer uniquement l'envoi postal d'un ou plusieurs exemplaires de la facture au format papier et/ou la transmission par mail d'une copie de la facture dans un fichier PDF. Il leur appartient par ailleurs de préciser les modalités de transmission des factures électroniques dans le cas où l'adjudicataire du marché souhaite en faire usage volontairement. Or cette information est souvent manquante dans les documents du marché.

1.4.4.19. Clause sociale incomplète - portée indéterminée - manque de transparence

Durant la période de référence, il est également arrivé que l'administration régionale constate que les documents d'un marché public prévoient la mise en œuvre d'une clause sociale d'insertion dans les conditions d'exécution mais que les obligations de l'adjudicataire pour l'application de cette clause manquent de clarté en ce qui concerne le nombre de stagiaires et la durée de la formation à prévoir. Ce faisant, les différentes dispositions relatives au (non-)respect des conditions contractuelles à caractère social sont également inapplicables.

1.4.4.20. Règles relatives aux marchés publics allotis - mise en œuvre inadéquate

En application de l'article 58 de la loi 2016 MP, le pouvoir adjudicateur peut décider de passer un marché public sous la forme de lots distincts, auquel cas il en fixe la nature, le volume, l'objet, la répartition et les caractéristiques dans les documents du marché.

L'administration régionale a néanmoins eu l'occasion de constater que les règles contractuelles relatives à la passation ou à l'exécution du marché ne sont pas toujours adaptées au fait que le marché a été divisé en lots et qu'il est par conséquent susceptible d'être attribué à des opérateurs économiques différents. À titre d'exemples, les critères de sélection, le délai d'exécution et/ou les exigences en matière de cautionnement n'ont pas été fixés par lot.

D'autre part, pour les marchés publics de fournitures, de services et de travaux dont le montant estimé est égal ou supérieur à 139.000 euros (montant applicable en 2020 et 2021), tous les pouvoirs adjudicateurs doivent envisager la division du marché en lots et, s'ils décident de ne pas le diviser en lots, les raisons principales doivent être mentionnées dans les documents du marché ou dans les informations visées à l'article 164, § 1^{er}, de la loi 2016 MP.

Cependant, l'administration régionale constate assez régulièrement soit l'absence de toute justification pour l'absence d'allotissement de son marché, soit que le pouvoir adjudicateur s'est contenté d'une clause de style, qui pourrait s'utiliser pour tous les marchés de même nature, pour expliquer son choix de ne pas allotir son marché.

1.4.4.21. Recours à un service externe pour la prévention et la protection au travail (SEPPT) - durée inadéquate

En application de l'article 33, § 2, de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, tout employeur doit s'affilier à un service externe pour la prévention et la protection au travail (SEPPT) si le service Interne de prévention et de protection au travail (SIPPT) qu'il a dû créer en application du § 1^{er} de l'article 33 précité, ne peut pas exécuter lui-même toutes les missions qui lui ont été confiées en vertu de la loi du 4 août 1996 susmentionnée. Le cas échéant, en application de l'article II.3-13, alinéas 1 et 2, du Code du Bien-être au Travail, le service externe conclut avec l'employeur qui fait appel à ses services un contrat écrit pour une durée indéterminée.

L'administration régionale a pourtant eu l'occasion de dénoncer la durée limitée à quatre ans de certains marchés publics ayant pour objet la désignation d'un SEPPT.

1.4.4.22. Approbation du contenu de l'avis de marché - absence de décision formelle

Les procédures de passation mentionnées à l'article 35, 1^{er} alinéa, de la loi 2016 MP ont toutes en commun qu'elles impliquent la publication d'un avis de marché.

Selon l'article 2, 43°, de la loi de cette même loi, l'avis de marché fait partie intégrante des documents du marché et ces derniers font à leur tour partie intégrante des conditions du marché qui doivent être approuvées par l'organe décisionnel compétent avant le lancement de la procédure, autrement dit avant l'envoi de l'avis de marché en vue de sa publication.

En l'absence du projet d'avis de marché dûment approuvé dans le dossier relatif à la fixation des conditions d'un marché public (absence régulièrement constatée), l'administration régionale rappelle ce principe dans le cadre de l'exercice de la tutelle administrative.

1.4.4.23. Modification des conditions de plusieurs marchés publics à des stades différents de la passation - motivation (partiellement) absente ou inadéquate – manque de transparence

Conformément aux dispositions des articles 2 et 3 de la loi 1991 motivation, tout acte administratif d'une autorité administrative doit faire l'objet d'une motivation formelle, ce qui implique qu'il doit contenir les considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision et que la motivation doit être adéquate.

En application de l'article 4, alinéa 1^{er}, de la loi 2016 MP, les adjudicateurs doivent agir de manière transparente.

Pourtant, l'administration régionale constate régulièrement que ces deux principes fondamentaux ne sont pas toujours correctement appliqués, à tous les stades de la passation mais également dans le cadre du suivi de l'exécution des marchés publics.

De manière plus spécifique, l'administration régionale est intervenue à l'égard d'une décision prise par un pouvoir local bruxellois après le début de la crise sanitaire COVID-19, par laquelle ce dernier entendait notamment modifier les conditions de plusieurs marchés publics dont les procédures de passation se trouvaient à des stades d'avancement différents. Or, d'une part, la motivation en droit et en fait de cette décision était incomplète. D'autre part, cette décision manquait de transparence à différents niveaux :

- absence de précision sur la réglementation des marchés publics applicable à chacun des marchés publics concernés (loi 2006 MP / loi 2016 MP) ;
- absence de précision sur la disposition légale permettant la modification des conditions de chacun des marchés publics concernés et impossibilité de vérifier que les conditions d'application de la disposition choisie ont été respectées ;
- manque d'information sur la procédure de passation applicable aux marchés pour lesquels des offres ont déjà été réceptionnées et par voie de conséquence sur la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de négocier les conditions du marché dans le cadre d'une phase de négociation avant son attribution ;
- pour les marchés publics dont la procédure de passation a déjà été lancée mais pour lesquels le délai de réception des offres n'est pas encore expiré, absence de précision sur la nécessité de publier un avis rectificatif et, lorsqu'une telle publication s'avère nécessaire, absence d'approbation du contenu de l'avis rectificatif (pour rappel, les avis rectificatifs font partie intégrante des documents du marché au sens de l'article 2, 43°, de la loi 2016 MP).

Il découle de ce manque de transparence une incertitude relative à certains effets de cette décision et une atteinte certaine aux obligations légales du pouvoir adjudicateur.

1.4.5. Sélection et attribution

Conformément aux dispositions des articles 2 et 3 de la loi 1991 motivation, tout acte administratif d'une autorité administrative doit faire l'objet d'une motivation formelle, ce qui implique qu'il doit contenir les considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision et que la motivation doit être adéquate et basée sur des éléments exacts et pertinents.

Comme l'a rappelé le Conseil d'État en date du 23 octobre 2020 (C.E. (6^e ch. réf.), 23 octobre 2020, n° 248.729, s.p.r.l. Baudoin Louis), l'obligation de motivation formelle, à laquelle le pouvoir adjudicateur est tenu, « répond à une double exigence : elle doit permettre non seulement au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à adopter celui-ci, mais également au Conseil d'État de contrôler l'exactitude, l'admissibilité et la pertinence des motifs exprimés dans la décision. Les motifs exprimés dans un acte administratif doivent être exacts et reposer sur les éléments du dossier administratif, celui-ci permettant de vérifier que les éléments retenus ne sont pas inexacts. La motivation d'une décision doit être claire, complète, précise et adéquate afin que les intéressés puissent vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce. L'étendue nécessaire de la motivation dépend des circonstances dans lesquelles la décision est prise. »

Plus spécifiquement, l'article 4, alinéa 1^{er}, 5°, 8° et 9°, de la loi 2013 recours exige que le pouvoir adjudicateur rédige une décision motivée lorsqu'il décide de la sélection des candidats quand la procédure comprend une première phase impliquant l'introduction de demandes de participation, lorsqu'il attribue un marché, quelle que soit la procédure et lorsqu'il renonce à la passation du marché.

En application de l'article 5, 3° et 6°, de la loi 2013 recours, la décision motivée doit comporter plusieurs informations, selon la procédure de passation et le type de décision, notamment les noms des candidats ou des soumissionnaires ainsi que les noms des candidats ou soumissionnaires non sélectionnés et sélectionnés et les considérations de droit et de fait justifiant leur sélection ou non-sélection.

Enfin, on rappellera ici l'article 4, alinéa 1^{er}, de la loi 2016 MP, selon lequel les adjudicateurs doivent agir de manière transparente.

57

1.4.5.1. Sélection

1.4.5.1.1. Motivation (partiellement) absente ou inadéquate de la décision de sélection - manque de transparence

En application du principe de transparence visé à l'article 4 de loi 2016 MP, la sélection doit être exclusivement guidée par les critères préalablement annoncés et faire l'objet d'une décision motivée conformément aux articles 4, 8°, et 5, 6° et 9°, de la loi 2013 recours. En particulier, l'article 5, 6°, précité dispose que la décision motivée de sélection doit mentionner les noms des candidats ou soumissionnaires non sélectionnés et sélectionnés et les considérations de droit et de fait justifiant leur sélection ou non-sélection. Il y a lieu dès lors d'y indiquer les éléments pertinents qui ont permis au pouvoir adjudicateur de sélectionner ou d'exclure les soumissionnaires, notamment la date de la (des) vérification(s) *via* Télémarch, l'agrégation des soumissionnaires...

Quel que soit le type de déclaration sur l'honneur (voir point 1.4.4.10.), il appartient toujours au pouvoir adjudicateur de vérifier la véracité du contenu de chaque déclaration et ce, avant l'attribution du marché. Pour les dettes sociales et fiscales en particulier, cette vérification doit intervenir dans un délai de vingt jours après la date limite de réception des demandes de participation ou des offres, en application du deuxième paragraphe des articles 62 et 63 de l'AR 2017 passation. Il est cependant arrivé à plusieurs reprises à l'administration régionale de constater que cette vérification a été omise, selon le cas, au stade de la sélection ou de l'attribution.

Dans le cadre d'une procédure de passation comprenant minimum deux phases, le Conseil d'État (C.E. (6^e ch. réf.), 13 avril 2021, n° 250.323, s.a. SOLELEC) a statué dans le cadre d'un litige en optant pour une interprétation particulièrement stricte et « à la lettre » des dispositions de l'article 73, § 3, alinéa 2, de la loi 2016 MP. Il en résulte que

- le pouvoir adjudicateur doit vérifier systématiquement, avant l'attribution du marché, au moyen de documents mis à jour, que le soumissionnaire auquel il a décidé d'attribuer le marché satisfait à ses obligations relatives au paiement d'impôts et de taxes ainsi que de cotisations de sécurité sociale et
- la vérification de la situation des soumissionnaires sur le plan des dettes sociales et fiscales à laquelle le pouvoir adjudicateur a procédé dans les vingt jours suivant la date ultime pour l'introduction des demandes de participation ou des offres, en application des articles 62, § 2, et 63, § 2, de l'AR 2017 passation, ne dispense ledit pouvoir adjudicateur de devoir démontrer dans sa décision d'attribution que ces vérifications ont été mises à jour dans le délai requis par l'article 73, § 3, alinéa 2, de la loi 2016 MP.

Or, l'administration régionale a constaté à plusieurs reprises durant la période de référence des manquements aux règles de motivation formelle susmentionnées dans des décisions de sélection qui lui ont été transmises en vue de l'exercice de la tutelle. En voici quelques exemples :

- une décision de sélection sans vérification de l'absence des motifs d'exclusion obligatoire ou, dans le cadre de la phase d'attribution d'une procédure de passation comportant minimum deux phases, sans mise à jour de la vérification de la situation sur le plan des dettes sociales et fiscales du soumissionnaire pressenti à devenir l'adjudicataire du marché ;
- une décision relative à l'absence de dettes sociales et fiscale prise soit en l'absence de toute vérification, soit après une vérification tardive (par rapport au délai légal de 20 jours prévu aux articles 62 et 63 de la loi 2016 MP) de la situation des candidats / soumissionnaires, soit à la suite de plusieurs demandes successives de régularisation ou vérifications successives *via* Télémarc, en contradiction avec la procédure prévue à l'article 68 de la loi 2016 MP ;
- une décision concluant à l'absence de dettes sociales et fiscales dans le chef des soumissionnaires alors qu'un de ceux-ci a précisément une dette fiscale de 26.961,54 euros, sans que le dossier ne fasse mention d'une régularisation de cette dette en application de l'article 68 de la loi 2016 MP ;
- une décision de sélection basée sur le rapport d'analyse des offres alors que ce dernier ne fournit aucun élément de motivation en fait ou en droit. Cela est d'autant plus problématique lorsque le dossier administratif transmis à l'administration régionale ne contient pas les autres documents de sorte qu'il ne permet pas de vérifier si et quels documents ont été examinés par le pouvoir adjudicateur pour aboutir à cette conclusion ;
- une décision de (non-)sélection des soumissionnaires qui s'appuie sur un rapport d'analyse et/ou sur des documents justificatifs qui ne sont pas joints à la décision ;
- une décision de (non-)sélection qui omet de mentionner certaines informations nécessaires à la prise de décision ;
- une décision de (non-)sélection des soumissionnaires qui s'appuie sur une déclaration sur l'honneur implicite ou sur les informations contenues dans un DUME lorsque les pièces du dossier ne permettent pas de confirmer que le pouvoir adjudicateur a vérifié la véracité de ces informations et que le dossier transmis à l'administration régionale ne contient pas les attestations nécessaires à une telle vérification (cela concerne principalement les motifs d'exclusion et les dettes sociales et fiscales) ;
- une décision implicite de sélection alors qu'elle aurait dû être formalisée en se basant sur l'absence de motifs d'exclusion et la satisfaction aux critères de sélection qualitative préalablement annoncés ;

- une décision de sélection s'appuyant uniquement sur le contenu d'un tableau synthétique dans lequel il est précisé « OK » / « pas OK », « oui » / « non » ou « en ordre » / « pas en ordre » sans autre élément de motivation ou avec une motivation insuffisante telle que « aucun manquement constaté », « sélectionné sur base d'une déclaration sur l'honneur et en ordre pour les autres critères de la sélection qualitative » ou encore « tous les soumissionnaires ont remis les références demandées pour l'ensemble des lots » (alors que les lots portaient sur des objets différents et que le niveau d'exigence fixé pour les références différait selon le lot considéré). Avec de telles mentions, le pouvoir adjudicateur indique le sens dans lequel il a statué, mais nullement les motifs qui l'ont déterminé à agir en ce sens. Dès lors, il n'est pas possible de comprendre sur base de quels éléments le pouvoir adjudicateur arrive à une telle conclusion. Cela s'avère surtout problématique lorsque le pouvoir adjudicateur s'appuie sur ces constats pour ne pas sélectionner l'un ou l'autre des candidats ou soumissionnaires (selon le cas) ;
- une décision de sélection motivée comme suit : « l'ensemble des documents requis a été remis, cependant, le choix des références présentées est jugé insuffisant au regard des enjeux du marché ». Outre le fait que cette motivation manque de transparence et qu'elle ne résulte pas de l'application stricte des critères de sélection préalablement annoncés dans les documents du marché, elle n'aurait en toute logique pas dû aboutir à la sélection des deux soumissionnaires pour le lot concerné ;
- une décision de qualifier un candidat dans une procédure en deux phases avec limitation du nombre de candidats qualifiés alors que dans une partie précédente du même rapport d'analyse, le pouvoir adjudicateur mettait en évidence des manquements qui auraient dû conduire à une décision opposée ;
- une décision de sélection précisant que tous les soumissionnaires ont remis le DUME obligatoire alors que les documents du marché n'ont pas prévu cette exigence compte tenu du montant estimé du marché (en application de l'article 39, § 1er, alinéa 4, de l'AR 2017 passation) et que le rapport d'analyse des offres ne fait pas mention du DUME ;
- une décision de sélection avec limitation du nombre de candidats qualifiés dans laquelle la comparaison des demandes de participation au regard des critères de limitation a été effectuée de manière approfondie (notamment par le relevé des aspects positifs et négatifs des références remises par les candidats et par l'ajout d'une conclusion) mais où le lien entre les considérations de fait exposées par le pouvoir adjudicateur et les cotes qu'il attribue n'est pas clairement établi et ne permet pas de comprendre aisément le raisonnement suivi entre le descriptif des candidatures et l'attribution des points.

