

TITRE I :

GENERALITES

CHAPITRE 1 : NOTION DE MARCHE PUBLIC

Un marché public est un **contrat** conclu à titre **onéreux**, par lequel un ou plusieurs **pouvoir(s) adjudicateur(s)** confient à un ou plusieurs opérateurs économique(s) (**adjudicataires**), l'exécution de **travaux**, la **fourniture** de produits ou encore la prestation de **services**.

Pour plus de précisions, il s'agit de reprendre les notions qui composent la définition et de les expliciter.

A. Contrat

Par contrat, il faut entendre la conclusion d'une **convention**, entre deux ou plusieurs personnes juridiques distinctes.

La convention va déterminer l'ensemble des droits et obligations de chacune des parties. Elle constitue le contenu de leur engagement, tant au niveau administratif (exemples: le pouvoir adjudicateur est tenu de payer dans un tel délai, l'adjudicataire est tenu d'être en ordre de paiement des cotisations ONSS) qu'au niveau technique (exemple: la voiture que le pouvoir adjudicateur souhaite acheter doit être bleue, à essence, ...) tout au long de la procédure.

B. Onéreux

D'une manière générale, le caractère onéreux du contrat implique l'existence d'une **contrepartie** à la réalisation de la mission demandée par le pouvoir adjudicateur.

Celle-ci se traduit, le plus généralement, par le paiement d'un **prix**, par le pouvoir adjudicateur, au profit de l'adjudicataire. Toutefois, celle-ci peut prendre la forme d'une **obligation en nature** ou d'une **renonciation à percevoir une recette ou un avantage**.

Ex : Le pouvoir adjudicateur confie à une entreprise le placement de panneaux photovoltaïques. La convention stipule que, si le placement se fera à titre gratuit, le pouvoir adjudicateur doit, quant à lui, renoncer à la perception des certificats verts.

C. Adjudicateur / Pouvoir adjudicateur

La loi introduit une nouvelle terminologie, à savoir, la notion d'adjudicateur.

En utilisant le terme « adjudicateur », la loi entend viser à la fois tout pouvoir adjudicateur (pouvoir public agissant dans les secteurs classiques) et toute entité adjudicatrice (pouvoir public agissant dans les secteurs spéciaux : eau, électricité, services postaux et transports).

Sont entres autres considérés comme pouvoirs adjudicateurs: l'Etat, les Régions, les Communautés, les Provinces et les Communes.

Sont entres autres considérés comme entités adjudicatrices : les intercommunales qui œuvrent dans le domaine de l'eau (Cile,...), de l'énergie (Ores, Resa,...) des transports (SNCB), des services postaux (BPost).

Pour qu'il y ait marché public, la convention doit être conclue obligatoirement avec, au moins, un pouvoir public ayant la qualité d'adjudicateur (pouvoir adjudicateur/entité adjudicatrice) et c'est lui qui sera désigné comme étant la personne responsable du marché public.

Remarque :

Etant donné que le cours portera essentiellement sur le Titre II de la loi relatif aux secteurs classiques, seule la notion de pouvoir adjudicateur sera utilisée ci-après.

D. Tiers adjudicataire

L'adjudicataire est l'opérateur économique désigné, par l'adjudicateur, après mise en concurrence, pour réaliser la mission commandée.

E. Objet du contrat

Comme il se déduit, à la lecture de la définition, il existe trois grands types de marchés publics: les marchés publics de travaux, les marchés publics de fournitures et les marchés publics de services.

Ces notions seront détaillées par la suite.

CHAPITRE 2 : RAISON D'ETRE DE LA REGLEMENTATION

La réglementation sur les marchés publics vise à donner, aux pouvoirs adjudicateurs, un cadre légal à respecter pour que la commande publique se déroule dans les meilleures conditions.

En effet, il s'agit de gérer au mieux les deniers publics tout en respectant les principes généraux tels qu'entre autres : l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, la concurrence, le forfait, la transparence, le service fait et accepté, l'absence de bouleversement de l'équilibre contractuel, l'estimation obligatoire du montant du marché,....

CHAPITRE 3 : ORIGINE ET CONTENU DE LA RÉGLEMENTATION

Les règles belges en matière de marchés publics trouvent leur origine dans l'adoption de Directives adoptées au niveau européen.

Celles-ci sont au nombre de 3 :

- Directive européenne 2014/24/CE du 26 février 2014 (Secteurs classiques)
- Directive européenne 2014/25/CE du 26 février 2014 (Secteurs spéciaux : eau, énergie, transport, services postaux)
- Directive européenne 2014/23/CE du 26 février 2014 (Contrats de concessions).

Désormais, les concessions de travaux et de services font l'objet d'une réglementation spécifique.

Ces directives, en matière de marchés publics, ont ensuite été transposées dans la réglementation belge et ont donné lieu à l'adoption de :

- Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. (MB 14/07/2016)
- Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. (MB 09/05/2017)
- Arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux. (MB 23/06/2017)
- Arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics tel que modifié par l'arrêté royal du 22 juin 2017. (MB 27/06/2017)

CHAPITRE 4 : ENTREE EN VIGUEUR DE LA REGLEMENTATION

La nouvelle réglementation est entrée en vigueur le 30 juin 2017.

Le point de référence à prendre en considération pour déterminer la législation applicable est :

- La date de **publication** pour les marchés publics lancés selon un mode de passation qui nécessite la publication d'un avis de marché.
- La date d'**envoi** de la lettre d'invitation à présenter une offre pour les marchés publics lancés selon un mode de passation qui nécessite la publication d'un avis de marché.

En ce qui concerne la passation des marchés publics par la voie électronique, celle-ci est rendue obligatoire de manière étalée dans le temps :

- L'utilisation des moyens électroniques, dans le cadre d'une procédure de marché public, est rendue obligatoire, depuis le **30 juin 2017**, pour tous les marchés lancés par **une centrale d'achat**. Sont donc également visés le dépôt des candidatures et des offres. → en vigueur
- L'utilisation des moyens électroniques, dans le cadre d'une procédure de marché public, est rendue obligatoire, depuis le **18 octobre 2018**, pour tous les **marchés européens** conclus par **l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs**. Sont donc également visés le dépôt des candidatures et des offres. → en vigueur
- L'utilisation des moyens électroniques, dans le cadre d'une procédure de marché public, sera rendue obligatoire pour tous les **marchés belges** conclus par **l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs** le **1^{er} janvier 2020**.

Aux échéances fixées, les pouvoirs adjudicateurs doivent être en mesure d'organiser une procédure de marché public, entièrement électronique.

Enfin, le recours à Télémarch (anciennement Digiflow) est imposé depuis le **1^{er} mai 2018**. Cette application permet la vérification de certaines causes d'exclusion par la voie électronique et l'accès est gratuit.

TITRE II : COMPETENCE DE L'AUTEUR DE L'ACTE

INTRODUCTION

La réglementation relative aux marchés publics n'aborde que l'aspect relatif à la procédure de marché public : de son lancement, en passant par sa conclusion, et ce, jusqu'à sa complète exécution.

Pour déterminer l'organe décisionnel compétent, en matière décisionnelle, il y a lieu de se référer à un autre texte légal : le Code de la Démocratie locale et de la Décentralisation (CDLD).

Les règles applicables varient en fonction du type de pouvoir local et donc du type de pouvoir adjudicateur qui lance le marché :

- Pour les Communes : articles L1222-3 et L1222-4 du CDLD
- Pour les Provinces : articles L2222-3 et L2222-4 du CDLD
- Pour les Intercommunales : articles L1523-14 et L1523-18 du CDLD

Ces dispositions sont **d'ordre public**.

Il n'est donc pas possible de prévoir des délégations de compétences qui ne soient pas autorisées par le Code.

CHAPITRE 1 : LES COMMUNES

Section 1 : Marché public simple

A. Passation d'un marché public simple

1. Principe : Compétence du Conseil communal

■ L'article L1222-3, §1^{er}, alinéa 1^{er} du CDLD prévoit :

§1^{er}. Le conseil communal choisit la procédure de passation et fixe les conditions des marchés publics. (...)

Il appartient au Conseil communal de choisir le mode de passation des marchés publics et d'en fixer les conditions.

En d'autres termes, dès l'instant où une commune souhaite lancer une procédure de marché public, il appartient au Conseil communal de définir l'objet du marché, le mode de passation ainsi que les conditions essentielles telles que : le montant estimé, le type de publicité à organiser si le mode de passation le requiert,....

Il doit également approuver les documents du marché comme le projet d'avis de marché, le cahier spécial des charges, le métré, les plans, l'inventaire,....

2. Première exception : Urgence impérieuse – Compétence du Collège communal

■ L'article L1222-3, §1^{er}, alinéa 2 du CDLD prévoit :

*En cas d'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles, le collège communal peut d'initiative exercer les compétences du conseil communal visées à l'alinéa 1^{er}. Sa décision est communiquée au conseil communal qui en **prend acte** lors de sa plus prochaine séance.*

En cas d'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles, le Collège communal peut exercer, **d'initiative**, les compétences du Conseil communal visées à l'alinéa 1^{er}.

Le Collège communal est donc compétent pour initier l'ensemble des procédures qu'il y a lieu de lancer au plus vite, moyennant l'obligation, pour celui-ci, d'informer le Conseil communal de la décision adoptée.

Plus précisément, le Collège communal doit communiquer sa décision au Conseil communal qui en prend acte, lors de sa prochaine séance.

Le Conseil communal n'a, dans ce cas, aucune compétence de ratification ou d'approbation. Il doit simplement, lors de la séance qui suit l'adoption de la décision du Collège communal, confirmer qu'il en a eu connaissance du contenu de ladite décision.

Pour qu'il y ait urgence, il faut bien sûr qu'elle résulte d'événements que le pouvoir adjudicateur diligent n'était pas en mesure de prévoir. Il faut, en outre, qu'une décision soit adoptée dans un laps de temps à ce point court qu'il est impossible d'attendre le prochain Conseil communal.

Ex. : tempête, inondations,...

Le marché conclu sur base de l'urgence, ne pourra, en principe, porter que sur les dispositions absolument nécessaires afin de ne pas aggraver la situation.

Ex. : En cas de détérioration majeure du toit d'un bâtiment communal lors d'une tempête, l'urgence permet de bâcher le toit mais pas forcément de le remettre dans son pristin état... Cette réparation complète pourra, quant à elle, faire l'objet d'un marché classique dont le choix du mode de passation sera adopté par l'organe normalement compétent, le Conseil communal.

3. Seconde exception : Délégations accordées par le Conseil communal

Le Conseil communal a la **faculté**, et non l'obligation, de déléguer ses compétences.

La **délégation ne se présume pas**, elle doit être expressément prévue dans une délibération de délégation du Conseil communal qui décrit les conditions dans lesquelles la délégation peut être exercée. En l'absence de délibération, la délégation ne peut être invoquée.

Le Code prévoit les cas dans lesquels le Conseil communal peut déléguer ses compétences.

a) Pour des dépenses relevant du budget ordinaire

■ L'article L1222-3, §2, alinéas 1 et 2 du CDLD prévoit :

*§2. Le conseil communal peut **déléguer** ses compétences visées au paragraphe 1^{er} alinéa 1^{er}, au **collège communal**, au **directeur général** ou à un **autre fonctionnaire**, à l'exclusion du **directeur financier**, pour des dépenses relevant du **budget ordinaire**.*

*La **délégation** au **directeur général** ou à un **autre fonctionnaire** est **limitée** aux marchés publics d'un **montant inférieur** à 3.000 euros H.T.V.A.*

Il est donc possible, pour le Conseil communal, de déléguer ses compétences, pour des dépenses relevant du **budget ordinaire** :

- au Collège communal,
- au Directeur général,
- à un autre fonctionnaire.

Si la délégation est accordée au Collège communal, aucune **limite de montant** n'est imposée.

La délégation au Directeur général ou à un autre fonctionnaire ne peut se faire que pour les marchés publics d'un montant estimé < à 3.000 euros HTVA.

Le Directeur financier ne peut se voir confier de type de délégation.

b) Pour des dépenses relevant du budget extraordinaire

■ L'article L1222-3, §3 du CDLD prévoit :

*§3. Le conseil communal peut **déléguer** ses compétences visées au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er} au **collège communal** ou au **Directeur général**, pour des dépenses relevant du **budget extraordinaire**.*

*La **délégation** au **collège communal** est **limitée** aux marchés publics d'un **montant inférieur** à*

1° 15.000 euros HTVA. dans les communes de moins de 15.000 habitants;

2° 30.000 euros HTVA. dans les communes de 15.000 à 49.999 habitants;

3° 60.000 euros HTVA dans les communes de 50.000 habitants et plus.

*La **délégation** au **directeur général** est **limitée** aux marchés publics d'un **montant inférieur** à 1.500 euros HTVA.*

*Toute délégation octroyée par le conseil communal **prend fin de plein droit** le dernier jour du quatrième mois qui suit l'installation du conseil communal de la législature suivant celle pendant laquelle la délégation a été octroyée.*

Le Conseil communal peut donc déléguer ses compétences, au Collège communal et au Directeur général, pour des dépenses relevant du **budget extraordinaire**.

L'étendue de la délégation au Collège communal est fonction, d'une part, du montant estimé HTVA du marché et, d'autre part, de la taille de la commune.

Quant à la délégation au Directeur général, celle-ci est fonction uniquement du montant estimé du marché.

c) Durée de validité de toute délégation

- L'article L1222-4, §4 du CDLD prévoit :

§ 4. Toute délégation octroyée par le conseil communal **prend fin de plein droit** le dernier jour du quatrième mois qui suit l'installation du conseil communal de la législature suivant celle pendant laquelle la délégation est octroyée.

Toute délégation quelle qu'elle soit a une durée de validité limitée à une législature.

d) A propos du devoir d'information

- L'article L1222-4, §3 du CDLD prévoit :

§ 3. En cas de délégation de compétences du conseil communal au collège communal, au directeur général ou à un autre fonctionnaire, conformément à l'article L1222-3, §§ 2 et 3, **l'obligation d'information** du conseil communal prévue à l'article L1222-3, § 1er, alinéa 2, **n'est pas applicable**.

Si le Conseil communal a délégué ses compétences à une autre autorité, celle-ci ne doit pas l'informer de ce qu'elle fait puisqu'il lui a donné les pleins pouvoirs dans les matières déléguées.

B. Attribution d'un marché public simple

1. Principe : Compétence du Collège communal

- L'article L1222-4, §1^{er}, alinéa 1^{er} du CDLD prévoit :

§1er. Le collège communal **engage la procédure, attribue le marché public** et assure le suivi de son exécution.

Une fois les conditions du marché définies, il revient au Collège communal d'initier la procédure, c'est-à-dire faire publier les avis de marché ou consulter les entreprises (selon le type de mode de passation choisi), réceptionner les offres, les analyser sur base des documents du marché, attribuer le marché et le notifier.

Remarque - Ne pas confondre : « Attribution et Notification/Conclusion du marché »

Attribution :	Décision par laquelle le Collège communal désigne l'opérateur économique qui va exécuter le marché.
Notification :	Envoi d'une lettre par le pouvoir adjudicateur pour lui dire qu'il a obtenu le marché et que par voie de conséquence il est désigné adjudicataire.

2. En cas délégation du Conseil communal au Directeur général ou à un autre fonctionnaire

- L'article L1222-4, §2 du CDLD prévoit :

§2. En cas de **délégation** de compétences du conseil communal au **directeur général** ou à un **autre fonctionnaire**, conformément à l'article L1222-3, §2, les **compétences du collège communal** visées au paragraphe 1^{er} sont **exercées par le directeur général** ou le **fonctionnaire délégué**.

En cas de **délégation** de compétences du conseil communal au **directeur général**, conformément à l'article L1222-3, §3, les **compétences du collège communal** visées au paragraphe 1^{er} sont **exercées par le directeur général**.

Si la délégation de compétences est accordée, par le Conseil communal, au Directeur général ou à un autre fonctionnaire, il appartient à ces derniers d'engager la procédure, d'attribuer le marché et de le notifier.

■ L'article L1222-4, §3 du CDLD prévoit pour ce qui concerne le devoir d'information :

§3. En cas de **délégation** de compétences du conseil communal au **collège communal** au **directeur général** ou à un **autre fonctionnaire**, conformément à l'article L1222-3, §§2 et 3, l'**obligation d'information** du conseil communal prévue à l'article L1222-3, §1^{er}, alinéa 2, n'est **pas applicable**.

En cas de délégation, aucun devoir d'information du Conseil communal ne leur incombe.

C. Exécution d'un marché public simple

■ L'article L1222-4, §1^{er}, alinéa 1^{er} du CDLD prévoit

§1er. Le collège communal engage la procédure, attribue le marché public et **assure le suivi de son exécution**.

Le Collège communal surveille que le marché soit exécuté correctement.

Il peut apporter toute modification au marché en cours d'exécution pour autant que cette modification soit conforme à la réglementation en matière de marchés publics.

Section 2 : Marché public conjoint

A. Passation d'un marché public conjoint

■ L'article L1222-6, §§1 à 5 et 7 du CDLD prévoit :

§ 1er. Le conseil communal décide de recourir à un **marché public conjoint**, désigne, le cas échéant, l'adjudicateur qui agira pour le compte des autres adjudicateurs et, le cas échéant, **adopte la convention** régissant le marché public conjoint.

En cas **d'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles**, le collège communal peut d'initiative exercer les compétences du conseil communal visées à l'alinéa 1er. Sa décision est communiquée au conseil communal qui en prend acte, lors de sa plus prochaine séance.

§ 2. Le conseil communal **peut déléguer** ses compétences visées au paragraphe 1er, alinéa 1er, au collège communal, au directeur général ou à un autre fonctionnaire, à l'exclusion du directeur financier, pour des dépenses relevant du **budget ordinaire**.

La **délégation au directeur général** ou à un **autre fonctionnaire** est **limitée** aux marchés publics conjoints d'un **montant inférieur** à 3.000 euros H.T.V.A.

§ 3. Le conseil communal peut déléguer ses compétences visées au paragraphe 1er, alinéa 1er, au collège communal ou au directeur général pour des dépenses relevant du **budget extraordinaire**.

La délégation au **collège communal** est **limitée** aux marchés publics conjoints d'un montant inférieur à :

1° 15.000 euros H.T.V.A. dans les communes de moins de quinze mille habitants;

2° 30.000 euros H.T.V.A. dans les communes de quinze mille à quarante-neuf mille neuf cent nonante-neuf habitants;

3° 60.000 euros H.T.V.A. dans les communes de cinquante mille habitants et plus.

La délégation au directeur général est limitée aux marchés publics conjoints d'un montant inférieur à 1.500 euros H.T.V.A.

§ 4. Toute délégation octroyée par le conseil communal **prend fin de plein droit** le dernier jour du quatrième mois qui suit l'installation du conseil communal de la législature suivant celle pendant laquelle la délégation a été octroyée.

§ 5. En cas de délégation de compétences du conseil communal au collège communal, au directeur général ou à un autre fonctionnaire, conformément aux paragraphes 2 et 3, **l'obligation d'information** du conseil communal prévue au paragraphe 1er, alinéa 2, n'est **pas applicable**. (...)

(...)

§ 7. Le Gouvernement peut, chaque fois que les circonstances le justifient, adapter les montants visés aux paragraphes 2 et 3. "

Les règles relatives à l'urgence impérieuse et aux possibilités de délégation sont quasi identiques à celles prévues pour un marché public simple.

La disposition contient, toutefois, des précisions propres aux marchés conjoints.

Il revient au Conseil communal, s'il le souhaite, de :

- ▲ désigner le pouvoir adjudicateur qui va représenter l'ensemble des autres pouvoirs adjudicateurs dans le cadre de la conclusion du marché conjoint,
- ▲ d'adopter la convention qui règle les droits et obligations des parties au marché conjoint.

B. Attribution d'un marché public conjoint

■ L'article L1222-6, §6 du CDLD prévoit :

§ 6. Le cas échéant, le collège communal de l'adjudicateur représenté prend acte de l'attribution du marché public par l'adjudicateur désigné.

En cas de délégation de compétences du conseil communal au directeur général ou à un autre fonctionnaire, conformément au paragraphe 2, la compétence du collège communal visée à l'alinéa 1er est exercée respectivement par le directeur général ou le fonctionnaire délégué.

En cas de délégation de compétences du conseil communal au directeur général, conformément au paragraphe 3, la compétence du collège communal visée à l'alinéa 1er est exercée par le directeur général.

Il appartient au Collège communal du pouvoir adjudicateur désigné pour représenter tous les autres d'exercer les compétences de principe du Collège communal.

Ainsi c'est le Collège communal représentant qui va attribuer le marché.

Quant aux autres parties au marché conjoint, leurs collèges communaux respectifs prennent acte de la décision d'attribution adoptée par le Collège communal représentant.

C. Exécution d'un marché public conjoint

L'article L1222-6, §6 du CDLD ne prévoit rien à propos de l'exécution de ce type de marché mais, par analogie, le Collège communal représentant qui va surveiller que l'exécution du marché se déroule correctement.

Section 3 : Recours d'une commune à une centrale d'achat

A. Décision d'adhésion d'une commune à une centrale d'achat et définition des besoins

■ L'article L1222-7, §§1 à 6 et 8 du CDLD prévoit :

§ 1er. Le conseil communal décide **d'adhérer à une centrale d'achat**.

§ 2. Le conseil communal **définit les besoins en termes de travaux, de fournitures ou de services et décide de recourir à la centrale d'achat à laquelle il a adhéré pour y répondre**.

En cas d'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles, le collège communal peut d'initiative exercer les compétences du conseil communal visées à l'alinéa 1er. Sa décision est communiquée au conseil communal qui en prend acte, lors de sa plus prochaine séance.

§ 3. Le conseil communal peut **déléguer** ses compétences visées au paragraphe 2, alinéa 1er, au collège communal, au directeur général ou à un autre fonctionnaire, à l'exclusion du directeur financier, pour des dépenses relevant du budget ordinaire.

*La délégation au directeur général ou à un autre fonctionnaire est limitée aux commandes d'un **montant inférieur à 3.000 euros H.T.V.A.***

§ 4. Le conseil communal peut déléguer ses compétences visées au paragraphe 2, alinéa 1er, au collège communal ou au directeur général pour des dépenses relevant du budget extraordinaire.

La délégation au collège communal est limitée aux commandes d'un montant inférieur à :

1° 15.000 euros H.T.V.A. dans les communes de moins de quinze mille habitants;

2° 30.000 euros H.T.V.A. dans les communes de quinze mille à quarante-neuf mille neuf cent nonante-neuf habitants;

3° 60.000 euros H.T.V.A. dans les communes de cinquante mille habitants et plus.

La délégation au directeur général est limitée aux commandes d'un montant inférieur à 1.500 euros H.T.V.A.

§ 5. Toute délégation octroyée par le conseil communal prend fin de plein droit le dernier jour du quatrième mois qui suit l'installation du conseil communal de la législature suivant celle pendant laquelle la délégation a été octroyée.

§ 6. En cas de délégation de compétences du conseil communal au collège communal, au directeur général ou à un autre fonctionnaire, conformément aux paragraphes 3 et 4, l'obligation d'information du conseil communal prévue au paragraphe 2, alinéa 2, n'est pas applicable.

(...)

§ 8. Le Gouvernement peut, chaque fois que les circonstances le justifient, adapter les montants visés aux paragraphes 3 et 4. "

Les règles relatives à l'urgence impérieuse et aux possibilités de délégation sont quasi identiques à celles prévues pour un marché public simple.

La disposition contient, toutefois, des précisions propres à l'adhésion d'une centrale d'achat.

Il relève de la compétence du Conseil communal de :

- ▲ adhérer à la centrale d'achats
- ▲ définir les besoins de la commune en termes de travaux fournitures et services
- ▲ de recourir à la centrale pour répondre à ses besoins.

B. Commande de la mission et suivi de son exécution

■ L'article L1222-7, §7 du CDLD prévoit :

*§ 7. Le collège communal **passse la commande et assure le suivi de son exécution.***

*En cas de **délégation de compétences** du conseil communal, au directeur général ou à un autre fonctionnaire, conformément au paragraphe 3, les compétences du collège communal visées à l'alinéa 1er sont exercées respectivement par le directeur général ou le fonctionnaire délégué.*

*En cas de **délégation de compétences** du conseil communal au directeur général, conformément au paragraphe 4, les compétences du collège communal visées à l'alinéa 1er sont exercées par le directeur général.*

1. Principe : Compétence du Collège communal

En cas d'adhésion à une centrale par le Conseil communal, il appartient au Collège communal d'exécuter cette décision d'adhésion.

Cela veut dire qu'il va commander les missions et vérifier que l'exécution de ces missions est conforme aux conditions du marché.

2. En cas délégation du Conseil communal au directeur général ou à un autre fonctionnaire

Si la délégation de compétences est accordée, par le Conseil communal, au Directeur général ou à un autre fonctionnaire, il appartient à ces derniers d'engager la procédure, d'attribuer le marché et de le notifier.

CHAPITRE 2 : LES PROVINCES

Section 1 : Marché public simple

A. Passation d'un marché public simple

1. Principe : Compétence du Conseil provincial

- L'article L2222-2, §1^{er}, alinéa 1^{er} du CDLD prévoit :

§1^{er}. Le conseil provincial choisit la procédure de passation et fixe les conditions des marchés publics. (...)

L'article L2222-2, §1^{er}, alinéa 1^{er} du CDLD prévoit qu'il appartient au Conseil provincial de choisir le mode de passation et de fixer les conditions des marchés publics.

En d'autres termes, dès l'instant où une province souhaite lancer une procédure de marché public, il appartient au Conseil provincial de définir l'objet du marché, le mode de passation ainsi que les conditions essentielles à savoir : le montant estimé, le type de publicité à organiser si le mode de passation utilisé le requiert,....

Il doit également approuver les documents du marché tels que le projet d'avis de marché, le cahier spécial des charges, le métré, les plans, l'inventaire,....

2. Première exception : Urgence impérieuse – Compétence du Collège provincial

- L'article L2222-2, §1^{er}, alinéa 2 du CDLD prévoit :

En cas d'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles, le collège provincial peut d'initiative exercer les compétences du conseil provincial visées à l'alinéa 1^{er}. Sa décision est communiquée au conseil provincial qui en prend acte lors de sa plus prochaine séance.

En cas d'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles, le Collège provincial peut d'initiative exercer les compétences du Conseil provincial visées à l'alinéa 1^{er}.

Le Collège provincial est donc compétent pour initier l'ensemble des procédures qu'il y a lieu de lancer au plus vite, moyennant l'obligation pour celui-ci d'informer, le Conseil provincial de la décision adoptée lequel en prend acte.

Le Conseil provincial n'a donc aucune compétence de ratification ou d'approbation. Il doit simplement, lors de la séance qui suit l'adoption de la décision du Collège provincial, en prendre acte ce qui veut dire qu'il doit confirmer qu'il en a eu connaissance.

Pour qu'il y ait urgence, il faut bien sûr qu'elle résulte d'événements que le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas prévoir et qu'il faille prendre une décision dans un laps de temps à ce point court qu'il est impossible d'attendre le prochain Conseil provincial.

Le marché passé sur base de l'urgence, ne pourra, en principe, porter que sur les dispositions absolument nécessaires afin de ne pas aggraver la situation.

3. Seconde exception : Délégations accordées par le Conseil provincial

Les remarques formulées en matière de délégation au niveau communal sont similaires au niveau provincial.

A. Pour des dépenses relevant du budget ordinaire

■ L'article L2222-2, §2, alinéa 1^{er} du CDLD prévoit :

*§2. Le conseil provincial peut **déléguer** ses compétences visées au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, au **collège provincial**, au **directeur général** ou à un **autre fonctionnaire**, à l'exclusion du directeur financier, pour des dépenses relevant du **budget ordinaire**.*

*La **délégation** au **directeur général** ou à un **autre fonctionnaire** est **limitée** aux marchés publics d'un **montant inférieur** à 8.500 euros hors T.V.A.*

Le Conseil provincial peut donc déléguer ses compétences pour des dépenses relevant du budget ordinaire :

- Au Collège provincial
- Au Directeur général
- A un autre fonctionnaire.

Aucune **limite de montant** n'est imposée si la délégation est accordée au Collège provincial.

La délégation au Directeur général ou à un autre fonctionnaire ne peut se faire que pour les marchés publics d'un montant estimé < à 8.500 euros HTVA.

Le Directeur financier ne peut se voir confier de type de délégation.

B. Pour des dépenses relevant du budget extraordinaire

■ L'article L2222-2, §3 du CDLD prévoit :

*§3. Le conseil provincial peut **déléguer** ses compétences visées au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er} au **collège provincial** ou au **Directeur général**, pour des dépenses relevant du **budget extraordinaire**.*

*La **délégation** au **collège provincial** est **limitée** aux marchés publics d'un **montant inférieur** à 144.000 euros HTVA.*

*La **délégation** au **directeur général** est **limitée** aux marchés publics d'un **montant inférieur** à 3.000 euros HTVA.*

*Toute délégation octroyée par le conseil provincial **prend fin de plein droit** le dernier jour du quatrième mois qui suit l'installation du conseil provincial de la législature suivant celle pendant laquelle la délégation a été octroyée.*

Le Conseil provincial peut donc déléguer ses compétences pour des dépenses relevant du **budget extraordinaire** :

- Au Collège provincial
- Au Directeur général.