1.4.5.1.2. Non-respect des critères de sélection - motivation (partiellement) absente ou inadéquate - manque de transparence

Sur base du principe de transparence visé à l'article 4 de la loi 2016 MP et de l'adage *patere legem quam ipse fecisti*, le pouvoir adjudicateur est tenu au respect des règles qu'il s'est lui-même données. Il ne peut y déroger par une décision particulière s'il n'a pas prévu de régime dérogatoire. Cela vaut également pour la sélection qualitative des candidats et des soumissionnaires et la limitation du nombre de candidats qualifiés.

Lorsque le pouvoir adjudicateur a fixé des critères de sélection qualitative, assortis ou non d'un niveau d'exigence minimal, et des critères de réduction du nombre de candidats qualifiés, il doit les appliquer à tous les candidats ou soumissionnaires (selon le cas) de manière identique et complète, sans exception, en prenant en considération tous les critères et tous les éléments d'évaluation qu'il a annoncés dans l'avis de marché ou, à défaut d'un tel avis, dans les documents du marché. Il n'appartient pas au pouvoir adjudicateur de déterminer au moment de la sélection quels éléments de quels critères de sélection seront examinés pour quels soumissionnaires, au risque de porter atteinte aux principes de transparence et d'égalité de traitement tels que visés à l'article 4 de la loi 2016 MP.

Or l'administration régionale a constaté à plusieurs reprises au cours de la période de référence le non-respect de ces principes qui, faut-il le rappeler, est régulièrement sanctionné par le Conseil d'État. Sont repris ci-dessous quelques manquements à titre d'illustration :

- ne pas sélectionner un candidat ou un soumissionnaire (selon le cas) sur la base d'un niveau jugé insuffisant par le pouvoir adjudicateur au moment de la sélection alors que le critère de sélection qualitative n'était assorti d'aucun niveau d'exigence minimal ;
- déduire un chiffre d'affaires sur base des attestations de bonne exécution délivrées et en tirer une conclusion ;
- sélectionner un ou plusieurs soumissionnaires sur base de références présentées sans s'assurer que l'objet de ces références corresponde à ce qui était demandé et qu'elles atteignent le niveau d'exigence minimal préalablement fixé par le pouvoir adjudicateur pour ces références ;
- évaluer la capacité des candidats ou soumissionnaires (selon le cas) sur base d'un critère de sélection en effectuant une vérification limitée à une partie seulement des éléments d'évaluation annoncés pour ce critère ;
- motiver la décision de (non-)sélection des candidats ou soumissionnaires (selon le cas) en se basant sur des critères de sélection ou des éléments d'évaluation différents selon le candidat ou le soumissionnaire (selon le cas) ;
- appliquer un niveau d'exigence moins élevé que celui préalablement annoncé au moment de procéder à la sélection d'un soumissionnaire en motivant cette décision par la pertinence de la remarque de ce soumissionnaire qui dénonçait le niveau trop élevé du niveau d'exigence compte tenu des prix proposés par la marque de produits qu'il représente ;
- motiver une décision de sélection sur base d'éléments d'évaluation qui n'ont pas été annoncés à l'avance en ne prenant pas en compte tous les éléments d'évaluation annoncés ;
- changer l'exigence relative à la catégorie d'agrément requise en cours de sélection, sans que ce changement ne fasse l'objet d'une motivation adéquate, avec un impact négatif possible sur la concurrence autour du marché ;
- ne pas sélectionner un entrepreneur de travaux parce que la classe d'agrément ne couvre pas l'ensemble du marché (répétitions incluses) alors qu'elle est suffisante par rapport à la valeur du marché initial et que les éventuelles répétitions se suivront sans se chevaucher.

1.4.5.1.3. Marché alloti – absence de décision formelle de sélection par lot

L'article 2, 52°, de la loi 2016 MP définit le lot comme suit : « subdivision d'un marché susceptible d'être attribuée séparément, en principe en vue d'une exécution distincte ».

L'article 58, § 1^{er}, de cette même loi précise que si le pouvoir adjudicateur décide de passer un marché sous la forme de lots distincts, il doit en fixer la nature, le volume, l'objet, la répartition et les caractéristiques dans les documents du marché.

En application de l'article 49 de l'AR 2017 passation, le pouvoir adjudicateur doit fixer le niveau minimal requis pour la sélection qualitative pour chacun des lots séparément (dans la mesure où chaque lot est susceptible d'être attribué séparément). Il peut également décider de fixer un niveau minimal requis spécifique en cas d'attribution de plusieurs lots à un même soumissionnaire. Cette dernière possibilité semble toutefois être peu utilisée par les pouvoirs locaux bruxellois.

Le pouvoir adjudicateur doit procéder à une sélection formelle des candidats ou soumissionnaires (selon le cas) pour chaque lot avant de pouvoir passer à la phase d'attribution du marché. Or une telle obligation n'est pas toujours respectée.

Il convient enfin de préciser que si le pouvoir adjudicateur a choisi de fixer un niveau minimal requis spécifique en cas d'attribution de plusieurs lots à un même soumissionnaire, il doit aussi vérifier lors de l'attribution des lots concernés, s'il est satisfait à ce niveau minimal requis spécifique.

1.4.5.1.4. Impact de la négociation sur le niveau d'exigence en matière d'agrément des entrepreneurs – risque de fausser la concurrence

Un pouvoir local avait estimé son marché public de travaux à 366.725 euros, TVA et marge comprises. Seuls deux soumissionnaires ont remis une offre, pour un montant respectif de 793.968,73 euros TVA comprise et 1.457.453,71 euros TVA comprise. Le soumissionnaire ayant proposé l'offre la plus chère n'a pas été sélectionné au motif qu'il ne possédait pas la classe d'agrément exigée sur base du montant de son offre initiale (classe 5). En effet, il n'était agréé que jusqu'à la classe 3. Il n'a dès lors pas été invité à participer à la phase des négociations. Or, au cours des négociations menées avec le dernier soumissionnaire en lice, le pouvoir adjudicateur a considérablement modifié les conditions du marché en réduisant à la baisse les quantités de 27 postes et en supprimant 24 postes du métré. Suite à cela, le marché public a été attribué sur base d'une offre finale dont le montant s'élevait à 328.714,65 euros TVA comprise (ce qui représente une diminution de plus de 50 % par rapport à l'offre initiale de ce soumissionnaire). Les changements ainsi apportés aux conditions du marché sont assez conséquents. Si le métré avait été conçu de manière plus adéquate avant le lancement de la procédure de passation, il est réaliste de penser que d'autres opérateurs économiques auraient pu être intéressés et avoir accès à ce marché. De même, le soumissionnaire non sélectionné aurait également pu remettre un prix moins élevé, correspondant à une classe d'agrément inférieure.

Voy. par ailleurs le point 1.4.5.2.2. au sujet de la question du respect des principes de transparence et d'égalité de traitement durant la phase des négociations.

1.4.5.2. Attribution

1.4.5.2.1. Motivation (partiellement) absente ou inadéquate de la décision d'attribution – manque de transparence

61

L'administration régionale a constaté à plusieurs reprises durant la période de référence des manquements aux règles de motivation formelle susmentionnées dans des décisions d'attribution qui lui ont été transmises en vue de l'exercice de la tutelle. En voici quelques exemples :

- décision de conclure un contrat (convention) qui n'a pas fait l'objet d'une procédure de passation de marché public, sans motivation en droit justifiant que ce contrat n'est pas soumis à la réglementation des marchés publics (voy. également le point 1.4.1.) ;
- motivation en fait insuffisante, d'une manière telle qu'il est impossible de déterminer s'il y a eu une mise en concurrence du contrat et, le cas échéant, de discerner ce qui a conduit le pouvoir adjudicateur à retenir telle ou telle offre selon le type de prestations ;
- recours à une motivation vague et stéréotypée ;
- motivation insuffisante de la décision de mettre fin à ou d'abandonner la procédure de passation en cours ;
- l'analyse des offres est diffusée dans plusieurs documents distincts, ce qui complique fortement les possibilités de comprendre et de vérifier la justesse de la motivation de la décision d'attribution ;
- la motivation de la décision est reprise dans un document séparé (généralement le rapport d'analyse des offres) dont le contenu n'a pas été formellement approuvé dans la décision et qui dès lors ne fait pas partie intégrante de cette décision ;
- absence d'informations relatives à certains événements qui se sont passés durant la procédure de passation (par exemple, le pouvoir adjudicateur a invité par erreur un soumissionnaire à justifier certains de ses prix unitaires mais il omet de faire mention de cette démarche dans la motivation de la décision d'attribution) ;
- utilisation inappropriée du terme « sélection » dans une décision d'attribution, aux stades de la vérification de la régularité des offres, de l'évaluation des offres au regard des critères d'attribution, de la comparaison des offres et de l'attribution du marché. Pour rappel, la notion de « sélection » est spécifiquement définie à l'article 2, 13°, de la loi 2016 MP ;
- absence d'informations sur le contrôle de la régularité des offres (y compris la signature des offres par des personnes dûment habilitées) et sur la vérification des prix (voir également *infra*) ;

- motivation insuffisante ou inexistante de la cotation des offres (voir *infra*) ;
- motivation en fait basée sur des éléments incorrects (par exemple, lorsqu'il existe des erreurs dans le calcul de la somme des points attribués à chaque offre ou qu'il est précisé que les négociations n'ont pas eu d'impact sur le classement des deux offres alors que ce classement a été inversé) ;
- motivation contraire aux éléments factuels (par exemple, un pouvoir adjudicateur déclare qu'il dispose d'« une connaissance profonde et une expérience de plusieurs années de maintenance des bâtiments » et donc d'« une bonne idée générale de la durée nécessaire au nettoyage des lieux » mais, d'une part, la valeur du lot n°3 du marché susvisé a été très largement surestimée par le conseil communal (estimation = 300.000 euros TVA comprise / montant de l'offre choisie = 61.335,84 euros hors TVA) et, d'autre part, le pouvoir adjudicateur a contrôlé la régularité des offres, en ce qui concerne les durées des prestations proposées, non pas sur base de ses propres connaissances mais sur base d'une moyenne des durées proposées par l'ensemble des soumissionnaires ;
- motivation basée sur l'application d'une disposition légale qui n'est pas applicable à la procédure de passation choisie (par exemple, application de l'article 36, § 4, ou de l'article 86 de l'AR 2017 passation dans le cadre d'une PNDAPP, sans que cette possibilité n'ait été annoncée dans les documents du marché) ;
- motivation basée sur une application inadéquate de l'article 36, § 4, de l'AR 2017 passation (par exemple, non application de cet article dans un des cas prévus par cette disposition ou calcul de la moyenne des montants sur base d'un nombre d'offres inférieur au nombre d'offres requis, avec pour conséquence pour le pouvoir adjudicateur de ne pas avoir détecté que l'offre choisie s'écartait d'au moins 15% de la moyenne des montants des offres des soumissionnaires sélectionnés) ;
- absence de motivation relative au caractère substantiel d'une irrégularité ayant mené à l'écartement de l'offre. Dans un cas extrême, l'irrégularité concernait l'absence de remise de prix pour un poste X du métré alors que le métré ne contenait pas de poste X ;
- absence de tout élément de motivation permettant de confirmer que le pouvoir adjudicateur a vérifié le caractère réaliste des délais d'exécution proposés par les soumissionnaires alors que le délai d'exécution constituait un critère d'attribution. Pour le Conseil d'État, il s'agit de ne pas valoriser, au détriment des autres, un soumissionnaire s'engageant sur un délai qui ne sera pas tenable au stade de l'exécution (C.E. (6^e ch.), 27 février 2019, n° 243.819, s.p.r.l. Bureau Vers plus de bien-être et société de droit français Muoto) ;
- marché partiellement attribué en l'absence d'un marché alloti et d'informations sur le fait que cela résulte d'éventuelles négociations avec les soumissionnaires avant l'attribution du marché ;
- présence d'erreurs matérielles telles qu'une référence incorrecte en ce qui concerne la décision préalable relative à la fixation des conditions du marché et au choix de la procédure de passation, la mention de la prise en compte d'options dans la comparaison des offres alors qu'aucune option exigée ou autorisée n'était prévue dans les documents du marché ou des erreurs de type copier/coller en cas de décisions similaires prises au cours d'une même séance.

Compte tenu de ces manquements, ces décisions portaient également atteinte au principe de transparence tel que rappelé ci-dessus.

1.4.5.2.2. Négociation – manque de transparence et utilisation de l'email comme mode de transmission des offres

Les principes généraux selon lesquels « les adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente » sont rappelés à l'article 4 de la loi 2016 MP. Ils s'appliquent à tous les marchés publics.

Ces principes étaient déjà évoqués dans un arrêt de la Cour de Justice du 5 décembre 2013 (C.J., arrêt *Nordecon AS et Ramboll Eesti AS c/ Rahandusministeerium*, 5 décembre 2013, C-561/12, EU:C:2013:793, points 35 et 36) en réponse à une demande de décision préjudicielle introduite par la « Riigikohus, » (Cour suprême en Estonie) portant sur l'interprétation de l'article 30, paragraphe 2, de la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services. Cette ancienne disposition permettait, dans des cas déterminés, le recours à la procédure négociée afin d'adapter les offres soumises par les soumissionnaires aux exigences indiquées dans l'avis de marché,

dans le cahier des charges et dans les documents complémentaires éventuels et afin de rechercher la meilleure offre. À la question posée par la juridiction de renvoi, à savoir s'il convenait d'interpréter cette disposition en ce sens qu'elle autorise le pouvoir adjudicateur à négocier avec les soumissionnaires, s'agissant d'offres qui ne répondent pas aux exigences impératives prévues par les spécifications techniques relatives au marché, la Cour de Justice a répondu par la négative, en précisant que « selon l'article 2 de la directive susmentionnée, les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence » et que « l'obligation de transparence a essentiellement pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur. ». En l'espèce, le pouvoir adjudicateur avait attribué son marché public à un soumissionnaire dont l'offre était techniquement irrégulière.

En 2018, le Conseil d'État (C.E. (6^e ch. réf.), 23 octobre 2018, n° 242.755, s.a. Fedimmo) a précisé la portée du principe d'égalité de traitement comme suit : « S'agissant en particulier du principe d'égalité, celui-ci consiste notamment dans l'obligation faite à l'autorité de mener les négociations dans le strict respect de l'égalité "procédurale" entre les candidats et/ou soumissionnaires, ce qui implique, entre autres choses, que chacun de ceux-ci reçoive les mêmes informations utiles à l'élaboration et à l'amélioration de son offre, et doive – par ailleurs – avoir les mêmes possibilités d'améliorer son offre (en disposant du même délai, à cette fin, que les autres opérateurs économiques concernés) ». Dans le même arrêt, il a ensuite sanctionné l'incapacité du pouvoir adjudicateur de justifier, sur base des pièces du dossier, que tous les opérateurs économiques ont été traités d'une façon qui respecte les exigences d'égalité, de non-discrimination et de transparence et qu'il a mené les négociations de la même façon avec tous les opérateurs économiques en vue d'améliorer leurs offres respectives. En l'espèce, le dossier d'attribution ne contenait aucune pièce relative au déroulement des négociations menées avec les « candidats », les rendez-vous ayant été fixés par téléphone et aucun procès-verbal de ces réunions n'ayant été rédigé.

Plus récemment, le Conseil d'État (C.E. (6^e ch. réf.), 18 janvier 2019, n° 243.438, s.a. Pitagone) a rappelé que « si l'article 29/1, § 7, 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 précise que les §§ 1 à 6 de cette même disposition ne s'appliquent pas aux marchés de faible montant, il n'en reste pas moins que la décision d'attribution d'un tel marché doit reposer sur des motifs pertinents et admissibles et comporter une motivation formelle conforme aux exigences de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. Cette motivation doit, en outre, être d'autant plus précise que les marchés de faible montant ne sont pas soumis aux règles de passation décrites au Titre II de la loi du 17 juin 2016 précitée et qu'ils impliquent donc une plus grande marge de manœuvre du pouvoir adjudicateur. ». Le Conseil d'État constate par ailleurs que la négociation sur le prix, seul critère d'attribution choisi par le pouvoir adjudicateur, n'a pas été menée avec un des deux soumissionnaires et que ni le dossier administratif, ni l'acte attaqué n'apporte le moindre élément permettant de justifier cette différence de traitement entre les deux soumissionnaires. En réponse à une remarque formulée par le pouvoir adjudicateur, le Conseil d'État ajoute que rien ne permet de présumer de la réponse qui aurait pu être apportée par la requérante à une éventuelle interrogation sur son prix unitaire dans l'hypothèse d'une commande portant sur une autre quantité, ni d'établir que ce prix unitaire aurait été supérieur à celui proposé par l'adjudicataire du marché.

Dans le cadre de l'exercice de la tutelle, l'administration régionale a relevé en 2020 et 2021 plusieurs manquements aux principes généraux rappelés ci-dessus dans le cadre de négociations ou pseudo-négociations menées par un pouvoir local bruxellois, notamment :

- les conditions du marché ont été partiellement modifiées au cours d'une phase de négociations sans que le dossier transmis à l'autorité de tutelle ne précise la portée des modifications apportées. Ce n'est en effet qu'en comparant les documents du marché dans leur version initiale et le dossier d'attribution du marché qu'est apparue l'existence de variantes « a » et « b » jusque-là inexistantes. Le contenu de ces deux variantes n'était par ailleurs pas clairement défini dans la décision. Pour le surplus, le dossier d'attribution ne contenait pas d'information sur le déroulement des négociations ;

- un rapport d'analyse des offres faisait mention d'une phase de négociations à laquelle seul un des soumissionnaires a participé alors qu'en réalité, le soumissionnaire en question avait modifié un de ses prix unitaires à la suite d'une demande de justification des prix basée sur les dispositions de l'article 36, § 2, de l'AR 2017 passation. Or, sur ce dernier point, le dossier d'attribution est resté totalement muet.

D'autre part, en application de l'article 14, § 1^{er}, de la loi 2016 MP, l'ensemble des communications et des échanges d'informations entre l'adjudicateur et les opérateurs économiques, y compris la transmission et la réception électronique des offres doivent, à tous les stades de la procédure de passation (ce qui implique la phase éventuelle de négociations), être réalisés par des moyens de communication électroniques. Il n'existe pas d'exception générale pour la PCAN ni pour la PNDAPP, au contraire de la PNSPP lorsque le montant estimé du marché est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne (exception prévue à l'article 14, § 2, alinéa 1^{er}, 5^o, de la loi 2016 MP).

En application de l'article 14, § 6, de cette même loi, le pouvoir adjudicateur doit veiller à préserver l'intégrité des données et la confidentialité des offres et des demandes de participation lors de toute communication et de tout échange et stockage d'informations. Il ne peut prendre connaissance du contenu des offres et des demandes de participation qu'à l'expiration du délai ultime prévu pour la présentation de celles-ci.

Les outils et dispositifs de réception électronique des demandes de participation et des offres, dénommés "plateformes électroniques", doivent offrir, par les moyens techniques et procédures appropriés, un certain nombre de garanties rappelées à l'article 14, § 7, de la loi 2016 MP.

Force est de constater que la transmission d'offres par email, en dehors des plateformes électroniques susmentionnées, ne fournit pas les garanties requises par les dispositions de l'article 14, §§ 6 et 7, précitées (voy. également à ce sujet le point 1.4.4.1.). La situation serait d'autant plus risquée si l'adresse email de contact était une adresse générique gérée par plusieurs agents. Pourtant, l'administration régionale a eu l'occasion de constater à plusieurs reprises que certains pouvoirs locaux ont permis la transmission d'offres intermédiaires et finales par email, en contradiction avec les règles rappelées ci-dessus.

1.4.5.2.3. Vérification des prix - problème ou absence de motivation - manque de transparence

Dans un rapport d'analyse des offres joint à une décision d'attribution, il était précisé qu'après avoir constaté la présence de prix unitaires anormaux pour plusieurs postes du métré, les soumissionnaires ont été invités à justifier ces prix dans un délai de 12 jours de calendrier, en application de l'article 36, § 2, de l'AR 2017 passation. Dans les invitations envoyées, il était précisé que ces justifications sont nécessaires pour accepter et comparer les offres concernées. Au final, les offres ont été considérées comme régulières mais ni la décision ni le rapport d'analyse des offres ne précisait si des justifications ont été transmises dans le délai imparti et aucun de ces deux documents ne contenait d'évaluation de ces éventuelles justifications. Par contre, dans une note interne jointe au dossier d'attribution transmis à l'administration régionale (dont le contenu n'a pas été visé ni approuvé par l'organe décisionnel compétent), il est apparu, d'une part, que l'adjudicataire d'un des lots a modifié deux de ses prix unitaires en réponse à la demande de justification de certains de ses prix que lui a adressée le pouvoir adjudicateur, après avoir constaté une erreur d'unité dans son offre initiale (le pouvoir adjudicateur ne s'est pas prononcé sur ce point) et, d'autre part, qu'un autre soumissionnaire n'a pas répondu à la demande de justification de certains de ses prix. Il s'agissait d'une procédure permettant la négociation mais où le pouvoir adjudicateur n'a pas entamé de phase de négociation.

Cet exemple met non seulement en évidence un problème de motivation et une violation du principe de transparence, tel que visé à l'article 4 de la loi 2016 MP, mais également des manquements aux règles et principes applicables en matière de vérification des prix.

Dans plusieurs autres dossiers d'attribution, l'administration régionale a constaté l'absence de toute information relative à la vérification des prix (même dans des cas où des variations très importantes de prix étaient constatés) ou des carences dans la motivation de la décision d'accepter ou de refuser les justifications de prix transmises.

Dans un cas plus particulier qui concernait un marché public de services de nettoyage, un pouvoir local bruxellois a invité plusieurs soumissionnaires à justifier certains éléments de leur offre. Après analyse des justifications reçues, il a décidé d'écarter une offre en justifiant ce choix de manière assez précise et négative et de retenir les autres offres ayant fait l'objet de justifications, sur base d'une motivation exprimée de manière très générale et positive (par exemple : « le soumissionnaire explique longuement les éléments de fait et les procédures mis en place »), sans pour autant que l'explication ainsi fournie par le pouvoir adjudicateur permette de déterminer objectivement les raisons qui l'ont poussé à accepter les réponses individuelles de ces soumissionnaires. Une telle motivation porte non seulement atteinte au principe d'égalité de traitement des soumissionnaires compte tenu de cette approche différenciée mais également au principe de transparence, tous deux visés à l'article 4 de la loi 2016 MP. En effet, ayant lui-même déterminé la règle qui justifie que certains soumissionnaires aient été interrogés, il appartenait au pouvoir adjudicateur d'analyser avec soin l'ensemble des justifications reçues et de reprendre précisément dans sa décision les raisons qui l'ont conduit à décider de la régularité ou de l'irrégularité des offres de tous les soumissionnaires interrogés. Il aurait donc dû statuer formellement sur le caractère suffisamment précis et pertinent de chaque justification reçue.

Il est également arrivé que l'administration régionale constate une certaine confusion entre les opérations relatives à la rectification des erreurs, des omissions des offres en application de l'article 34 de l'AR 2017 passation et celles relatives à la vérification des prix ou des coûts en vertu des articles 33, 35 et 36 dudit arrêté royal et de l'article 84 de la loi 2016 MP et qu'un pouvoir local bruxellois se limite aux premières d'entre elles.

Il nous semble dès lors utile de s'attarder quelque peu ici sur le cadre légal et certains arrêts du Conseil d'État relatifs à cette problématique.

Le point de départ se trouve à l'article 84 de la loi 2016 MP. Cette disposition pose le principe de l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de vérification des prix ou des coûts ainsi que l'obligation pour les soumissionnaires de fournir au pouvoir adjudicateur au cours de la procédure de passation, à la demande de ce dernier, toutes les indications permettant cette vérification. Il doit dès lors ressortir de la décision d'attribution du marché ou, à tout le moins, du dossier administratif que le pouvoir adjudicateur a procédé à une vérification effective des prix ou des coûts (C.E. (6^e ch. réf.), 5 juin 2018, n° 241.714, s.a. SERVITEX).

En application d'une délégation donnée au Roi, le Chapitre 5 du Titre 1^{er} de l'AR 2017 passation fixe les règles relatives à la correction des erreurs et à la vérification des prix ou des coûts dans les offres. L'article 33 de cet arrêté royal organise cette vérification : « Après avoir procédé à la rectification des offres conformément à l'article 34, le pouvoir adjudicateur procède à une vérification des prix ou des coûts de l'offre conformément à l'article 35 et, en cas de suspicion de prix ou de coûts anormalement bas ou élevés, il procède à un examen des prix et des coûts tel que visé à l'article 36. ».

Certaines des règles suivantes semblent parfois mal assimilées au regard du contenu de certains dossiers d'attribution transmis à l'administration régionale en vue de l'exercice de la tutelle :

- l'article 36, § 2, alinéa 5, de l'AR 2017 passation permet au pouvoir adjudicateur de ne pas demander des justifications des prix pour les postes négligeables. Le caractère négligeable ou non d'un poste déterminé doit toujours être jugé au cas par cas par le pouvoir adjudicateur dans le cadre du marché public concerné. Le Rapport au Roi qui précédait la publication de cet arrêté royal précise à ce sujet que, dans le cas où le pouvoir adjudicateur procéderait malgré tout à un examen des prix des postes négligeables dans le cadre de marchés qui contiennent par exemple plusieurs prix considérés comme anormaux et qu'il apparaîtrait que les prix constatés sont anormaux pour un nombre de postes négligeables très limité, l'offre pourrait toujours être considérée comme régulière. En effet, il est clarifié au paragraphe 3 de cet article 36 que l'offre doit uniquement être rejetée dans deux hypothèses : en raison du caractère anormal du montant total de l'offre et/ou en raison du caractère anormal d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s) ;
- lorsqu'un soumissionnaire doit justifier un prix apparemment anormal, il ne peut simplement fournir une décomposition de son prix ou se référer au prix d'un sous-traitant augmenté d'une marge bénéficiaire afin d'expliquer son prix. Dans ce dernier cas, une explication du prix du sous-traitant est alors nécessaire. De la même manière, il ne suffit pas d'alléguer certains éléments (comme par exemple, la proximité de l'entreprise et la circonstance que des

installations de production font «partiellement ou totalement» partie du groupement) pour justifier le caractère normal du prix global. Encore faut-il que ces éléments soient traduits en chiffres de manière à permettre d'asseoir la motivation sur des éléments concrets (C.E. (6^e ch. réf.), 8 avril 2021, n° 250.312, s.a. Nelles frères et crts). Les justifications doivent servir à démontrer en quoi les prix sont normaux et être de nature à garantir une exécution du marché conforme aux exigences édictées par les documents du marché et ainsi, le cas échéant, justifier la régularité de l'offre (C.E. (8^e ch. réf.), 24 décembre 2020, n° 249.335, s.a. ETC) ;

- l'article 36, § 3, de l'AR 2017 passation requiert notamment du pouvoir adjudicateur qu'il apprécie l'ensemble des justifications reçues et qu'il prenne une des trois décisions suivantes :
 - o constater que le montant d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s) présente(nt) un caractère anormal et écarter l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée ;
 - o constater que le montant total de l'offre présente un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée ;
 - o motiver dans la décision d'attribution que le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal.

Le pouvoir adjudicateur doit tenir compte dans ce cadre des dispositions de l'article 76, §§ 1^{er} et 2, de l'AR 2017 passation, qui déterminent ce qu'il convient de considérer comme une offre substantiellement irrégulière.

Cette décision doit être dûment motivée. Il en va de même s'il n'a pas reçu les justifications demandées.