La délégation au Collège provincial ne peut être accordée que pour les marchés publics d'un montant estimé < à 144.000 euros HTVA.

La délégation au Directeur général ne peut être accordée que pour les marchés publics d'un montant estimé < à 3.000 euros HTVA.

Tant le fonctionnaire que le Directeur financier ne peuvent se voir confier de type de délégation.

C. Durée de validité de toute délégation

■ L'article L2222-2, §4 du CDLD prévoit :

§ 4. Toute délégation octroyée par le conseil provincial prend fin de plein droit le dernier jour du quatrième mois qui suit l'installation du conseil provincial de la législature suivant celle pendant laquelle la délégation est octroyée.

Toute délégation quelle qu'elle soit a une durée de validité limitée à une législature.

B. Attribution d'un marché public simple

1. Principe : Compétence du Collège provincial

■ L'article L2222-2bis, §1^{er}, alinéa 1^{er} du CDLD prévoit :

*§1er. Le collège provincial **engage la procédure, attribue le marché public** et assure le suivi de son exécution. Le collège provincial peut apporter au marché public toute **modification en cours d'exécution**.*

Le Collège provincial engage la procédure et attribue le marché.

Une fois les conditions du marché définies, il revient au Collège provincial d'initier la procédure, c'est-à-dire faire publier les avis de marché ou consulter les entreprises (selon le type de mode de passation choisi), réceptionner les offres, les analyser sur base du cahier spécial des charges, attribuer le marché et le notifier.

Il peut apporter toute modification au marché en cours d'exécution, les règles relatives aux marchés publics devant en tout état de cause être respectées.

Remarque - Ne pas confondre : « Attribution et Notification/Conclusion du marché »

Attribution : Décision par laquelle le Collège provincial désigne l'opérateur économique qui va exécuter le marché.

Notification : Envoi d'une lettre par le pouvoir adjudicateur pour lui dire qu'il a obtenu le marché et que par voie de conséquence il est désigné adjudicataire.

2. En cas déléation du Conseil provincial au directeur général ou à un autre fonctionnaire

■ L'article L2222-2bis, §2 du CDLD prévoit :

*§2. En cas de **déléation** de compétences du conseil provincial au **directeur général** ou à un **autre fonctionnaire**, conformément à l'article L2222-2, §2, les **compétences du collège provincial** visées au paragraphe 1^{er} sont **exercées** respectivement par le **directeur général** ou le **fonctionnaire délégué**.*

*En cas de **déléation** de compétences du conseil provincial au **directeur général**, conformément à l'article L1222-3, §3, les **compétences du collège provincial** visées au paragraphe 1^{er} sont **exercées par le directeur général**.*

En cas de déléation de compétences, par le Conseil provincial, au Directeur général ou à un autre fonctionnaire, il appartient à ces derniers d'engager la procédure, d'attribuer le marché et de le notifier.

■ L'article L2222-2bis, §3 du CDLD prévoit pour ce qui concerne le devoir d'information :

*§3. En cas de **déléation** de compétences du conseil provincial au **collège provincial**, au **directeur général** ou à un **autre fonctionnaire**, conformément à l'article L2222-2, §§2 et 3, l'**obligation d'information** du conseil provincial prévue à l'article L2222-2, §1^{er}, alinéa 2, n'est **pas applicable**.*

En cas de déléation, aucun devoir d'information du Conseil provincial ne leur incombe.

A. Exécution d'un marché public simple et modifications apportées au marché

■ L'article L2222-2bis, §1^{er}, alinéas 1 et 2 du CDLD prévoient :

*§1^{er}. Le collège provincial engage la procédure, attribue le marché public et **assure le suivi de son exécution**. Le collège provincial peut apporter au marché public toute modification en cours d'exécution.*

Le Collège provincial surveille la manière dont le marché est exécuté.

Il peut apporter toute modification au marché en cours d'exécution, les règles relatives aux marchés publics devant en tout état de cause être respectées.

Section 2 : Marché public conjoint

A. Passation d'un marché public conjoint

■ L'article L2222-2 quater du CDLD prévoit :

§ 1er. Le conseil provincial décide de recourir à un **marché public conjoint**, **désigne**, le cas échéant, l'adjudicateur qui agira pour le compte des autres adjudicateurs et, le cas échéant, **adopte la convention** régissant le marché public conjoint.

En cas d'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles, le collège provincial peut d'initiative exercer les compétences du conseil provincial visées à l'alinéa 1er. Sa décision est communiquée au conseil provincial qui en prend acte, lors de sa plus prochaine séance.

§ 2. Le conseil provincial **peut déléguer** ses compétences visées au paragraphe 1er, alinéa 1er, au collège provincial, au directeur général ou à un autre fonctionnaire, à l'exclusion du directeur financier, pour des dépenses relevant du **budget ordinaire**.

La délégalion au directeur général ou à un autre fonctionnaire est limitée aux marchés publics conjoints d'un montant inférieur à 8.500 euros H.T.V.A.

§ 3. Le conseil provincial peut déléguer ses compétences visées au paragraphe 1er, alinéa 1er, au collège provincial ou au directeur général pour des dépenses relevant du **budget extraordinaire**.

La délégalion au collège provincial est limitée aux marchés publics d'un montant inférieur à 144.000 euros H.T.V.A.

La délégalion au directeur général est limitée aux marchés publics conjoints d'un montant inférieur à 3.000 euros H.T.V.A.

§ 4. Toute délégalion octroyée par le conseil provincial **prend fin de plein droit** le dernier jour du quatrième mois qui suit l'installation du conseil provincial de la législature suivant celle pendant laquelle la délégalion a été octroyée.

§ 5. Le cas échéant, le collège provincial de l'adjudicateur représenté prend acte de l'attribution du marché public par l'adjudicateur désigné

En cas de délégalion de compétences du conseil provincial, au directeur général ou à un autre fonctionnaire conformément au paragraphe 2, la compétence du collège provincial visée à l'alinéa 1^{er} est exercée respectivement par le directeur général ou le fonctionnaire délégué.

En cas de délégalion de compétences du conseil provincial au directeur général, conformément au paragraphe 3, la compétence du collège provincial visée à l'alinéa 1^{er} est exercée par le directeur général.

§6. En cas de délégalion de compétences du conseil provincial au collège provincial, au directeur général ou à un autre fonctionnaire, conformément aux paragraphes 2 et 3, **l'obligation d'information** du conseil provincial prévue au paragraphe 1er, alinéa 2, n'est **pas applicable**. (...)

§ 7. Le Gouvernement peut, chaque fois que les circonstances le justifient, adapter les montants visés aux paragraphes 2 et 3. "

Les règles relatives à l'urgence impérieuse et aux possibilités de délégalion sont quasi identiques à celles prévues pour un marché public simple.

La disposition contient, toutefois, des précisions propres aux marchés conjoints.

Il revient au Conseil provincial, s'il le souhaite, de :

- ▲ désigner le pouvoir adjudicateur qui va représenter l'ensemble des autres pouvoirs adjudicateurs dans le cadre de la conclusion du marché conjoint,
- ▲ d'adopter la convention qui règle les droits et obligations des parties au marché conjoint.

Toute délégalion prend fin de plein droit à l'issue de la législature.

B. Attribution d'un marché public conjoint

■ L'article L2222-2 quater, §5 du CDLD prévoit :

§ 5. Le cas échéant, le collège provincial de l'adjudicateur représenté prend acte de l'attribution du marché public par l'adjudicateur désigné

En cas de délégation de compétences du conseil provincial, au directeur général ou à un autre fonctionnaire conformément au paragraphe 2, la compétence du collège provincial visée à l'alinéa 1^{er} est exercée respectivement par le directeur général ou le fonctionnaire délégué.

En cas de délégation de compétences du conseil provincial au directeur général, conformément au paragraphe 3, la compétence du collège provincial visée à l'alinéa 1^{er} est exercée par le directeur général.

Il appartient au Collège provincial du pouvoir adjudicateur désigné pour représenter tous les autres d'exercer les compétences de principe dédiées au Collège provincial.

En d'autres termes, il appartient au Collège provincial représentant d'attribuer le marché.

Quant aux autres parties au marché conjoint, leurs collèges provinciaux respectifs prennent acte de la décision d'attribution adoptée par le Collège provincial représentant.

C. Exécution d'un marché public conjoint

L'article L2222-2 quater du CDLD ne prévoit rien à propos de l'exécution de ce type de marché mais, par analogie, le Collège provincial représentant va surveiller que l'exécution du marché se déroule correctement.

Section 3 : Recours d'une Province à une centrale d'achat

A. Décision d'adhésion d'une Province à une centrale d'achat et définition des besoins

■ L'article L2222-2 quinquies du CDLD prévoit :

*§ 1er. Le conseil provincial décide **d'adhérer à une centrale d'achat.***

*§ 2. Le conseil provincial **définit les besoins en termes de travaux, de fournitures ou de services et décide de recourir à la centrale d'achat à laquelle il a adhéré pour y répondre.***

*En cas d'**urgence impérieuse** résultant d'événements imprévisibles, le collège provincial peut d'initiative exercer les compétences du conseil provincial visées à l'alinéa 1er. Sa décision est communiquée au conseil provincial qui en prend acte, lors de sa plus prochaine séance.*

*§ 3. Le conseil provincial peut **déléguer** ses compétences visées au paragraphe 2, alinéa 1er, au collège provincial, au directeur général ou à un autre fonctionnaire, à l'exclusion du directeur financier, pour des dépenses relevant du budget ordinaire.*

*La délégation au directeur général ou à un autre fonctionnaire est limitée aux commandes d'un **montant inférieur à 8.500 euros H.T.V.A.***

*§ 4. Le conseil provincial peut **déléguer** ses compétences visées au paragraphe 2, alinéa 1er, au collège provincial ou au directeur général pour des dépenses relevant du budget extraordinaire.*

La délégation au Collège provincial est limitée aux marchés publics d'un montant inférieur à 144.000 euros HTVA.

La délégation au directeur général est limitée aux commandes d'un montant inférieur à 3.000 euros H.T.V.A.

*§ 5. Toute délégation octroyée par le conseil provincial **prend fin de plein droit** le dernier jour du quatrième mois qui suit l'installation du conseil provincial de la législature suivant celle pendant laquelle la délégation a été octroyée.*

(...)

§ 7. En cas de délégation de compétences du conseil provincial au collège provincial, au directeur général ou à un autre fonctionnaire, conformément aux paragraphes 3 et 4, l'obligation d'information du conseil provincial prévue au paragraphe 2, alinéa 2, n'est pas applicable.

§ 8. Le Gouvernement peut, chaque fois que les circonstances le justifient, adapter les montants visés aux paragraphes 3 et 4. "

Les règles relatives à l'urgence impérieuse et aux possibilités de délégation sont quasi identiques à celles prévues pour un marché public simple.

La disposition contient, toutefois, des précisions propres à l'adhésion d'une centrale d'achat.

Il relève de la compétence du Conseil provincial de :

- ▲ adhérer à la centrale d'achats
- ▲ définir les besoins de la commune en termes de travaux fournitures et services
- ▲ de recourir à la centrale pour répondre à ses besoins.

B. Commande de la mission et suivi de son exécution

■ L'article L2222-2 quinquies du CDLD prévoit :

§ 6. Le collège provincial **passé la commande et assure le suivi de son exécution.**

En cas de **délégation de compétences** du conseil provincial, au directeur général ou à un autre fonctionnaire, conformément au paragraphe 3, les compétences du collège provincial visées à l'alinéa 1er sont exercées respectivement par le directeur général ou le fonctionnaire délégué.

En cas de **délégation de compétences** du conseil provincial au directeur général, conformément au paragraphe 4, les compétences du collège provincial visées à l'alinéa 1er sont exercées par le directeur général.

1. Principe : Compétence du Collège communal

En cas d'adhésion à une centrale par le Conseil communal, il appartient au Collège provincial d'exécuter cette décision d'adhésion.

Cela veut dire qu'il va commander les missions et vérifier que l'exécution de ces missions est conforme aux conditions du marché.

2. En cas de délégation du Conseil provincial au Directeur général ou à un autre fonctionnaire

Si la délégation de compétences est accordée, par le Conseil provincial, au Directeur général ou à un autre fonctionnaire, il appartient à ces derniers d'engager la procédure, d'attribuer le marché et de le notifier.

CHAPITRE 3 : LES INTERCOMMUNALES

Section 1 : Passation du marché

A. Principe : Compétence résiduelle du Conseil d'administration

L'article L1523-14 du CDLD définit les compétences confiées par le législateur à l'Assemblée générale.

Il s'agit entre autres de : l'approbation des comptes annuels, du plan stratégique, la nomination et la destitution des administrateurs,...

A contrario, le Conseil d'administration exerce une compétence résiduelle en ce qu'il gère toute compétence qui n'est pas confiée expressément à l'Assemblée générale.

B. Première exception : Délégation aux organes restreints de gestion

L'article L1523-18, § 1er du CDLD prévoit que le Conseil d'administration peut déléguer, sous sa responsabilité, une partie de ses pouvoirs à un ou plusieurs organes restreints de gestion notamment pour gérer un secteur d'activité particulier de l'intercommunale.

En effet, les organes restreints de gestion sont des émanations du Conseil d'administration.

La délégation ne se présume pas. Elle doit faire l'objet d'une délibération de délégation laquelle doit être publiée au Moniteur belge et notifiée à l'ensemble des administrateurs et personnes concernées.

C. Seconde exception : Délégation de la gestion journalière au Président ou à la personne qui occupe la position hiérarchique la plus élevée

L'article L1523-18, §3 du CDLD prévoit que le Conseil d'administration peut déléguer, sous sa responsabilité, la gestion journalière de l'intercommunale à son président ou à la personne qui occupe la position hiérarchique la plus élevée au sein de l'intercommunale

Dans cette hypothèse également, la délégation ne se présume pas. Elle doit faire l'objet d'une délibération de délégation laquelle doit être publiée au Moniteur belge et notifiée à l'ensemble des administrateurs et personnes concernées.

Section 2 : Attribution du marché

C'est l'organe décisionnel compétent pour lancer la procédure qui va être compétent pour se positionner sur l'attribution.

Section 3 : Exécution du marché

Dans le même ordre d'idée, c'est l'organe décisionnel compétent pour lancer la procédure qui va être compétent pour en assurer le suivi de l'exécution.

TITRE III :PASSATION DES MARCHES **PUBLICS**

Loi 17/06/2016
Arrêté royal 18/04/2017
(Arrêté passation)

CHAPITRE 1 : CHAMP D'APPLICATION

Section 1 : Champ d'application ratione personae

A. Notion de pouvoir adjudicateur

- L'article 17 de la loi du 17/06/2016 prévoit :

Sont soumis à l'application du présent titre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2, 1° (...)

- L'article 2, 1° de la Loi prévoit :

Pour l'application de la présente loi, on entend par :

1° pouvoir adjudicateur :

- a) l'Etat;*
- b) les Régions, les Communautés et les autorités locales;*
- c) les organismes de droit public et personnes, quelles que soient leur forme et leur nature qui, à la date de la décision de lancer un marché :*
 - i ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, et;*
 - ii sont dotés d'une personnalité juridique, et;*
 - iii dépendent de l'Etat, des Régions, des Communautés, des autorités locales ou d'autres organismes ou personnes relevant du présent point c), de l'une des manières suivantes :*
 - 1. soit leurs activités sont financées majoritairement par l'Etat, les Régions, les Communautés, les autorités locales ou d'autres organismes ou personnes relevant du présent point c);*
 - 2. soit leur gestion est soumise à un contrôle de l'Etat, des Régions, des Communautés, des autorités locales ou d'autres organismes ou personnes relevant du présent point c);*
 - 3. soit plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance sont désignés par l'Etat, les Régions, les Communautés, les autorités locales ou d'autres organismes ou personnes relevant du présent point c);*
- d) les associations formées par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs visés au 1°, a, b, ou c; (...)*

La réglementation sur les marchés publics s'applique à l'ensemble des **Communes**, des **Provinces** puisqu'elles relèvent de la catégorie des autorités locales et des **Intercommunales** puisqu'il s'agit d'associations formées par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs.

B. Pluralité de pouvoirs adjudicateurs

Plusieurs pouvoirs adjudicateurs peuvent, s'ils le souhaitent, lancer ensemble un marché public de travaux, de fournitures ou de services.

Dans cette hypothèse, deux manières de procéder s'offrent à eux :

- soit ils passent un marché conjoint,
- soit ils recourent aux services d'une centrale d'achat.

1. Marchés conjoints (art. 2, 36° et 48 Loi 17/06/2016)

■ L'article 2, 36° de la loi du 17/06/2016 définit le marché conjoint de la manière suivante :

36° Marché réalisé conjointement dans son intégralité ou non et pour le compte de plusieurs adjudicateurs;

Il existe effectivement des situations dans lesquelles, les pouvoirs adjudicateurs doit réaliser une commande conjointe avec une personne de droit privé.

Ex. : Un pouvoir adjudicateur qui possède un immeuble en copropriété avec une personne privée doit pouvoir s'adjoindre cette personne privée si des travaux devaient être réalisés au bâtiment.

Ex. : Il en va de même pour des constructions mitoyennes

La question sous-jacente est celle de savoir s'il est possible, pour un pouvoir adjudicateur, de **s'associer** à une **personne de droit privé** pour conclure un marché ?

Oui, il est possible d'envisager un marché conjoint avec une personne privée à la seule et unique condition qu'elle accepte de se soumettre au régime des marchés publics.

■ L'article 48 de la loi du 17/06/2016 prévoit :

*Deux ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs, peuvent convenir de **passer conjointement** certains marchés spécifiques.*

*Lorsqu'une procédure de **passation** est menée conjointement dans son intégralité au nom et pour le compte de tous les pouvoirs adjudicateurs concernés, ceux-ci sont solidairement responsables de l'exécution des obligations qui leur incombent. C'est également le cas lorsqu'un seul pouvoir adjudicateur gère la procédure de passation, en agissant pour son propre compte et pour le compte des autres pouvoirs adjudicateurs concernés.*

*Lorsqu'une procédure de **passation** n'est pas menée dans son intégralité au nom et pour le compte des pouvoirs adjudicateurs concernés, ceux-ci ne sont solidairement responsables que des parties menées conjointement. Chaque pouvoir adjudicateur est seul responsable de l'exécution des obligations qui lui incombent pour les parties de la procédure dont il se charge en son nom propre et pour son propre compte.*

Le Roi peut fixer des modalités matérielles et procédurales additionnelles applicables à l'exécution de ces marchés conjoints.

En cas de passation d'un marché conjoint, il est judicieux que les parties au marché signent une **convention** définissant les droits et obligations de chacune d'entre elles.

La nouvelle réglementation **distingue** selon que les missions commandées concernent ou non tous les pouvoirs adjudicateurs, parties au marché.

Dans le premier cas, les parties au marché conjoint seront toutes solidairement responsables de l'ensemble des obligations qui leur incombent, tandis que dans le second cas, elles ne seront solidairement responsables que pour les missions menées conjointement.

En d'autres termes, il n'y a responsabilité solidaire entre parties, pour ce qui concerne l'exécution, que dans la mesure où des missions communes sont exécutées.

2. Centrales d'achat et activités d'achat centralisées (art. 2, 6° et 7° et art. 47 Loi 17/06/2016)

■ L'article 2, 6° de la loi définit la centrale d'achat de la manière suivante :

6° centrale d'achat :

a) au sens du titre 2, un pouvoir adjudicateur qui réalise des activités d'achat centralisées et éventuellement des activités d'achat auxiliaires telles que visées respectivement aux 7° et 8° ;

b) au sens du titre 3, un adjudicateur qui réalise des activités d'achat centralisées et éventuellement des activités d'achat auxiliaires telles que visées respectivement aux 7° et 8° ;

Le recours à une centrale d'achat offre de nombreux avantages.

Tout d'abord, il permet aux adhérents de bénéficier de compétences qu'ils n'ont pas nécessairement en interne, de rationaliser les commandes et, par voie de conséquence, de réaliser des économies d'échelle substantielles.

Ensuite, si un pouvoir local (commune, province, intercommunale, CPAS,...) souhaite recourir aux services d'une centrale, il ne doit pas la mettre en concurrence, et ce, même si les prestations de la centrale sont rémunérées.

Enfin, les adhérents ne doivent pas se poser la question de l'application de la réglementation sur les marchés publics, cette obligation incombant à la centrale qui va jouer le rôle de pouvoir adjudicateur.

■ L'article 2, 7° de la loi du 17/06/2016 définit la notion d'activités d'achat centralisées comme suit :

Activités menées en permanence qui prennent l'une des formes suivantes :

a) l'acquisition de fournitures et/ou de services destinés à des adjudicateurs;

*b) la **passation de marchés** publics et d'accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services destinés à des adjudicateurs;*

Les missions, que la centrale est susceptible d'assurer, relèvent de deux types.

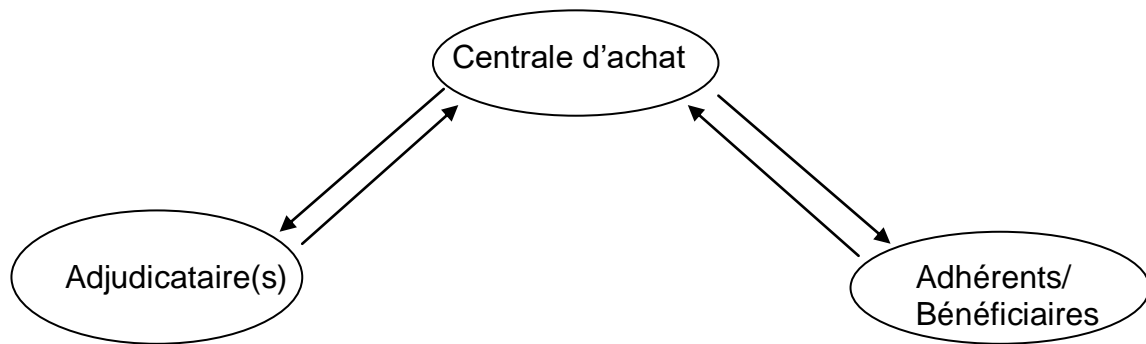
Cette distinction est basée sur l'étendue des responsabilités et des risques que la centrale accepte d'assumer dans le cadre de *l'exécution* des marchés.

1^{er} type :

La centrale d'achat acquiert pour elle-même des fournitures et des services qu'elle revendra ensuite à ses adhérents, aux conditions définies par le marché.

La centrale conclut donc le marché avec l'adjudicataire et reste en contact avec lui jusqu'à l'exécution complète du contrat. En cas de défaillance d'un ou de plusieurs de ses adhérents, c'est elle qui supporte le risque financier à l'égard de l'adjudicataire.

Dans cette hypothèse, aucun lien juridique n'existe entre les bénéficiaires de la centrale d'achat et l'adjudicataire du marché.

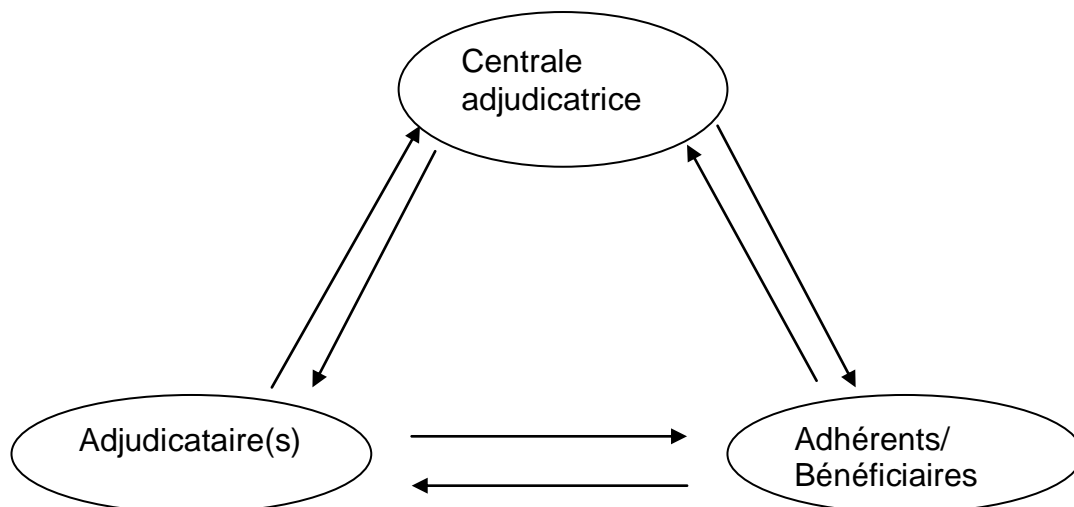


2nd type :

La centrale d'achats conclut des marchés de travaux, de fournitures et de services au nom et pour le compte de ses adhérents.

Elle n'est donc responsable, envers ceux-ci, que pour le volet passation des marchés, mais pas pour le volet exécution.

Une fois le marché conclu, il appartient aux adhérents de prendre le relais et d'entrer en contact avec l'adjudicataire désigné par la centrale pour passer commande et pour le rémunérer.



Lors de la création d'une centrale d'achat, une **convention d'adhésion** doit, en principe, être signée entre la centrale et ses adhérents afin de définir de manière précise les droits et obligations respectifs des parties pour éviter tout litige ultérieur.

Section 2 : Champ d'application ratione materiae

■ L'article 2, 17° à 21° de la loi définit les trois grands types de marchés publics :

- 1) Marchés publics de travaux (2, 17° à 19°)
- 2) Marchés publics de fournitures (2, 17° et 20°)
- 3) Marchés publics de services. (2, 17° à 21°)

La qualification du marché dépend de l'**objet** du marché et donc du type de commande faite par le pouvoir adjudicateur à l'opérateur économique .

A. Marchés publics de travaux (Art. 2, 17° à 19° + Annexe 1 de la loi)

■ Les articles 2, 17° à 19° de la loi définissent la notion de marché public de travaux et d'ouvrage de la manière suivante :

*17° **marché public** : le contrat à titre onéreux conclu entre **un ou plusieurs** opérateurs économiques et un ou plusieurs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services, en ce compris les marchés passés en application du titre 3 par les entreprises publiques visées au 2° et les personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, visées au 3° ;*

*18° **marché public de travaux** : des marchés publics ayant l'un des objets suivants :*

a) soit l'exécution seule, soit à la fois la conception et l'exécution de travaux relatifs à l'une des activités mentionnées à l'annexe I;

b) soit l'exécution seule, soit à la fois la conception et l'exécution d'un ouvrage;

c) la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'adjudicateur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception;

*19° **ouvrage** : le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique;*

L'annexe 1 de la loi du 17/06/2016 contient donc liste une liste missions relevant de la catégorie « travaux ».

Lorsque le pouvoir adjudicateur doit faire réaliser différents types de travaux et que ceux-ci poursuivent un objectif commun, il est tenu de considérer l'ensemble de ces travaux comme faisant partie d'un seul et unique marché.

Autrement dit, il n'est pas question, lorsque les travaux relèvent d'un projet global, de conclure des marchés séparés sous peine de scinder le marché.

Ex. ouvrages : Construction/Rénovation d'un bâtiment
Installation d'un réseau d'égouttage qui s'accompagne de la réfection de voirie,...

Corollairement, s'agissant d'un seul et unique marché, une estimation globale du montant des travaux doit être réalisée afin, dans un second temps, d'être en mesure de choisir le mode de passation et le type de publicité adéquats.

B. Marchés publics de fournitures (Art. 2, 17° et 20° de la loi)

■ Les articles 2, 17° et 20° de la loi définissent le marché public de fournitures de la manière suivante :

*17° **marché public** : le contrat à titre onéreux conclu entre **un ou plusieurs** opérateurs économiques et un ou plusieurs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services, en ce compris les marchés passés en application du titre 3 par les entreprises publiques visées au 2° et les personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, visées au 3° ;*

*20° **marché public de fournitures** : le marché public ayant pour objet l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits;*

Le marché de fournitures vise la mise à disposition, au profit du pouvoir adjudicateur, de biens meubles. Les opérations immobilières ne sont donc pas visées.

Le fait que le pouvoir adjudicateur devienne ou non propriétaire du bien meuble acquis est sans incidence sur la qualification du marché.

Exemple : Le leasing avec option d'achat constitue un marché de fournitures

Contrairement aux travaux et aux services, la loi ne comporte pas d'annexe reprenant une liste des fournitures.

C. Marchés publics de services (Art. 2, 17° et 21° de la loi)

■ Les articles 2, 17° et 21° de la loi définissent le marché public de services de la manière suivante :

*17° **marché public** : le contrat à titre onéreux conclu entre **un ou plusieurs** opérateurs économiques et un ou plusieurs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services, en ce compris les marchés passés en application du titre 3 par les entreprises publiques visées au 2° et les personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, visées au 3° ;*

*21° **marché public de services** : le marché public ayant pour objet la prestation de services autres que ceux visés au 18° ;*

A l'instar des travaux, il existe une liste de services dans l'annexe III de la loi.

Cette liste ne vise toutefois qu'une partie des services : les **services sociaux et autres services spécifiques**.

Il s'agit de catégories de services qui sont soumises à une application plus souple de la réglementation relative aux marchés publics.