Le Conseil d'État a eu l'occasion d'apporter plusieurs précisions au sujet de la vérification des prix, notamment :

- l'examen des prix ou des coûts prévu à l'article 36, § 1^{er}, de l'AR 2017 passation « a essentiellement pour objet de vérifier si le prix offert permet d'exécuter les obligations qui résultent du cahier spécial des charges tant au point de vue de la qualité technique qu'à celui du délai et d'exclure toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux du pouvoir adjudicateur et des deniers publics. » (C.E. (8^e ch. réf.), 24 décembre 2020, n° 249.335, s.a. Étude et techniques spéciales de Construction) ;
- « S'il peut être admis qu'un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indiquer dans la motivation de sa décision pourquoi un prix proposé ne présente aucun caractère anormal, il n'en reste pas moins qu'il doit ressortir de la décision ou, à tout le moins, du dossier administratif qu'il a bien procédé concrètement à la vérification des prix. » (C.E. (6^e ch. réf.), 30 mars 2021, n° 250.271, s.a. Duchêne et crts) ;
- « L'adjudicateur dispose d'une large marge d'appréciation dans le cadre de la vérification des prix tant pour procéder à un contrôle des prix que pour déterminer ceux à propos desquels il estime opportun de solliciter des justifications » (C.E. (6^e ch. réf.), 23 octobre 2020, n° 248.729, s.p.r.l. Baudoin Louis) ;
- « Lorsque le pouvoir adjudicateur juge nécessaire d'inviter un soumissionnaire à justifier certains prix, la décision de ne pas considérer comme «anormal» le prix d'une offre doit faire l'objet d'une motivation précise, faisant ressortir la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments sur lesquels le pouvoir adjudicateur s'est fondé pour décider que des prix apparemment anormaux ne le seraient en définitive pas. Il en va d'autant plus ainsi que le pouvoir adjudicateur dispose en la matière d'un large pouvoir d'appréciation, dont le corollaire est une obligation de motivation étendue. (...) Sans doute, ne pourrait-il être reproché à la motivation de ne pas rendre compte de toutes les précisions que contiendraient les explications données par les soumissionnaires, si certaines d'entre elles devaient relever du secret des affaires et bénéficier, à ce titre, de la confidentialité. Ceci étant, la partie adverse ne peut se borner à livrer une motivation à ce point laconique qu'elle ne permette pas de vérifier qu'elle a analysé avec soin les justifications reçues et de comprendre les raisons pour lesquelles elle a admis ces justifications. À défaut de connaître plus précisément les raisons qui ont conduit à décider de la normalité des prix proposés, la requérante n'a, comme elle le soutient, pas été mise en mesure d'apprécier, dans la perspective de l'exercice d'un éventuel recours, si la partie adverse a pu méconnaître les principes et dispositions applicables en l'espèce. Ce faisant, la partie adverse n'a pas satisfait à l'obligation de motivation formelle qui lui incombait en adoptant l'acte attaqué. » (C.E. (6^e ch. vac. réf.), 23 juillet 2020, n° 248.077, s.p.r.l. MSD Belgium) ;
- « La décision par laquelle l'adjudicateur déclare une offre irrégulière parce qu'elle comporte des prix anormalement hauts ou bas doit faire l'objet d'une motivation précise, laquelle doit

permettre, d'une part, de vérifier que le pouvoir adjudicateur a analysé avec soin les justifications invoquées et, d'autre part, de comprendre les raisons pour lesquelles il n'a pas admis ces justifications. » (C.E. (6^e ch. réf.), 23 octobre 2020, n° 248.729, s.p.r.l. Baudoin Louis) ;

- les dispositions précitées (article 84 de la loi 2016 MP et articles 35 et 36 de l'AR 2017 passation) ne s'appliquent pas de manière directe aux coûts générés par les mesures résultant de l'application du plan général de sécurité et de santé. En effet, conformément à l'article 32, § 1^{er}, 1^o, de l'AR 2017 passation, ces coûts sont, en principe, inclus dans les prix mentionnés dans l'offre et dans le métré récapitulatif et font dès lors, sous cet aspect, l'objet d'une vérification des prix et des coûts au sens des dispositions légales et réglementaires précitées (C.E. (6^e ch. réf.), 21 février 2020, n° 247.119, s.a. Colas Belgium).

Pour finir, il est rappelé qu'en procédure ouverte et restreinte, une autre disposition vise à garantir le respect du principe d'égalité de traitement : l'article 82 de l'AR 2017 passation qui dispose que « dès la date et l'heure limites d'introduction des offres, éventuellement prolongées, le soumissionnaire n'est plus fondé à se prévaloir des erreurs ou omissions qui pourraient figurer dans le métré récapitulatif ou dans l'inventaire mis à sa disposition par le pouvoir adjudicateur. En outre, dès cet instant, il ne peut se prévaloir des vices de forme dont est entachée son offre, ni des erreurs ou omissions qu'elle comporte ». Il en résulte, par exemple, que le soumissionnaire ne peut répondre à une demande de justification de prix unitaires en modifiant son offre et en justifiant cette modification par le constat tardif d'une erreur dans l'unité de mesure utilisée dans son offre.

1.4.5.2.4. Non-respect des (sous-)critères d'attribution et/ou de leur pondération relative - manque de transparence

En application de l'articles 81 de la loi 2016 MP, la décision d'attribuer un marché public au soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, doit être prise sur base des critères d'attribution qui ont été préalablement fixés dans les documents du marché.

67

En application de l'article 5, 9^o, de la loi 2013 recours, la décision d'attribution dûment motivée doit mentionner les noms du soumissionnaire retenu ou du ou des participants retenus dans l'accord-cadre et des participants et soumissionnaires dont l'offre régulière n'a pas été choisie et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes, en ce compris les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre choisie.

L'administration régionale constate assez régulièrement le non-respect des critères et/ou sous-critères d'attribution ainsi que de leur pondération relative dans le cadre de l'exercice de la tutelle administrative, et ce, sous différentes formes :

- en cas de réception d'une offre unique, l'absence d'évaluation de cette offre au regard des critères d'attribution et, par voie de conséquence, l'absence, dans la décision d'attribution, d'informations sur les caractéristiques et les avantages de cette offre au regard des critères d'attribution ;
- l'omission d'un ou plusieurs (sous-)critères d'attribution dans la motivation de l'évaluation des offres ;
- le fait de ne pas évoquer dans la motivation de la décision d'attribution du marché certains éléments d'évaluation pourtant préalablement annoncés dans les documents du marché ;
- la neutralisation d'un (sous-)critère en accordant le maximum de points à toutes les offres sur une base d'une argumentation générale pour l'ensemble des offres, sans réelle analyse individuelle de la qualité intrinsèque de chaque offre ;
- le non-respect de la pondération relative de chaque (sous-)critère.

De tels manquements portent évidemment atteinte, au surplus, au principe de transparence visé à l'article 4 de la loi 2016 MP.

1.4.5.2.5. Méthodologie d'évaluation des offres non préalablement annoncée - imprévisibilité - manque de transparence

Concernant la méthodologie d'évaluation des offres, la jurisprudence rappelle de manière constante que celle-ci ne doit pas obligatoirement être annoncée dans les documents du marché, sauf dans l'hypothèse où elle pourrait influencer la préparation des offres. Lorsqu'aucune méthode spécifique n'a été prévue concernant l'évaluation des offres, le pouvoir adjudicateur dispose ainsi, au moment d'analyser les offres, d'un large pouvoir d'appréciation pour évaluer les offres au regard des critères d'attribution.

Toutefois, comme précisé au point 1.4.4.14. ci-dessus, le Conseil d'État, notamment dans son arrêt n° 250.271 du 30 mars 2021 (C.E. (6^e ch. réf.), 30 mars 2021, n° 250.271, s.a. Duchêne et crts), a fixé les limites du pouvoir d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur pour choisir la méthode d'évaluation des offres à l'aune des critères d'attribution retenus. Ainsi, si la mise en application concrète de ladite méthode peut, pour partie, impliquer un jugement de valeur de la part du pouvoir adjudicateur, il est cependant requis :

- que cette méthode ne soit pas arbitraire ou incohérente ;
- qu'elle n'ait pas pour effet de dénaturer les critères annoncés dans les documents du marché, ce qui les rendraient imprévisibles ;
- et qu'elle soit appliquée à l'ensemble des offres, sans quoi elle ne respecterait pas le principe fondamental de l'égalité de traitement entre les différents soumissionnaires.

En outre, lorsque la méthode d'évaluation des offres n'a pas été annoncée dans les documents du marché, le Conseil d'État ajoute que ladite méthode doit pouvoir se comprendre à la lecture de la motivation de la décision d'attribution.

Il est apparu que certains pouvoirs locaux bruxellois méconnaissent les règles évoquées ci-dessus et outrepassent les limites du pouvoir que leur reconnaît le Conseil d'État pour choisir la méthode d'évaluation des offres au regard des critères d'attribution.

68

Ainsi, dans le cadre de la passation d'un marché public de fournitures, un des critères d'attribution fixés par un pouvoir local était formulé dans les termes suivants : « pourcentage sur le prix catalogue pour le matériel non prévu dans l'inventaire ». Dans l'inventaire, un poste était spécifiquement prévu pour la remise dudit pourcentage. Les documents du marché ne précisant aucune méthode d'évaluation particulière pour appliquer ce critère et coter les offres en fonction du pourcentage de remise offert par les soumissionnaires, il semblait logique de penser que la méthode utilisée consisterait à gratifier l'offre proposant le pourcentage de remise le plus élevé du nombre maximum de points prévu pour ce critère et à faire une règle de trois pour allouer un certain nombre de points aux autres offres. Cependant les soumissionnaires n'ont pas remis un pourcentage unique mais plusieurs pourcentages en fonction du type de produits figurant dans leur catalogue, rendant de ce fait impossible la cotation des offres sur base de la méthode envisagée ci-dessus, voire la comparaison des offres. Pour surmonter cette difficulté, le pouvoir local a décidé d'appliquer une méthode qu'il décrit comme le « calcul du pourcentage de remise sur un échantillon de 10 produits qui sont dans le catalogue de tous les opérateurs économiques et qui ne sont pas dans l'inventaire ». Ce faisant, en contradiction avec la jurisprudence constante du Conseil d'État rappelée ci-dessus, le pouvoir local a modifié substantiellement la portée du critère d'attribution préalablement défini dans les documents du marché (le pourcentage sur l'ensemble des produits étant réduit au pourcentage sur 10 produits). Il a par ailleurs eu recours à une méthode d'évaluation dont la cohérence et la légalité ne sont absolument pas garanties puisque rien ne permet d'affirmer que la cotation des offres aurait été identique si le pouvoir local avait procédé à une comparaison des pourcentages de remise de dix autres produits que les dix arbitrairement choisis.

L'administration régionale a également eu l'occasion de critiquer une certaine pratique consistant à accorder à des éléments d'évaluation non préalablement annoncés dans les documents du marché (éléments qui s'apparentent alors à des sous-critères d'attribution) un poids relatif pouvant aller du simple au décuple. Dans certains cas, le choix des éléments d'appréciation et de la pondération de ceux-ci, tel qu'effectué par le pouvoir adjudicateur, ne pouvait pas se présumer à la seule lecture de la formulation des critères d'attribution auxquels ils se rapportaient.

Par exemple, dans le cadre d'un même marché, un pouvoir local a, décidé de faire usage des éléments d'évaluation suivants (non annoncés comme étant des sous-critères d'attribution) et fixé leur pondération comme suit au moment d'attribuer son marché :

- pour un critère d'attribution relatif à l'organisation, les qualifications et l'expérience spécifique du personnel assigné à l'exécution d'un marché : l'organigramme (10 points), la coordination (8 points), la réglementation (3 points), la langue (3 points) et la personne de contact (1 point) ;
- pour un critère d'attribution portant sur la note d'intention : la motivation (8 points), la méthodologie (5 points), les normes (5 points), le planning (5 points) et le budget (2 points).

Afin d'éviter de telles situations, l'administration régionale n'a de cesse de rappeler l'importance et la nécessité d'une rédaction claire, précise et univoque des documents du marché, notamment dans le but d'éviter la réception d'offres dont l'évaluation ou la comparaison aux autres offres est impossible sans méconnaître les principes de transparence et d'égalité de traitement des soumissionnaires.

1.4.5.2.6. Cotation des offres - motivation absente ou insuffisante - manque de transparence

Que ce soit dans l'acte lui-même ou dans un document auquel l'acte se réfère et dont l'auteur de l'acte approuve et fait sien le contenu, la décision d'attribuer une certaine cote à une offre est soumise à l'obligation de motivation formelle.

Pour rappel, les dispositions de l'article 5, 9°, de la loi 2013 recours exigent que la décision motivée d'attribution comporte les noms du soumissionnaire retenu et des soumissionnaires dont l'offre régulière n'a pas été choisie ainsi que les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes, en ce compris les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre choisie.

À côté de cette obligation s'appliquent par ailleurs les grands principes généraux tels que notamment les principes d'égalité de traitement et de transparence visés à l'article 4 de la loi 2016 MP.

69

Dans son arrêt n° 240.968 du 8 mars 2018 (C.E. (6^e ch. réf.), 8 mars 2018, n° 240.968, s.c.r.l. Intermediance & Partners), le Conseil d'État indique à ce propos que « la comparaison des offres au regard de chacun des critères définis dans le cahier des charges et l'attribution de points en fonction de la pondération prédéfinie laisse certes au pouvoir adjudicateur un très vaste pouvoir d'appréciation, mais un pouvoir dont le corollaire est une obligation de motivation étendue. La simple attribution de points ou une affirmation de portée générale, non étayée, ne constituent pas de ce point de vue une motivation suffisante. Des motifs doivent fonder l'attribution de points et ceux-ci doivent être exprimés sous la forme d'une évaluation descriptive s'appuyant sur des références concrètes au contenu de l'offre ».

Au cours de la période de référence, l'administration régionale a, dans le cadre de l'exercice de la tutelle, mis en lumière plusieurs manquements en ce qui concerne la motivation de la cotation des offres. En voici quelques exemples :

- motivation purement et simplement inexistante ;
- motivation reposant sur une argumentation fort générale, voire à certains moments sur une affirmation qui ne s'appuie sur aucun élément de motivation, et qui ne démontre pas de manière suffisante qu'il y a eu de la part du pouvoir adjudicateur une réelle analyse individuelle des qualités intrinsèques de chaque offre sur base de chaque (sous)-critère d'attribution ;
- motivation fort succincte (sous la forme par exemple d'une simple évocation des éléments demandés dans un document de marché), sans réelle analyse des qualités intrinsèques (mérites et faiblesses) des offres au regard du critère mis en œuvre ;
- motivation insuffisante alors même que l'évaluation des offres au regard des critères d'attribution semble avoir été effectuée de manière plus ou moins approfondie. Selon le cas, le dossier transmis à la tutelle contenait soit un simple relevé des aspects positifs ou des éléments positifs et négatifs des offres remises par les soumissionnaires (accompagné le cas échéant d'une conclusion par critère), soit la mention de la moyenne des notes octroyées par chaque membre du jury, sans autre information relative à l'analyse de la qualité intrinsèque des offres. Sur base de la motivation de ces décisions, il ne pouvait être établi un lien clair entre les

considérations de fait exposées par le pouvoir adjudicateur et les cotes qu'il a attribuées aux offres de sorte qu'il n'était pas possible de comprendre, mis à part pour l'évaluateur lui-même, le raisonnement du pouvoir adjudicateur pour l'attribution de points ni de vérifier si les cotations attribuées par ce dernier s'appuient sur des motifs recevables en droit et en fait ;

- motivation insuffisante parce que la méthodologie relative à la cotation des offres n'a pas pu être déduite de la décision d'attribution, ce qui a abouti à l'impossibilité, mis à part pour l'examineur lui-même, de vérifier les mérites des différentes offres et par voie de conséquence d'examiner si les cotations ainsi attribuées s'appuient sur des motifs recevables en droit et en fait ;
- cotation de type tout ou rien (maximum de points pour la meilleure offre et aucun point pour les autres offres) sans que cette cotation ne repose sur une réelle évaluation de la valeur intrinsèque de chaque offre et sans que cette méthode n'ait au préalable été annoncée. Dans certains cas, l'évaluation des offres s'apparentait d'ailleurs davantage à un contrôle de régularité technique des offres qu'à une évaluation de leur valeur intrinsèque ;
- motivation visant à neutraliser un ou plusieurs (sous-)critère(s) d'attribution difficile(s), voire impossible(s) à appliquer.

1.4.5.2.7. Offres inacceptables - motivation inadéquate - atteinte aux principes de transparence et d'égalité de traitement

La réglementation des marchés publics distingue les notions d'offre irrégulière, d'offre inacceptable et d'offre inappropriée. Cette distinction n'est pas qu'anecdotique puisqu'elle permet de déterminer les conditions et les modalités de la passation ultérieure du marché public.

Offres irrégulières ou inacceptables

En application de l'article 38, § 1^{er}, alinéas 1^{er}, 2^o, et 2, de la loi 2016 MP, le pouvoir adjudicateur peut recourir à la PCAN pour les travaux, fournitures ou services pour lesquels, en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées.

Si le législateur belge a bien encadré la question du traitement des offres irrégulières dans la réglementation des marchés publics, il en va tout autrement en ce qui concerne la notion d'offre inacceptable et le sort qu'il y a lieu de réserver à une telle offre. Tout au plus, l'Exposé des motifs relatifs à la loi 2016 MP reprend-il les précisions mentionnées à l'article 26 de la Directive 2014/24/UE : « sont notamment considérées comme inacceptables les offres présentées par des soumissionnaires dépourvus des capacités requises ou dont le prix dépasse le budget du pouvoir adjudicateur tel qu'il a été déterminé et établi avant le lancement de la procédure de passation de marché ».

De son côté, le législateur français définit cette notion comme « une offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché, déterminés et établis avant le lancement de la procédure » (article L-2152-3 du code de la commande publique) et fixe le principe selon lequel « l'acheteur écarte les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées » (article L-2152-1 du code de la commande publique).

S'il paraît raisonnable de considérer également en Belgique qu'une offre jugée inacceptable doit être écartée au même titre qu'une offre irrégulière, le pouvoir adjudicateur qui s'apprête à prendre une telle décision est toutefois invité à soigner tout particulièrement la motivation, tant en fait qu'en droit, de sa décision.

Selon le Conseil d'État, la notion de prix inacceptable ne constitue pas une donnée objective mais relève de l'appréciation du pouvoir adjudicateur. Dans le cas d'espèce qui est à l'origine de son arrêt du 9 novembre 2020 (C.E. (6^e ch. réf.), 9 novembre 2020, n^o 248.853, s.a. Willemen Infra et s.a. Colas Belgium), il constate et accepte le fait que le caractère inacceptable des offres proposées dans le cadre de la procédure ouverte était uniquement motivé par un dépassement du budget FEDER alloué au projet. Il y aborde par ailleurs la distinction entre les notions d'offres inacceptables et d'offres anormales.

Dans le cadre de cette procédure de passation (la PCAN), le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de publier un avis de marché s'il inclut dans la nouvelle procédure tous les soumissionnaires et seulement les soumissionnaires qui satisfont aux critères de sélection au sens large (motifs d'exclusion et critères de sélection qualitative) et qui, lors de la procédure ouverte ou restreinte antérieure, ont soumis une offre conforme aux exigences formelles de la première procédure de passation. En vertu de l'article 96 de l'AR 2017 passation dans les secteurs classiques, sont considérées comme des offres satisfaisant aux exigences formelles de la première procédure de passation les offres qui respectent les articles 38, 42, 43, § 1^{er}, 44, 48, § 2, 54, § 2, 55 et 83 du même arrêté royal ainsi que l'article 14 de la loi 2016 MP.

De plus, lorsque la première procédure n'a pas été obligatoirement soumise à la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur peut en outre, en vue d'élargir la concurrence et sans être tenu de publier un avis de marché, consulter par ailleurs les opérateurs économiques qui, selon lui, peuvent répondre aux exigences en matière de sélection, que ceux-ci aient ou non remis une offre régulière ou n'aient pas remis une offre dans le cadre de la première procédure. Par contre, s'il n'inclut pas dans la nouvelle procédure tous lesdits soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur est tenu de publier un avis de marché et ce, quel que soit le niveau de publicité auquel la première procédure de passation a été soumise.

Enfin, dans cette hypothèse, le législateur n'exige pas que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées.

- Absence de demande de participation (appropriée) ou d'offre (appropriée)

En application de l'article 42, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, c), de la loi 2016 MP, le pouvoir adjudicateur peut recourir à la PNSPP lorsqu'aucune demande de participation ou demande de participation appropriée ou aucune offre ou offre appropriée n'a été déposée à la suite d'une procédure ouverte ou restreinte, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées. Pour les marchés dont le montant est égal ou supérieur aux seuils fixés pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur est par ailleurs tenu de communiquer un rapport à la Commission européenne si cette dernière en fait la demande.

À cet égard, il est apparu au cours de la période de référence que dans le cadre de la passation d'un accord-cadre, un pouvoir local a considéré comme inacceptables les offres de plusieurs soumissionnaires et, de ce fait, les a écartées au motif que le montant de ces offres est « plus élevé que le budget alloué » à l'accord-cadre. Toutefois, il est ressorti de l'analyse du dossier administratif que le montant du budget alloué à cet accord-cadre n'a pas été précisé, que ce soit dans la décision fixant les conditions du marché ou dans celle attribuant celui-ci. Par conséquent, le motif invoqué par le pouvoir adjudicateur pour considérer certaines offres comme inacceptables ne repose pas sur des faits exacts, avérés et pertinents. Il s'ensuit qu'en motivant de manière inadéquate cette décision, le pouvoir local a manqué à ses obligations de transparence et d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, telles qu'elles résultent de l'application de l'article 4 de la loi 2016 MP.

Dans un autre dossier, une offre a reçu 0 point au regard du critère d'attribution « délai d'exécution » au motif que le soumissionnaire n'a pas proposé de délai d'exécution. L'administration régionale a dénoncé cette décision, considérant que cette offre aurait dû être considérée comme substantiellement irrégulière, en application de l'article 76, § 1^{er}, alinéa 3, de l'AR 2017 passation, compte tenu de l'absence d'engagement de ce soumissionnaire quant à un éventuel délai d'exécution applicable au marché susvisé. Cette omission est en effet de nature à donner à ce soumissionnaire un avantage discriminatoire puisque le cahier spécial des charges n'a pas fixé de délai d'exécution minimal applicable par défaut et à rendre cette offre incomparable aux autres offres.

1.4.5.2.8. Marché alloti – absence d’analyse et d’évaluation des offres par lot – absence de décision formelle d’attribution par lot

Comme expliqué au point 1.4.2.2. ci-avant, un lot est défini par l’article 2, 52°, de la loi 2016 MP comme « une subdivision d’un marché susceptible d’être attribuée séparément, en principe en vue d’une exécution distincte ».

Au moment de fixer les conditions du marché, le pouvoir adjudicateur a dû préciser dans les documents du marché au minimum la nature, le volume, l’objet, la répartition et les caractéristiques propres à chaque lot, conformément à l’article 58, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi 2016 MP. Pour choisir parmi les opérateurs économiques, candidats ou soumissionnaires, qui sont capables d’exécuter le marché, il a dû fixer des critères de sélection qualitative par lot et éventuellement en cas d’attribution de plusieurs lots à un seul soumissionnaire. Pour déterminer l’offre économiquement la plus avantageuse, il a en outre dû choisir des critères d’attribution en lien avec l’objet de chaque lot.

Après avoir procédé à la sélection des candidats ou soumissionnaires (selon le cas) distinctement pour chaque lot, le pouvoir adjudicateur doit procéder à l’attribution du marché par lot.

Au cours de la période de référence, l’administration régionale a dû intervenir à l’encontre de plusieurs décisions qui ne respectaient pas le principe d’une attribution distincte par lot. Dans un des cas, la décision manquait par ailleurs de transparence en ce qui concerne l’identité des soumissionnaires par lot dans le cadre du marché initial alors qu’il était question de répéter un marché public alloti. Dans un dernier cas, il n’y a pas eu d’analyse des offres pour un des deux lots du marché.

Il est pour le surplus rappelé que, selon les conditions propres à chaque marché alloti, le pouvoir adjudicateur peut être amené à devoir effectuer des formalités supplémentaires spécifiques :

- s’il a limité le nombre de lots pour lesquels un même soumissionnaire peut remettre offre en application de l’article 58, § 1^{er}, dernier alinéa, de la loi 2016 MP : il doit vérifier que cette exigence a été respectée ;
- s’il n’a pas interdit la présentation de rabais ou de propositions d’amélioration des offres pour les offres se rapportant à plusieurs lots et s’il s’agit d’une procédure ouverte ou restreinte : il doit déterminer l’offre régulière économiquement la plus avantageuse pour tout lot en tenant compte des rabais ou des améliorations qui ont été proposés pour certains groupements de lots et de l’ensemble de tous les lots économiquement le plus avantageux (art. 87, § 1^{er}, 5^{ème} alinéa, de l’AR 2017 passation) ;
- s’il a annoncé dans l’avis de marché le nombre maximum de lots qu’il entend attribuer à un seul soumissionnaire : il doit appliquer les critères ou règles objectifs et non discriminatoires qu’il a indiqués dans les documents du marché pour déterminer quels lots seront attribués lorsque l’application des critères d’attribution conduit à attribuer à un soumissionnaire un nombre de lots supérieur au nombre maximal préalablement annoncé (art. 58, § 2, de la loi 2016 MP) ;
- s’il a fixé un niveau minimal requis spécifique pour la sélection qualitative en cas d’attribution de plusieurs lots à un même soumissionnaire : il doit procéder à la vérification de la satisfaction au niveau minimal spécifique précité lors de l’attribution des lots. Si le soumissionnaire concerné n’y satisfait pas, le pouvoir adjudicateur lui attribue uniquement les lots pour lesquels il satisfait à ce niveau minimal d’exigence en tenant compte de l’ordre de préférence que ce dernier a mentionné dans son offre ou, à défaut d’une telle mention, en procédant à un tirage entre les lots en question après avoir invité les soumissionnaires concernés à y assister (art. 49, alinéas 2 et 3, et 87, § 1^{er}, dernier alinéa, de l’AR 2017 passation).

Enfin, l’article 58, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi 2016 MP précise que le pouvoir adjudicateur a le droit de n’attribuer que certains lots du marché et, éventuellement, de décider que les autres lots feront l’objet d’un ou de plusieurs nouveaux marchés, au besoin selon une autre procédure de passation.

1.4.5.2.9. Marché alloti – décisions d'attribution séparées par lot malgré la présentation d'un rabais

Lorsque, pour un marché public divisé en plusieurs lots, le pouvoir adjudicateur a autorisé, dans les documents du marché, la présentation d'un rabais en cas d'attribution de plusieurs lots (par exemple en prévoyant une zone à cet effet dans le formulaire d'offre joint au cahier spécial des charges), une telle possibilité ne permet pas une attribution séparée des lots lorsqu'un des soumissionnaires propose effectivement un rabais puisque le pouvoir adjudicateur est tenu d'en tenir compte lors du classement des offres, en application de l'article 87, § 1^{er}, alinéa 5, de l'AR 2017 passation.

Dans pareil cas, une attribution séparée des lots, d'une part, manque au principe de transparence en raison du non-respect des conditions du marché et, d'autre part, peut par ailleurs s'avérer contraire aux intérêts financiers du pouvoir adjudicateur, comme a pu le constater l'administration régionale au cours de la période de référence.

1.4.5.2.10. Non-conformité aux exigences techniques - absence de prise de position du pouvoir adjudicateur

Au cours de la période de référence, l'administration régionale a eu l'occasion de dénoncer le fait qu'une irrégularité manifeste est présente dans une offre et que le pouvoir adjudicateur n'a pas statué sur la nature et les conséquences de cette irrégularité au moment d'attribuer le marché public, en application de l'article 76 de l'AR 2017 passation.

1.4.5.2.11. Attribution d'un marché public en l'absence d'une décision formelle préalable relative à la fixation des conditions de ce marché

73

Cette problématique est liée à celles déjà évoquées aux points 1.1.5, 1.1.9, 1.4.1.2 et 1.4.5.2.1.

Dans le cadre de la passation de tout marché public, y compris des marchés subséquents à un accord-cadre conclu, un pouvoir adjudicateur doit en principe prendre au minimum deux décisions formelles dans un ordre précis : d'abord le choix de la procédure de passation et la fixation des conditions du marché (y compris le cadre budgétaire lié à la dépense à pourvoir) et, dans un second temps, l'attribution du marché.

Suite à l'annulation de sa décision relative au choix de la procédure de passation et à la fixation des conditions d'un marché public, un pouvoir adjudicateur n'a d'autre choix que d'abandonner la procédure en cours si elle a déjà été lancée et de prendre une décision de non-attribution dûment motivée à cette fin. Il peut cependant, s'il souhaite relancer ce marché public ultérieurement, toujours prendre une nouvelle décision relative au choix de la procédure de passation et à la fixation des conditions du marché. L'administration régionale a toutefois pu constater durant la période de référence qu'un pouvoir local n'a pas suivi cette voie et a quand même attribué son marché public.

1.4.5.2.12. Délai de validité des offres dépassé avant la décision d'attribution ou l'expiration du délai de tutelle

L'article 58 de l'AR 2017 passation fixe le cadre légal relatif au délai d'engagement des soumissionnaires. Par défaut, ce délai est de 90 jours à compter de la date limite de réception des offres mais les documents du marché peuvent fixer un autre délai. Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur peut inviter les soumissionnaires à prolonger volontairement leur délai d'engagement avant qu'il n'expire.

En procédure ouverte ou restreinte, l'article 85 de l'AR 2017 passation dispose en outre que, lorsque le soumissionnaire pressenti à devenir l'adjudicataire du marché n'a pas consenti volontairement à prolonger son offre sur base de l'article 58 précité ou si le délai d'engagement prolongé a expiré et que le marché n'est pas encore conclu, le pouvoir adjudicateur peut demander par écrit au soumissionnaire

concerné s'il consent au maintien de son offre malgré l'expiration du délai d'engagement. Une telle demande doit intervenir selon certaines modalités particulières prévues par cet article 85 et avant l'attribution du marché.

D'autre part, plusieurs catégories de pouvoirs locaux sont soumis à une sorte de « délai d'attente » entre la date à laquelle ils prennent la décision d'attribuer leur marché et le moment où cette décision peut être exécutée (notamment par la conclusion du marché). Ce « délai d'attente », qui s'applique à la majorité des décisions d'attribution lorsqu'elles doivent être transmises *in extenso* à l'autorité de tutelle, correspond au délai nécessaire pour la transmission de l'acte à l'administration régionale auquel il convient d'ajouter le délai légal pour l'exercice de la tutelle administrative sur l'acte. Il importe dès lors pour ces pouvoirs adjudicateurs de veiller à ce que le délai de validité de l'offre choisie n'expire pas avant l'expiration du délai de tutelle lui-même.

Au cours de la période de référence, l'administration régionale a néanmoins déjà eu l'occasion de constater que le délai de validité de certaines offres avait déjà expiré ou allait expirer avant la fin du « délai d'attente » précité alors que le pouvoir local aurait pu faire application de l'article 58 précité pour pallier ce risque.

1.4.5.2.13. Décision ayant pour objet le retrait d'une décision d'attribution antérieure - motivation lacunaire et conséquences

Selon la jurisprudence du Conseil d'État, un acte administratif individuel créateur de droit ne peut être retiré sans habilitation législative particulière que pour autant qu'il soit entaché d'illégalité et que le retrait intervienne à un moment où il est encore susceptible d'être annulé par le Conseil d'État, soit endéans les soixante jours à compter de la notification de l'acte ou de sa publication. Toutefois, le retrait est permis sans aucune limite de temps si l'acte est entaché d'une irrégularité telle qu'il y a lieu de le tenir pour inexistant ou s'il a été pris à la suite de manœuvres frauduleuses ou encore si une disposition légale expresse autorise ce retrait (C.E. (8^e ch.), 9 juillet 2015, n° 231.908, Wilmus).

74

En outre, en application des articles 1^{er} et 2 de la loi 1991 motivation, cette décision de retrait doit faire l'objet d'une motivation formelle.

L'administration régionale a néanmoins constaté dans certaines décisions de retrait d'acte prises par des pouvoirs locaux que le pouvoir local n'évoquait que très succinctement le respect des conditions dans le cadre desquelles une décision de retrait peut intervenir, le risque potentiel d'annulation de l'acte retiré par le Conseil d'État, l'irrégularité justifiant le retrait et son impact sur la concurrence effective ou encore l'impact de ce retrait sur la procédure de passation en cours ou sur le marché qui serait déjà conclu (notamment la question du dédommagement du préjudice).