D. Marchés mixtes (Art. 20 à 22 de la loi)

Par marchés mixtes, il faut entendre des marchés publics dont l'objet est multiple ce qui implique que le marché public peut être qualifié de plusieurs manières et donc que plusieurs régimes juridiques différents sont susceptibles de s'appliquer (les règles de publicité, les critères de sélection qualitative, les règles en matière

d'exécution des contrats, les règles en matière de réception, les modalités de paiements,...).

Or, un même marché ne pouvant relever que d'un seul régime juridique, le pouvoir adjudicateur doit opter pour une seule qualification. Le législateur a prévu des règles pour le guider dans ce choix.

1. Marchés mixtes ayant pour objet différents types de marchés relevant tous des secteurs classiques (art. 20 de la loi)

■ L'article 20 de la loi prévoit :

Les marchés qui ont pour objet plusieurs types de marchés relevant tous du présent titre sont passés conformément aux dispositions applicables au type de marché qui constitue l'objet principal du marché en question.

*En ce qui concerne les marchés **mixtes portant à la fois sur des services et sur des fournitures** ou les marchés mixtes portant à la fois sur des **services sociaux et autres services spécifiques** au sens du chapitre 6, **et sur d'autres services**, l'objet principal est déterminé en fonction de la valeur la plus élevée des valeurs estimées respectives des fournitures ou des services.*

*Un marché public ayant pour objet la **fourniture de produits** ou la **prestation de services** et, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation, **est respectivement considéré comme un marché public de fournitures ou de services.***

a) Fournitures + Services

Le pouvoir adjudicateur doit déterminer la **valeur** respective des fournitures et des services.

La valeur la plus importante emporte la qualification du marché :

- Si $F > S$ → Marché public de fournitures
- Si $S > F$ → Marché public de services.

b) Services normaux + Services sociaux et autres services spécifiques

Le pouvoir adjudicateur doit déterminer la **valeur** respective des services normaux et des services sociaux et autres services spécifiques.

La valeur la plus importante emporte la qualification du marché :

- Si $SN > SSoc.$ → Marché public de services soumis à l'intégralité de la réglementation
- Si $SSoc. > SN$ → Marché public de services soumis au régime allégé de la réglementation.

c) Travaux + fournitures/Travaux + Services /Travaux + Fournitures + Services

Il faut fixer **l'objet principal du marché** car c'est lui qui va déterminer la qualification du marché.

- Exemple 1 : Achat d'un lave-vaisselle industriel (Fourniture) nécessitant de lourds travaux d'installation (Travaux).
L'objet principal du marché porte sur l'achat du lave-vaisselle.
Les travaux de pose découlant de cet achat revêtent un caractère « accessoire » à l'achat du lave-vaisselle. Le marché doit donc être qualifié de marché de **fournitures**.
- Exemple 2 : Ouverture de tranchées dans le but d'enfouir un système de collecte de données à des fins statistiques.
L'objet principal du marché porte sur le placement d'un système de collecte de données informatiques en vue de la réalisation de statistiques.
L'ouverture de tranchées en vue de la pose du système revêt un caractère « accessoire » au but principal poursuivi, la collecte de données en vue de faire des statistiques.
Le marché doit donc être qualifié de marché de **services** (normaux).
- Exemple 3 : Conception et construction d'un Hôtel de Ville
L'objet principal du marché porte sur la construction de l'ouvrage.
Les services de conception et l'achat de matériaux ne sont que l'accessoire de la volonté du pouvoir adjudicateur de disposer d'un bâtiment.
Le marché doit donc être qualifié de marché de **travaux**.

2. Marchés mixtes ayant pour objet des marchés relevant des secteurs classiques et des marchés relevant d'autres régimes juridiques (art. 21 de la loi)

■ L'article 21 de la loi prévoit :

§ 1er. Le présent article s'applique aux marchés mixtes qui ont à la fois pour objet des **marchés relevant du présent titre et des marchés relevant d'autres régimes juridiques**.

§ 2. **Lorsque** les différentes **parties** d'un marché donné sont **objectivement inséparables**, le régime juridique applicable est déterminé en fonction de l'objet principal dudit marché.

§ 3. **Lorsque** les différentes **parties** d'un marché donné sont **objectivement séparables**, le pouvoir adjudicateur peut décider de passer des marchés distincts pour les différentes parties du marché ou, en revanche, de passer un marché unique.

Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de passer des marchés distincts pour les différentes parties, la décision concernant le régime juridique applicable à chacun de ces marchés distincts est adoptée sur la base des caractéristiques des différentes parties en question.

Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de passer un marché unique, le présent titre s'applique, sauf disposition contraire de l'article 24, au marché mixte qui en résulte, indépendamment de la valeur des parties qui relèveraient normalement d'un régime juridique différent et indépendamment du régime juridique dont celles-ci auraient normalement relevé.

Dans le cas d'un marché mixte contenant des éléments de marchés de travaux, de fournitures ou de services relevant du présent titre ainsi que des éléments de concessions, le marché mixte est passé conformément au présent titre.

Il s'agit donc de contrats ayant pour objet à la fois des missions relevant :

- des secteurs classiques de la réglementation en matière de marchés publics et des missions relevant d'autres réglementations
- des secteurs classiques de la réglementation en matière de marchés publics et des missions relevant des secteurs spéciaux de la même réglementation.

Exemple : Vente d'un immeuble à un promoteur et commande, par le pouvoir adjudicateur, de travaux en vue de se réserver 3 appartements.

Si les parties du contrat sont **dissociables**, le pouvoir adjudicateur peut soit :

- conclure des contrats distincts réglementés par leurs règles propres,
- conclure un contrat unique « mixte » mais en respectant la réglementation sur les marchés publics qui s'applique aux secteurs classiques.

Si les parties du contrat sont objectivement **indissociables**, le pouvoir adjudicateur doit déterminer l'objet principal de l'opération étant entendu que c'est le régime applicable à cette opération qui va réglementer l'intégralité du contrat.

Si le contrat a pour objet un marché public et une concession, c'est la réglementation relative aux marchés publics qui s'applique.

Exemple : Marché public de fournitures de boissons et mise en place d'une concession de services en vue de la gestion de la cafétéria d'un hall sportif.

!!!! En cas de marchés mixtes avec des secteurs spéciaux, il faut aussi appliquer l'article 22 de la loi.

3. Marchés mixtes ayant trait à des marchés relevant des secteurs classiques (Titre 2 de la loi) et ceux relevant des secteurs spéciaux (Titre 3 de la loi) (art. 22 de la loi)

■ L'article 22 de la loi prévoit :

Lorsqu'un marché a pour objet à la fois des marchés relevant du présent titre et des marchés en vue de l'exercice d'une activité relevant du titre 3, les règles applicables sont, nonobstant l'article 21, § 2, déterminées conformément aux articles 103 à 105.

Le législateur a donc prévu des règles particulières cas de marchés mixtes « secteurs classiques » et « secteurs spéciaux » et ce malgré l'article 21, §2 de la loi.

Le pouvoir adjudicateur peut soit :

- conclure des contrats distincts réglementés selon leur propre régime juridique,
- conclure un marché unique en appliquant le régime juridique lié à l'activité principale.
S'il est impossible de déterminer l'activité principale, c'est le régime juridique le plus strict qui va s'appliquer, en l'espèce celui applicable aux secteurs classiques.

E. Marchés publics de services exclus (Art. 28 de la loi)

1. Disposition légale

■ L'article 28 de la loi liste un ensemble de services exclus du champ d'application de la réglementation en ce qu'il prévoit :

§ 1er. **Ne sont pas soumis à l'application de la présente loi, sous réserve du paragraphe 2, les marchés publics de services ayant pour objet :**

1° l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou concernant des droits sur ces biens;

2° (...);

3° les services d'arbitrage et de conciliation;

4° l'un des services juridiques suivants :

a) la représentation légale d'un client par un avocat au sens de l'article 1er de la directive 77/249/CEE du Conseil du 22 mars 1977 tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats, et ce dans le cadre :

i d'un arbitrage ou d'une conciliation se déroulant dans un Etat membre, un pays tiers ou devant une instance internationale d'arbitrage ou de conciliation, ou

ii d'une procédure devant les juridictions ou les autorités publiques d'un Etat membre ou d'un pays tiers ou devant les juridictions ou institutions internationales;

b) le conseil juridique fourni en vue de la préparation de toute procédure visée au point a), ou lorsqu'il existe des signes tangibles et de fortes probabilités selon lesquels la question sur laquelle porte le conseil fera l'objet d'une telle procédure, pour autant que le conseil émane d'un avocat au sens de l'article 1er de la directive 77/249/CEE précité;

c) les services de certification et d'authentification de documents qui doivent être réalisés par des notaires;

d) les services juridiques fournis par des administrateurs légaux ou des tuteurs ou d'autres services juridiques dont les prestataires sont désignés par une juridiction de l'Etat membre concerné ou par la loi pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle de ces juridictions;

e) les autres services juridiques qui, dans le Royaume, sont liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique;

5° les services financiers liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers au sens de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, ainsi que les services fournis par des banques centrales et des opérations menées avec le Fonds européen de stabilité financière et le mécanisme européen de stabilité;

6° les prêts, qu'ils soient ou non liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers;

7° les contrats d'emploi;

8° les services de défense civile, de protection civile et de prévention des risques qui sont fournis par des organisations ou des associations à but non lucratif et qui relèvent des codes CPV 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 et 85143000-3 excepté les services ambulanciers de transport de patients;

9° les services publics de transport de voyageurs par chemin de fer ou par métro lorsqu'ils tombent dans le champ d'application du Règlement 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements n° 1191/69 et n° 1107/70 du Conseil;

10° les services liés aux campagnes politiques, relevant des codes CPV 79341400-0, 92111230-3 et 92111240-6, lorsqu'ils sont passés par un parti politique dans le cadre d'une campagne électorale.

A l'alinéa 1er 2°, les expressions "services de médias audiovisuels" et "fournisseurs de services de médias" revêtent le même sens qu'aux articles 1.3/1 et 1.6/1 de la loi du 30 mars 1995 concernant les réseaux et services de communications électroniques, et les services de médias audiovisuels dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, l'article 2, 26° et 27°, du décret de la Communauté flamande du 27 mars 2009 relatif à la radiodiffusion et à la télévision, et l'article 1er, 48° et 49°, du décret coordonné de la Communauté française du 26 mars 2009 sur les services de médias audiovisuels. Le terme "programme" a le même sens qu'à l'article 1.5 de la loi du 30 mars 1995 précitée, l'article 2, 31°, du décret de la Communauté flamande du 27 mars 2009 précité et l'article 1er, 36°, du décret coordonné de la Communauté française du 26 mars 2009 précité, mais il englobe également les programmes radiophoniques et le matériel pour programmes radiophoniques. En outre, aux fins de la présente disposition, l'expression "matériel de programmes" a le même sens que le terme "programme".

Le Roi peut définir les cas considérés comme "contrat de travail".

§ 2. Le Roi peut fixer les règles de passation auxquelles sont soumis les marchés visés au paragraphe 1er, 4° a et b, dans les cas qu'Il détermine.

2. Quels sont les services visés

Sont entre autres exclus du champ d'application de la réglementation relative aux marchés publics, les services suivants :

a) Opérations qui concernent des immeubles

L'achat et la location de biens immeubles (terrains, bâtiments existants,...) de même que la constitution de droits sur ces biens (emphytéose, superficie,...) ne relèvent pas du champ d'application de la réglementation en matière de marchés publics.

D'autres règles en matière de patrimoine s'appliqueront mais pas de règles relatives aux marchés publics.

b) Services d'arbitrage et de conciliation

Ne nécessite pas de commentaire particulier.

c) Certains services juridiques

La désignation d'un **avocat**, par un pouvoir adjudicateur, en vue de se faire représenter devant une juridiction ou une autorité de même que la désignation d'un avocat pour préparer un dossier qui débouchera nécessairement sur un litige ne sont pas soumises à la réglementation en matière de marchés publics.

La désignation doit donc se faire dans le cadre d'une situation contentieuse. Un litige est né ou va, en tout état de cause, naître.

La désignation d'un **notaire** en vue de lui faire réaliser des missions qui lui sont réservées par la loi et pour lesquelles il joue un rôle de certificateur/d'authentificateur ne sont pas soumises à la réglementation en matière de marchés publics.

Exemples : Désignation d'un notaire pour la vente d'un immeuble.
Désignation d'un notaire pour la constitution d'une société.

La désignation d'un **huissier** en vue de lui faire réaliser des missions qui lui sont réservées par la loi et qui sont soumises au contrôle judiciaire (d'un juge) ne sont pas soumises à la réglementation en matière de marchés publics.

Exemples : Désignation d'un huissier pour le recouvrement judiciaire de dettes.
Désignation d'un huissier pour la signification d'un jugement.

d) Certains services financiers

La désignation d'une banque en vue de conclure un emprunt n'est plus soumise à la réglementation en matière de marchés publics.

e) Contrats d'emploi

Ne sont visés par l'exclusion que les contrats d'emploi visant à engager des salariés avec lien de subordination.

L'engagement de personnes sous le statut d'indépendant doit se faire dans le cadre d'une procédure de marché public.

3. Régime juridique applicable

Comme précisé au point 1, la réglementation relative aux marchés publics ne s'applique pas pour la conclusion de ce type de marché.

TOUTEFOIS.....Les grands principes du droit administratif restent applicables !!!!!!!!!!!!!

- **Publicité nécessaire à l'organisation d'une mise en concurrence**
- **Transparence**
- **Egalité de traitement**

Etant donné que la réglementation relative aux marchés publics ne s'applique pas, le pouvoir adjudicateur est démuné dans la mesure où il ne sait plus se référer à aucune règle contrairement à l'ancienne législation.

Exemple : Lorsque le pouvoir adjudicateur lance un marché il doit mettre les opérateurs économiques en concurrence. Auparavant cette mise en concurrence se faisait, selon le mode de passation choisi, via la publication d'un avis de marché ou l'envoi d'une lettre d'invitation à présenter une offre.

Toutefois, comme la réglementation ne s'applique plus, la question qui se pose est celle de savoir comment réaliser la publicité ?

A propos de la mise en concurrence, le Conseil d'Etat s'est déjà prononcé et considère que le principe de transparence implique que le pouvoir adjudicateur organise une publicité adéquate.

Si l'obligation de respecter le principe de transparence impose, en principe, que le pouvoir adjudicateur organise une publicité adéquate, le Conseil d'Etat précise que les formes et formalités de publicité peuvent varier en fonction de chaque cas d'espèce et des éléments qui le constituent à savoir par exemples :

- le montant du marché
- l'étendue territoriale du marché
- le caractère transfrontalier du marché
- les modes de publicité disponibles en fonction du marché considéré,...

En conséquence, tout pouvoir adjudicateur doit évaluer, pour chaque marché qu'il lance et qui porte sur des services exclus, le type de publicité qu'il compte mettre en œuvre afin de respecter le principe de transparence par l'organisation d'une réelle mise en concurrence.

Ex. : Pour la désignation d'un huissier, il serait judicieux d'organiser la mise en concurrence via le site des huissiers et a fortiori si le montant du marché est élevé.

Marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques

(Art. 88 à 91 de la loi + Annexe III de la loi)

Les marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques peuvent être conclus sans devoir respecter l'intégralité de la réglementation relative aux marchés publics.

Le régime juridique applicable à ces marchés peut donc être ASSOUPLI.

1. Disposition légale

■ L'article 88 de la loi prévoit que :

*Le présent chapitre s'applique aux marchés publics ayant pour objet des **services sociaux et d'autres services spécifiques** énumérés à l'annexe III, sauf lorsque ces marchés relèvent, en raison de leur faible montant, du chapitre 7.*

Ce sont les articles 89 à 91 de la loi qui fixent le régime juridique particulier applicable à ces services.

2. Quels sont les services visés

Sont entre autres visés :

a) Services sanitaires, sociaux et connexes

Mise à disposition de personnel d'aide à domicile, de personnel infirmier ou médical,...

b) Services administratifs, sociaux, éducatifs et culturels et soins de santé

Enseignement, formation, organisation d'expositions, de foires, de congrès, de séminaires, d'évènements culturels, de festivals,...

c) Services d'hôtellerie et restauration

Services traiteurs, repas livrés à domicile, restauration scolaire, cantine et cafétéria pour clientèle restreinte,...

d) Services juridiques non exclus

La désignation d'un **avocat** par un pouvoir adjudicateur dans un contexte autre que la défense en justice ou la préparation d'un litige est soumise à un régime juridique allégé de la réglementation en matière de marchés publics.

Exemple : Désignation d'un avocat pour la réalisation d'une étude juridique.

La désignation d'un **notaire** en vue de lui faire réaliser des missions autres que celles qui lui sont réservées par la loi et pour lesquelles il a un rôle de certificateur

sont soumises à un régime juridique allégé de la réglementation en matière de marchés publics.

Exemple : Désignation d'un notaire pour l'estimation d'un bien. !!!!! si bien immeuble (PAS constitution droit sur ce bien)

La désignation d'un **huissier** en vue de lui faire réaliser des missions autres que celles qui lui sont réservées par la loi et qui sont soumises au contrôle judiciaire (d'un juge) ne sont pas soumises à la réglementation en matière de marchés publics.

Exemple : Désignation d'un huissier pour le recouvrement amiable de dettes.

e) Services postaux

Services postaux et de courrier, services postaux relatifs aux journaux et périodiques, services postaux relatifs aux colis,...

3. Régime juridique applicable (art. 89 Loi 17/06/2016)

■ L'article 89 de la Loi prévoit que :

a) Disposition légale

§ 1er. En fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, le pouvoir adjudicateur **peut**, pour la passation des marchés de services visés à l'article 88 :

1° recourir à la **procédure négociée directe avec publication préalable**;

2° recourir à la **procédure négociée sans publication préalable** lorsque le montant estimé du marché est inférieur à 750.000 euros **ou, lorsque** le montant estimé du marché est égal ou supérieur à ce seuil dans les cas d'application visés à l'article 42, § 1er, 1°, b, c et d, 2°, 3°, 4° et 5° ;

3° se référer expressément à l'une des procédures de passation ou techniques d'achat prévues aux chapitres 2 et 3, à l'exception de la procédure négociée directe avec publication préalable et de la procédure négociée sans publication préalable, sans que les conditions d'application de ces procédures ne soient nécessairement remplies;

4° **recourir à une procédure sui generis avec publication préalable** dont il fixe les modalités.

Les procédures visées à l'alinéa 1er **doivent, en tout état de cause, respecter** les principes de transparence, de proportionnalité et d'égalité de traitement des opérateurs économiques.

Le pouvoir adjudicateur précise soit la pondération relative qu'il attribue à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, soit leur ordre décroissant d'importance. A défaut, les critères d'attribution ont la même valeur.

§ 2. Si le pouvoir adjudicateur applique conformément au paragraphe 1er, alinéa 1er, 1°, la **procédure négociée directe avec publication préalable**, il est à tout le moins tenu de respecter les dispositions du titre 1er, le chapitre 1er et les articles 41, §§ 2 à 7, 51, 52, 59, 66, §§ 1er et 3, 67 à 71, 73, 74, 78, 80 à 82, 85 à 87 du titre 2, le titre 4, ainsi que le chapitre 1er du titre 5.

Les autres dispositions de la loi ne sont pas applicables, sauf disposition contraire dans les documents du marché.

Le pouvoir adjudicateur peut décider d'examiner les offres avant de vérifier d'une part l'absence de motifs d'exclusion et de contrôler d'autre part le respect des critères de sélection qu'il fixe librement. Lorsqu'il fait usage de cette possibilité, il s'assure que la vérification de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection s'effectue d'une manière impartiale et transparente, afin qu'aucun marché ne soit attribué à un soumissionnaire qui aurait dû être exclu ou qui ne remplit pas les critères de sélection fixés par le pouvoir adjudicateur.

§ 3. Si le pouvoir adjudicateur applique, conformément au paragraphe 1er, alinéa 1er, 2°, la **procédure négociée sans publication préalable**, il est à tout le moins tenu de respecter les dispositions du titre 1er, le chapitre 1er et les articles 42, § 2, 51, 52, 59, 66, §§ 1er et 3, 67, 68, 70, 73, 74, 78, 81, 82, 85 à 87 du titre 2, le titre 4 ainsi que le chapitre 1er du titre 5.

Le pouvoir adjudicateur peut décider d'examiner les offres avant de vérifier l'absence de motifs d'exclusion. Lorsqu'il fait usage de cette possibilité, il s'assure que la vérification de l'absence de motifs d'exclusion s'effectue

d'une manière impartiale et transparente, afin qu'aucun marché ne soit attribué à un soumissionnaire qui aurait dû être exclu.

Les autres dispositions de la loi ne sont pas applicables, sauf disposition contraire dans les documents du marché.

§ 4. Si le pouvoir adjudicateur opte pour le cas visé au paragraphe 1er, alinéa 1er, 3°, il est tenu d'appliquer la procédure de passation à laquelle il se réfère dans son intégralité et est soumis aux dispositions de la présente loi.

§ 5. Si le pouvoir adjudicateur opte pour le cas visé au paragraphe 1er, alinéa 1er, 4°, il est tenu de respecter au minimum les dispositions du titre 1, du chapitre 1er du titre 2, du chapitre 1er du titre 5 ainsi que les articles 67, 68 et 70.

Le pouvoir adjudicateur peut décider d'examiner les offres avant de vérifier l'absence de motifs d'exclusion. Lorsqu'il fait usage de cette possibilité, il s'assure que la vérification de l'absence de motifs d'exclusion s'effectue d'une manière impartiale et transparente, afin qu'aucun marché ne soit attribué à un soumissionnaire qui aurait dû être exclu.

Il est également tenu d'appliquer les modalités qu'il a lui-même fixées. Pour la fixation de ces modalités, il peut :

1° s'inspirer des procédures de passation et techniques d'achat prévues par le présent titre; ou

2° renvoyer à certains articles des procédures de passation et techniques d'achat prévues par le présent titre et, le cas échéant, prévoir des dérogations.

b) Procédure négociée directe avec publication préalable (art. 89, §2)

Aucune condition n'est imposée pour recourir à la procédure négociée directe avec publication préalable si l'objet du marché porte sur des services sociaux et autres services spécifiques.

Quelles **dispositions** le pouvoir adjudicateur doit-il **absolument respecter** ?

- Titre 1^{er} Dispositions introductives, définitions et principes généraux
- Titre 2 Marchés publics dans les secteurs classiques
 - Chap. 1^{er} Champ d'application (art. 17 à 34)
 - Art. 41§§2 à 7 Procédure, délai et règles de négociation de la PNDAPP
 - Art. 51 Consultation préalable
 - Art. 52 Participation préalable de candidats ou de soumissionnaires
 - Art. 59 Règles fixation et prolongation des délais
 - Art. 66§§1^{er} et 3 Principes généraux sélection et attribution
 - Art. 67 à 69 Causes d'exclusion obligatoire et facultative
 - Art. 70 Mesures correctrices
 - Art. 71 Critères de sélection
 - Art. 73 Dume, déclaration sur l'honneur implicite et moyens de preuve
 - Art. 74 Habilitation au Roi pour moyen de preuve provisoire (39 ARP)
 - Art. 78 Recours à la capacité de tiers
 - Art. 80 Limitation du nombre d'offres et de solutions
 - Art. 81 Critères d'attribution
 - Art. 82 Coût du cycle de vie
 - Art. 85 Non- attribution
 - Art. 86 Délégation Roi RGE
 - Art. 87 Conditions spéciales relatives à l'exécution
- Titre 4 Dispositions relatives à la gouvernance (163 à 166)
- Titre 5 Dispositions modificatives abrogatoires et diverses
 - Chap. 1^{er} Dispositions diverses (art. 167 à 172)

!!!! Le pouvoir adjudicateur peut toujours prévoir l'application d'autres dispositions s'il le souhaite.

c) Procédure négociée sans publication préalable (art. 89, §3)

Deux possibilités permettent le recours à la procédure négociée sans publication préalable :

- **SOIT** montant estimé du marché < 750.000 euros THVA
- **SOIT** lorsque se trouve dans une des hypothèses permettant de recourir à la procédure négociée sans publication préalable

Quelles **dispositions** le pouvoir adjudicateur doit-il **absolument respecter** ?

- Titre 1^{er} Dispositions introductives, définitions et principes généraux
- Titre 2 Marchés publics dans les secteurs classiques
 - Chap. 1^{er} : Champ d'application
 - Art. 42§2: Règles de négociation de la PNSPP
 - Art. 51: Consultation préalable
 - Art. 52: Participation préalable de candidats ou de soumissionnaires
 - Art. 59: Règles fixation et prolongation des délais
 - Art. 66§§1^{er} et 3: Principes généraux sélection et attribution
 - Art. 67 et 68: Causes d'exclusion obligatoire
 - Art. 70: Mesures correctrices
 - Art. 73: Dume, déclaration sur l'honneur implicite et moyens de preuve
 - Art. 74: Habilitation au Roi pour moyen de preuve provisoire (39 ARP)
 - Art. 78 Recours à la capacité de tiers
 - Art. 81: Critères d'attribution
 - Art. 82: Coût du cycle de vie
 - Art. 85 (non- attribution), 86 (délégation Roi RGE) et 87 (conditions spéciales relatives à l'exécution)
- Titre 4 Dispositions relatives à la gouvernance (163 à 166)
- Titre 5 Dispositions modificatives abrogatoires et diverses
 - Chap. 1^{er} Dispositions diverses (art. 167 à 172)

Il va de soi que le pouvoir adjudicateur peut toujours prévoir l'application d'autres dispositions s'il le souhaite.

d) Toute procédure prévue par la loi (art. 89, §4)

Si le pouvoir adjudicateur décide de recourir à toute autre procédure que les procédures négociées directe avec publication préalable et sans publication préalable, il doit respecter l'INTEGRALITE de la réglementation.

e) Procédure sui generis (art. 89, §5)

Si le pouvoir adjudicateur décide de recourir à la procédure sui generis, le pouvoir adjudicateur devra respecter absolument les dispositions suivantes :

- Titre 1^{er} Dispositions introductives, définitions et principes généraux
- Titre 2 Marchés publics dans les secteurs classiques
 - Chap. 1^{er} : Champ d'application
 - Art. 67 et 68: causes d'exclusion obligatoire
 - Art. 70: mesures correctrices
- Titre 5, Chap. 1er
- Possibilité d'examiner les offres avant de vérifier les motifs d'exclusion
 - De manière impartiale et transparente
 - Aucun marché ne peut être attribué à quelqu'un qui aurait dû être exclu
- Obligation d'appliquer les modalités qu'on a fixées dans les documents du marché.

Section 3 : Cas particulier : Relations contractuelles entre pouvoirs adjudicateurs

Des **pouvoirs adjudicateurs** peuvent conclure, entre eux, des conventions à titre onéreux ce qui pose automatiquement la question de l'application de la réglementation sur les marchés publics.

En principe, la réglementation s'applique aussi aux marchés publics conclus entre pouvoirs adjudicateurs.

Toutefois, la loi prévoit deux hypothèses d'exclusions de la réglementation :

- Contrôle analogue : art. 30 de la loi
- Coopération horizontale non institutionnalisée (public-public) : art. 31 de la loi

Des **conditions strictes** doivent être respectées pour pouvoir bénéficier d'une de ces deux exemptions.

A. Première hypothèse : Le « Contrôle analogue » / « In House ». (art.30 de la loi)

■ L'article 30 de la loi prévoit ce qui suit :

§ 1er. Un marché public passé entre un pouvoir adjudicateur et une personne morale régie par le droit privé ou le droit public n'est pas soumis à l'application de la présente loi, lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :

1° le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services;

2° plus de 80 % pour cent des activités de cette personne morale contrôlée sont exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales qu'il contrôle; et

3° la personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Un pouvoir adjudicateur est réputé exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, au sens de l'alinéa 1er, point 1°, s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée.

Ce contrôle peut également être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur.

§ 2. L'exclusion prévue au paragraphe 1er s'applique également lorsqu'une personne morale contrôlée qui est un pouvoir adjudicateur passe un marché avec le pouvoir adjudicateur qui la contrôle, ou une autre personne morale contrôlée par le même pouvoir adjudicateur, à condition que la personne morale avec laquelle le marché public est passé ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités européens, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

§ 3. Un pouvoir adjudicateur qui n'exerce pas de contrôle sur une personne morale régie par le droit privé ou le droit public au sens du paragraphe 1er peut néanmoins passer un marché public avec cette personne morale sans appliquer la présente loi, lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :

1° le pouvoir adjudicateur exerce, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, un contrôle sur la personne morale concernée, analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services;

2° plus de 80% des activités de cette personne morale sont exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ou par d'autres personnes morales contrôlées par les mêmes pouvoirs adjudicateurs; et

3° la personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions

législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Aux fins de l'alinéa 1er, 1°, les pouvoirs adjudicateurs exercent un contrôle conjoint sur une personne morale lorsque chacune des conditions suivantes est réunie :

1° les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants, une même personne pouvant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux;

2° ces pouvoirs adjudicateurs sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée; et

3° la personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent.

§ 4. Le pourcentage d'activités visé au paragraphe 1er, alinéa 1er, 2° et au paragraphe 3, alinéa 1er, 2°, est déterminé en fonction du chiffre d'affaires total moyen ou d'un autre paramètre approprié fondé sur les activités tel que les coûts supportés par la personne morale ou le pouvoir adjudicateur concerné pour ce qui est des services, fournitures et travaux pendant les trois années précédant la passation du marché.