Après avoir retiré sa décision par laquelle il attribuait un marché public, un pouvoir local doit prendre formellement une nouvelle décision, à savoir soit une nouvelle décision d'attribution dans le but de conclure le marché, soit une décision par laquelle il renonce à la passation du marché, telle que visée à l'article 4, 9°, de la loi 2013 recours. Dans ce cas, il peut ensuite encore décider de lancer une nouvelle procédure de passation pour son marché. Il arrive cependant que le pouvoir local omette de prendre cette nouvelle décision de sorte que la procédure de passation reste pendante.

Il convient finalement de rappeler qu'un pouvoir local ne peut retirer une décision qui a déjà été annulée ou a déjà fait l'objet d'un constat de nullité de plein droit à la suite de l'exercice de la tutelle administrative puisqu'en effet, l'acte est alors supposé n'avoir jamais existé ni produit d'effets juridiques.

1.4.6. Marchés publics en cours d'exécution

1.4.6.1. Modification d'un marché public en cours d'exécution sans nouvelle procédure de passation - problèmes de motivation - manque de transparence

L'article 2, 24°, de l'AR RGE définit une modification du marché public comme suit : « toute adaptation des conditions contractuelles du marché, du concours ou de l'accord-cadre en cours d'exécution. »

Les règles relatives aux modifications des marchés publics et accords-cadres se trouvent aux articles 37, 38 et 38/1 à 38/19 de l'AR RGE. Conformément à l'article 37 précité, les marchés publics et accords-cadres ne peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de passation de marché que dans les cas prévus à la Section 5 « Modifications au marché » du Chapitre 2 « Dispositions communes aux marchés de travaux, de fournitures et de services » de l'AR précité.

Toute décision de modification d'un marché public en exécution doit être prise par l'organe compétent, conformément à l'article 169, alinéa 2, de la loi 2016 MP.

En outre, tout acte administratif d'une autorité administrative doit faire l'objet d'une motivation formelle, conformément à l'article 2 de la loi 1991 motivation. L'article 3 de cette même loi dispose en outre que la « motivation exigée consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision. Elle doit être adéquate. »

Une motivation suffisante en fait et en droit, conformément à l'article 3 précité, suppose donc que chaque décision relative à une modification d'un marché public en cours d'exécution sans nouvelle procédure de passation, conformément à l'article 37 susmentionné de l'AR RGE, renvoie à un des cas d'application visés à la Section 5 du Chapitre 2 de ce même AR et que cette décision précise de manière circonstanciée les faits qui justifient une telle modification.

75

Aujourd'hui, la version la plus récente de l'AR RGE est d'application, mais le cas échéant, il convient d'abord de déterminer le régime juridique spécifique applicable au marché considéré – un marché en cours d'exécution peut en effet être soumis à une version précédente de la loi sur les marchés publics.

Dans la pratique, l'administration régionale constate malheureusement souvent que ce n'est pas le cas et que ni les éléments juridiques, ni les éléments de fait justifiant la décision ne sont indiqués. Dans certains cas, il existe bien une référence à une disposition légale mais la satisfaction à une partie ou à l'ensemble des conditions de recours à cette disposition n'est pas établie dans la motivation de la décision. Tel a par exemple été le cas dans une décision de modifier un marché public en cours d'exécution motivée en droit par le recours à l'article 38/1 de l'AR RGE, où la condition relative au fait que le changement de contractant présenterait un inconvénient majeur ou une augmentation substantielle des coûts pour l'adjudicateur n'a pas été évoquée ni sa satisfaction démontrée. Dans un autre cas, la motivation en droit renvoyait à la fois à l'article 38/1 de l'AR RGE qu'à certains articles de la loi 2016 MP (art. 92) et de l'AR 2017 passation (art. 6, 7 et 24), laissant supposer qu'il existe une certaine confusion en ce qui concerne le fait qu'il s'agissait de modifier un marché public en cours d'exécution.

De plus, l'administration régionale a constaté que les annexes mentionnées dans l'acte de certains dossiers n'ont pas été transférées.

En l'absence ou à défaut d'une telle motivation adéquate en fait et/ou en droit dans la décision de l'organe compétent, il y a par définition un manquement au principe fondamental de transparence visé à l'article 4 de la loi 2016 MP, étant donné que la base juridique et les circonstances de fait de la modification sont insuffisamment voire ne sont pas démontrées. Il est plus particulièrement impossible d'en déduire que la loi a été respectée et que la législation sur les marchés publics n'a pas été enfreinte.

1.4.6.2. Modification d'un marché public en cours d'exécution - articles 38/1 et 38/2 de l'AR RGE applicables

Les articles 20 et 21 de l'arrêté royal du 22 juin 2017 modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 16 février 2017 modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services ont respectivement remplacé le contenu des articles 37 et 38 de l'AR RGE et intégré de nouveaux articles (38/1 à 38/19) dans ce même arrêté royal. Ces articles sont entrés en vigueur le 30 juin 2017. Par conséquent, ils ne s'appliquent qu'aux marchés publiés ou qui auraient dû être publiés à partir du 30 juin 2017 ainsi qu'aux marchés pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à introduire une offre a été lancée à partir de cette date. Cette interprétation découle du principe de non-rétroactivité des lois (article 2 du Code civil) ainsi que du principe selon lequel les conventions tiennent lieu de loi aux parties (article 1134 du Code civil).

Parmi les nouvelles dispositions, on retrouve les articles 38/1 et 38/2 qui se rapportent à des marchés complémentaires. En cas d'application d'un de ces deux articles, l'article 38/19 impose, pour les marchés dont la valeur estimée atteint le seuil fixé pour la publicité européenne, la publication d'un avis de modification au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des adjudications.

Or, selon l'ancienne législation relative aux marchés publics (loi 2006 MP et ses arrêtés d'exécution), les marchés complémentaires visés à l'article 26, § 1^{er}, 2^o, a), 3^o, b), et 3^o, c), de la loi 2006 MP figuraient parmi les cas permettant le recours à la PNSP (à certaines conditions). Ils étaient donc formellement considérés comme de nouveaux marchés.

Le législateur fédéral a décidé de pallier cette incohérence *via* les articles 13, 14 et 61 de l'AR 2018 multi. Sur base des articles 13 et 14 précités, respectivement entrés en vigueur le 30 juin 2017 et le 28 avril 2018, les articles 38/1 et 38/19, d'une part, et 38/2, d'autre part, sont désormais également applicables aux marchés publiés ou qui auraient dû être publiés avant le 30 juin 2017 ainsi que pour les marchés pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à introduire une offre a été lancée avant cette date. Le Rapport au Roi qui précédait la publication de l'AR 2018 multi précise à ce sujet : « En cas de modification du marché sur la base des articles 38/1 et 38/2, le marché en cours le 30 juin 2017 reste bien entendu soumis à l'ensemble des règles prévues par l'arrêté royal du 14 janvier 2013 dans sa version antérieure au 30 juin 2017. Seules les modifications sur la base des articles 38/1 et 38/2 doivent répondre aux conditions de ces articles tels qu'insérés par l'arrêté royal du 22 juin 2017. Les prestations issues de ces modifications restent bien soumises à l'arrêté royal du 14 janvier 2013 dans sa version antérieure au 30 juin 2017. »

Le nouvel article 37 précité dispose que les « marchés et les accords-cadres ne peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de passation de marché que dans les cas prévus dans la présente section. » Il s'agit de la Section 5 du Chapitre 2 de l'AR RGE relative aux modification des marchés publics en cours d'exécution. S'agissant d'une dérogation au principe de concurrence, les conditions d'application des articles 38 à 38/19 de cet arrêté royal sont de stricte interprétation. Lorsqu'ils ont besoin de commander des travaux, fournitures ou services complémentaires ou de modifier un marché en cours d'exécution à la suite de circonstances imprévisibles pour lui, le pouvoir adjudicateur doit dès lors non seulement vérifier les règles applicables mais il doit par ailleurs prendre une décision dûment motivée en droit (référence à la disposition qui autorise cette modification) et en fait (éléments qui confirment qu'il est satisfait aux conditions d'application de la disposition légale ainsi évoquée).

L'administration régionale a cependant dû intervenir à plusieurs reprises dans le cadre de l'exercice de la tutelle administrative au cours de la période de référence suite au constat d'une motivation inadéquate (invocation d'une autre disposition légale sans référence à l'article 38/1 ou 38/2 précité, pourtant applicable), incomplète voire absente de la décision de modifier le marché pour un des cas visés aux articles 38/1 et 38/2 susmentionnés.

1.4.6.3. Modification d'un marché public en cours d'exécution – modification substantielle

Tel qu'entré en vigueur le 30 juin 2017, l'article 37 de l'AR RGE pose le principe selon lequel les marchés et les accords-cadres ne peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de passation de marché que dans les cas prévus dans la Section 5 du Chapitre 2 de cet arrêté royal.

Dans cette section, on retrouve plus particulièrement l'article 38/6 qui détermine ce qu'il convient de considérer comme une modification substantielle d'un marché ou d'un accord-cadre, nécessitant l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation. Il s'agit d'une modification qui rend le marché ou l'accord-cadre sensiblement différent par nature de celui conclu au départ. C'est une notion assez vague, qui n'est pas définie par ailleurs. Cependant, le législateur a listé certains cas qui doivent être considérés comme des modifications substantielles :

- la modification introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission d'autres candidats que ceux retenus initialement ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement acceptée ou auraient attiré davantage de participants à la procédure de passation du marché ;
- la modification modifie l'équilibre économique du marché ou de l'accord-cadre en faveur de l'adjudicataire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché ou l'accord-cadre initial ;
- la modification élargit considérablement le champ d'application du marché ou de l'accord-cadre ;
- lorsqu'un nouvel adjudicataire remplace celui auquel l'adjudicateur a initialement attribué le marché dans d'autres cas que ceux prévus à l'article 38/3.

L'article 38/6 précité ne s'applique tel quel qu'aux marchés publiés ou qui auraient dû être publiés à partir du 30 juin 2017 ainsi qu'aux marchés pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à introduire une offre a été lancée à partir de cette date.

77

Pour les autres marchés, il convient de tenir compte de la jurisprudence de la Cour de Justice (des Communautés européennes) et notamment de l'arrêt *Presstext* du 19 juin 2008 (C.J.C.E., arrêt *presstext Nachrichtenagentur GmbH c/ Republik Österreich (Bund)*, *APA-OTS Originaltext-Service GmbH et APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, 19 juin 2008, C-454/06, EU:C:2008:351) dont sont extraits les points 34 à 37 repris ci-dessous :

- « 34 En vue d'assurer la transparence des procédures et l'égalité de traitement des soumissionnaires, des modifications apportées aux dispositions d'un marché public pendant la durée de sa validité constituent une nouvelle passation de marché au sens de la directive 92/50 lorsqu'elles présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial et sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce marché (voir, en ce sens, arrêt du 5 octobre 2000, *Commission/France*, C-337/98, Rec. p. I-8377, points 44 et 46).
- 35 La modification d'un marché public en cours de validité peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement choisie.
- 36 De même, une modification du marché initial peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus. Cette dernière interprétation est confirmée à l'article 11, paragraphe 3, sous e) et f), de la directive 92/50, lequel impose, pour les marchés publics de services ayant pour objet, exclusivement ou majoritairement, des services figurant à l'annexe I A de cette directive, des restrictions quant à la mesure dans laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à la procédure négociée pour attribuer des services en supplément de ceux faisant l'objet d'un marché initial.
- 37 Une modification peut également être considérée comme substantielle lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial. »

Les conditions de l'article 38/6, alinéa 2, de l'AR RGE diffèrent uniquement de l'arrêt Presstext précité en ce qu'il prévoit un cas supplémentaire de modification substantielle : le fait que la modification introduise des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale de passation, auraient également attiré davantage de participants à la procédure de passation.

À titre d'exemple de modification substantielle, l'administration régionale est intervenue sur une décision de modifier un marché en cours d'exécution qui avait pour effet d'élargir considérablement le champ d'application du marché. En effet :

- le marché initial a été passé en PNSP sur base du seul article 17, § 2, 1°, a), de la loi 1993 MP. Le recours à ce mode de passation n'était admis que si la dépense à approuver ne dépasse pas 67.000 euros hors TVA. Le nouveau montant estimé des honoraires s'élève à 655.167,73 euros TVA comprise ;
- la mission portait initialement sur des prestations d'architecte. Le pouvoir adjudicateur impose à l'adjudicataire du marché initial de disposer de capacités techniques supplémentaires (études de stabilité et de techniques spéciales). Le dossier transmis à l'administration régionale ne contient aucune pièce justificative relative au fait que ce prestataire dispose de ces nouvelles capacités.

Dans cet exemple, le pouvoir adjudicateur ne justifiait par ailleurs ni en fait, ni en droit que l'adjudicataire du marché initial est le seul à pouvoir effectuer les nouvelles prestations demandées.

Dans le cadre d'un autre dossier, la modification envisagée (travaux complémentaires) relevait d'une agrégation différente de celle qui était requise au départ pour l'attribution du marché, élargissant de la sorte considérablement le champ d'application de ce marché.

Enfin, il paraît utile de rappeler que, depuis le 30 juin 2017, l'article 62/1, 1°, de l'AR RGE ajoute une nouvelle hypothèse particulière de résiliation, en permettant au pouvoir adjudicateur, sans préjudice de l'application d'une mesure d'office, de résilier un marché qui a fait l'objet d'une modification substantielle qui aurait requis l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation sur la base des articles 37 à 38/19 de l'AR RGE.

1.5. Points spécifiques relatifs à la gestion de la crise sanitaire liée au COVID-19

Les années 2020 et 2021 ont été particulièrement impactées par les difficultés liées à la gestion de la crise sanitaire liée au COVID-19. Les marchés publics ne font pas exception. De nombreuses questions se sont posées sans pour autant que la réglementation ait pu y apporter des réponses simples et univoques.

Trois articles ont été publiés sur le site de BPL pour guider les agents des pouvoirs locaux dans leur réflexion :

- focus du 26 mars 2020 : « Le COVID-19 n'empêche pas tout, n'explique pas tout et ne justifie pas tout... » ;
- actualité du 8 avril 2020 : « Gestion de la crise liée au COVID-19 : orientations de la Commission européenne sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la COVID-19 (2020/C 108 I/01) » ;
- actualité du 22 avril 2020 : « Gestion de la crise liée au COVID-19 : conséquences sur les marchés publics. Recommandations du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale à l'attention des pouvoirs adjudicateurs bruxellois ».

Ces informations ont également été transmises au Groupe de Travail et d'Informations sur les marchés publics (GTI MP) en vue d'assurer leur diffusion auprès de ses membres.

Par ailleurs, même en plein cœur de la crise et malgré une obligation de télétravailler à temps plein rendant la communication quelque peu plus compliquée, les agents traitants de la direction des Marchés publics locaux ont continué d'exécuter leur mission de conseil et de soutien au profit des pouvoirs locaux bruxellois (voir le point 2 ci-après).

1.5.1. Compétence décisionnelle - motivation inadéquate ou absente de l'urgence

Une décision a été prise au motif de l'urgence par le bureau permanent d'un CPAS sur base de l'article 1^{er}, § 1^{er}, de l'arrêté de pouvoirs spéciaux du 6 avril 2020 du Collège réuni de la Commission communautaire commune n° 2020/02 visant à assurer le fonctionnement des centres publics d'action sociale durant la période de la crise sanitaire COVID-19. L'article précité dispose que, pour une durée de 60 jours à compter du 16 mars 2020, les attributions du conseil de l'action sociale, autres que celles visées à l'article 110, § 1^{er}, de la LO CPAS, peuvent être exercées par le bureau permanent uniquement dans la mesure où l'urgence de son action est motivée au regard de la crise sanitaire du COVID-19. Le bureau permanent précise uniquement que la décision doit être prise en urgence sans attendre la fin des mesures exceptionnelles établies et mises en pratique pour répondre aux problèmes résultant du contexte de pandémie. Cependant cette motivation est de nature très vague et, en l'absence de tout élément concret en lien avec la gestion de la crise sanitaire du COVID-19, elle ne permet pas de connaître les motifs réels qui ont conduit à l'intervention du bureau permanent. L'intervention du bureau permanent sur base de la disposition précitée n'est pas autrement justifiée. La décision susvisée n'est dès lors pas motivée adéquatement en fait et en droit en contradiction avec les dispositions de l'article 3 de la loi 1991 motivation. Il en résulte une incompétence de l'auteur de l'acte, en contradiction avec l'article 1^{er}, § 1^{er}, de l'arrêté du 6 avril 2020 susmentionné et les articles 24 et 27, § 1^{er}, 5°, de la LO CPAS.

Dans un autre dossier, le bureau permanent d'un CPAS a pris la décision d'approuver les conditions d'un marché public de fournitures relatif à l'achat de produits lessiviels pour la période du 1^{er} juillet 2020 au 30 avril 2024 ainsi que la liste des firmes à consulter. Contrairement à l'article 3 de la loi 1991 motivation qui impose que tout acte administratif soit dûment motivé en fait et en droit, le bureau permanent n'a pas motivé en droit sa compétence à prendre cette décision et n'a pas mentionné l'existence d'une éventuelle délégation de pouvoirs du conseil de l'action sociale au bureau permanent pour prendre cette décision à sa place. Dans la version française de la délibération uniquement, le bureau permanent a seulement justifié son intervention dans les faits par référence aux mesures prises par le Fédéral en vue de favoriser la distanciation sociale en cette période de COVID-19 et à l'incertitude

qui règne quant au respect du calendrier de séances initialement prévues et la nécessité de passer rapidement ce marché public. Toutefois, s'agissant de conclure un marché public pour une période de près de 4 ans, les éléments précités ne sont pas de nature à démontrer une situation d'urgence impérieuse, telle que celle visée à l'article 84, § 3, de la LO CPAS. Il a dès lors été considéré que la décision du bureau permanent d'exercer de sa propre initiative les pouvoirs du conseil de l'action sociale n'était pas dûment motivée.

1.5.2. Recours à la procédure négociée sans publication préalable au motif de l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles - motivation incomplète ou inadéquate

La PNSPP est une procédure de passation d'exception et, conformément aux dispositions de l'article 35, alinéa 2, de la loi 2016 MP, le pouvoir adjudicateur ne peut y recourir que dans les cas et circonstances expressément visés à l'article 42 de cette loi.

Ainsi, l'article 42, § 1, alinéa 1^{er}, 1^o, b), de la loi 2016 MP, invoqué à maintes reprises par des pouvoirs locaux bruxellois pour passer des marchés publics en urgence durant la période de confinement, fixe les conditions de recours suivantes, qu'il s'agisse de marchés publics de travaux, de fournitures ou de services :

- il faut en démontrer la stricte nécessité ;
- une situation d'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur ;
- les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne peuvent, en aucun cas, être imputables au pouvoir adjudicateur ;
- il n'est pas possible pour le pouvoir adjudicateur de respecter les délais exigés par la procédure ouverte, la procédure restreinte ou la PCAN.

La satisfaction à chacune de ces conditions doit faire l'objet d'une motivation formelle par le pouvoir adjudicateur, conformément aux dispositions de l'article 4, alinéas 1^{er}, 1^o à 3^o, et 2, de la loi 2013 recours.

80

Or, dans le cadre de la passation de certains marchés publics, l'administration régionale a mis en avant le caractère incomplet ou inadéquat de la motivation en fait de certaines décisions. Si le caractère imprévisible pour le pouvoir adjudicateur de l'ampleur et de l'évolution des mesures de gestion de la crise sanitaire pouvait être admis (élément mentionné dans la décision), encore fallait-il que le pouvoir adjudicateur motive dans les faits la satisfaction aux autres conditions reprises ci-dessus, notamment :

- la situation d'urgence impérieuse invoquée ;
- le lien entre les événements imprévisibles précités et ladite situation d'urgence impérieuse ;
- les considérations de fait qui justifient l'impossibilité pour le pouvoir adjudicateur de respecter les délais (mêmes réduits au maximum conformément à la loi) applicables aux trois procédures de passation susmentionnées.

Dans un dossier particulier, l'administration régionale a constaté que, malgré la situation d'urgence impérieuse invoquée par un pouvoir local bruxellois pour appliquer la disposition précitée :

- près de 36 jours se sont écoulés entre la date de la décision portant choix de la PNSPP (5 octobre 2021) et la date limite pour la réception des offres (10 novembre 2021). Or, le délai minimal de réception des offres en procédure ouverte, qui est en principe de 35 jours (en application de l'article 36, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi 2016 MP), peut être réduit à 30 jours lorsque les offres doivent être transmises par voie électronique, voire à 15 jours en cas d'urgence dûment justifiée (article 36, §§ 3 et 4, de la même loi) ;

- plus de 40 jours séparaient la date de remise des offres (10 novembre 2021) de celle de l'attribution du marché (12 décembre 2021) alors que seules trois offres ont été déposées et que l'analyse de celles-ci n'a soulevé aucun problème particulier. À cet égard, le Conseil d'État a déjà considéré que des « délais de 35, 39 et 63 jours entre le dépôt des offres et la notification des décisions litigieuses dément *prima facie* l'urgence impérieuse invoquée par les parties adverses à devoir absolument conclure les marchés en cause » et qu'« il résulte des délais de notification des décisions attaquées (35, 39 et 63 jours) qu'il ne semblait pas impossible de prévoir un délai de dépôt des offres de 15 jours qui est applicable, en cas d'urgence, aux procédures ouvertes » (C.E. (6^e ch.), 18 décembre 2020, n° 249.291, SA Les Entreprises Melin).

Dans un autre dossier, une commune bruxelloise a pris la décision, en date du 16 mars 2021, de recourir à la disposition précitée pour passer un marché public par PNSPP pour un marché public de services intérimaires (personnel médical (médecin), personnel dédié à la vaccination et personnel administratif dans le cadre de l'ouverture imminente d'un centre de vaccination. Elle a motivé cette décision par le fait que « l'urgence impérieuse, découlant d'un événement imprévisible à savoir la pandémie de Covid-19 est incompatible avec les délais normaux de mise en concurrence dans la mesure où elle contraint le pouvoir adjudicateur à faire face à des situations immédiates et urgentes à court terme afin d'endiguer la crise, comme c'est le cas en l'espèce ». L'administration régionale a rappelé à ce pouvoir local bruxellois le caractère inadéquat de cette justification compte tenu des éléments suivants :

- la pandémie de COVID-19 a été déclarée comme telle par l'OMS à partir du 11 mars 2020 ;
- la COCOM a décidé d'implanter un centre de vaccination dans cette commune en date du 14 janvier 2021 ;
- le choix du lieu d'implantation du centre a été décidé en date du 22 janvier 2021.

Comme expliqué ci-dessus, les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne peuvent, en aucun cas, être imputables au pouvoir adjudicateur. En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a pris la décision précitée deux mois après que la décision d'implanter le centre de vaccination ait été prise et la durée de ce délai n'a pas autrement été justifiée dans la décision.

1.5.3. Clause de reconduction

Le bureau permanent d'un CPAS a conclu un contrat de fournitures d'une connexion internet pour une durée minimale d'un an renouvelable *via* un marché public de faible montant. Un des considérants de la décision faisait référence à de « nouveaux besoins et dispositions auxquels doit faire face l'administration durant cette crise sanitaire COVID-19 ». Toutefois, le nombre, la durée et les modalités de la ou des reconductions envisagées ne sont pas précisés. Suite à cela, l'administration régionale a rappelé la nécessité d'évaluer le moment venu si le renouvellement du marché trouvera encore sa justification dans le cadre de la gestion de la crise sanitaire du COVID-19.

1.5.4. Clauses de réexamen spécifiques

La difficulté de rédiger des clauses de réexamen conformes aux dispositions de l'article 38 de l'AR RGE et les conséquences éventuelles de la non-conformité de la clause contractuelle prévue dans les documents du marché ont déjà été commentées au point 1.4.4.17 ci-avant.

Durant la crise sanitaire liée au COVID-19, plusieurs difficultés ont été mises en lumière en ce qui concerne l'exécution des marchés publics et plusieurs pouvoirs locaux ont reçu des demandes d'adjudicataires en vue de revoir les conditions initiales d'un marché en cours d'exécution en raison de l'indisponibilité du personnel ou des matériaux, des surcoûts liés à des mesures visant à garantir la distanciation sociale... Dès lors, quelques pouvoirs locaux ont choisi d'ajouter une ou plusieurs clauses contractuelles spécifiquement liées à cette situation de crise (par exemple, une clause permettant la suspension de l'exécution du contrat sous certaines conditions liées à des mesures prises au niveau de l'État fédéral). Toutefois, l'administration régionale a constaté que ces clauses ne répondaient pas aux exigences de l'article 38 précité, notamment qu'elles n'étaient ni claires, ni précises, ni univoques. En ce sens, elles peuvent être jugées abusives.

Par ailleurs, dans le cas de l'exemple susmentionné, elle a également rappelé que tous les cas possibles couverts par ladite clause n'exigent pas nécessairement la suspension de l'exécution du marché et qu'une analyse au cas par cas devrait être réalisée.

En ce qui concerne plus spécifiquement l'article 38/9 de l'AR RGE, l'administration régionale a également signalé que pour les offres dont la date limite de réception était ultérieure au 18 mars 2020, il devenait de plus en plus difficile et de moins en moins juridiquement acceptable d'invoquer l'application de cette disposition pour justifier une modification des conditions d'un marché public en cours d'exécution en raison de ce confinement.



2. Rôle de conseil et de soutien en matière de marchés publics au profit des pouvoirs locaux bruxellois

Dans son exposé introductif du rapport relatif au projet de l'ordonnance du 14 mai 1998 organisant la tutelle administrative sur les communes de la Région de Bruxelles-Capitale, le Ministre-Président s'exprimait en ces termes : « La mission de contrôle de légalité est importante mais je pense que les communes devraient discuter davantage avec la tutelle au moment où elles préparent leurs dossiers ».

Si, au sein de BPL, la direction des Marchés publics locaux a, au cours des années, progressivement mis en place et développé un rôle de conseil et de soutien en matière de marchés publics au profit des pouvoirs locaux bruxellois (et également, mais plus occasionnellement, au profit des pouvoirs régionaux bruxellois), ce rôle, non reconnu dans un quelconque texte légal, n'a revêtu un caractère plus officiel et s'est transformé en une réelle mission de conseil qu'à l'occasion de la réforme de la tutelle administrative sur les communes en 2016 et plus particulièrement suite à la publication au Moniteur belge de la circulaire régionale du 8 septembre 2016 y relative.

Cette mission s'est accentuée parallèlement au développement des contacts et d'un environnement plus propice aux échanges professionnels entre les agents des pouvoirs locaux et les membres de la direction des Marchés publics locaux. En 2020 et en 2021, cela représentait plusieurs centaines de demandes de conseil à traiter par une dizaine d'agents.

Cela n'est possible que suite à un travail permanent de mise à jour et de développement des connaissances et à la mise en place d'une collaboration interne au niveau de la direction des Marchés publics locaux.

83

Aucune formalité particulière n'est imposée pour adresser une demande de conseil ou de soutien à la direction des Marchés publics locaux. Sauf exceptions, chaque demande de conseil est traitée par l'agent désigné pour le traitement des « dossiers tutelle » du pouvoir local concerné. Toutefois, pour certains dossiers plus spécifiques ou plus complexes ou dans un but pédagogique, il arrive que plusieurs agents traitants de cette direction interviennent conjointement dans le cadre du traitement de demande de conseil, au besoin avec le support de la responsable de la direction. À défaut de connaître les coordonnées de l'agent traitant ainsi désigné, toute nouvelle demande de conseil ou de support en matière de marchés publics ou de contrats de concession peut être adressée par mail à l'adresse générique de cette direction (mpu@sprb.brussels) ou à celle de BPL (pouvoirs-locaux@sprb.brussels). La cellule 'coordination et secrétariat' de la direction des Marchés publics locaux se chargera dans ce cas de la transmettre à la bonne personne. Par la suite, les contacts directs entre le demandeur et l'agent traitant sont privilégiés.

S'il est en général annoncé un délai de réponse de cinq jours ouvrables, dans la pratique, différents facteurs tels que la complexité du conseil à donner, la nécessité de reformuler une demande de conseil peu claire ou de demander des informations complémentaires, la taille des documents à parcourir, le niveau d'expertise de l'agent, peuvent impacter, favorablement ou défavorablement, ce délai. L'absence ou l'importance de la charge de travail de l'agent traitant au moment où la demande de conseil lui est transmise sont d'autres éléments qui peuvent influencer le délai de réponse, la priorité devant toujours être donnée aux tâches relatives à l'exercice de la tutelle et/ou, occasionnellement, à certains projets de la direction ou de BPL.

Le conseil peut prendre des formats différents : réponse orale (par téléphone ou en réunion) ou réponse écrite (par mail). Le soutien consiste davantage dans un accompagnement individualisé, généralement dans le cadre d'un projet complexe. Dans les deux cas, cette mission n'est exercée qu'en réponse à une demande adressée à la direction des Marchés publics locaux ou à un de ses agents traitants.

L'exercice de ce rôle de conseil et/ou d'accompagnement est cependant soumis à certaines contraintes :

- il n'appartient pas au demandeur de choisir l'agent qui traitera sa demande de conseil. Comme expliqué ci-dessus, ce choix fait l'objet de décisions internes au niveau de la direction des Marchés publics locaux ;
- la qualité et l'adéquation du conseil donné sont en grande partie conditionnées par la qualité et la complétude des informations et des questions transmises par le demandeur ainsi que par le délai de réponse précisé dans la demande ;
- le conseil et le soutien ne sont pas donnés de manière instantanée, sauf rares exceptions. Le demandeur doit notamment tenir compte du temps nécessaire à la prise de connaissance de la demande et des informations qu'elle contient et celui relatif à la préparation d'une réponse appropriée. Dans certains cas, l'organisation d'une ou de plusieurs réunions avec le demandeur est nécessaire ;
- le demandeur doit prévoir le temps nécessaire pour prendre connaissance et intégrer la réponse qui lui est communiquée ainsi que pour adapter, si nécessaire, ses documents avant toute prise de décision par l'organe décisionnel compétent ;
- une fois la décision prise par l'organe décisionnel compétent, la mission de conseil s'arrête et la mission de tutelle commence. Il arrive que le demandeur soit invité à préciser le délai dans lequel cette décision devrait être prise afin de s'assurer que le conseil donné interviendra en temps utile avant la date de la décision ;
- les rapports entre l'agent traitant de la direction des Marchés publics locaux et le demandeur doivent être basés sur une relation de confiance mutuelle. Cependant, il convient de rappeler que le conseil donné ou l'accompagnement mis en place par les agents traitants de la direction, l'est sans préjudice de l'exercice ultérieure de la tutelle. Il peut en effet arriver qu'une mesure de tutelle soit prise après qu'un conseil ait été donné par l'agent traitant, notamment lorsque ce conseil n'a pas été suivi ou qu'il a été mal interprété.