Lorsque, en raison de la date de création ou de début des activités de la personne morale ou du pouvoir adjudicateur concerné ou en raison d'une réorganisation de ses activités, le chiffre d'affaires, ou un autre paramètre fondé sur les activités tel que les coûts, n'est pas disponible pour les trois dernières années ou n'est plus pertinent, il suffit de montrer que le calcul des activités est vraisemblable, notamment par des projections d'activités.

a) Intérêt de la disposition légale

Un (ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs) peut confier directement à un autre pouvoir adjudicateur des missions (travaux/fournitures/services) réalisées à titre onéreux.

Aucune mise en concurrence ne devra donc être organisée pour conclure ce type de marché, **pour autant que**, plusieurs **conditions CUMULATIVES** soient remplies.

→ **Exception au principe de mise en concurrence** du pouvoir adjudicateur qui va réaliser les travaux, livrer les fournitures ou prester les services commandés par l'autre pouvoir adjudicateur

b) Conditions à remplir

- Le marché public concerne un pouvoir adjudicateur et une personne morale de droit public ou privé (forme).

Exemple : une Commune/Ville et sa Régie communale autonome
 Une Commune/Ville et son ASBL.

- Le pouvoir adjudicateur doit exercer, sur la personne morale de droit public ou de droit privé, un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.

Comment exercer un tel contrôle ?

On considère que le pouvoir adjudicateur exerce un contrôle analogue sur la personne morale s'il peut influencer de manière décisive les objectifs stratégiques et les décisions importantes de cette dernière.

De quelle nature peut être ce contrôle ?

Le contrôle peut être **indirect** ce qui veut dire qu'il se fait par l'intermédiaire d'une autre entité.

Exemple : Ville → Régie communale autonome → filiale

Le contrôle peut être **collatéral** ce qui veut dire que les personnes morales contrôlées par le même pouvoir adjudicateur peuvent également se confier des missions entre elles.

Exemple : Régie communale autonome → ASBL communale
ASBL communale 1 → ASBL communale 2

Le contrôle peut être **ascendant/inversé** ce qui veut dire que la personne morale contrôlée confie des missions au pouvoir adjudicateur qui la contrôle.

Le contrôle analogue peut être qualifié de **conjoint** ce qui veut dire que plusieurs pouvoirs adjudicateur associés exercent ensemble de contrôle sur la même personne morale.

C'est le cas dans les relations entre des communes/provinces,... et l'intercommunale à laquelle elles sont associées.

Comment ce contrôle est-il exercé conjointement par plusieurs pouvoirs adjudicateurs ?

Un pouvoir adjudicateur exerce, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services dès l'instant où :

- organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les PA participants, une même personne pouvant en représenter plusieurs, voire tous,
 - ces pouvoirs adjudicateurs savent exercer conjointement une influence décisive sur objectifs stratégiques et décisions importantes,
 - la personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent.
- Plus de 80% des activités de la personne morale contrôlée sont exercés dans le cadre des missions confiées par le pouvoir adjudicateur ou d'autres personnes morales que le pouvoir adjudicateur contrôle
 - La personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés à l'exception de toute participation :
 - qui ne confère pas de capacité de contrôle ou de blocage,
 - imposée par dispositions législatives nationales,
 - qui ne permet pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

B. Seconde hypothèse : La « Coopération horizontale non institutionnalisée » OU « Coopération public-public » (art. 31 de la loi).

■ L'article 31 de la loi prévoit :

Un marché conclu exclusivement entre deux pouvoirs adjudicateurs ou plus ne relève pas du champ d'application de la présente loi, lorsque chacune des conditions suivantes est réunie :

1° le marché établi ou met en œuvre une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun;

2° la mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt public; et

3° les pouvoirs adjudicateurs participants réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par la coopération. Ce pourcentage d'activités est déterminé conformément à l'article 30, § 4.

Pour pouvoir invoquer la coopération horizontale non institutionnalisée, plusieurs **conditions CUMULATIVES** doivent être remplies :

- Le marché établi ou met en œuvre une **coopération** entre pouvoirs adjudicateurs dans le but de garantir que les Services Publics dont ils doivent assurer la prestation, sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun. Un échange de missions doit donc être mis en place.
- Il peut y avoir une participation privée dans ces pouvoirs adjudicateurs. Autrement dit, ils **ne doivent pas être purs**.
- Les pouvoirs adjudicateurs doivent poursuivre des objectifs communs et agir dans le cadre de leurs **missions de Services Publics** respectives.
- Les **Services Publics** fournis par les différents pouvoirs adjudicateurs **ne doivent pas forcément être identiques**, ils peuvent être complémentaires...
- La mise en œuvre de la coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt public. Elle ne poursuit donc **aucun objectif commercial**.
- Les pouvoirs adjudicateurs participants **réalisent sur le marché concurrentiel, moins de 20% des activités concernées par la coopération**. En effet, aucun privé ne peut avoir une situation privilégiée par rapport à ses concurrents.

En conclusion :

Si la réglementation européenne et belge veille à ce que les marchés publics soient ouverts à la concurrence sur le marché intérieur, elle ne restreint pas la liberté d'un pouvoir adjudicateur d'accomplir les missions d'intérêt public qui lui incombent en coopérant avec d'autres pouvoirs adjudicateurs.

Pareille disposition est précieuse dans un contexte où au niveau régional les synergies entre pouvoirs publics sont encouragées.

CHAPITRE 2 : MODES DE PASSATION

Section 1 : Choix de la procédure

■ L'article 35 de la loi liste les modes de passation auxquels le pouvoir adjudicateur peut recourir pour conclure un marché public dans les secteurs classiques et prévoit :

Sans préjudice de l'article 38, § 1^{er}, 2°, et de l'article 42, la passation des marchés publics se fait selon l'une des procédures suivantes, pour autant qu'un avis de marché ait été publié :

1° la procédure ouverte;

2° la procédure restreinte;

3° la procédure concurrentielle avec négociation, selon les conditions fixées à l'article 38;

4° le dialogue compétitif, selon les conditions fixées à l'article 39;

5° le partenariat d'innovation, selon les conditions fixées à l'article 40;

6° la procédure négociée directe avec publication préalable, selon les conditions fixées à l'article 41.

Dans les cas et circonstances expressément visés à l'article 42, les marchés peuvent être passés par procédure négociée sans publication préalable.

Les principaux modes de passation qui nécessitent une mise en concurrence via la publication d'un avis de marché et qui seront analysés sont :

- ❖ Procédure ouverte (art. 36 de la loi)
- ❖ Procédure restreinte (art. 37 de la loi)
- ❖ Procédure concurrentielle avec négociation (art. 38 de la loi)
- ❖ Procédure négociée directe avec publication préalable (art. 41 de la loi)

La loi traite également d'un autre mode de passation qui organise la mise en concurrence via la consultation de divers opérateurs et qui sera également étudié :

- ❖ Procédure négociée sans publication préalable (article 42 de la loi)

Section 2 : Procédures ouvertes

■ Les articles 2, 22° et 36, §1^{er}, alinéa 1^{er} de la loi définissent la procédure ouverte de la manière suivante :

*Procédure de passation dans laquelle tout opérateur économique intéressé peut **présenter une offre** en réponse à un avis de marché.*

En recourant à une **procédure ouverte**, le pouvoir adjudicateur permet à tout opérateur économique intéressé par le marché, suite à la publication de l'avis de marché, de disposer des documents de marché (cahier spécial des charges, plans,...) et de déposer une **offre**.

■ L'article 2, 15° de la loi du 17/06/2016 définit l'offre de la manière suivante :

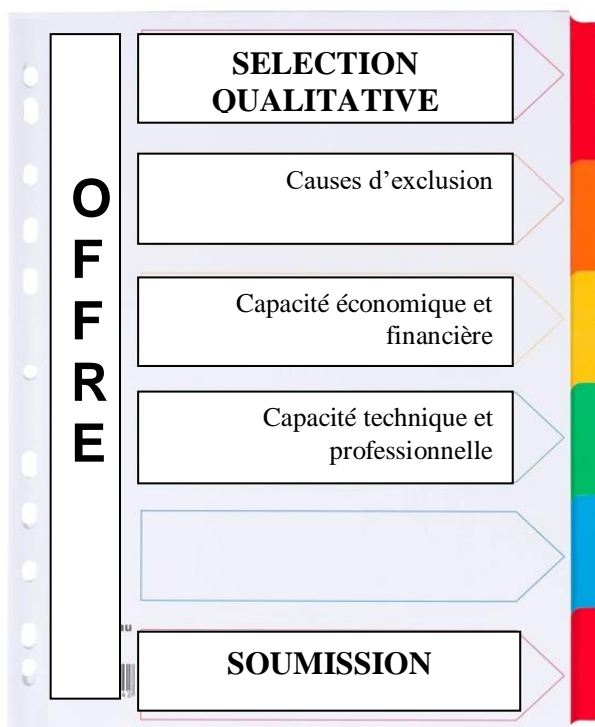
Engagement du soumissionnaire d'exécuter le marché sur la base des documents du marché et aux conditions qu'il présente.

Dans une procédure ouverte, l'offre est le document qui contient les renseignements, à la fois, sur :

- la sélection qualitative du soumissionnaire
- la manière concrète de réaliser la mission faisant l'objet du marché et le montant à payer (voir infra).

La vérification de la sélection qualitative permet au pouvoir adjudicateur d'apprécier si l'opérateur économique à qui il souhaite confier le marché, dispose de l'honorabilité, de la capacité économique et financière et de la capacité technique et professionnelle suffisantes pour assumer le marché. Nous reviendrons sur ce point ultérieurement.

En procédure ouverte, le pouvoir adjudicateur n'effectue pas de vérification de la sélection qualitative préalablement au dépôt de l'offre.



Lors de l'analyse des soumissions, dans le cadre d'une procédure ouverte, le pouvoir adjudicateur procède de la manière suivante :

- a) Vérification sommaire des causes d'exclusion (sur base de l'attestation sur l'honneur implicite ou du DUME en cas de marché européen)
dossier de candidature ou dans une offre selon le type de procédure)
- b) Vérification de la régularité des offres
- c) Analyse le contenu des offres régulières
- d) Classement des offres
- e) Vérification de l'ensemble des causes d'exclusion et des critères de sélection qualitative sur base d'informations officielles à l'égard du soumissionnaire censé se voir attribuer le marché
- f) Attribution du marché
- g) Notification du marché.

Section 3 : Procédures restreintes

■ Les articles 2, 23° et 37, §1^{er}, alinéa 1^{er} de la loi définissent la procédure restreinte de la manière suivante :

Procédure de passation à laquelle tout opérateur économique intéressé peut demander à participer en réponse à un avis de marché et dans laquelle seuls les candidats sélectionnés par l'adjudicateur peuvent présenter une offre;

En recourant à une **procédure restreinte**, le pouvoir adjudicateur permet à tout opérateur économique de déposer une **candidature**, une **demande de participation**.

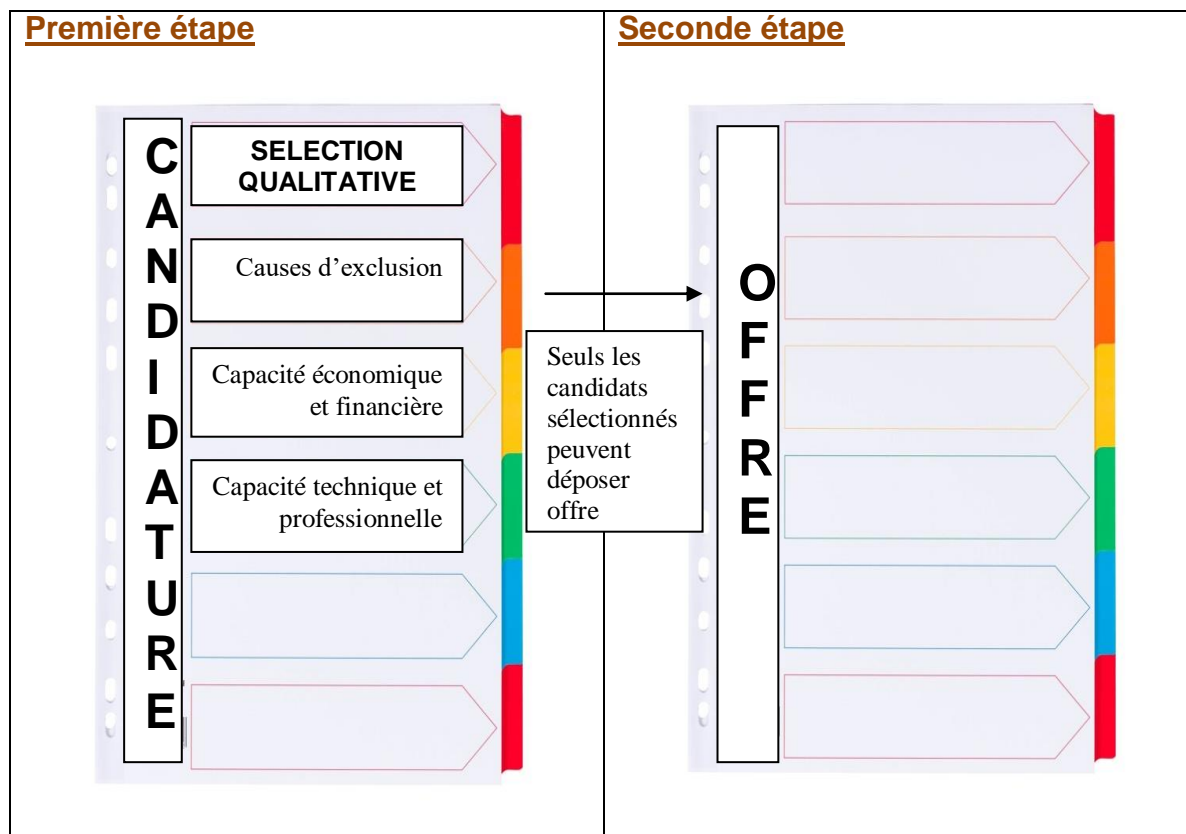
En pratique, le pouvoir adjudicateur lance le marché via la publication d'un avis de marché. Suite à cette publication, tout opérateur économique intéressé peut déposer une candidature, une demande de participation.

Le dossier de candidature contient tous les renseignements relatifs à la sélection qualitative, c'est-à-dire tous les renseignements permettant de vérifier la situation juridique, la capacité économique et financière ainsi que la capacité technique ou professionnelle des entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services qui souhaitent participer au marché.

Sur base de ces renseignements, le pouvoir adjudicateur va, tout d'abord, sélectionner les candidats qu'il estime aptes à assumer le marché et donc à déposer offre. Une décision de sélection doit donc être adoptée.

Ensuite, il va envoyer l'ensemble des documents du marché à tous les candidats sélectionnés, en les invitant à déposer une offre. Une fois les offres déposées, il va les analyser et procéder à la désignation de l'adjudicataire.

Les procédures restreintes présentent l'avantage, pour le pouvoir adjudicateur, de limiter le nombre d'offres à examiner mais présentent l'inconvénient d'être, parfois, un peu plus longues.



EN RESUME :

<u>PROCÉDURE OUVERTE</u>	<u>PROCÉDURE RESTREINTE</u>
1) Publication de l'avis de marché	1) Publication de l'avis de marché
2) Dépôt d'une offre contenant <u>à la fois</u> les informations et documents relatifs à la sélection qualitative et la proposition de réalisation de la mission	2) Dépôt d'une candidature contenant les informations et documents relatifs à la sélection qualitative
3) Analyse de la sélection qualitative Analyse de la proposition de réalisation de la mission (régularité et analyse des offres régulières sur base des critères d'attribution)	3) Analyse de la sélection qualitative et désignation des candidats sélectionnés
4) Désignation de l'adjudicataire	5) Invitation à présenter une offre et envoi des documents du marché aux seuls candidats sélectionnés
	6) Analyse de la proposition de réalisation de la mission (régularité et analyse des offres régulières sur base des critères d'attribution)
	7) Désignation de l'adjudicataire

Section 3 : Procédures négociées

La nouvelle loi autorise le recours à trois types de procédures négociées :

- Procédure concurrentielle avec négociation
- Procédure négociée directe avec publication préalable
- Procédure négociée sans publication préalable.

La procédure concurrentielle avec négociation est assimilée à une procédure « restreinte » puisqu'elle se fait en deux étapes : introduction de demandes de participation et dépôt d'offres par les candidats sélectionnés.

La procédure négociée directe avec publication préalable et la procédure négociée sans publication préalable sont assimilées à une procédure « ouverte » dans la mesure où elles donnent lieu directement au dépôt d'une offre (laquelle contient tous les renseignements relatifs à la sélection qualitative).

La procédure négociée est un mode de passation exceptionnel.

Si le pouvoir adjudicateur peut choisir librement de recourir à une procédure ouverte ou à une procédure restreinte pour conclure un marché public, il n'en va pas de même pour la procédure négociée.

En effet, le pouvoir adjudicateur ne peut utiliser une des trois procédures négociées que dans des hypothèses limitativement énumérées par la loi et aux conditions qu'elle impose.

Si le pouvoir adjudicateur choisit une des procédures négociées pour lancer son marché, il doit, dans la délibération définissant le choix du mode de passation, indiquer les motifs de droit (base légale précise) et de fait (circonstances factuelles, éléments concrets) qui lui permettent de recourir à telle ou telle hypothèse de procédure négociée.

Il doit donc apprécier préalablement si les exigences imposées par la réglementation sont remplies au moment du lancement du marché. Dans la négative, le pouvoir adjudicateur doit opter pour un autre mode de passation que la procédure négociée.

Les possibilités permettant de recourir aux procédures négociées ont été élargies afin de faciliter la possibilité de négocier.

EN RESUME :

<u>PROCEDURES NEGOCIEES ASSIMILEES AUX PROCEDURES OUVERTES</u>	<u>PROCEDURES NEGOCIEES ASSIMILEES AUX PROCEDURES RESTREINTES</u>
<u>Procédure négociée directe avec publication préalable</u>	<u>Procédure concurrentielle avec négociation</u>
<u>Procédure négociée sans publication préalable</u>	

Section 4 : Procédure concurrentielle avec négociation (PCAN)

A. Notion

- L'article 2, 24° de la loi définit la procédure concurrentielle avec négociation de la manière suivante :

*Procédure de passation à laquelle tout opérateur économique intéressé peut **demander à participer en réponse à un avis de marché**, dans laquelle **seuls les candidats sélectionnés peuvent présenter une offre**, les conditions du marché **pouvant ensuite être négociées** avec les soumissionnaires, et qui s'applique uniquement aux marchés relevant du champ d'application du **titre 2**.*

La procédure concurrentielle se déroule en 2 phases, nécessite la publication d'un avis de marché et permet au pouvoir adjudicateur de négocier.

B. Conditions pour recourir à la procédure concurrentielle avec négociation

- L'article 38, §1^{er} de la loi fixe les conditions dans lesquelles le pouvoir adjudicateur peut conclure un marché public par procédure concurrentielle avec négociation.

*§ 1er. Le pouvoir adjudicateur peut appliquer une procédure concurrentielle avec négociation **dans les cas suivants**:*

*1° pour les **travaux, fournitures** ou **services** remplissant un ou plusieurs des critères suivants :*

a) les besoins du pouvoir adjudicateur ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles;

*b) ils **incluent la conception** ou les **solutions innovantes**;*

*c) le marché ne peut être attribué **sans négociations préalables** du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent;*

*d) le pouvoir adjudicateur n'est **pas en mesure de définir les spécifications techniques** avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou une référence technique au sens de l'article 2, 45° à 48° ;*

*e) l'accès du marché **est réservé** en application de l'article 15 **et le montant estimé** du marché hors taxe sur la valeur ajoutée est **inférieur** au seuil fixé pour la publicité européenne;*

*f) le **montant estimé** du marché hors taxe sur la valeur ajoutée est inférieur aux montants fixés par le Roi;*

*2° pour les **travaux, les fournitures** ou les **services pour lesquels, en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées**.*

Dans le cas visé à l'alinéa 1^{er}, 2°, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de publier un avis de marché s'il inclut dans la procédure tous les soumissionnaires, et seulement les soumissionnaires, qui satisfont aux critères visés aux articles 67 à 78 et qui, lors de la procédure ouverte ou restreinte antérieure, ont soumis des offres conformes aux exigences formelles de la procédure de passation. S'il n'inclut pas dans la procédure tous lesdits soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur sera par contre tenu de publier un avis de marché.

Néanmoins, lorsque la première procédure n'a pas été obligatoirement soumise à la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur peut, en vue d'élargir la concurrence, consulter en outre 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. En pareil cas, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de publier un avis de marché.

Il est possible de recourir à la procédure concurrentielle avec négociation quelle que soit la qualification du marché : travaux/fournitures/services.

La disposition légale prévoit 7 hypothèses qui permettent au pouvoir adjudicateur d'utiliser ce mode de passation.

1. Besoins du pouvoir adjudicateur qui ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles :

Si le pouvoir adjudicateur souhaite commander une mission qui n'existe pas telle quelle sur le marché, il faut lui permettre de négocier avec les opérateurs économiques pour accomplir les aménagements nécessaires et ainsi rencontrer au mieux ses besoins.

2. Incluent la conception ou les solutions innovantes :

Les marchés publics qui portent entre autres sur de la conception (marchés d'architecture,...) peuvent être conclus par procédure concurrentielle avec négociation.

Il en va de même pour les marchés ayant pour objet la recherche de solutions innovantes.

Le fait, pour le pouvoir adjudicateur, d'attribuer le marché sans avoir préalablement négocié remettrait en cause le fondement du recours à ce mode de passation, et, par voie de conséquence, la légalité de la procédure.

3. Attribution impossible sans négociations préalables du fait de circonstances particulières liées à la nature, à la complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent :

Le marché public est à ce point particulier ou complexe qu'il est impératif de **négocier** préalablement afin de pouvoir désigner l'adjudicataire ; c'est la raison pour laquelle la négociation est **OBLIGATOIRE** dans cette hypothèse.

La complexité peut concerner la nature, le montage financier ou juridique du marché ou les risques qu'il génère.

4. Le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou une référence technique

Le pouvoir adjudicateur est dans l'impossibilité de déterminer quelles exigences techniques imposer dans les documents du marché.

5. Marchés réservés + sous les seuils européens

- L'article 38, §1^{er}, 1°, e) de la loi prévoit :

§ 1er. Le pouvoir adjudicateur peut appliquer une procédure concurrentielle avec négociation dans les cas suivants :

1° pour les travaux, fournitures ou services remplissant un ou plusieurs des critères suivants :

(...)

e) l'accès du marché est réservé en **application de l'article 15** et le montant estimé du marché hors taxe sur la valeur ajoutée est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne; (...)

- L'article 15 de la loi prévoit :

Un adjudicateur peut, dans le respect des principes du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, réserver l'accès à la procédure de passation à des **ateliers protégés** et à des opérateurs **économiques dont l'objectif est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées**, ou réserver l'exécution de ces marchés dans le cadre de **programmes d'emplois protégés**, à condition qu'au moins 30% du personnel de ces ateliers, opérateurs économiques ou programmes soient des travailleurs handicapés ou défavorisés.

Un pouvoir adjudicateur peut réserver l'accès au marché public à des opérateurs économiques qui se trouvent défavorisés ou fragilisés, sur le marché du travail et de la concurrence, par rapport à des entreprises dites « classiques ».

Pour pouvoir recourir à la procédure concurrentielle avec négociation, l'article 38 de la loi impose que le montant estimé HTVA du marché soit, au moment de la mise en concurrence, inférieur aux seuils européens.

- L'article 11 ARP fixe le montant des seuils européens :

1° 5.548.000 euros pour les marchés publics de **travaux**;

2° 144.000 euros pour les marchés publics de fournitures et de services passés par les **pouvoirs adjudicateurs fédéraux** (...);

3° 221.000 euros pour les marchés publics de **fournitures** et de **services** (...);

4° 750.000 euros pour les marchés publics de services portant sur des **services sociaux et d'autres services spécifiques** visés au chapitre 6 de la loi.

- ➔ Travaux : < 5.548.000 € HTVA
Fournitures : < 221.000 € HTVA
Services : < 221.000 € HTVA
Services sociaux et autres services spécifiques : < 750.000 € HTVA

6. Montant estimé HTVA

- L'article 38, §1^{er}, 1°, f) de la loi prévoit :

§ 1er. Le pouvoir adjudicateur peut appliquer une procédure concurrentielle avec négociation dans les cas suivants :

1° pour les travaux, fournitures ou services remplissant un ou plusieurs des critères suivants :

(...)

f) le **montant estimé** du marché hors taxe sur la valeur ajoutée est inférieur aux montants fixés par le Roi; (...)

Le pouvoir adjudicateur peut recourir à la procédure concurrentielle avec négociation, si le montant estimé HTVA du marché est inférieur au montant fixé par le Roi.

Par montant estimé, il faut entendre le montant du marché tel qu'évalué lors de la mise en concurrence.

■ L'article 91 ARP fixe ce montant à :

Le pouvoir adjudicateur peut appliquer la procédure concurrentielle avec négociation lorsque le montant estimé du marché visé à l'article 38, § 1er, f), de la loi est inférieur :

*1° à 750.000 euros pour les marchés de **travaux**;*

*2° au montant fixé à l'article 11, alinéa 1er, 2° ou 3°, pour les marchés de **fournitures** et de **services**, en fonction du fait qu'il s'agit d'un pouvoir adjudicateur fédéral ou non.*

■ L'article 11 ARP fixe le montant des seuils européens :

*1° 5.548.000 euros pour les marchés publics de **travaux**;*

*2° 144.000 euros pour les marchés publics de **fournitures** et de **services** passés par les **pouvoirs adjudicateurs fédéraux (...)**;*

*3° 221.000 euros pour les marchés publics de **fournitures** et de **services** (...);*

*4° 750.000 euros pour les marchés publics de services portant sur des **services sociaux et d'autres services spécifiques** visés au chapitre 6 de la loi.*

- ➔ Travaux : < 750.000 € HTVA
- Fournitures : < 221.000 € HTVA
- Services : < 221.000 € HTVA
- Services sociaux et autres services spécifiques : < 750.000 € HTVA

7. Seules des offres irrégulières ou inacceptables en réponse à une procédure ouverte ou restreinte

Si une première procédure de passation de marché a été initiée et qu'elle n'a donné lieu à aucune offre valable, le pouvoir adjudicateur peut renoncer à attribuer cette première procédure et relancer une seconde par procédure concurrentielle avec négociation.

Cette première procédure DOIT être une procédure ouverte ou restreinte uniquement.

Les offres déposées dans le cadre de cette procédure, sont :

- **irrégulières** :

Elles ne sont pas conformes à la réglementation ou aux exigences imposées dans les documents du marché

- **inacceptables** :

Elles sont présentées par des soumissionnaires qui ne présentent pas les capacités requises (ne peuvent être sélectionnés qualitativement)

Il s'agit d'offres dont le prix excède le budget que le pouvoir adjudicateur s'est initialement fixé en début de procédure

Si, pour ce mode de passation, la mise en concurrence doit se faire via la publication d'un avis de marché, il en va autrement, dans cette hypothèse-ci.

En effet, selon qu'il s'agit d'un marché belge ou européen et que le pouvoir adjudicateur souhaite ou non élargir la concurrence, la mise en concurrence se fera via l'envoi d'une lettre d'invitation à présenter une offre ou via la publication d'un avis de marché.

EN RESUME

MARCHE EUROPEEN	MARCHE BELGE
Si je ne consulte que les soumissionnaires qui ont été sélectionnés qualitativement et qui ont remis une offre FORMELLEMENT régulière	Si je ne consulte que les soumissionnaires qui ont été sélectionnés qualitativement et qui ont remis une offre FORMELLEMENT régulière
→ <u>ENVOI LETTRE D'INVITATION</u>	→ <u>ENVOI LETTRE D'INVITATION</u>
Je dois ou je souhaite élargir la concurrence	Je dois ou je souhaite élargir la concurrence
→ <u>PUBLICATION AVIS DE MARCHÉ</u>	→ <u>ENVOI LETTRE D'INVITATION</u>

C. Régime juridique

- ▀ L'article 38, §§2 à 9 de la loi fixe la procédure à respecter :

Art. 38. § 1er. (...)

§ 2. Dans une procédure concurrentielle avec négociation et sans préjudice du paragraphe 1er, alinéas 2 et 3, **tout opérateur économique peut soumettre une demande de participation en réponse à un avis de marché**, en fournissant les informations aux fins de la sélection qui sont réclamées par le pouvoir adjudicateur.

§ 3. 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.

Les informations fournies sont **suffisamment précises pour permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et la portée du marché et de décider de demander ou non à participer à la procédure**.

Le délai minimal de réception des demandes de participation est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché. Le délai minimal de réception des offres initiales est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'invitation. L'article 37, §§ 3 à 5, est applicable.

§ 4. **Seuls les opérateurs économiques ayant reçu une invitation du pouvoir adjudicateur** à la suite de l'évaluation par celui-ci des informations fournies **peuvent soumettre une offre initiale**, qui sert de **base aux négociations ultérieures**. Le pouvoir adjudicateur **peut limiter le nombre de candidats** qui seront invités à participer à la procédure, conformément à l'article 79.

§ 5. Le pouvoir adjudicateur **négoce avec les soumissionnaires les offres initiales et toutes les offres ultérieures** que ceux-ci ont présentées, **à l'exception des offres finales** au sens du paragraphe 8, en vue d'améliorer leur contenu. Le pouvoir adjudicateur peut néanmoins attribuer des marchés sur la base des offres initiales sans négociation, lorsqu'il a indiqué, dans l'avis de marché, qu'il se réserve la possibilité de le faire. Les **exigences minimales** et les **critères d'attribution** ne font **pas** l'objet de **négociations**.

§ 6. **Au cours de la négociation, le pouvoir adjudicateur assure l'égalité de traitement** de tous les soumissionnaires. A cette fin, il ne donne pas d'information discriminatoire, susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres. Il informe par écrit tous les soumissionnaires dont les offres n'ont pas été éliminées en vertu du paragraphe 7 de tous les changements, autres que ceux qui définissent les exigences minimales, apportés aux spécifications techniques ou aux autres documents du marché. A la suite de ces changements, le pouvoir adjudicateur prévoit suffisamment de temps pour permettre aux soumissionnaires de modifier leurs offres et de les présenter à nouveau s'il y a lieu.

Conformément à l'article 13, le pouvoir adjudicateur ne révèle pas aux autres participants les informations confidentielles communiquées par un candidat ou un soumissionnaire participant aux négociations, sans l'accord

écrit et préalable de celui-ci. Cet accord ne revêt pas la forme d'une renonciation générale mais vise des informations précises dont la communication est envisagée.

§ 7. La procédure concurrentielle avec négociation peut se dérouler en phases successives de manière à **limiter le nombre d'offres à négocier** en appliquant les critères d'attribution précisés dans l'avis de marché ou dans un autre document du marché. Le pouvoir adjudicateur indique, dans l'avis de marché ou dans un autre document du marché, **s'il fera usage de cette possibilité.**

§ 8. Lorsque le pouvoir adjudicateur entend **conclure les négociations**, il en **informe** les soumissionnaires restant en lice et fixe une date limite commune pour la présentation d'éventuelles offres nouvelles ou révisées. Il vérifie que les offres finales répondent aux exigences minimales et respectent l'article 66, § 1er, il **évalue les offres finales sur la base des critères d'attribution et il attribue le marché** en vertu des articles 79 à 84.

Lorsque le pouvoir adjudicateur s'est réservé le droit de ne pas mener des négociations dans l'avis de marché et qu'il en fait usage, l'offre initiale vaut par conséquent offre finale.

§ 9. Le Roi peut fixer les modalités procédurales additionnelles applicables à la procédure concurrentielle avec négociation.

La procédure concurrentielle avec négociation est assimilée à une **procédure restreinte** car se déroule **en deux phases** :

Première phase :

- Publication de l'avis de marché
- Introduction des demandes de participation
- Analyse des demandes de participation
- Adoption, par le pouvoir adjudicateur, d'une délibération de sélection qualitative.

Seconde phase :

- Envoi des documents du marché (cahier spécial des charges, plans,...) **uniquement** aux candidats sélectionnés
- Dépôt des offres dans le délai requis
- Analyse et classement des offres
- Adoption d'une décision d'attribution, par le pouvoir adjudicateur.

Le pouvoir adjudicateur **peut limiter le nombre de candidats sélectionnés** conformément à l'article 79 de la loi.

La **négociation porte sur** tous les éléments de l'offre **SAUF** :

1) les exigences minimales :

Il s'agit de toute disposition figurant dans les documents du marché et qui constituent le minimum non négociable aux yeux du pouvoir adjudicateur.

2) les critères d'attribution :

Le libellé du critère ainsi que sa pondération ne peuvent être modifiés sous peine de rendre la procédure illégale et de devoir la recommencer.

En cours de négociation, le pouvoir adjudicateur doit respecter l'égalité de traitement ce qui veut dire :

- Ne communique pas d'informations discriminatoires susceptibles d'avantager un soumissionnaire
- Informe de tous les participants des modifications intervenues en cours de négociation

Le pouvoir adjudicateur **négoce** obligatoirement les offres sauf mention contraire dans l'avis de marché (se réserver la possibilité de ne pas négocier).

Si le pouvoir adjudicateur l'a prévu dans les documents du marché, il peut négocier les offres en phases successives, et limiter leur nombre.

Quand le pouvoir adjudicateur décide de conclure les négociations, il le fait savoir aux soumissionnaires et leur donne une date ultime pour leur permettre, s'ils le souhaitent, de remettre une dernière offre.

Si le pouvoir adjudicateur négocie, il y aura trois types d'offres :

- Offres initiales : premières offres déposées dans le cadre de la procédure
- Offres intermédiaires : offres suivantes faisant l'objet de négociations
- Offres finales : offres obtenues à l'issue des négociations, qui ne peuvent plus être modifiées, qui seront vérifiées par rapport aux exigences minimales et analysées sur base des critères d'attribution pour, in fine faire l'objet d'un classement.

Si pas de négociation, offre initiale = offre finale

Section 5 : Procédure négociée directe avec publication préalable

A. Notion

■ L'article 2, 29° de la loi définit la procédure négociée directe avec publication préalable de la manière suivante :

Procédure de passation dans laquelle tout opérateur économique intéressé peut présenter une offre en réponse à un avis de marché et dans laquelle l'adjudicateur peut négocier les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux, et qui s'applique uniquement aux marchés relevant du champ d'application du titre 2;

B. Condition UNIQUE pour recourir à la procédure négociée directe avec publication préalable

- L'article 41, §1^{er} de la loi définit la seule et unique condition pour pouvoir recourir à la procédure négociée directe avec publication préalable :

§ 1er. Les marchés publics ne peuvent être passés par procédure négociée directe avec publication préalable que dans les cas suivants :

1° pour les fournitures et les services dont le montant estimé est inférieur aux seuils correspondant fixé pour la publicité européenne;

2° pour les travaux dont le montant estimé est inférieur à 750.000 euros.

Le montant du marché HTVA, tel qu'estimé au moment de la mise en concurrence, DOIT donc être inférieur à :

Qualification du marché	Montant estimé HTVA	Disposition légale
Travaux	< 750.000 euros HTVA	Art. 41, §1 ^{er} , alinéa 1 ^{er} , 2° de la loi
Fournitures	< 221.000 euros HTVA	Art. 11, alinéa 1 ^{er} , 3° ARP
Services	< 221.000 euros HTVA	Art. 11, alinéa 1 ^{er} , 3° ARP
Services sociaux et autres services spécifiques	Aucune condition de montant	Art. 89, §1 ^{er} , alinéa 1 ^{er} , 1° de la loi

C. Régime juridique

- L'article 41, §§2 à 7 de la loi fixe la procédure à respecter :

§ 1er. (...)

§ 2. Dans la procédure négociée directe avec publication préalable, **tout opérateur économique intéressé peut soumettre une offre en réponse à un avis de marché** ;

Le délai minimal de réception des offres est de vingt-deux jours à compter de la date de l'envoi de l'avis de marché. L'article 37, §§ 3 à 5, est d'application.

L'offre est assortie des informations aux fins de la sélection réclamées par le pouvoir adjudicateur.

§ 3. Le pouvoir adjudicateur **peut négocier** avec les soumissionnaires les offres initiales et toutes les offres ultérieures que ceux-ci ont présentées, à l'exception des offres finales, en vue d'améliorer leur contenu.

Les exigences minimales et les critères d'attribution ne font pas l'objet de négociations.

§ 4. **Au cours de la négociation, le pouvoir adjudicateur assure l'égalité de traitement** de tous les soumissionnaires. A cette fin, il ne donne pas d'information discriminatoire, susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres. Il informe par écrit tous les soumissionnaires dont les offres n'ont pas été éliminées en vertu du paragraphe 5, de tous les changements apportés aux spécifications techniques ou aux autres documents du marché, autres que ceux qui définissent les exigences minimales. A la suite de ces changements, le pouvoir adjudicateur prévoit suffisamment de temps pour permettre aux soumissionnaires de modifier leurs offres et de les présenter à nouveau s'il y a lieu.

Conformément à l'article 13, le pouvoir adjudicateur ne révèle pas aux autres participants les informations confidentielles communiquées par un candidat ou un soumissionnaire participant aux négociations, sans l'accord écrit et préalable de celui-ci. Cet accord ne revêt pas la forme d'une renonciation générale mais vise des informations précises dont la communication est envisagée.

§ 5. La procédure négociée directe avec publication préalable peut se dérouler en phases successives de manière à **limiter le nombre d'offres à négocier** en appliquant les critères d'attribution précisés dans l'avis de marché ou dans un autre document du marché. Le pouvoir adjudicateur indique, dans l'avis de marché ou dans un autre document du marché, s'il fera usage de cette possibilité.

§ 6. Lorsque le pouvoir adjudicateur entend **conclure les négociations**, il en **informe** les soumissionnaires restant en lice et fixe une date limite commune pour la présentation d'éventuelles offres nouvelles ou révisées. Il vérifie que les offres finales répondent aux exigences minimales et respectent l'article 66, § 1er, il évalue les offres finales sur la base des critères d'attribution et il attribue le marché en vertu des articles 79 à 84.

Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de ne pas négocier, l'offre initiale vaut comme offre définitive.

§ 7. Le Roi peut fixer les modalités procédurales additionnelles applicables à la procédure négociée directe avec publication préalable.

La procédure négociée directe avec publication préalable est donc assimilée à une **procédure ouverte** car se déroule **en une seule phase** : tout opérateur économique intéressé peut soumettre une offre en réponse à un avis de marché.

Déroulement

- Publication de l'avis de marché
- Dépôt des offres dans le délai requis
- Analyse et classement des offres régulières déposées par des soumissionnaires sélectionnés
- Adoption d'une décision d'attribution, par le pouvoir adjudicateur, dans laquelle il se prononce également sur la sélection qualitative.

Le pouvoir adjudicateur a la **faculté et non l'obligation** de négocier.

S'il négocie, la **négociation porte sur** tous les éléments de l'offre **SAUF** :

1) les exigences minimales :

Il s'agit de toute disposition figurant dans les documents du marché et qui constituent le minimum non négociable aux yeux du pouvoir adjudicateur.

2) les critères d'attribution :

Le libellé du critère ainsi que sa pondération ne peuvent être modifiés sous peine de rendre la procédure illégale et de devoir la recommencer.

En cours de négociation, le pouvoir adjudicateur doit respecter **l'égalité de traitement** ce qui veut dire :

- Ne communique pas d'informations discriminatoires susceptibles d'avantager un soumissionnaire
- Informe de tous les participants des modifications intervenues en cours de négociation

Si le pouvoir adjudicateur l'a prévu dans les documents du marché, il peut négocier les offres en phases successives et limiter leur nombre.

Quand le pouvoir adjudicateur décide de conclure les négociations, il le fait savoir aux soumissionnaires et leur donne une date ultime pour leur permettre s'ils le souhaitent de remettre une dernière offre.

Si le pouvoir adjudicateur négocie, il y aura trois **types d'offres** :

- Offres initiales : premières offres déposées dans le cadre de la procédure
- Offres intermédiaires : offres suivantes faisant l'objet de négociations
- Offres finales : offres obtenues à l'issue des négociations, qui ne peuvent plus être modifiées, qui seront vérifiées par rapport aux exigences minimales et analysées sur base des critères d'attribution pour, in fine faire l'objet d'un classement.

Si pas de négociation, offre initiale = offre finale.

Section 6 : Procédure négociée sans publication préalable

A. Notion

- L'article 2, 26° de la loi définit la procédure négociée sans publication préalable de la manière suivante :

Procédure de passation dans laquelle le pouvoir adjudicateur demande une offre aux opérateurs économiques de son choix et peut négocier les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux, et qui s'applique uniquement aux marchés relevant du champ d'application du titre 2;

B. Conditions pour recourir à la procédure négociée sans publication préalable

- L'article 42, §1^{er} de la loi définit les conditions pour pouvoir recourir à la procédure négociée sans publication préalable :

*§ 1er. Il ne peut être traité par procédure négociée sans publication préalable, **mais si possible** après consultation de plusieurs opérateurs économiques, que dans les cas suivants :*

*1° dans le cas d'un marché public de **travaux**, de **fournitures** ou de **services**, lorsque :*

- a) la **dépense à approuver**, hors taxe sur la valeur ajoutée, est **inférieure** aux montants fixés par le Roi;*
- b) 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;*
- c) **aucune demande de participation ou demande de participation appropriée, 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 et, pour les marchés dont le montant est égal ou supérieur aux seuils fixés pour la publicité européenne, qu'un rapport soit communiqué à la Commission européenne à sa demande.*

Une demande de participation n'est pas considérée comme appropriée lorsque l'opérateur économique concerné doit ou peut être exclu en vertu des articles 67 à 70 ou ne remplit pas les critères de sélection établis par le pouvoir adjudicateur en vertu de l'article 71. Une offre n'est pas considérée comme appropriée lorsqu'elle est sans rapport avec le marché parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modifications substantielles, de répondre aux besoins et aux exigences du pouvoir adjudicateur spécifiés dans les documents du marché.

*d) les travaux, fournitures ou services ne peuvent, être **fournis que par un opérateur économique** déterminé pour l'une des raisons suivantes :*

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

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

*2° dans le cas d'un marché public de **travaux** ou de **services**, lorsque des **travaux ou services nouveaux consistant dans la répétition de travaux ou services similaires** sont attribués à l'adjudicataire du marché initial par le même pouvoir adjudicateur, à condition que ces travaux ou services soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un marché initial passé selon une des procédures visées à l'article 35, alinéa 1er. Le projet de base précise l'étendue des travaux ou des services supplémentaires possibles, et les conditions de leur attribution. Toutefois, la possibilité de recourir à cette procédure doit être indiquée dès la mise en concurrence du premier marché et le montant total envisagé pour les travaux ou les services supplémentaires doit déjà dès ce moment être pris en considération par les pouvoirs adjudicateurs pour déterminer si les seuils fixés pour la publicité européenne sont ou non atteints. La décision d'attribution des marchés répétitifs doit en outre intervenir dans les trois ans après la conclusion du marché initial;*

*3° lorsque des **fournitures** ou des **services** sont **achetés à des conditions particulièrement avantageuses**, soit auprès d'un fournisseur cessant définitivement ses activités commerciales, soit auprès des curateurs, des mandataires chargés d'un transfert sous autorité de justice ou liquidateurs d'une faillite, d'une réorganisation judiciaire ou d'une procédure de même nature existant dans les législations ou réglementations nationales;*

*4° dans le cas d'un marché public de **fournitures**, lorsque :*

- a) les produits concernés sont fabriqués uniquement à des fins de **recherche, d'expérimentation**, d'étude ou de développement, cette disposition ne comprenant pas la production en quantités visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les frais de recherche et de développement;*

b) des **fournitures complémentaires** sont à effectuer par le fournisseur initial et sont destinées, soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir des fournitures ayant des caractéristiques techniques différentes entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées. La durée de ces marchés, ainsi que des marchés renouvelables, ne peut pas, en règle générale, dépasser trois ans;

c) il s'agit de **fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières**;

5° dans le cas d'un marché public de **services**, lorsque le marché de services considéré fait suite à un **concours** et doit, conformément aux règles y applicables, être attribué au lauréat ou à un des lauréats de ce concours. Dans ce dernier cas, tous les lauréats doivent être invités à participer aux négociations.

Le Roi peut également autoriser l'utilisation de la procédure négociée sans publication préalable, pour les marchés publics de fournitures qu'il détermine, si possible après consultation de plusieurs opérateurs économiques, lorsqu'il s'agit d'achats d'opportunité, conformément aux conditions qu'il fixe. La valeur estimée de ces marchés ne peut atteindre le plafond qu'il fixe et qui doit nécessairement être inférieur au seuil correspondant pour la publicité européenne.

1. Généralités

La possibilité de recourir à la procédure négociée sans publication préalable est intrinsèquement liée à la qualification du marché. En effet, certaines hypothèses sont propres à certains types de marchés (travaux, fournitures, services). D'autres s'appliquent quelle que soit la qualification donnée.

Dans le cadre d'une procédure négociée sans publication préalable, la mise en concurrence se fait par la **consultation**, par le pouvoir adjudicateur, **si possible**, de **plusieurs** entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services.

Que faut-il entendre par les termes "si possible"?

En principe, une consultation doit être organisée en procédure négociée sans publication préalable.

Toutefois, la réglementation prévoit des hypothèses dans lesquelles aucune mise en concurrence ne doit être effectuée.

L'absence de mise en concurrence se justifie par le fait, soit :

- qu'il n'existe qu'une seule personne capable d'exécuter le marché ;
- que la loi désigne expressément l'adjudicataire pour réaliser la mission ;
- qu'elle a déjà eu lieu en amont (achats en bourse).

Les hypothèses sont les suivantes:

- l'exclusivité (art. 42, §1^{er}, 1^o, d) de la loi),
- les travaux ou services similaires (art. 42, al.1^{er}, 2^o de la loi),
- les fournitures complémentaires (art. 42, §1^{er}, al.1^{er}, 4^ob) de la loi),
- les fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières (art. 42, §1^{er}, al.1^{er}, 4^o, c) de la loi),
- dans certains cas, les fournitures achetées à des conditions particulièrement avantageuses (art. 42, §1^{er}, al.1^{er}, 3^o de la loi).

Que faut-il entendre par le terme "plusieurs"?

Plusieurs, au sens premier du terme, signifie : plus d'un. Le chiffre 3 est souvent cité comme étant une obligation, il n'en est rien.

En tout état de cause, la concurrence doit être effective ce qui implique que, dans des domaines où il existe un grand nombre de personnes capables de réaliser l'objet du marché, il s'agit d'étendre la consultation à plus de trois personnes. Il incombe également au pouvoir adjudicateur de ne plus consulter des personnes qui ont l'habitude de ne pas donner suite aux lettres d'invitation à présenter une offre.

Contrairement aux idées reçues, si le pouvoir adjudicateur a rempli ses obligations en procédant à une consultation effective, le nombre d'offres finalement déposées est sans incidence sur la régularité de la procédure et son déroulement ultérieur.

2. Montant de la dépense à approuver (Article 42, §1^{er}, 1°, a) de la loi

Le montant à prendre en considération pour savoir si le recours à la procédure négociée sans publication préalable est autorisé n'est donc **pas le montant estimé HTVA** par le pouvoir adjudicateur, au moment où il décide de recourir à ce mode de passation pour lancer le marché, **mais bien le montant attribué HTVA**, c'est-à-dire celui mentionné dans l'offre.

Il en résulte que, si le pouvoir adjudicateur estime, au moment du lancement de la procédure, que le montant de la dépense à approuver sera inférieur au seuil imposé par la réglementation mais que l'offre du soumissionnaire à qui il compte attribuer le marché, indique un prix supérieur audit seuil, il devra négocier en vue de tenter de faire baisser le prix.

S'il parvient à faire baisser le montant de l'offre sous le seuil, le marché pourra être attribué à ce prix.

Dans le cas contraire, le pouvoir adjudicateur sera contraint de recommencer la procédure en recourant à un autre mode de passation.

Quels seuils prendre en considération ?

■ L'article 90 ARP fixe ce montant à :

*Le pouvoir adjudicateur peut appliquer la **procédure négociée sans publication préalable** lorsque la **dépense à approuver** visée à l'article 42, § 1er, 1°, a), de la loi, est **inférieure** :*

1° au montant visé à l'article 11, alinéa 1er, 2° ;

2° au montant visé à l'article 11, alinéa 1er, 3°, pour les services de placement et de fourniture de personnel et les services annexes et auxiliaires des transports et pour les marchés de services de recherche et de développement visés à l'article 32, deuxième phrase, de la loi, et ce, uniquement pour les pouvoirs adjudicateurs autres que fédéraux;

3° 100.000 euros pour chacun des lots d'un marché dont le montant estimé du marché n'atteint pas les seuils fixés à l'article 11, à condition que le montant cumulé de ces lots ne soit pas supérieur à vingt pour cent du montant estimé du marché.

En ce qui concerne les services de placement et de fourniture de personnel visés à l'alinéa 1er, 2°, le point précité est uniquement d'application aux marchés relevant des codes CPV 63000000-9 jusque et y compris 63734000-3 (à l'exception de 63711200-8, 63712700-0, 63712710-3, et 63727000-1 jusque et y compris 63727200-3), ainsi que 98361000-1. En ce qui concerne les services annexes et auxiliaires des transports visés à l'alinéa 1er, 2°, le point précité est uniquement d'application aux marchés relevant des codes CPV 79600000-0 jusque et y compris 79635000-4 (à l'exception de 79611000-0, 79632000-3, 79633000-0), ainsi que 98500000-8 jusque et y compris 98514000-9.

■ L'article 11 ARP prévoit :

Le montant des seuils européens est de :

1° 5.548.000 euros pour les marchés publics de travaux;

2° 144.000 euros pour les marchés publics de fournitures et de services passés par les pouvoirs adjudicateurs fédéraux visés à l'annexe 2, partie A, et pour les concours organisés par ceux-ci; en ce qui concerne les marchés publics de fournitures passés par des pouvoirs adjudicateurs fédéraux qui opèrent dans le domaine de la défense, ce seuil ne s'applique qu'aux marchés concernant les produits visés à l'annexe 2, partie B;

3° 221.000 euros pour les marchés publics de fournitures et de services passés par les pouvoirs adjudicateurs non visés au 2° et pour les concours organisés par ceux-ci; ce seuil s'applique également aux marchés publics de fournitures passés par des pouvoirs adjudicateurs fédéraux opérant dans le domaine de la défense, lorsque ces marchés concernent des produits non visés à l'annexe 2, partie B;

4° 750.000 euros pour les marchés publics de services portant sur des services sociaux et d'autres services spécifiques visés au chapitre 6 de la loi.

Les montants visés à l'alinéa 1er, 1°, 2° et 3°, sont adaptés par le ministre compétent sur la base des révisions prévues à l'article 19, alinéa 2, de la loi.

Première hypothèse: 144.000€ HTVA

Article 11, alinéa 1er, 2° ARP

Cette disposition fait référence au montant de la dépense à approuver de 144.000 euros HTVA qui vaut pour tout type de marché.

Deuxième hypothèse: 221.000€ HTVA

Article 11, alinéa 1er, 3°ARP

Cette disposition prévoit que le montant de la dépense à approuver doit être inférieur à 221.000 euros HTVA pour :

- les services de placement et de fourniture de personnel
- les services annexes et auxiliaires des transports
- les marchés de services de recherche et de développement soumis à la loi (visés à l'article 32, deuxième phrase Loi)

Troisième hypothèse: 100.000€ HTVA

Article 90, alinéa 1er, 3°ARP

Cette disposition prévoit que:

Le pouvoir adjudicateur peut appliquer la procédure négociée sans publication préalable lorsque la dépense à approuver visée à l'article 42, § 1er, 1°, a), de la loi, est inférieure :

1° (...);

2° (...);

3° 100.000 euros pour chacun des lots d'un marché dont le montant estimé du marché n'atteint pas les seuils fixés à l'article 11, à condition que le montant cumulé de ces lots ne soit pas supérieur à 20% du montant estimé du marché. (...)

En d'autres termes, cette disposition ne vaut que pour les marchés belges.

Si le montant estimé du marché n'atteint pas le seuil européen **et** que ce marché comprend un ou plusieurs lots dont le montant individuel ne dépasse pas 100.000€ HTVA, chacun de ces lots peut être attribué par procédure négociée sans publication préalable pour autant que, le montant cumulé de ces lots \leq à 20% du montant estimé du marché.

Ex. : Montant du marché de travaux : 5.000.000€ HTVA

Lot n°1 : Dépense à approuver	3.000.000
Lot n°2 : Dépense à approuver	100.000
Lot n°3 : Dépense à approuver	130.000
Lot n°4 : Dépense à approuver	1.770.000

1ère condition : Montant du lot concerné ≤ 100.000€ (lots 2)

2ième condition : Le montant des lots concernés ne peut dépasser 20% du montant total du marché soit 20% de 5.000.000 = 1.000.000

→ Seul le lot n°2 pourra être attribué sur base de la procédure négociée sans publication préalable.

Ex. : Montant estimé du marché de fournitures/services : 220.000€ HTVA

Lot n°1 : Dépense à approuver	100.000
Lot n°2 : Dépense à approuver	10.000
Lot n°3 : Dépense à approuver	13.000
Lot n°4 : Dépense à approuver	12.000
Lot n°5 : Dépense à approuver	30.000
Lot n°6 : Dépense à approuver	13.500
Lot n°7 : Dépense à approuver	11.500

1ère condition : Montant du lot concerné ≤ 100.000€ (tous les lots sont concernés)

2ième condition : Le montant des lots concernés ne peut dépasser 20% du montant total du marché soit 20% de 220.000 = 44.000

Tous les lots sont susceptibles d'être attribués sur base de la procédure négociée sans publication préalable.

Il appartient au pouvoir adjudicateur de décider les lots qu'il va attribuer sur base de ce mode de passation étant entendu que leur montant cumulé ne peut excéder la limite des 20% du montant global du marché. Les autres lots devront être attribués selon un autre mode de passation.

■ L'article 89, §1^{er}, alinéa 1^{er}, 3° ARP fixe ce montant à :

§ 1er. En fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, le pouvoir adjudicateur peut, pour la passation des marchés de services visés à l'article 88 :

1° recourir à la procédure négociée directe avec publication préalable;

*2° recourir à la **procédure négociée sans publication préalable** lorsque le montant estimé du marché est inférieur à 750.000 euros ou, lorsque le montant estimé du marché est égal ou supérieur à ce seuil dans les cas d'application visés à l'article 42, § 1er, 1°, b, c et d, 2°, 3°, 4° et 5°; (...)*

**Quatrième hypothèse Article 89, §1er, alinéa 1er, 2° de la loi
750.000€ HTVA**

Cette disposition prévoit que le montant estimé HTVA du marché doit être inférieur à 750.000 euros HTVA pour l'ensemble des services de l'annexe III de la Loi.

3. Urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles (Article 42, §1^{er}, 1°, b) de la loi)

Le pouvoir adjudicateur ne peut invoquer l'urgence **que si et seulement si** plusieurs conditions sont remplies cumulativement :

- * les missions commandées ne peuvent souffrir aucun retard et doivent se limiter au strictement nécessaire. Il s'agira de prendre les mesures conservatoires qui s'imposent,

Exemple : En cas de détérioration majeure du toit d'un bâtiment communal lors d'une tempête, l'urgence permet de bâcher le toit mais pas de le remettre dans son pristin état...

Cette réparation complète pourra, quant à elle, faire l'objet d'un marché classique dont le choix du mode de passation sera adopté par l'organe normalement compétent en la matière, à savoir, en règle générale, le Conseil communal.

- * il est impossible de respecter les délais(de réception des offres) prévus par les autres modes de passation (procédures ouvertes, restreintes,...) même réduits,
- * l'urgence doit découler de la survenance d'une circonstance résultant d'événements imprévisibles,
- * l'urgence ne peut être imputable au pouvoir adjudicateur. En d'autres termes, la situation d'urgence ne peut trouver son origine dans le fait du pouvoir adjudicateur comme par exemple une faute, une négligence, un manque de diligence.

Exemples : Inondations, tempête, accident,...

C/exemples : Une chaudière qui ne peut plus fonctionner en raison du manque d'entretien.

L'urgence liée à l'effondrement du toit d'un bâtiment suite à un défaut ou un mauvais entretien.

L'urgence liée à la rentrée scolaire.

L'urgence suite à l'annulation d'une délibération par l'autorité de tutelle.

4. Aucune demande de participation/Aucune offre - Aucune demande de participation appropriée/Aucune offre appropriée (Article 42, §1^{er}, 1°, c) de la loi)

Cette disposition vise deux cas de figure possibles :

- aucun concurrent ne s'est manifesté en tant que candidat ou soumissionnaire ;
- des candidats ou des soumissionnaires ont bien déposé une candidature ou une offre mais cette candidature ou cette offre est inappropriée.

Le pouvoir adjudicateur ne peut invoquer cette mesure que **si et seulement si** plusieurs conditions sont remplies cumulativement :

- * il a préalablement lancé une procédure ouverte ou restreinte,
- * les conditions du marché ne doivent pas être substantiellement modifiées,
- * il n'a reçu que des candidatures inappropriées :
 - Le candidat se trouve dans une situation d'exclusion obligatoire ou facultative et n'est pas en mesure de faire valoir des mesures correctrices.
 - Le candidat n'a pas la capacité économique et financière et/ou technique et professionnelle pour assumer le marché

Exemples :
Il n'est pas en ordre d'ONSS ou de TVA.
Il a déjà été condamné.
Il n'a pas la capacité financière pour assumer le marché car pas de chiffre d'affaires suffisant.
Il ne dispose pas du matériel ou du personnel suffisant pour assumer le marché.
Le personnel affecté au marché n'est pas assez qualifié.

- * il n'a reçu que des offres inappropriées :
Une offre est considérée comme inappropriée si elle est considérée sans rapport avec le marché. Cela veut dire qu'il n'est pas possible de satisfaire les besoins du pouvoir adjudicateur sans devoir opérer des modifications substantielles (très importantes).