Conclusion

Selon un proverbe chinois, l'homme apprend de ses erreurs et le sage de celles des autres. Le présent document n'avait d'autre prétention que de permettre aux acheteurs publics locaux de tirer des enseignements des interventions régionales dans le cadre de l'exercice de la tutelle administrative sur les dossiers relatifs aux marchés publics des pouvoirs locaux bruxellois, dans l'espoir qu'ils adaptent leurs pratiques lorsque cela s'avère nécessaire.

Ce document était également l'occasion de rappeler la mission de conseil et de support que la direction des Marchés publics locaux de BPL exécute depuis de nombreuses années, notamment au profit des pouvoirs locaux bruxellois et toujours à leur demande. Outre le réseau de personnes de contact qui s'est construit entre les agents de cette direction et ceux des pouvoirs locaux au fur et à mesure des demandes de conseil, c'est également, pour les agents traitants de la direction des Marchés publics locaux, une opportunité de mettre au défi et développer leurs connaissances et de se rapprocher de la réalité qui se cache derrière les dossiers administratifs dont ils ont la charge.

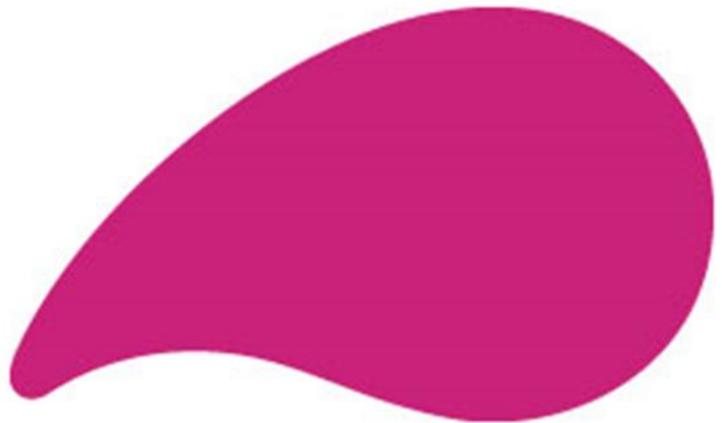




Table des matières

Avant-propos	3
Liste des abréviations	5
1. Éléments ayant fait l'objet d'une intervention lors de l'exercice de la tutelle administrative	7
1.1. Compétence décisionnelle	7
1.1.1. Confusion quant à l'auteur de l'acte	8
1.1.2. Violation des règles de compétence relatives au choix de la procédure de passation et à la fixation des conditions du marché – défaut de motivation de la compétence du collège des bourgmestre et échevins	8
1.1.3. Violation des règles de compétence relatives au choix de la procédure de passation et à la fixation des conditions du marché – défaut de motivation de la compétence du collège de police	9
1.1.4. Violation des règles de compétence relatives au choix de la procédure de passation et à la fixation des conditions du marché – recours abusif aux exceptions prévues par la loi	10
1.1.4.1. Recours à des hypothèses non prévues par le législateur	10
1.1.4.2. Interprétation erronée des conditions d'application d'une exception – méconnaissance d'une modification législative	11
1.1.4.3. Acte pris en dépassant les limites de l'habilitation légale – abus de pouvoir	12
1.1.4.4. Interprétation hasardeuse des conditions d'application d'une exception – absence d'un arrêté d'exécution autorisant la délégation	12
1.1.4.5. Acte de délégation dépassant les limites de l'habilitation légale – abus de pouvoir	12
1.1.4.6. Violation des pouvoirs attribués par la loi au collège de police	13
1.1.5. Non-respect des règles de compétence décisionnelle en cas de recours à un accord-cadre conclu par une centrale d'achat	13
1.1.6. Engagement budgétaire décidé par un organe sans habilitation légale	14
1.1.7. Choix de l'exercice budgétaire pour l'imputation de la dépense après la désignation de l'adjudicataire du marché	14
1.1.8. Modification des conditions du marché au cours de la procédure de passation sans nouvelle décision de l'organe compétent (hors phase de négociation)	15
1.1.9. Les décisions « deux-en-un »	15
1.1.10. Non-attribution et changement de procédure de passation d'un marché public – incompétence de l'auteur de l'acte	17
1.2. Non-respect des règles de tutelle	18
1.2.1. Transmission d'un dossier incomplet à l'autorité de tutelle	18
1.2.2. Actes repris à tort sur la liste des actes	19
1.2.3. Transmission tardive d'actes et de listes d'actes à l'autorité de tutelle	19
1.2.4. Non-respect du caractère non-exécutoire d'une décision d'attribution	20
1.3. Non-respect des règles sur l'emploi des langues en matière administrative	21
1.3.1. Publication unilingue dans le cadre d'une procédure soumise à une obligation de publicité	21

1.3.2.	<u>Discordances entre les versions linguistiques des documents transmis à la tutelle</u>	22
1.3.3.	<u>Unilinguisme de décisions de sélection et d'attribution après réception de demandes de participation et d'offres établies en français et en néerlandais</u>	22
1.4.	<u>Non-respect des règles en matière de marchés publics et d'agrément des entrepreneurs</u>	23
1.4.1.	<u>Conclusion de contrats publics avec des tiers sans mise en concurrence, ni publicité</u>	23
1.4.1.1.	<u>Conclusion de contrats publics avec d'autres personnes morales de droit public sans mise en concurrence, ni publicité : absence de justification</u>	23
1.4.1.2.	<u>Désignation d'un adjudicataire en l'absence d'une décision préalable relative au choix de la procédure de passation et à la fixation des conditions du marché et en l'absence d'une décision formelle préalable de confier la passation de ce marché public à un autre pouvoir adjudicateur</u>	24
1.4.1.3.	<u>Décision relative à la fixation des conditions du marché à portée très limitée</u>	25
1.4.2.	<u>Qualification du marché public</u>	25
1.4.2.1.	<u>Qualification erronée du marché public – impact sur l'application de plusieurs réglementations et sur la mise en concurrence</u>	25
1.4.2.2.	<u>Qualification du marché public en cas d'allotissement</u>	26
1.4.3.	<u>Choix de la procédure de passation</u>	26
1.4.3.1.	<u>Recours à la procédure négociée sans publication préalable - motivation lacunaire, inadéquate ou absente</u>	26
1.4.3.2.	<u>Recours à la procédure négociée sans publicité préalable motivée par une situation d'urgence impérieuse – motivation contredite par les éléments factuels de la procédure de passation</u>	27
1.4.3.3.	<u>Recours à la procédure négociée sans publicité préalable motivée par une situation d'exclusivité – absence de perspective pour sortir à terme de la situation monopolistique invoquée</u>	28
1.4.3.4.	<u>Recours à une procédure de passation d'exception autorisé en fonction du montant estimé du marché ou du montant de la dépense à approuver – motivation erronée en ce qui concerne le seuil applicable</u>	28
1.4.4.	<u>Fixation des documents du marché</u>	29
1.4.4.1.	<u>Non-respect des règles applicables aux moyens de communication</u>	29
1.4.4.2.	<u>Non-respect des règles d'estimation</u>	30
1.4.4.3.	<u>Accords-cadres - adaptation des documents du marché et conséquences des arrêts de la Cour de Justice du 19 décembre 2018 et du 17 juin 2021</u>	32
1.4.4.4.	<u>Confusion entre les notions de marché à tranches ferme(s) et conditionnelle(s) et de clause de reconduction</u>	32
1.4.4.5.	<u>Marché à bordereau de prix – manque de transparence quant à l'ampleur du marché et impact sur les prix</u>	33
1.4.4.6.	<u>Confusion relative à l'identité du pouvoir adjudicateur</u>	33
1.4.4.7.	<u>Incohérences, discordances, erreurs et/ou omissions dans les dossiers transmis à l'autorité de tutelle – non-respect du principe de transparence</u>	34
1.4.4.8.	<u>Exigences minimales – absence en procédure concurrentielle avec négociation – critère d'attribution implicite</u>	36
1.4.4.9.	<u>Variantes et options exigées et autorisées - absence d'exigences minimales – inapplicabilité des critères d'attribution - manque de transparence et risque pour la comparabilité des offres</u>	37
1.4.4.10.	<u>Non-respect du principe de la déclaration sur l'honneur</u>	38

1.4.4.11.	<u>Manquements dans le cadre de la fixation des critères de sélection ayant trait à la capacité économique et financière et/ou aux capacités techniques et professionnelles des opérateurs économiques</u>	39
1.4.4.12.	<u>Manquements dans le cadre de la fixation des critères de sélection ayant trait à l'agrément des entrepreneurs de travaux</u>	42
1.4.4.13.	<u>Difficultés liées à la fixation de critères de réduction du nombre de candidats qualifiés</u>	43
1.4.4.14.	<u>Critères d'attribution</u>	44
1.4.4.14.1.	<u>Critères de sélection qualitative versus critères d'attribution</u>	45
1.4.4.14.2.	<u>Recours à la procédure négociée sans publication préalable – absence de critères d'attribution en dehors des cas autorisés</u>	46
1.4.4.14.3.	<u>Critères d'attribution pas (suffisamment) transparents</u>	46
1.4.4.14.4.	<u>Règle de cotation ne reflétant pas suffisamment la différence de valeur intrinsèque entre les offres</u>	47
1.4.4.14.5.	<u>Règle de cotation comprenant un risque d'effets disproportionnés sur le classement des offres</u>	48
1.4.4.14.6.	<u>Évaluation de la qualité des offres par comparaison avec la meilleure offre</u>	49
1.4.4.14.7.	<u>Critère d'attribution faisant référence à une information qui n'est pas reprise dans les documents du marché – manque de transparence</u>	49
1.4.4.14.8.	<u>Critère d'attribution relatif au prix – discordances en ce qui concerne la composition et la détermination du prix – manque de transparence – risque d'aboutir à des offres incomparables</u>	49
1.4.4.15.	<u>Fonctionnaire dirigeant versus fonctionnaire délégué – confusion et absence de référence à un acte préalable de délégation</u>	50
1.4.4.16.	<u>Cautionnement - absence d'exigence ou clause inadéquate</u>	50
1.4.4.17.	<u>Clauses de réexamen (obligatoires) : absence, incomplétude ou non-conformité aux exigences de l'article 38 de l'AR RGE</u>	51
1.4.4.18.	<u>Absence de clause permettant la facturation électronique</u>	54
1.4.4.19.	<u>Clause sociale incomplète - portée indéterminée - manque de transparence</u>	54
1.4.4.20.	<u>Règles relatives aux marchés publics allotis - mise en œuvre inadéquate</u>	55
1.4.4.21.	<u>Recours à un service externe pour la prévention et la protection au travail (SEPPT) - durée inadéquate</u>	55
1.4.4.22.	<u>Approbation du contenu de l'avis de marché - absence de décision formelle</u>	55
1.4.4.23.	<u>Modification des conditions de plusieurs marchés publics à des stades différents de la passation - motivation (partiellement) absente ou inadéquate – manque de transparence</u>	56
1.4.5.	<u>Sélection et attribution</u>	57
1.4.5.1.	<u>Sélection</u>	57
1.4.5.1.1.	<u>Motivation (partiellement) absente ou inadéquate de la décision de sélection - manque de transparence</u>	57
1.4.5.1.2.	<u>Non-respect des critères de sélection - motivation (partiellement) absente ou inadéquate - manque de transparence</u>	59
1.4.5.1.3.	<u>Marché alloti – absence de décision formelle de sélection par lot</u>	60
1.4.5.1.4.	<u>Impact de la négociation sur le niveau d'exigence en matière d'agrément des entrepreneurs – risque de fausser la concurrence</u>	61
1.4.5.2.	<u>Attribution</u>	61

1.4.5.2.1.	Motivation (partiellement) absente ou inadéquate de la décision d'attribution – manque de transparence	61
1.4.5.2.2.	Négociation – manque de transparence et utilisation de l'email comme mode de transmission des offres	62
1.4.5.2.3.	Vérification des prix - problème ou absence de motivation - manque de transparence	64
1.4.5.2.4.	Non-respect des (sous-)critères d'attribution et/ou de leur pondération relative - manque de transparence	67
1.4.5.2.5.	Méthodologie d'évaluation des offres non préalablement annoncée - imprévisibilité - manque de transparence	68
1.4.5.2.6.	Cotation des offres - motivation absente ou insuffisante - manque de transparence	69
1.4.5.2.7.	Offres inacceptables - motivation inadéquate - atteinte aux principes de transparence et d'égalité de traitement	70
1.4.5.2.8.	Marché alloti – absence d'analyse et d'évaluation des offres par lot – absence de décision formelle d'attribution par lot	72
1.4.5.2.9.	Marché alloti – décisions d'attribution séparées par lot malgré la présentation d'un rabais	73
1.4.5.2.10.	Non-conformité aux exigences techniques - absence de prise de position du pouvoir adjudicateur	73
1.4.5.2.11.	Attribution d'un marché public en l'absence d'une décision formelle préalable relative à la fixation des conditions de ce marché	73
1.4.5.2.12.	Délai de validité des offres dépassé avant la décision d'attribution ou l'expiration du délai de tutelle	73
1.4.5.2.13.	Décision ayant pour objet le retrait d'une décision d'attribution antérieure - motivation lacunaire et conséquences	74
1.4.6.	Marchés publics en cours d'exécution	75
1.4.6.1.	Modification d'un marché public en cours d'exécution sans nouvelle procédure de passation - problèmes de motivation - manque de transparence	75
1.4.6.2.	Modification d'un marché public en cours d'exécution - articles 38/1 et 38/2 de l'AR RGE applicables	76
1.4.6.3.	Modification d'un marché public en cours d'exécution – modification substantielle	77
1.5.	Points spécifiques relatifs à la gestion de la crise sanitaire liée au COVID-19	79
1.5.1.	Compétence décisionnelle - motivation inadéquate ou absente de l'urgence	79
1.5.2.	Recours à la procédure négociée sans publication préalable au motif de l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles - motivation incomplète ou inadéquate	80
1.5.3.	Clause de reconduction	81
1.5.4.	Clauses de réexamen spécifiques	81
2.	Rôle de conseil et de soutien en matière de marchés publics au profit des pouvoirs locaux bruxellois	83
	Conclusion	85
	Table des matières	86

© **Bruxelles Pouvoirs locaux**
Tous droits réservés

De nombreuses autres informations sur Bruxelles
Pouvoirs locaux à l'adresse :
www.pouvoirs-locaux.brussels

Éditeur responsable : Rochdi Khabazi, Directeur général

Dépôt légal: 2023/14.404/8



BRUXELLES POUVOIRS LOCAUX
SERVICE PUBLIC RÉGIONAL DE BRUXELLES

Place Saint-Lazare 2 • 1035 Bruxelles
T +32 (0)2 204 21 11

pouvoirs-locaux@sprb.brussels
www.pouvoirs-locaux.brussels