Par modification substantielle, il faut entendre toute modification ayant pour effet de rompre le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires qui se sont manifestés dans le cadre de la première procédure ou changer les termes du marché en manière telle que d'autres opérateurs économiques auraient pu soumissionner dans le cadre de la première procédure.

Exemples :
Modifier des critères de sélection qualitative
Modifier des critères d'attribution
Modifier les délais d'exécution
Modifier des clauses techniques en vue d'accroître la concurrence ou ayant pour but de permettre à un plus grand nombre de répondre à l'appel.

5. Un seul opérateur peut répondre au besoin/Exclusivité (Article 42, §1^{er}, 1^o, d) de la loi)

Le législateur a voulu viser la situation de monopole ou d'exclusivité, c'est-à-dire, l'hypothèse où il n'existe sur le marché qu'un seul opérateur économique capable de réaliser la mission demandée par le pouvoir adjudicateur.

Cette spécificité peut concerner des aspects artistiques, techniques ou tenant à la protection d'un droit d'exclusivité (légal ou découlant d'un brevet).

Dans cette hypothèse, il est donc dénué de sens d'exiger un appel à la concurrence, via la publication d'un avis de marché, puisque l'objet du marché concerne un marché pour lequel il n'existe pas de concurrence.

Le pouvoir adjudicateur peut, dans ce cas, s'adresser directement à la personne concernée et lui demander de remettre prix.

Toutefois :

- a) L'exclusivité ne doit pas avoir été créée par le Pouvoir adjudicateur lui-même
- b) Le Pouvoir adjudicateur doit démontrer, pour ce qui concerne l'exclusivité autre qu'artistique, qu'il n'a pu trouver de solutions alternatives équivalentes et raisonnables qui permettraient une mise en concurrence.

!!!! L'exclusivité doit être clairement établie et motivée dans la délibération relative au choix du mode de passation.

6. Répétition de travaux ou services similaires (Article 42, §1^{er}, 2° de la loi)

Le pouvoir adjudicateur peut juger utile de recourir à cette disposition, si les missions qu'il confie revêtent un caractère récurrent.

Exemples : Réfection de voiries
Nettoyage des locaux du pouvoir adjudicateur.

Cette disposition présente un double avantage : permettre au pouvoir adjudicateur d'une part, de rationaliser le lancement de ses marchés et, d'autre part, garantir une plus grande flexibilité de la commande.

Cette disposition contient également des conditions cumulatives et **ne pourra être invoquée que si** :

- * Ces travaux ou services nouveaux revêtent un caractère similaire et répétitif ;
- * Ces travaux ou services nouveaux sont conformes à un projet de base lequel doit être défini dans les documents du marché
- * ce projet a fait l'objet d'un premier appel à la concurrence (peu importe le type de mode de passation) ;
- * ces travaux ou services nouveaux ont donc été attribués préalablement à l'adjudicataire par le même pouvoir adjudicateur ;
- * la possibilité de recourir à cette procédure était indiquée dès la mise en concurrence du premier marché c'est-à-dire dans l'avis de marché ;

La **décision d'attribution** des nouveaux marchés répétitifs doit intervenir dans une période de trois ans à dater de la conclusion du marché initial.

7. Fournitures et services achetés à des conditions particulièrement avantageuses (Article 42, §1^{er}, 3° de la loi)

Pour pouvoir invoquer cette disposition, la commande doit être faite, soit, auprès d'un fournisseur cessant définitivement ses activités commerciales, soit auprès d'un curateur, d'un mandataire chargé d'un transfert sous autorité de justice ou d'un liquidateur d'une faillite, d'une réorganisation judiciaire ou d'une procédure de même nature existant dans les législations ou réglementations nationales.

La mise en concurrence, via une consultation, peut s'envisager mais uniquement à l'égard de personnes qui sont dans une des situations visées au présent article (cessation d'activités, curateurs,...)

A défaut, la mise en concurrence ne sera pas possible.

Toute la difficulté consistera, dans cette hypothèse, à rédiger un cahier spécial des charges pour une éventuelle mise en concurrence qui respecte le principe d'égalité de traitement et de transparence.

8. Produits fabriqués à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement (Article 42, §1^{er}, 4°, a) de la loi)

Sans commentaire.

9. Fournitures complémentaires (Article 42, §1^{er}, 4°, b) de la loi)

Le pouvoir adjudicateur peut invoquer cette disposition si les conditions cumulatives suivantes sont remplies :

- * Les fournitures sont livrées par le fournisseur désigné dans le cadre du marché initial.
- * Les fournitures sont destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, pour autant que le changement de fournisseur entraîne des inconvénients disproportionnés.
- * La durée de ces marchés, ainsi que des marchés renouvelables, ne peut en règle générale dépasser trois ans. Cela veut donc dire que le marché initial ne peut en règle générale dépasser 3 ans, que les commandes complémentaires doivent être effectuées dans ce délai et que les délais d'exécution de ces commandes complémentaires ne peuvent excéder trois ans. Une période maximale de 6 ans est donc possible pour ce type de marché.

10. Fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières (Article 42, §1^{er}, 4°, c) de la loi)

Le recours à la procédure négociée sans publicité se justifie par le fait qu'une bourse des matières premières est un lieu où se rencontre une pleine concurrence.

11. Marché de service faisant suite à un concours de projet (Article 42, §1^{er}, 5°, alinéa 1^{er} de la loi)

Une fois le(s) lauréat(s) désigné(s) dans le cadre d'un concours de projet, il s'agit de lancer un marché public de services pour définir les termes du contrat lequel peut être passé par procédure négociée sans publicité puisque la publicité a eu lieu en amont dans le cadre de la procédure de concours.

12. Achats d'opportunité (Article 42, §1^{er}, 5°, alinéa 2 de la loi)

Impossible d'exécuter cette hypothèse.

C. Régime juridique

■ L'article 42, §§2 à 4 de la loi fixe la procédure à respecter :

§ 1^{er}. (...)

§ 2. *Le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les soumissionnaires les offres initiales et toutes les offres ultérieures que ceux-ci ont présentées en vue d'améliorer leur contenu.*

*Les critères d'attribution ne font pas l'objet de négociations. Pour les marchés dont le **montant estimé est égal ou supérieur aux seuils fixés pour la publicité européenne**, les exigences minimales ne font pas non plus l'objet de négociations.*

Pour les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils susmentionnés, les exigences minimales peuvent être négociées, pour autant que ceci ne soit pas exclu dans les documents du marché.

§ 3. *Sauf disposition contraire dans les documents du marché, **ne sont pas applicables** à la procédure négociée sans publication préalable pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil correspondant pour la publicité européenne :*

*1° l'article 69 concernant les **motifs d'exclusion facultatifs**;*

*2° l'article 71 concernant les **critères de sélection**.*

*Par ailleurs, sauf disposition contraire dans les documents du marché, l'article 81 concernant les **critères d'attribution** n'est **pas d'application** lorsqu'il est fait usage de la procédure sans publication préalable **dans les cas suivants** :*

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.

§ 4. *Le Roi peut fixer les modalités procédurales additionnelles relatives à cette procédure.*

La procédure négociée sans publication préalable est donc assimilée à une **procédure** ouverte car se déroule **en une seule phase** : tout opérateur économique intéressé peut soumettre une offre en réponse à une invitation à présenter une offre avis de marché.

Les **offres spontanées** sont en principe rejetées (art.93 ARP).

Le pouvoir adjudicateur a la **faculté et non l'obligation** de négocier.

S'il négocie, la **négociation peut porter** sur:

1) les exigences minimales :

Il s'agit de toute disposition figurant dans les documents du marché et qui constituent le minimum non négociable aux yeux du pouvoir adjudicateur.

Le pouvoir adjudicateur peut donc modifier les exigences minimales dans le cadre de la négociation.

!!! Si le montant estimé du marché \geq seuils européens
→ le pouvoir adjudicateur ne peut négocier les exigences minimales.

En aucun cas, la négociation **ne peut porter** sur :

2) les critères d'attribution :

Les critères d'attribution de même que leur pondération ne peuvent être négociés en cours de procédure.

Cela veut dire que le libellé du critère ainsi que sa pondération ne peuvent être modifiés sous peine de devoir la recommencer.

En cours de négociation, le pouvoir adjudicateur doit respecter **l'égalité de traitement** ce qui veut dire :

- Ne communique pas d'informations discriminatoires susceptibles d'avantager un soumissionnaire
- Informe de tous les participants des modifications intervenues en cours de négociation

En termes de **sélection qualitative**, seules doivent être **vérifiées**, les causes d'exclusion obligatoire.

Les causes d'exclusion facultatives ne doivent donc pas être vérifiées et aucun critère de capacité ne doit être imposé.

En effet, le pouvoir adjudicateur est censé connaître les opérateurs économiques qu'il consulte.

Toutefois, il va de soi que si ce n'est pas le cas, le pouvoir adjudicateur peut imposer des critères de sélection plus stricts.

CHAPITRE 3 : MARCHES PUBLICS DE FAIBLE MONTANT

A. Base légale

■ L'article 92 de la loi prévoit :

Les marchés dont le montant estimé est inférieur à 30.000 euros sont uniquement soumis :

1° aux dispositions du titre 1er, à l'exception des articles 12 et 14;

2° aux dispositions relatives au champ d'application ratione personae et ratione materiae visé au chapitre 1er du titre 2.

Ces marchés peuvent être conclus par facture acceptée.

■ L'article 124 ARP prévoit :

Pour les marchés publics de faible montant visés au chapitre 7 du titre 2 de la loi, le pouvoir adjudicateur passe son marché après consultation, si possible, des conditions de plusieurs opérateurs économiques mais sans obligation de demander l'introduction d'offres.

La preuve de cette consultation doit pouvoir être fournie par le pouvoir adjudicateur.

B. Régime juridique

Sont visés, l'ensemble des marchés dont le **montant estimé est < 30.000 euros HTVA**.

Vu la faible importance de ce type de marché, un **régime juridique assoupli** leur est applicable.

Quelles **dispositions** le pouvoir adjudicateur doit-il **absolument respecter** ?

- Titre 1^{er} Dispositions introductives, définitions et principes généraux (art. 1 à 16 SAUF 12 et 14)
- Titre 2 Marchés publics dans les secteurs classiques
 - Chap. 1^{er} : Champ d'application (art. 17 à 34)

Le pouvoir adjudicateur doit respecter les grands principes des marchés publics et du droit administratif à savoir : la transparence, la mise en concurrence et l'égalité de traitement.

Il doit donc, en tout état de cause, **mettre en concurrence** plusieurs opérateurs économiques et garder la **preuve** (mail, fax, envoi postal,...) de cette mise en concurrence.

Cette mise en concurrence peut consister en la consultation de sites informatiques d'opérateurs économiques.

Le pouvoir adjudicateur n'est pas obligé de solliciter le dépôt d'offres. Toutefois, le niveau d'exigence des documents du marché dépendra de la complexité du marché et de son importance.

Exemple : Commande de fournitures simples décrites précisément sur un site ou dans un folder ne nécessite pas le dépôt d'offres.
Travaux de peinture ou fournitures complexes vont nécessiter l'introduction d'une offre.

Remarque :

En outre, il faut s'assurer que le marché a été conclu dans le **respect des règles de compétences des organes décisionnels.**

Autrement dit, à **chaque stade** de la procédure de marché (lancement/attribution), l'organe décisionnel compétent devra prendre une **délibération**.

CHAPITRE 4 : MARCHES EUROPEENS - BELGES

La Directive européenne 2014/24 détermine le montant des seuils applicables en matière de publicité européenne.

Ces seuils sont révisés tous les 1^{er} janvier des années paires. La dernière modification date du 1^{er} janvier 2018 et vaudra jusqu'au 31 décembre 2019.

Section 1 : Seuils européens - belges

■ L'article 13 ARP définit le marché européen:

*Cette section est applicable aux marchés dont la **valeur estimée est égale ou supérieure** aux seuils fixés pour la **publicité européenne** visés à l'article 11.*

■ L'article 19 ARP définit le marché belge :

*Cette section est applicable aux marchés dont la **valeur estimée est inférieure** aux seuils fixés pour la **publicité européenne** visés à l'article 11 et qui sont soumis à la **publicité belge**.*

■ L'article 11 ARP fixe les seuils européens à savoir :

*Le montant des **seuils européens** est de :*

*1° **5.548.000 euros** pour les marchés publics de **travaux***

*2° **144.000 euros** pour les marchés publics de **fournitures** et de **services** passés par les **pouvoirs adjudicateurs fédéraux** visés à l'annexe 2, partie A, et pour les concours organisés par ceux-ci; en ce qui concerne les marchés publics de fournitures passés par des pouvoirs adjudicateurs fédéraux qui opèrent dans le domaine de la défense, ce seuil ne s'applique qu'aux marchés concernant les produits visés à l'annexe 2, partie B;*

*3° **221.000 euros** pour les marchés publics de **fournitures** et de **services** passés par les **pouvoirs adjudicateurs non visés au 2°** et pour les concours organisés par ceux-ci; ce seuil s'applique également aux marchés public de fournitures passés par des pouvoirs adjudicateurs fédéraux opérant dans le domaine de la défense, lorsque ces marchés concernent des produits non visés à l'annexe 2, partie B;*

*4° **750.000 euros** pour les marchés publics de **services** portant sur des **services sociaux et d'autres services spécifiques** visés au chapitre 6 de la loi.*

*Les montants visés à l'**alinéa 1er, 1°, 2° et 3°**, sont **adaptés** par le ministre compétent sur la base des révisions prévues à l'article 19, alinéa 2, de la loi.*

Dès l'instant où le montant estimé HTVA d'un marché atteint les seuils visés à l'article 11, le pouvoir adjudicateur doit, en principe, procéder à une publicité européenne et belge.

Par contre, si l'estimation du montant HTVA du marché est inférieure aux seuils visés à l'article 11, le pouvoir adjudicateur procède à une publicité belge uniquement.

Type de marchés	Seuil européens Montant estimé HTVA	Seuils belges Montant estimé HTVA
TRAVAUX	≥ 5.548.000 €	< 5.548.000 €
FOURNITURES	≥ 221.000 €	< 221.000 €
SERVICES	≥ 221.000 €	< 221.000 €
SERVICES SOCIAUX ANNEXE III	≥ 750.000 € Ce montant n'est pas adapté	< 750.000 € Ce montant n'est pas adapté

Section 2 : Estimation du montant du marché (articles 6 et 7 ARP)

1. Notion

- L'article 6 ARP définit le **principe** de l'estimation :

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.

L'estimation doit être aussi précise que possible car elle va déterminer les règles qui vont s'appliquer tout au long de la procédure de marché (choix du type de publicité, choix du mode de passation,...).

L'estimation à prendre en considération est celle effectuée au moment du lancement de la procédure, soit selon les cas, au moment de l'**envoi** de l'avis de marché ou de l'**envoi** de l'invitation à présenter une offre.

Il est interdit de scinder (diviser en plusieurs petites parties) un marché en vue de le soustraire à la publicité européenne ou de faciliter le recours à une procédure négociée sous peine de devoir recommencer la procédure.

2. Que doit inclure l'estimation ?

- L'article 7 ARP définit **comment effectuer** l'estimation du montant du marché :

§ 1er. Le **calcul** de la valeur estimée d'un marché est fondé sur le **montant total payable, hors taxe sur la valeur ajoutée**, estimé par le pouvoir adjudicateur. L'estimation tient compte de la durée et de la valeur totale du marché, ainsi que notamment des éléments suivants :

1° toutes les **options exigées ou autorisées**;

2° tous les **lots**;

3° toutes les **répétitions** au sens de l'article 42, § 1er, 2°, de la loi;

4° toutes les **tranches fermes et conditionnelles** du marché;

5° toutes les **primes** ou tous les paiements que le pouvoir adjudicateur prévoit au profit des candidats, participants ou soumissionnaires;

6° le cas échéant, les **clauses de réexamen**;

7° les **reconductions**.

§ 2. Lorsqu'un pouvoir adjudicateur est composé d'unités opérationnelles distinctes, la valeur totale estimée des marchés de toutes les différentes unités opérationnelles est prise en compte.

Nonobstant l'alinéa 1er, lorsqu'une unité opérationnelle distincte est responsable de manière autonome de ses marchés ou de certaines catégories d'entre eux, les valeurs peuvent être estimées au niveau de l'unité en question.

§ 3. 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.

§ 4. La **valeur estimée** est **valable au moment de l'envoi de l'avis de marché ou, dans les cas où un tel avis n'est pas prévu, au moment où le pouvoir adjudicateur engage la procédure de passation du marché**, par exemple, au moment de l'envoi des documents du marché.

§ 5. Pour les **accords-cadres** et pour les systèmes d'acquisition dynamiques, la valeur à prendre en considération est la valeur maximale estimée hors taxe sur la valeur ajoutée de l'ensemble des marchés envisagés pendant la durée totale de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique.

§ 6. Pour les **partenariats d'innovation**, la valeur à prendre en considération est la valeur maximale estimée hors taxe sur la valeur ajoutée des activités de recherche et de développement qui doivent être menées au cours des différentes phases du partenariat envisagé ainsi que des fournitures, des services ou des travaux qui doivent être mis au point et achetés.

§ 7. Pour les **marchés publics de travaux**, le calcul de la valeur estimée prend en compte le coût des travaux ainsi que la valeur totale estimée des fournitures et des services mis à la disposition de l'adjudicataire par le pouvoir adjudicateur s'ils sont nécessaires à l'exécution des travaux.

§ 8. Lorsqu'il s'agit de **marchés publics de fournitures** ou de **services** présentant un caractère de régularité ou destinés à être renouvelés au cours d'une période donnée, est prise comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché :

1° soit la valeur réelle globale des marchés successifs analogues passés au cours des douze mois précédents ou de l'exercice précédent, corrigée, si possible, pour tenir compte des modifications en quantité ou en valeur qui surviendraient au cours des douze mois suivant le contrat initial;

2° soit la valeur globale estimée des marchés successifs passés au cours des douze mois suivant la première prestation ou au cours de l'exercice si celui-ci est supérieur à douze mois.

§ 9. Pour les **marchés publics de fournitures ayant pour objet** le crédit-bail, la location ou la location-vente de produits, la valeur à prendre comme base pour le calcul de la valeur estimée du marché est la suivante :

1° en cas de marchés publics ayant une durée déterminée, dans la mesure où celle-ci est égale ou inférieure à douze mois, la valeur totale estimée pour la durée du marché ou, dans la mesure où la durée du marché est supérieure à douze mois, la valeur totale incluant le montant estimé de la valeur résiduelle;

2° en cas de marchés publics ayant une durée indéterminée ou dans le cas où leur durée ne peut être définie, la valeur mensuelle multipliée par quarante-huit.

§ 10. Pour les **marchés publics de services**, l'estimation inclut la rémunération totale du prestataire de services.

Aux fins de calcul de cette valeur, sont pris en compte :

1° pour les services **d'assurance** : la prime payable et les autres modes de rémunération;

2° pour les services **bancaires et autres services financiers** : les honoraires, les commissions payables, les intérêts et les autres modes de rémunération;

3° pour les marchés impliquant la conception : les honoraires, les commissions à payer et les autres modes de rémunération.

§ 11. En ce qui concerne les **marchés publics de services n'indiquant pas un prix total**, la valeur estimée des marchés est calculée sur la base suivante :

1° en cas de marchés **ayant une durée déterminée**, si celle-ci est égale ou inférieure à quarante-huit mois : la valeur totale pour toute leur durée;

2° en cas de marchés **ayant une durée indéterminée ou supérieure à quarante-huit mois** : la valeur mensuelle multipliée par quarante-huit.

Cette disposition envisage diverses hypothèses et précise comment estimer le montant du marché.

La valeur estimée d'un marché doit se fonder sur le montant total payable, hors taxe sur la valeur ajoutée, évalué par le pouvoir adjudicateur.

Pour effectuer le calcul, le pouvoir adjudicateur doit donc additionner l'ensemble des éléments censés influencer de manière certaine la facture finale qu'il devra honorer au terme du marché.

La disposition légale prévoit que l'estimation du montant du marché est fondée sur la durée et la valeur totale de celui-ci en prenant aussi en compte notamment :

- toutes les options exigées ou autorisées,
- tous les lots,
- toutes les répétitions au sens de l'article 42, §1^{er}, 2° de la loi,
- toutes les tranches fermes et conditionnelles au sens de l'article 57 de la loi,
- toutes les primes et indemnités aux participants,
- le cas échéant, les clauses de réexamen,
- toutes les reconductions,
- tous les marchés envisagés pendant la durée de l'accord-cadre,
- en cas de marchés répétitifs, au sens de l'article 7, §8 ARP.

CHAPITRE 5 : PUBLICITE

Section 1 : Généralités

Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de lancer un marché, il doit organiser une **mise en concurrence** conforme à la réglementation.

Cette mise en concurrence peut prendre deux **formes** :

- 1) la **publication d'un avis de marché dans un document officiel**
- 2) la **consultation** de plusieurs opérateurs économiques via l'envoi d'une lettre à présenter une offre.

Dans ce chapitre, il sera question uniquement des procédures pour lesquelles une **publication** préalable est exigée par la réglementation.

Le **site** sur lequel la publicité devra être effectuée sera différent selon que la procédure est une procédure **européenne** ou **belge**.

Par contre, les **modèles de documents** à publier sont **similaires** quelle que soit l'étendue de la publicité.

Section 2 : Types de publicité : européenne et belge

■ L'article 8 ARP prévoit :

*Art. 8. § 1er. Un marché soumis à la **publicité européenne** est publié au **Journal officiel de l'Union européenne** et au **Bulletin des Adjudications**.*

*L'avis publié au Bulletin des Adjudications **ne peut avoir un contenu autre** que celui publié au Journal officiel de l'Union européenne. Sa publication **ne peut avoir lieu avant** la publication de l'avis au Journal officiel de l'Union européenne. Toutefois, sa publication peut en tout état de cause avoir lieu au Bulletin des Adjudications lorsque le pouvoir adjudicateur n'a pas été avisé de la publication au Journal officiel de l'Union européenne dans les deux jours suivant la confirmation de la réception de l'avis.*

*Un marché soumis uniquement à la **publicité belge** fait l'objet d'une publication au **Bulletin des Adjudications**. Un pouvoir adjudicateur peut toutefois également publier au Journal officiel de l'Union européenne un tel avis de marché à condition que l'avis soit envoyé à l'Office des publications de l'Union européenne par voie électronique en respectant le format et les modalités prévus pour la publicité européenne.*

*§ 2. Pour les marchés qui, en application du présent arrêté, sont soumis à la publicité, **seul l'avis publié** au Bulletin des Adjudications et, le cas échéant, au Journal officiel de l'Union européenne **vaut publication officielle**.*

Aucune autre publication ou diffusion ne peut avoir lieu avant la publication de l'avis au Bulletin des Adjudications et, le cas échéant, au Journal officiel de l'Union européenne. La publication ou la diffusion ne peut avoir un contenu autre que celui de la publication officielle.

*§ 3. Sans préjudice des articles 9, 15, 16, 17, 21 et 22, les **avis de pré-information, de marché et d'attribution de marché incluent les informations** mentionnées aux annexes 3 à 8 sous la forme de **formulaire standard** électroniques développés et mis à disposition par le Service public fédéral Stratégie et Appui, élaborés sur la base du règlement d'exécution 2015/1986 de la Commission européenne du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics.*

*§ 4. Pour l'application des prescriptions en matière de publication, les **moyens de communication électroniques** sont utilisés.*

Cette disposition fixe les modalités de publication officielle. Autrement dit, toute publication faite sur un autre support est illégale.

En cas de marché atteignant le seuil européen :

L'avis de marché doit être publié, à la fois, sur le site du **Journal Officiel de l'Union européenne (JOUE)** et celui du **Bulletin des Adjudications (BA)**.

Le contenu des deux avis doit être identique et la publication au niveau européen doit précéder la publication au niveau belge.

En cas de marché n'atteignant pas le seuil européen :

L'avis de marché doit être publié sur le site du **Bulletin des Adjudications** uniquement.

→ La publication se fait, dans les deux cas, par la voie électronique.

Section 2 : Types d'avis

1. Avis de pré-information

a) Base légale :

■ L'article 60 de la loi prévoit :

Le pouvoir adjudicateur peut faire connaître ses intentions en matière de passation de marchés par le biais de la publication d'un avis de pré-information.

L'avis de pré-information ne sert pas d'avis de marché.

La durée maximale de la période couverte par l'avis de pré-information est de douze mois à compter de la date de transmission de l'avis pour publication.

Le Roi fixe les informations qui doivent être contenues dans l'avis de pré-information.

■ L'article 15 ARP prévoit :

§ 1er. Conformément à l'article 60 de la loi, le pouvoir adjudicateur peut faire connaître ses intentions en matière de passation de marchés publics par le biais de la publication d'un avis de pré-information. Ledit avis de pré-information contient les informations mentionnées à l'annexe 3, partie B. Il est publié selon une des voies suivantes :

1° par le Bulletin des adjudications et le Journal officiel de l'Union européenne, ou

2° par le pouvoir adjudicateur sur son profil d'acheteur.

Lorsque le pouvoir adjudicateur souhaite faire usage de la possibilité mentionnée à l'alinéa 1er, 2°, il envoie au Bulletin des Adjudications et à l'Office des publications de l'Union européenne un " avis annonçant la publication d'un avis de pré-information sur son profil d'acheteur ", qui contient les informations décrites à l'annexe 3, partie A. Cet avis de pré-information ne peut être rendu public par le biais d'un profil d'acheteur avant l'envoi d'un " avis annonçant la publication d'un avis de pré-information sur son profil d'acheteur ". Un tel avis de pré-information sur le profil d'acheteur mentionne la date de cet envoi.

§ 2. La publication d'un avis de pré-information n'est obligatoire que lorsque le pouvoir adjudicateur souhaite recourir à la faculté de réduire le délai de réception des offres conformément aux articles 36, § 2, 37, § 3 et 38, § 3, dernier alinéa, de la loi.

L'avis de pré-information est publié le plus rapidement possible après le début de l'année budgétaire ou, pour les travaux, après la prise de décision autorisant le programme dans lequel s'inscrivent les marchés de travaux que le pouvoir adjudicateur entend passer.

b) Objet :

Via la publication de cet avis, le pouvoir adjudicateur informe les opérateurs économiques, de ses intentions de lancer telle ou telle procédure de marchés publics dans les 12 mois à dater de l'envoi de l'avis de pré-information pour publication.

!!!!!!! Avis de pré-information ≠ Avis de marché

L'avis de pré-information vaut pour tous les marchés européens et/ou belges pour lesquels le mode de passation nécessite une publication préalable.

Ne sont donc pas visés les marchés passés par procédure négociée sans publication préalable.

c) Intérêt de la publication d'un avis de pré-information :

Permet, au pouvoir adjudicateur, de réduire les délais de réception des offres lors du lancement effectif de la procédure de marché.

d) Contenu :

Le contenu de l'avis de pré-information se trouve dans l'annexe 3, Partie **B** de l'ARP.

Le pouvoir adjudicateur peut publier de deux manières différentes :

- 1) via les sites électroniques officiels (JOUE/BA)
- 2) via le profil acheteur du pouvoir adjudicateur

Les démarches à effectuer sont différentes selon la voie de publication choisie.

En cas de publication via son profil d'acheteur, le pouvoir adjudicateur doit préalablement publier un avis annonçant la publication de l'avis de pré-information sur son profil d'acheteur au JOUE et/ou au BA.

Le contenu de cet avis « annonce » est fixé à l'annexe 3, Partie **A** de l'ARP.

■ L'article 2, 12° ARP définit la notion « profil d'acheteur » :

Plateforme mise en ligne à une adresse internet, qui centralise les outils et dispositifs nécessaires à la dématérialisation des procédures de passation et qui les met à disposition des opérateurs économiques, en ce compris les outils pour la réception électronique des offres, des demandes de participation et des plans et projets dans le cadre des concours visés à l'article 14, § 7, de la loi. Ce site contient également l'information relative aux avis de pré-information, aux procédures de passation en cours, aux achats prévus, aux marchés publics attribués, aux procédures annulées et toute information générale utile, comme un point de contact, un numéro de téléphone et de télécopieur, une adresse postale et une adresse e-mail; (...)

Il s'agit d'une plateforme électronique contenant tous les renseignements et outils nécessaires à la dématérialisation des procédures.

2. Avis de marché

a) Base légale :

- L'article 61 de la loi prévoit :

*Le pouvoir adjudicateur publie un **avis de marché** pour les marchés publics et les accords-cadres, **à l'exception des cas ci-après** :*

*1° lorsqu'il est fait usage, conformément à l'article 42, de la **procédure négociée sans publication préalable**;*

*2° dans les cas pour lesquels, il est fait usage de la **procédure concurrentielle avec négociation** et du dialogue compétitif, pour les travaux, les fournitures et les services pour lesquels dans le cadre d'une procédure ouverte ou restreinte, seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées et **pour lesquels un avis de marché ne doit, le cas échéant, pas être publié** et ce, pour autant que les conditions de l'article 38, § 1, 2°, soient respectées;*

3° pour les marchés basés sur un accord-cadre;

4° pour les marchés passés dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique, durant la validité de celui-ci et sans préjudice de l'obligation de la publication de l'avis de marché pour le lancement du système d'acquisition.

Le Roi fixe les informations qui doivent être contenues dans l'avis de marché.

b) Objet :

Via la publication de cet avis, le pouvoir adjudicateur **lance** la procédure de marché.

Tout marché public doit faire l'objet de la publication d'un avis de marché **sauf entre autres pour** :

- 1) les marchés qui remplissent les conditions pour recourir à la procédure négociée sans publication préalable,
- 2) les marchés pour lesquels le pouvoir adjudicateur recourt à la procédure concurrentielle avec négociation et qui ne nécessitent pas la publication d'un avis de marché,

c) Contenu :

- L'article 16 et 22 ARP ont le même contenu et prévoient :

Conformément à l'article 61 de la loi et sous réserve des exceptions y mentionnées, un marché fait l'objet d'un avis de marché qui contient les informations mentionnées à l'annexe 4.

L'article 16 ARP vaut pour les marchés européens, tandis que l'article 22 ARP vaut pour les marchés belges.

Tant les marchés européens que les marchés belges doivent faire l'objet de la publication d'un avis de marché.

- L'annexe 4 de l'ARP fixe le contenu de l'avis de marché.

3. Services sociaux et autres services spécifiques

a) Base légale :

■ L'article 90 de la loi prévoit :

§ 1er. *Sauf lorsqu'il est recouru à la **procédure négociée sans publication préalable**, conformément à l'article 89, § 1er, alinéa 1er, 2°, le pouvoir adjudicateur **utilise un avis de marché ou**, par dérogation à l'article 60, alinéa 2, un **avis de pré-information**, comme **moyen d'appel à la concurrence** et **y indique l'option** de l'article 89, § 1er, alinéa 1er, 1°, 3° ou 4°, à laquelle il est recouru.*

Dans les cas visés à l'article 89, § 1er, alinéa 1er, 1° ou 3°, l'avis de marché ou de pré-information fait référence à la dénomination de la procédure en question.

*Dans le cas visé à l'article 89, § 1er, alinéa 1er, 4°, lorsque le pouvoir adjudicateur **s'inspire** des procédures de passation et techniques d'achat prévues par le présent titre, il **explique, de manière succincte, les modalités concrètes de la procédure** dans l'avis de marché ou l'avis de pré-information. Il explique ces modalités de manière plus précise dans les documents du marché.*

Dans le cas visé à l'article 89, § 1er, alinéa 1er, 4°, lorsque le pouvoir adjudicateur renvoie en partie aux procédures de passation et techniques d'achat prévues par la présente loi, il indique les dispositions applicables et, le cas échéant, les dérogations, dans l'avis de marché ou l'avis de pré-information.

§ 2. *Par dérogation à l'article 60, alinéa 3, **l'avis de pré-information est publié de manière continue et peut couvrir une période d'une durée supérieure à douze mois**. Cet avis peut être utilisé en procédure restreinte ou concurrentielle avec négociation.*

§ 3. *Le pouvoir adjudicateur qui a attribué un marché public pour les services visés à l'article 88, fait connaître les résultats de la procédure de passation au moyen d'un **avis d'attribution** de marché. Les avis d'attribution de marché peuvent être **regroupés sur une base trimestrielle**. Dans ce cas, ils envoient ces avis regroupés au plus tard trente jours après la fin de chaque trimestre.*

*Ce **paragraphe n'est d'application que** lorsque le **montant estimé du marché est égal ou supérieur à 750.000 euros**.*

§ 4. *Les avis visés au présent article sont publiés conformément aux règles fixées par le Roi.*

■ L'article 18 ARP prévoit :

§ 1er. *Conformément à l'article 90, §§ 1er et 2, de la loi, le pouvoir adjudicateur qui entend passer un marché public pour des services sociaux et autres services spécifiques énumérés à l'annexe III de la loi, fait connaître son intention par l'un des moyens suivants :*

*1° un **avis de marché** qui contient les informations visées à **l'annexe 7, partie B**, ou*

*2° un **avis de pré-information**, publié de manière continue et qui contient les informations mentionnées à **l'annexe 7, partie A**.*

Conformément à l'article 89, § 1er, 2°, de la loi, le présent paragraphe n'est pas d'application dans les cas d'exception visés à l'article 42, § 1er, 1°, b), c) et d), 2°, 3°, 4° et 5°, de la loi, en cas de recours à la procédure négociée sans publication préalable.

§ 2. *Conformément à l'article 90, § 3, de la loi, le résultat de la procédure de passation de marché pour les services sociaux et autres services spécifiques énumérés à l'annexe III de la loi, fait l'objet d'un avis d'attribution de marché qui contient les informations visées à l'annexe 7, partie C.*

b) Objet :

Dans ce type de marchés de services, le pouvoir adjudicateur peut mettre en concurrence soit :

- via la publication d'un avis de marché,
- via la publication d'un avis de pré-information.

Ne sont pas visés les marchés lancés par procédure négociée sans publication préalable.

Pour rappel, ces marchés de services peuvent être soumis à un régime juridique allégé :

- procédure négociée directe avec publication préalable,
- procédure de passation classique (ouverte, restreinte ou concurrentielle avec négociation),
- procédure sui generis.

Le pouvoir adjudicateur doit donc indiquer dans l'avis de marché ou de pré-information l'option qu'il a choisie.

L'avis de pré-information peut couvrir une période supérieure à 12 mois et est publié de manière continue.

Le contenu des avis est fixé à :

- l'annexe 7 de l'ARP, Partie B pour l'avis de marché
- l'annexe 7 de l'ARP, Partie A pour l'avis de pré-information.

Lorsque le seuil européen est atteint, un avis d'attribution de marché doit également être publié.

Le contenu de l'avis d'attribution est fixé à l'annexe 7 de l'ARP, Partie C.

4. Avis d'attribution de marché

a) Base légale :

■ L'article 62 de la loi prévoit :

Pour les marchés publics ou les accords-cadres dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils fixés pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur envoie un avis d'attribution de marché relatif aux résultats de la procédure de passation. Cet avis est envoyé au plus tard dans les trente jours après la conclusion du marché ou de l'accord-cadre. (...)

Dans le cas d'un accord-cadre conclu conformément à l'article 43, le pouvoir adjudicateur n'a pas l'obligation d'envoyer un avis concernant les résultats de la procédure de passation de chaque marché fondé sur l'accord-cadre.

L'alinéa premier s'applique toutefois à chaque marché fondé sur un système d'acquisition dynamique, même si le pouvoir adjudicateur peut choisir de regrouper les marchés concernés sur une base trimestrielle. Dans un tel cas, le pouvoir adjudicateur envoie ces avis regroupés au plus tard trente jours après la fin de chaque trimestre.

Certaines informations sur la passation du marché ou de l'accord-cadre peuvent ne pas être publiées au cas où leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'un opérateur économique en particulier, public ou privé, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques.

Le Roi fixe les informations contenues dans l'avis d'attribution de marché.

■ L'article 17 ARP prévoit :

Conformément à l'article 62 de la loi, chaque marché conclu, y compris après une procédure négociée sans publication préalable, fait l'objet d'un avis d'attribution de marché.

Cet avis contient les informations mentionnées à l'annexe 5

b) Objet :

Via la publication de l'avis d'attribution, il s'agit d'avertir l'ensemble des opérateurs économiques de l'attribution de tel ou tel marché public.

L'obligation de publication de cet avis vise tous les marchés qui atteignent le seuil européen qu'ils aient été soumis à publication préalable ou non. Cela vaut donc également pour les marchés passés par procédure négociée sans publication préalable.

L'avis d'attribution est envoyé au plus tard dans les 30 jours de la conclusion du marché.

c) Contenu :

L'annexe 5 de l'ARP fixe le contenu de l'avis d'attribution valable uniquement au niveau européen.

5. Publication d'un avis rectificatif

a) Base légale :

■ L'article 9 ARP prévoit :

*Lorsqu'il entend **rectifier ou compléter** une publication officielle, le pouvoir adjudicateur **publie**, conformément au présent chapitre, un **avis rectificatif** sous la forme d'un formulaire standard électronique développé et mis à disposition par le Service public fédéral Stratégie et Appui, élaboré sur la base du Règlement d'exécution 2015/1986 de la Commission européenne du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics.*

Pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil fixé pour la publicité européenne, lorsqu'un avis rectificatif est publié entre le septième et les deux derniers jours précédant la date ultime de la réception des demandes de participation ou des offres, ladite date est reportée d'au moins six jours. Lorsqu'un avis rectificatif est publié dans les deux derniers jours précédant la date ultime précitée, ladite date est reportée d'au moins huit jours.

Pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne et sans préjudice de l'article 8, § 1er, alinéa 3, lorsqu'un avis rectificatif est publié dans les six derniers jours précédant la date ultime de la réception des demandes de participation ou des offres, ladite date est reportée d'au moins six jours.

Pour le calcul des délais du présent article, le Règlement n° 1182/71 du Conseil du 3 juin 1971, portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes, n'est pas d'application.

b) Objet :

Il peut arriver que le pouvoir adjudicateur doive modifier l'avis de marché publié initialement.

Pour autant que l'échéance du délai de réception des offres/demandes de participation ne soit pas encore atteinte, le pouvoir adjudicateur peut publier un second avis qui va modifier le premier.

Si la publication de l'avis rectificatif est proche de la date de réception des offres/demandes de participation, le pouvoir adjudicateur est obligé de la reporter d'au moins 6 jours.

6. Règle commune à tous les avis

■ L'article 10 ARP prévoit :

*Le pouvoir adjudicateur doit être à même de fournir la **preuve de l'envoi** de l'avis.*

La confirmation par l'Office des Publications de l'Union européenne et le Service public fédéral Stratégie et Appui de la publication de l'information transmise, avec mention de la date de cette publication, tient lieu de preuve de la publication de l'avis.

Il appartient au pouvoir adjudicateur de garder la preuve de la date d'envoi de chaque avis.

Section 3 : Fixation des délais

A. Principe

■ L'article 59 de la Loi prévoit :

*§ 1er. En fixant les délais de réception des offres et des demandes de participation, le pouvoir adjudicateur **tient compte de la complexité du marché et du temps nécessaire pour préparer les offres**, sans préjudice des **délais minimaux** fixés par les articles 36 à 41.*

*§ 2. Lorsque **des offres** ne peuvent être faites qu'à la suite d'une **visite des lieux** ou après **consultation sur place** de documents étayant les documents du marché, les **délais de réception des offres**, qui sont **supérieurs** aux délais minimaux fixés aux articles 36 à 41, sont arrêtés de manière à ce que tous les opérateurs économiques concernés puissent prendre connaissance de toutes les informations nécessaires pour la formulation de leurs offres.*

*§ 3. Le pouvoir adjudicateur prolonge **les délais de réception des offres** afin que tous les opérateurs économiques concernés puissent prendre connaissance de toutes les informations nécessaires pour la formulation de leurs offres dans les cas suivants :*

*1° lorsque, pour quelque motif que ce soit, un **complément d'informations**, bien que demandé en temps utile par l'opérateur économique, n'est pas fourni au moins six jours avant l'expiration du délai fixé pour la réception des offres. Dans le cas d'une procédure accélérée visée à l'article 36, § 3, et à l'article 37, § 4, ce délai est de quatre jours;*

*2° lorsque des **modifications importantes** sont apportées **aux documents du marché**.*

*La durée de la **prolongation** est proportionnée à l'importance des informations ou de la modification.*

Lorsque le complément d'informations n'a pas été demandé en temps utile ou qu'il est d'une importance négligeable pour la préparation d'offres recevables, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de prolonger les délais.

Il existe deux types de délais :

- 1) délai de réception des demandes de participation
- 2) délai de réception des offres

Dans les procédures restreintes et assimilées, les deux délais devront être fixés tandis que dans les procédures ouvertes, la fixation du délai de réception des offres suffit.

En matière de délai de réception des **demandes de participation** :

Le pouvoir adjudicateur doit les fixer en tenant compte de la complexité du marché.

Il doit, en tout état de cause, permettre au candidat de constituer son dossier pour participer au marché.

En matière de délai de réception des **offres** :

Le pouvoir adjudicateur doit le fixer et/ou le prolonger en tenant compte notamment de :

- 1) la complexité du marché
- 2) l'imposition d'une visite des lieux ou de la consultation sur place de documents nécessaires pour soumissionner
- 3) son impossibilité de répondre dans le délai à une demande de renseignements émanant de l'opérateur économique
- 4) une modification importante des documents du marché avant la date ultime de dépôt des offres.

B. Mise à disposition des documents du marché par la voie électronique

■ L'article 64 de la loi prévoit :

§ 1er. Le pouvoir adjudicateur offre, par moyen électronique, un accès gratuit, sans restriction, complet et direct aux documents du marché à partir de la date de publication d'un avis de marché. Le texte de l'avis précise l'adresse internet à laquelle les documents du marché sont accessibles.

Lorsqu'il n'est pas possible ou obligatoire d'offrir un accès gratuit, sans restriction, complet et direct par moyen électronique à certains documents du marché pour une des raisons mentionnées à l'article 14, § 2, alinéa 1er, le pouvoir adjudicateur peut indiquer dans l'avis que les documents du marché concernés seront transmis par d'autres moyens que des moyens électroniques, conformément à l'article 14, § 2, alinéa 3. Dans ce cas également, l'accès est gratuit.

*Dans un tel cas, le délai de présentation des offres est **prolongé de cinq jours**, sauf les cas d'urgence dûment motivée visés aux articles 36, § 3, 37, § 4, et 38, § 3, alinéa 3.*

Lorsqu'il n'est pas possible d'offrir un accès gratuit, sans restriction, complet et direct par voie électronique à certains documents du marché parce que le pouvoir adjudicateur entend appliquer l'article 13, § 3, celui-ci indique dans l'avis les mesures qu'il impose en vue de protéger la confidentialité des informations, ainsi que les modalités d'accès aux documents concernés. Dans un tel cas, le délai de présentation des offres est prolongé de 5 jours, sauf les cas d'urgence dûment motivés visés aux articles 36, § 3, 37, § 4, et 38, § 3, alinéa 3.

*§ 2. Le pouvoir adjudicateur fournit à tous les opérateurs économiques participant, de quelque manière que ce soit, à la procédure de passation les **renseignements complémentaires** relatifs aux documents du marché et tout document justificatif six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres, pour autant que la demande en ait été faite en temps utile. Dans le cas d'une procédure accélérée visée à l'article 36, § 3, et à l'article 37, § 5, ce délai est de quatre jours.*

Cet article s'applique aux procédures ouvertes et assimilées (procédure négociée directe avec publication préalable et procédure négociée sans publication préalable).

Si le pouvoir adjudicateur offre un ACCES ELECTRONIQUE, GRATUIT et COMPLET aux documents du marché, il communique l'adresse à laquelle les opérateurs économiques peuvent les obtenir.

Si en raison de la nature du marché (contient des maquettes, mise en place de programmes trop compliqués...), pareil accès ne peut être donné, le pouvoir adjudicateur peut communiquer GRATUITEMENT les documents par d'autres

moyens que les moyens électroniques. Dans ce cas, il doit allonger les délais de réception des offres de 5 jours.

Lorsque des renseignements complémentaires sont demandés par les opérateurs économiques, le pouvoir adjudicateur doit y répondre le plus rapidement possible et au plus tard 6 jours avant le délai ultime de réception des offres.

■ L'article 65 de la Loi prévoit :

*Dans les **procédures restreintes**, les dialogues compétitifs, les partenariats d'innovation et les **procédures concurrentielles avec négociation**, le pouvoir adjudicateur **invite simultanément** et **par écrit** les candidats sélectionnés à présenter leurs offres ou, dans le cas du dialogue compétitif, à participer au dialogue. Les invitations visées à l'alinéa 1^{er} mentionnent l'adresse électronique à laquelle les documents du marché ont été mis directement à disposition par voie électronique. Les invitations sont accompagnées des documents du marché, lorsque ceux-ci n'ont pas fait l'objet d'un accès gratuit, sans restriction, complet et direct, pour les motifs énoncés à l'article 64, § 1er, alinéa 2 ou 4, et qu'ils ne sont pas déjà mis à disposition par d'autres moyens. Le Roi détermine les autres informations qui doivent être contenues dans l'invitation, ainsi que les modalités additionnelles.*

Cet article vaut pour les procédures restreintes et assimilées (procédure concurrentielle avec négociation).

Le principe est identique à celui repris à l'article 64 sauf que les informations relatives au délai de réception des offres seront mentionnées dans la lettre d'invitation à présenter une offre puisqu'il est question de procédures restreintes et assimilées (2 phases).

C. Délais applicables

1. En procédure ouverte

a) Base légale :

■ L'article 36 de la Loi prévoit :

§ 1er. Dans une procédure ouverte, tout opérateur économique intéressé peut soumettre une offre en réponse à un avis de marché.

Le **déla**i minimal de réception des offres est de **trente-cinq jours** à compter de la **date de l'envoi** de l'avis de marché.

L'offre est assortie des informations aux fins de la sélection réclamées par le pouvoir adjudicateur.

§ 2. Dans le cas où le pouvoir adjudicateur a **publié un avis de pré-information** le **déla**i minimal de réception des offres visé au paragraphe 1er, alinéa 2, **peut être ramené à quinze jours**, à **condition** que toutes les conditions suivantes soient réunies :

1° l'avis de pré-information contenait toutes les informations fixées par le Roi, dans la mesure où celles-ci étaient disponibles au moment de la publication de l'avis de pré-information;

2° l'avis de pré-information a été envoyé pour publication au moins trente-cinq jours à douze mois avant la date d'envoi de l'avis de marché.

§ 3. Lorsqu'une situation **d'urgence, dûment justifiée** par le pouvoir adjudicateur, rend le **déla**i minimal prévu au paragraphe 1er, alinéa 2, impossible à respecter, il peut fixer un **déla**i qui ne peut être inférieur à **quinze jours** à compter de la date d'envoi de l'avis de marché.

§ 4. Le pouvoir adjudicateur **peut réduire de cinq jours** le **déla**i de réception des offres prévu au paragraphe 1er, alinéa 2, **si** les **offres** sont soumises par voie **électronique** conformément aux règles relatives aux plateformes électroniques prises par et en vertu de l'article 14, § 1er, alinéa 2 et §§ 5 à 7.

§ 5. Le Roi peut fixer les modalités procédurales additionnelles applicables à la procédure ouverte.

b) Durée du délai :

Le délai de réception des offres est de **35 jours** à compter de la date d'envoi de l'avis de marché.

En cas de publication d'un avis de pré-information, le délai de réception des offres peut être réduit à **15 jours** si deux conditions sont réunies :

- 1) l'avis de pré-information contient autant de renseignements que l'avis de marché pour autant que ces informations soient connues
- 2) l'avis de pré-information doit avoir été envoyé au moins 35 jours à 12 mois à compter de la date d'envoi de l'avis de marché.

En cas d'urgence, le pouvoir adjudicateur ne peut descendre en deçà de **15 jours**.

En cas d'envoi des offres par la voie électronique, le pouvoir adjudicateur peut réduire le délai de réception des offres de **5 jours**.

2. En procédure restreinte

a) Base légale :

■ L'article 37 de la Loi prévoit :

*§ 1er. Dans une **procédure restreinte**, tout opérateur économique peut **soumettre une demande de participation** en réponse à un avis de marché contenant les informations fixées par le Roi en fournissant les informations aux fins de la sélection réclamées par le pouvoir adjudicateur.*

*Le **délai minimal de réception des demandes de participation** est de **trente jours** à compter de la date d'envoi de l'avis de marché.*

§ 2. Seuls les opérateurs économiques invités à le faire par le pouvoir adjudicateur à la suite de l'évaluation par celui-ci des informations fournies peuvent soumettre une offre. Le pouvoir adjudicateur peut limiter le nombre de candidats qui seront invités à participer à la procédure, conformément à l'article 79.

*Le **délai minimal de réception des offres** est de **trente jours** à compter de la **date d'envoi de l'invitation à soumissionner**.*

*§ 3. Dans le cas où le pouvoir adjudicateur a **publié un avis de pré-information** le délai minimal de **réception des offres** visé au paragraphe 2, alinéa 2, **peut être ramené à dix jours**, à condition que toutes les **conditions** suivantes soient réunies :*

1° l'avis de pré-information contenait toutes les informations fixées par le Roi, dans la mesure où celles-ci étaient disponibles au moment de la publication de l'avis de pré-information;

2° l'avis de pré-information a été envoyé pour publication de trente-cinq jours à douze mois avant la date d'envoi de l'avis de marché.

*§ 4. Lorsqu'une situation d'**urgence, dûment justifiée** par le pouvoir adjudicateur, rend les délais minimaux prévus au présent article impossibles à respecter, ceux-ci peuvent fixer :*

*1° pour la réception des **demandes de participation**, un délai qui ne **peut être inférieur à quinze jours** à compter de la date d'envoi de l'avis de marché;*

*2° pour la réception des **offres**, un délai qui **ne peut être inférieur à dix jours à compter** de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.*

*§ 5. Le pouvoir adjudicateur peut **réduire de cinq jours** le **délai de réception des offres** prévu au paragraphe 2, alinéa 2, si les **offres** sont soumises par voie **électronique** conformément aux règles relatives aux plateformes électroniques prises par et en vertu de l'article 14, § 1er, alinéa 2, et §§ 5 à 7.*

§ 6. Le Roi peut fixer les modalités procédurales additionnelles à la procédure restreinte.

b) Durée du délai :

Le délai de réception des demandes de participation est de 30 jours à compter de la **date d'envoi** de l'avis de marché.

Le délai de réception des offres est de 30 jours à compter de la **date d'envoi** de l'invitation à soumissionner.

La publication d'un avis de pré-information est sans incidence sur le délai de réception des **demandes de participation**.

Par contre, le délai de **réception des offres** peut être réduit à 10 jours si deux conditions sont réunies :

- 1) l'avis de pré-information contient autant de renseignements que l'avis de marché pour autant que ces informations soient connues
- 2) l'avis de pré-information doit avoir été envoyé au moins 35 jours à 12 mois à compter de la date d'envoi de l'avis de marché.

En cas d'urgence dûment justifiée, le délai de réception des demandes de participation peut être réduit à 15 jours minimum et le délai de réception des offres peut être réduit à 10 jours minimum.

En cas d'envoi des offres par la voie électronique, le pouvoir adjudicateur peut réduire le délai de réception des offres de 5 jours.

3. En procédure concurrentielle avec négociation

■ L'article 38, §3, alinéa 3 de la loi prévoit :

§ 1er. (...)

§ 3. Le **délai minimal de réception des demandes de participation** est de **trente jours** à compter de la date d'envoi de l'avis de marché. Le **délai minimal de réception des offres** initiales est de **trente jours** à compter de la date d'envoi de l'invitation. L'article 37, §§ 3 à 5, est applicable.

C'est le même régime que pour la procédure restreinte.

4. En procédure négociée directe avec publication préalable

■ L'article 41 §2, alinéa 2 de la loi prévoit :

§ 1er. (...)

§ 2. Dans la **procédure négociée directe avec publication préalable**, tout opérateur économique intéressé peut soumettre une **offre** en réponse à un avis de marché. Le **délai minimal de réception des offres** est de **vingt-deux jours** à compter de la date de l'envoi de l'avis de marché. L'article 37, §§ 3 à 5, est d'application.

Le délai de principe de réception des offres est de 22 jours à compter de la date d'envoi de l'avis.

Pour le reste ce sont les mêmes règles qui s'appliquent qu'en procédure ouverte.

5. En procédure négociée sans publication préalable

Aucune règle n'est prévue pour ce mode de passation.

Le pouvoir adjudicateur fixe donc le délai comme il l'entend pour autant qu'il soit adapté à la complexité du marché et que les soumissionnaires aient le temps de remettre offre.

D. Point de départ des délais

Il s'agit de prendre comme repère la date d'envoi de l'avis de marché comme point de départ du calcul du délai et non la date de publication de l'avis.

En résumé :

• En procédure ouverte

	Principe	Avis de pré-information si 2 conditions remplies	Urgence dûment motivée	Offres électroniques
Délai de réception des offres	35 jours	De 35j à 15j minimum	De 35j à 15j minimum	- 5 jours !!! ne s'applique qu'au délai de principe (35j)

• En procédure restreinte

	Principe	Avis de pré-information si 2 conditions remplies	Urgence dûment motivée	Offres électroniques
Délai réception demandes de participation	30 jours	30 jours	De 30 jours à 15 jours min	Pas de possibilité de réduire
Délai réception des offres	30 jours	De 30 jours à 10 jours min.	De 30 jours à 10 jours min	- 5 jours !!! ne s'applique qu'au délai de principe (30j)

• En PCAN

	Principe	Avis de pré-information si 2 conditions remplies	Urgence dûment motivée	Offres électroniques
Délai réception demandes de participation	30 jours	30 jours	De 30 jours à 15 jours min	Pas de possibilité de réduire
Délai de réception des offres	30 jours	De 30 jours à 10 jours minimum	De 30 jours à 10 jours minimum	- 5 jours !!! ne s'applique qu'au délai de principe (30j)

- ***En PNDAPP***

	Principe	Avis de pré-information si 2 conditions remplies	Urgence dûment motivée	Offres électroniques
Délai de réception des offres	22 jours	De 22 jours à 15 jours minimum	De 22 jours à 15 jours minimum	- 5 jours !!! ne s'applique qu'au délai de principe (22j)

CHAPITRE 6 : PRINCIPES GENERAUX POUR LA SELECTION ET L'ATTRIBUTION

Section 1 : Base légale

■ L'article 66 de la loi prévoit :

§ 1er. **Les marchés sont attribués sur la base du ou des critères d'attribution** fixés conformément à l'article 81, **pour autant que** le pouvoir adjudicateur ait **vérifié que toutes les conditions suivantes sont réunies** :

1° l'offre est **conforme** aux exigences, conditions et critères énoncés dans l'avis de marché et dans les documents du marché, compte tenu, le cas échéant, des variantes ou options;

2° l'offre provient d'un **soumissionnaire** qui n'est **pas exclu de l'accès au marché sur la base des articles 67 à 70 et qui répond aux critères de sélection fixés par le pouvoir adjudicateur** et, le cas échéant, aux règles et critères non discriminatoires visés à l'article 79, § 2, alinéa 1er.

Sans préjudice du paragraphe 2, lorsque le pouvoir adjudicateur constate que l'offre du soumissionnaire auquel il se propose d'attribuer ne respecte pas les **obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social ou du travail et mentionnées à l'article 7**, il décide de ne pas attribuer le marché au soumissionnaire qui a remis ladite offre, pour autant qu'il s'agit d'une obligation dont le non-respect est également sanctionné pénalement. Dans les autres cas où il constate que cette offre ne satisfait pas aux obligations susmentionnées, il peut procéder de la même manière.

§ 2. **Pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils fixés pour la publicité européenne** le pouvoir adjudicateur **peut**, dans le cas d'une **procédure ouverte**, procéder au contrôle des offres après la vérification de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection sur la base du seul Document Unique de Marché européen. Dans ces cas, il peut être procédé, à ce stade, à l'évaluation des offres sans un examen plus approfondi de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection. Avant de recourir à cette possibilité, le pouvoir adjudicateur **doit toutefois** avoir vérifié l'absence de dettes fiscales et sociales conformément à l'article 68.

Pour les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils fixés pour la publicité européenne, le **Roi** peut définir les cas où le pouvoir adjudicateur **peut** procéder à l'évaluation des offres avant le contrôle de l'absence de motifs d'exclusions et du respect des critères de sélection, ainsi que les modalités additionnelles y afférentes.

Lorsqu'il fait usage de la possibilité visée aux alinéas 1er et 2, il s'assure que la vérification de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection s'effectue d'une manière impartiale et transparente, afin qu'aucun marché ne soit attribué à un soumissionnaire qui aurait dû être exclu ou qui ne remplit pas les critères de sélection.

§ 3. Sans préjudice de l'article 39, § 6, alinéa 2, **lorsque les informations ou les documents** qui doivent être soumis par le candidat ou soumissionnaire sont **ou semblent incomplets ou erronés ou lorsque certains documents sont manquants**, le pouvoir adjudicateur **peut demander** au candidat ou soumissionnaire concernés de présenter, compléter, clarifier ou préciser les informations ou les documents concernés dans un délai approprié, à condition que ces demandes respectent pleinement les principes d'égalité de traitement et de transparence et, s'il est fait usage de la procédure ouverte ou restreinte, que cela ne donne pas lieu à une modification des éléments essentiels de l'offre.

Un changement de la composition du personnel mis à disposition pour l'exécution du contrat, qui est la conséquence directe des **mesures visant à résoudre les conflits d'intérêt** ou les situations de participation préalable, est considéré comme **ne donnant pas lieu à une modification d'un élément essentiel de l'offre**, à condition de respecter pleinement les principes d'égalité de traitement et de transparence.

§ 4. (...)

Section 2 : Généralités

Les marchés sont attribués sur base du ou des critères d'attribution pour autant que :

- Offre conforme aux exigences, conditions et critères énoncés dans l'avis de marché et dans les documents du marché et compte tenu, le cas échéant, des variantes et options.

L'offre doit respecter tant les exigences minimales que les autres clauses considérées comme substantielles imposées par le pouvoir adjudicateur, dans les documents du marché.

→ L'offre retenue doit donc être régulière.

- Offre provient d'un soumissionnaire qui n'est pas exclu de l'accès au marché et qui répond aux critères de sélection et aux règles et critères non-discriminatoires visés à 79§2, al, 1er de la loi

Le candidat/soumissionnaire ne peut se trouver dans quelque cause d'exclusion que ce soit (obligatoire/facultative) et doit être en ordre de capacité économique et financière ainsi que de capacité technique et professionnelle.

→ L'opérateur économique doit être sélectionné qualitativement.

- Offre est déposée par un soumissionnaire qui respecte les obligations de l'article 7 de la loi

Le soumissionnaire doit respecter ses obligations en matière de droit environnemental, de droit social et de droit du travail.

Dans le cas contraire, le pouvoir adjudicateur :

→ DOIT écarter d'office l'offre, **si** non-respect de l'obligation est sanctionné pénalement.

→ PEUT écarter l'offre, **si** le non respect de l'obligation pas sanctionné pénalement.

Section 3 : Principes applicables aux marchés atteignant les seuils européens

A. Procédures ouvertes et assimilées

Le pouvoir adjudicateur vérifie **dans les 20 jours de la réception des offres** et vis-à-vis de tous les soumissionnaires s'ils ont des dettes fiscales et/ou sociales (art. 62 et 63 ARP).

Il sélectionne, sur base du **Document Unique de Marché Européen (DUME)** (attestation sur l'honneur explicite électronique) en s'assurant que le soumissionnaire :

- ✓ Ne se trouve dans aucune cause d'exclusion
- ✓ Remplit les critères de sélection qualitative (capacité économique et financière et capacité technique et professionnelle)

Le pouvoir adjudicateur procède ensuite à l'analyse de la régularité des offres et de leur contenu avant d'attribuer le marché.

Le pouvoir adjudicateur vérifie, enfin, la véracité des informations contenues dans le DUME sur base des éléments officiels probants, uniquement à l'égard du ou des soumissionnaires pressenti(s) pour se voir attribuer le marché.

B. Procédures restreintes et assimilées

La sélection des candidats devant se faire en priorité, le pouvoir adjudicateur doit vérifier l'ensemble des informations contenues dans le DUME sur base des éléments officiels probants dans le chef de tous les opérateurs économiques ayant déposé un dossier de candidature.

Le pouvoir adjudicateur invite les candidats sélectionnés à remettre offre.

Il procède enfin à l'analyse de la régularité des offres et de leur contenu avant d'attribuer le marché.

Section 4 : Principes applicables aux marchés n'atteignant pas les seuils européens

A. Procédures ouvertes et assimilées

Le pouvoir adjudicateur vérifie **dans les 20 jours de la réception des offres** et vis-à-vis de tous les soumissionnaires s'ils ont des dettes fiscales et/ou sociales (art. 62 et 63 ARP).

En outre, le pouvoir adjudicateur sélectionne, sur base de la déclaration implicite sur l'honneur, et s'assure que le soumissionnaire (art. 39 ARP) :

- ✓ Ne se trouve dans aucune cause d'exclusion
- ✓ Remplit les critères de sélection qualitative (capacité économique et financière et capacité technique et professionnelle)

Le pouvoir adjudicateur procède ensuite à l'analyse de la régularité des offres et de leur contenu avant d'attribuer le marché.

Le pouvoir adjudicateur vérifie, enfin, la véracité des informations contenues dans la déclaration implicite sur l'honneur sur base des éléments officiels probants à l'égard uniquement du ou des soumissionnaires pressenti(s) pour se voir attribuer le marché.

B. Procédures restreintes et assimilées

La sélection des candidats devant se faire en priorité, le pouvoir adjudicateur doit vérifier l'ensemble des informations contenues, dans la déclaration implicite sur l'honneur, sur base des éléments officiels probants dans le chef de tous les opérateurs économiques ayant déposé un dossier de candidature.

Le pouvoir adjudicateur invite les candidats sélectionnés à remettre offre.

Il procède enfin à l'analyse de la régularité des offres et de leur contenu avant d'attribuer le marché.

Remarques générales :

Lorsque les documents demandés au candidat ou au soumissionnaire sont manquants, incomplets ou erronés, le pouvoir adjudicateur PEUT exiger de l'opérateur économique qu'il les produise.

En tout état de cause les principes d'égalité de traitement et de transparence doivent être respectés.

CHAPITRE 7 : SELECTION QUALITATIVE

Section 1 : Principe

Avant d'analyser l'offre ou de permettre le dépôt d'une offre, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de vérifier que l'opérateur économique dispose des garanties suffisantes d'honorabilité, de capacité économique ou technique pour assumer la mission.

En *procédure ouverte ou assimilée*, le soumissionnaire non sélectionné voit son offre écartée du classement sans même avoir été examinée sur le fond.

En *procédure restreinte ou assimilée*, le candidat non sélectionné n'est pas invité à déposer une offre.

L'analyse de la sélection qualitative nécessite la vérification de trois types de critères :

- | | | |
|--|---|------------------------------|
| 1) Motifs/Causes d'exclusion (art. 67 à 70 de la loi) | } | <i>Critères de sélection</i> |
| 2) Capacité économique et financière (art. 71 de la loi) | | |
| 3) Capacité technique et professionnelle (art.71 de la loi). | | |

■ L'article 65 ARP prévoit :

*Sans préjudice de l'article 42, § 3, alinéa 1er, 2°, de la loi, les **critères de sélection** ainsi que les **moyens de preuve acceptables** sont **indiqués** par le pouvoir adjudicateur **dans l'avis de marché ou, en absence d'un tel avis, dans les documents du marché.***

*Le pouvoir adjudicateur a **l'obligation** d'assortir chacun des critères de sélection qualitative de caractère économique, financier et/ou technique, d'un **niveau d'exigence approprié**, **sauf si l'un des critères utilisés ne se prête pas à la fixation d'un tel niveau.***

*Si le pouvoir adjudicateur utilise un **critère économique, financier ou technique**, ne se prêtant pas à la fixation d'un niveau, **ce critère doit être assorti d'un second critère de même type** qui se prête à une telle fixation.*

*Chaque critère doit être formulé de façon suffisamment **précise** pour permettre de procéder à la sélection des candidats ou des soumissionnaires.*

Tout comme les causes d'exclusion, les critères de sélection doivent être **mentionnés** dans l'avis de marché et, en l'absence d'avis, dans les documents du marché.

Ils doivent avoir les **caractéristiques** suivantes :

- 1) être définis précisément,
- 2) se rapporter à l'objet du marché : selon le type de commande, les critères de capacité seront différents,
- 3) **être assortis d'un niveau minimum d'exigence**,
- 4) être appropriés/proportionnés.

Section 2 : Motifs d'exclusion

A. Motifs d'exclusion obligatoire

1. Principe

- L'article 67 de la loi fixe les motifs d'exclusion obligatoire :

§ 1er. *Sauf dans le cas où le candidat ou le soumissionnaire démontre, conformément à l'article 70, avoir pris des mesures suffisantes afin de démontrer sa fiabilité, le pouvoir adjudicateur **exclut**, à quelque stade de la procédure que ce soit, un candidat ou un soumissionnaire de la participation à la procédure de passation, lorsqu'il a établi ou qu'il est informé de quelque autre manière que ce candidat ou ce soumissionnaire a fait l'objet d'une condamnation prononcée par une décision judiciaire ayant force de chose jugée pour l'une des infractions suivantes :*

1° *participation à une organisation criminelle;*

2° *corruption;*

3° *fraude;*

4° *infractions terroristes, infractions liées aux activités terroristes ou incitation à commettre une telle infraction, complicité ou tentative d'une telle infraction;*

5° *blanchiment de capitaux ou financement du terrorisme;*

6° *travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains.*

7° *occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal.*

Le Roi peut préciser les infractions visées à l'alinéa 1er de manière plus détaillée.

*Par dérogation à l'alinéa 1er, le pouvoir adjudicateur exclut le candidat ou le soumissionnaire qui a **occupé des ressortissants de pays tiers en séjour illégal, même en l'absence d'une condamnation coulée en force de chose jugée** et ce, dès l'instant où cette infraction a été constatée par une décision administrative ou judiciaire, en ce compris par une notification écrite en exécution de l'article 49/2 du Code pénal social. Cette dérogation **ne fait pas obstacle à la possibilité, visée à l'article 70, pour le candidat ou soumissionnaire d'invoquer le cas échéant des mesures correctrices.***

*Par dérogation à l'alinéa 1er, le pouvoir adjudicateur peut à titre exceptionnel et pour des **raisons impératives d'intérêt général**, autoriser une **dérogation à l'exclusion obligatoire.***

*L'**obligation d'exclure le candidat ou le soumissionnaire s'applique aussi** lorsque la personne condamnée par jugement définitif est un membre de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance dudit candidat ou soumissionnaire ou détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein. Au cas où il s'agit d'une infraction visée à l'alinéa 3 et en l'absence du jugement définitif précité, la même obligation d'exclusion est d'application, lorsque la personne concernée est désignée dans une décision administrative ou judiciaire, comme étant une personne dans le chef de laquelle une infraction a été constatée en matière d'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal, et qui est membre de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance dudit candidat ou soumissionnaire ou détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein.*

*Par dérogation à l'alinéa 5, les pouvoirs adjudicateurs **ne sont toutefois pas obligés**, pour les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils fixés pour la publicité européenne, de vérifier l'absence de motifs d'exclusion visée au présent article dans le chef des personnes visées à l'alinéa susmentionné.*

§ 2. Les **exclusions** mentionnées au paragraphe 1er, alinéa 1er, 1° à 6°, de la participation aux marchés publics s'appliquent uniquement pour une **période de cinq ans à compter de la date du jugement.**

*L'**exclusion** mentionnée au paragraphe 1er, alinéa 1er, 7°, de la participation aux marchés publics, s'applique uniquement pour une **période de cinq ans à partir de la fin de l'infraction.***

*Nonobstant le cas visé au paragraphe 1er, alinéa 4, les opérateurs économiques ne peuvent pas, lorsqu'ils se trouvent dans une situation d'exclusion obligatoire au lendemain de la date ultime de l'introduction des demandes de participation ou de la remise des offres, participer aux marchés publics, sauf lorsqu'ils attestent qu'ils ont pris, conformément à l'article 70, les **mesures correctrices suffisantes pour démontrer leur fiabilité** malgré l'existence d'un motif d'exclusion applicable.*

Tout pouvoir adjudicateur qui constate qu'un candidat ou un soumissionnaire se trouve dans une situation d'exclusion obligatoire, il DOIT prendre une décision motivée d'exclusion de la sélection qualitative.

2. Cas d'exclusion obligatoire :

a) Première hypothèse : 6 types d'infractions

L'opérateur économique qui est *condamné* par décision judiciaire ayant force de chose jugée (définitive) pour l'une des infractions suivantes :

- **Participation à une organisation criminelle**
- **Corruption**
- **Fraude**
- **Infractions terroristes ou liées**
- **Blanchiment de capitaux ou financement du terrorisme**
- **Travail des enfants et autre forme de traite des êtres humains (NEW)**

DOIT être exclu de la participation au marché **s'il ne peut faire valoir** des mesures correctrices.

b) Seconde hypothèse : Occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal

L'opérateur économique qui occupe des ressortissants de pays tiers en séjour illégal **et qui s'est vu constater** pareille infraction :

- soit dans une décision administrative
- soit dans une décision judiciaire (sans force de chose jugée) en ce compris la notification écrite (49/2 Code pénal social)

DOIT être exclu de la participation au marché **s'il ne peut faire valoir** des mesures correctrices.

3. Exception

Le pouvoir adjudicateur pourrait, dans des cas exceptionnels **et** lorsque l'intérêt général l'impose, ne pas exclure le candidat ou le soumissionnaire.

Exemple : Une épidémie grave se déclare en Wallonie et une seule société pharmaceutique peut commercialiser le médicament pour enrayer cette épidémie. Toutefois, cette société est condamnée par une décision définitive pour blanchiment d'argent.

4. Qui est visé par la vérification ?

a) Marchés européens :

Tout candidat ou soumissionnaire personne physique.

Si le candidat/ soumissionnaire est une personne morale et qu'elle compte en son sein un :

- **Membre de l'organe administratif**
- **Membre de l'organe de gestion**
- **Membre de l'organe de surveillance**
- **Membre qui détient un pouvoir de représentation, décision ou contrôle**

qui a été *condamné* par un jugement définitif (pour toute infraction autre que occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal) ou qui a fait l'objet d'une *décision administrative ou judiciaire* (pour occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal).

→ Le pouvoir adjudicateur **DOIT** exclure le candidat/soumissionnaire personne morale de la participation au marché **si elle ne peut faire valoir** des mesures correctrices.

b) Marchés belges :

Tout candidat ou soumissionnaire personne physique.

Si le candidat/ soumissionnaire est une personne morale, la vérification des causes d'exclusion obligatoire à l'égard des membres précités au point a), n'est pas exigée.

5. Durée de l'exclusion

- **Pour toutes les causes sauf occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal :**

L'opérateur économique est exclu de la participation aux marchés pendant une période de 5 ans à compter de la date du jugement définitif.

- **Pour occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal**

L'opérateur économique est exclu de la participation aux marchés pendant une période de 5 ans à compter de la fin de l'infraction.

B. Causes d'exclusion obligatoire relative aux dettes sociales et fiscales

■ L'article 68 de la loi prévoit :

§ 1er. Sauf exigences impératives d'intérêt général et sous réserve des cas mentionnés au paragraphe 3, **le pouvoir adjudicateur exclut**, à quelque stade de la procédure de passation que ce soit, la participation à une procédure, **d'un candidat ou d'un soumissionnaire qui ne satisfait pas** à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale **sauf** :

1° lorsque le montant impayé ne dépasse pas le montant à fixer par le Roi; ou

2° lorsque le candidat ou le soumissionnaire peut démontrer qu'il possède à l'égard d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entreprise publique une ou des créances certaines, exigibles et libres de tout engagement à l'égard de tiers. Ces créances s'élèvent au moins à un montant égal à celui pour lequel il est en retard de paiement de dettes fiscales ou sociales. Ce dernier montant est diminué du montant fixé par le Roi en exécution de la disposition du 1°.

Lorsqu'il constate que les dettes fiscales et sociales dépassent le montant mentionné à l'alinéa 1er, 1°, le pouvoir adjudicateur demande au candidat ou au soumissionnaire s'il se trouve dans la situation mentionnée à l'alinéa 1er, 2°.

Le pouvoir adjudicateur donne cependant l'opportunité à tout opérateur économique de se mettre en règle avec ces obligations sociales et fiscales dans le courant de la procédure de passation et ce après avoir constaté une première fois que le candidat ou le soumissionnaire ne satisfaisait pas aux exigences. A partir de cette constatation, le pouvoir adjudicateur laisse à l'opérateur économique un délai de cinq jours ouvrables pour fournir la preuve de sa régularisation. Le recours à cette régularisation n'est possible qu'à une seule reprise. Ce délai commence à courir le jour qui suit la notification. Pour le calcul de ce délai, le règlement n° 1182/71 du Conseil du 3 juin 1971, portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes, n'est pas d'application.

§ 2. Le Roi détermine les dettes fiscales et sociales à prendre en considération ainsi que les modalités additionnelles en la matière.

§ 3. Le présent article ne s'applique plus lorsque le candidat ou le soumissionnaire a rempli ses obligations en payant ou en concluant un accord contraignant en vue de payer les impôts et taxes ou cotisations de sécurité sociale dues, y compris, le cas échéant, tout intérêt échu ou les éventuelles amendes pour autant que ce paiement ou la conclusion de cet accord contraignant se soit déroulé avant l'introduction d'une demande de participation, ou, en procédure ouverte, avant le délai d'introduction des offres.

■ L'article 62 ARP prévoit pour les dettes sociales :

Art. 62. § 1er. Le **candidat ou le soumissionnaire qui ne satisfait pas à ses obligations** de paiement de cotisations de sécurité sociale **est exclu** de la participation à une procédure de passation, conformément à l'article 68 de la loi. **Peut néanmoins participer à la procédure**, le candidat ou le soumissionnaire qui n'a **pas une dette en cotisations supérieure à 3.000 euros ou qui a obtenu pour cette dette des délais de paiement qu'il respecte strictement**.

§ 2. **Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification** de la situation sur le plan des **dettes sociales** des candidats ou soumissionnaires, sur la base des attestations qui sont disponibles **électroniquement** pour le pouvoir adjudicateur via l'application Télémarc ou via d'autres applications électroniques équivalentes et accessibles **gratuitement** dans d'autres Etats membres. Cette **vérification se fait dans les vingt jours suivant la date ultime pour l'introduction des demandes de participation ou des offres**.

L'attestation Télémarc mentionne le montant exact de la dette dans le chef du candidat ou soumissionnaire visé.

§ 3. **Lorsque la vérification** visée au paragraphe 2 **ne permet pas de vérifier de manière certaine que le candidat ou le soumissionnaire satisfait à ses obligations** de paiement des cotisations de sécurité sociale, le pouvoir adjudicateur demande à ce dernier de **fournir une attestation récente** justifiant qu'il satisfait à ces obligations. **Il en va de même lorsque dans un autre Etat membre, une telle application n'est pas disponible**.

Pour le candidat ou le soumissionnaire employant du personnel assujetti à la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, l'attestation récente visée à l'alinéa 1er est délivrée par l'Office national de Sécurité sociale et porte sur le dernier trimestre civil échu avant la date limite de réception des demandes de participation ou des offres, selon le cas.

Pour le candidat ou le soumissionnaire employant du personnel relevant d'un autre Etat membre de l'Union européenne et qui n'est pas visé par l'alinéa 2, l'attestation récente est délivrée par l'autorité compétente étrangère et certifie que le candidat ou le soumissionnaire est en règle avec ses obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale selon les dispositions légales du pays où il est établi. Cette attestation doit être équivalente à celle visée à l'alinéa 2.

Lorsque le candidat ou le soumissionnaire emploie du personnel visé tant par l'alinéa 2 que par l'alinéa 3, les dispositions des deux alinéas sont applicables.

Dans le cas où l'attestation fournie par Télémarc, une application électronique équivalente ou par l'autorité compétente ne démontre pas qu'il est en règle, le candidat ou le soumissionnaire peut faire appel à la **régularisation unique** prévue à l'article 68, § 1er, alinéa 3, de la loi. Dans le cas où le candidat ou le soumissionnaire a des dettes en cotisations supérieures à 3.000 euros, il démontre, afin de ne pas être exclu,

qu'il détient à l'égard d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entreprise publique, une ou des créances certaines, exigibles et libres de tout engagement à l'égard de tiers pour un montant au moins égal à sa dette diminuée de 3.000 euros.

§ 4. Pour le candidat ou le soumissionnaire employant du personnel assujéti à la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs et lorsque le doute persiste, le pouvoir adjudicateur vérifie le respect des obligations sociales en interrogeant l'Office national de Sécurité sociale pour autant que ce dernier délivre les attestations demandées par le pouvoir adjudicateur.

§ 5. Le pouvoir adjudicateur peut s'enquérir de la situation du candidat ou du soumissionnaire assujéti à la sécurité sociale des travailleurs indépendants afin de vérifier s'il est en règle avec ses obligations en matière de paiement de cotisations de sécurité sociale.

■ L'article 63 ARP prévoit pour les dettes fiscales :

§ 1er. Le **candidat** ou le **soumissionnaire qui ne satisfait pas à ses obligations** de paiement des dettes **fiscales est exclu** de la participation à une procédure de passation, conformément à l'article 68 de la loi. **Peut néanmoins** participer à la procédure, le candidat ou le soumissionnaire qui n'a pas une dette supérieure à 3.000 euros ou qui a obtenu pour cette dette des délais de paiement qu'il respecte strictement.

§ 2. Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification de la situation fiscale des candidats ou soumissionnaires, sur la base des attestations qui sont disponibles électroniquement pour le pouvoir adjudicateur via l'application Télémarc ou via d'autres applications électroniques équivalentes et accessibles gratuitement dans d'autres Etats membres. Cette vérification se fait dans les vingt jours suivant la date ultime pour l'introduction des demandes de participation ou des offres.

L'attestation Télémarc mentionne le montant exact de la dette dans le chef du candidat ou soumissionnaire visé.

§ 3. Lorsque la vérification visée au paragraphe 2 ne permet pas de savoir si le candidat ou le soumissionnaire satisfait à ses obligations fiscales, le pouvoir adjudicateur demande directement au candidat ou au soumissionnaire de fournir une attestation récente justifiant qu'il satisfait à ses obligations fiscales. Il en va de même lorsque dans un autre Etat membre, une telle application n'est pas disponible.

L'attestation récente visée à l'alinéa 1er est délivrée par l'autorité compétente belge et/ou étrangère et certifie que le candidat ou le soumissionnaire est en règle avec ses obligations fiscales selon les dispositions légales du pays où il est établi.

Dans le cas où l'attestation fournie par Telemarc, via une autre application électronique équivalente d'un autre Etat membre ou par l'autorité compétente ne démontre pas qu'il est en règle, le candidat ou le soumissionnaire peut faire appel à la régularisation unique prévue à l'article 68, § 1er, alinéa 3, de la loi. Dans le cas où le candidat ou le soumissionnaire a des dettes fiscales supérieures à 3.000 euros, il démontre, afin de ne pas être exclu, qu'il détient à l'égard d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entreprise publique, une ou des créances certaines, exigibles et libres de tout engagement à l'égard de tiers pour un montant au moins égal à sa dette diminuée de 3.000 euros.

§ 4. Lorsque le doute persiste, le pouvoir adjudicateur vérifie le respect des obligations fiscales de l'opérateur économique en interrogeant le Service public fédéral Finances pour autant que ce dernier délivre les attestations demandées par le pouvoir adjudicateur.

§ 5. Le pouvoir adjudicateur peut procéder à la vérification du respect du paiement de dettes fiscales autres que celles qui sont visées au paragraphe 4. Dans ce cas, il indique précisément, dans les documents du marché, les autres dettes fiscales qu'il entend vérifier ainsi que les documents sur la base desquels la vérification aura lieu.

1. Principe

Tout candidat ou soumissionnaire **qui** a une dette sociale ou fiscale **> 3.000 euros** **DOIT** être exclu de la participation au marché.

En d'autres termes, celui qui a une dette **≤ 3.000 euros**, est considéré comme étant **en ordre** aux yeux de la réglementation en matière de marchés publics.

2. Exceptions

a) Plan d'apurement ou créances

N'est toutefois pas exclu, le candidat/soumissionnaire qui, bien qu'ayant une dette sociale ou fiscale > 3.000 euros, peut démontrer SOIT :

- qu'il a conclu un **accord contraignant avant le délai d'introduction des demandes de participation/offres** avec l'ONSS ou le fisc et qu'il le **respecte scrupuleusement** ;
- qu'il possède des **créances à l'égard du pouvoir adjudicateur ou d'autres pouvoirs adjudicateurs** qui sont :
 - * **certaines, exigibles, libres de tout engagement** à l'égard de tiers **ET QUI**
 - * **compensent** à 3000€ près la dette concernée.

b) Intérêt général

Le pouvoir adjudicateur pourrait, dans des cas exceptionnels et lorsque l'intérêt général l'impose, ne pas exclure un candidat ou un soumissionnaire qui a des dettes sociales et ou fiscales supérieures à 3.000€.

c) Régularisation possible

Le pouvoir adjudicateur DOIT, en cours de procédure, permettre au candidat ou au soumissionnaire de régulariser sa situation.

Cette possibilité de régularisation n'est accordée **qu'une seule fois** dans le cadre d'une même procédure.

Le pouvoir adjudicateur lui laisse un délai de 5 jours ouvrables pour fournir la preuve de la régularisation lequel commence à courir le lendemain de la notification de la demande.

Remarque : Le pouvoir adjudicateur est obligé d'interroger le candidat ou le soumissionnaire pour connaître sa situation sociale et fiscale réelle.

3. Délai de vérification

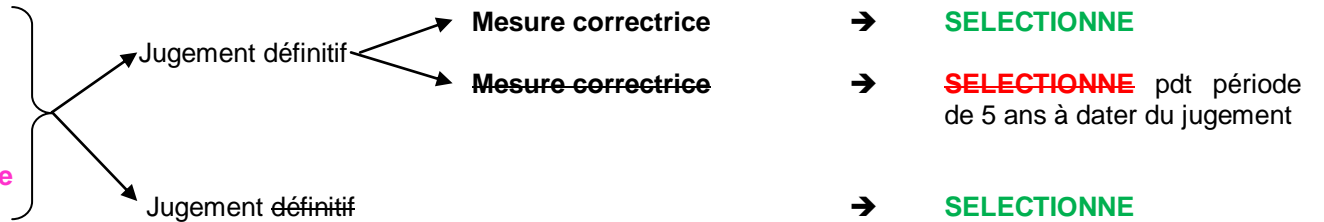
Le pouvoir adjudicateur doit effectuer la vérification dans les 20 jours de la réception des demandes de participation/offres.

Pour ce faire, il a un accès électronique direct à l'information via Télémarc.

En résumé :

Participation à une organisation criminelle
Corruption
Fraude

Infractions terroristes/liées
Blanchiment capitaux/financement terrorisme
Travail des enfants autre forme TEH



Occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal

Infraction constatée dans décision administrative/judiciaire

Mesure correctrice

→ SELECTIONNE

Mesure correctrice

→ SELECTIONNE
période de 5 ans à dater fin infraction

Infraction constatée dans décision administrative/judiciaire

→ SELECTIONNE

ONSS
Impôts/TVA

Absence de dettes

→ SELECTIONNE

Dette ≤ 3.000 €

→ SELECTIONNE

Dette > 3.000 €

Plan d'apurement respecté et conclu avant date réception offres

OUI
NON

→ SELECTIONNE
→ SELECTIONNE

Créances...

OUI
NON

→ SELECTIONNE
→ SELECTIONNE

Régularisation

OUI
NON

→ SELECTIONNE
→ SELECTIONNE

C. Causes d'exclusion facultative

■ L'article 69 de la loi prévoit :

*Sauf dans le cas où le candidat ou le soumissionnaire démontre, conformément à l'article 70, avoir pris des mesures suffisantes afin de démontrer sa fiabilité, le pouvoir adjudicateur **peut** exclure, à quelque stade de la procédure de passation, de la participation à une procédure, un candidat ou un soumissionnaire dans les cas suivants :*

*1° lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer, par tout moyen approprié, que le candidat ou le soumissionnaire a **manqué aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail, visées à l'article 7;***

*2° lorsque le candidat ou le soumissionnaire est en **état de faillite**, de liquidation, de cessation d'activités, de réorganisation judiciaire ou a fait l'aveu de sa faillite ou fait l'objet d'une procédure de liquidation ou de réorganisation judiciaire, **ou dans toute situation analogue** résultant d'une procédure de même nature existant dans d'autres réglementations nationales;*

*3° lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que le candidat ou le soumissionnaire a commis une **faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité;***

*4° lorsque le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que le candidat ou le soumissionnaire a commis des **actes, conclu des conventions ou procédé à des ententes en vue de fausser la concurrence**, au sens de l'article 5, alinéa 2;*

*5° lorsqu'il ne peut être remédié à un **conflit d'intérêts** au sens de l'article 6 par d'autres mesures moins intrusives;*

*6° lorsqu'il **ne peut être remédié à une distorsion de la concurrence résultant de la participation préalable** des candidats ou soumissionnaires à la préparation de la procédure de passation, visée à l'article 52, par d'autres mesures moins intrusives;*

*7° lorsque des **défaillances importantes ou persistantes du candidat ou du soumissionnaire** ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché public antérieur, d'un marché antérieur passé avec un adjudicateur ou d'une concession antérieure, lorsque ces défaillances ont donné lieu à des mesures d'office, des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable;*

*8° le candidat ou le soumissionnaire s'est rendu gravement coupable **de fausse déclaration** en fournissant les renseignements exigés pour la vérification de l'absence de motifs d'exclusion ou la satisfaction des critères de sélection, a caché ces informations ou n'est pas en mesure de présenter les documents justificatifs requis en vertu de l'article 73 ou de l'article 74, ou*

*9° le candidat ou le soumissionnaire a entrepris **d'influer indûment sur le processus décisionnel du pouvoir adjudicateur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui donner un avantage indu lors de la procédure de passation, ou a fourni par négligence des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution.***

Les exclusions à la participation aux marchés publics mentionnées à l'alinéa 1er s'appliquent uniquement pour une période de trois ans à compter de la date de l'évènement concerné ou en cas d'infraction continue, à partir de la fin de l'infraction.

Sauf disposition contraire dans les documents du marché, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de vérifier l'absence de motifs d'exclusion facultatifs dans le chef des membres de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance du candidat ou soumissionnaire ou des personnes qui détiennent un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein.

1. Principe

Si un candidat ou un soumissionnaire se trouve dans une de ces causes d'exclusion, le pouvoir adjudicateur **PEUT** décider d'exclure l'opérateur économique de la participation au marché.

Il doit prendre une décision motivée de sélection ou de non sélection.

2. Quelles sont ces causes d'exclusion ?

Elles sont au nombre de 9 :

- **Manquement droit environnemental, social et du travail (art. 7 de la Loi)**

Ces manquements ne doivent pas donner lieu à une sanction pénale sinon il s'agit d'une cause d'exclusion obligatoire et il devra l'exclure.

- **Faillite, liquidation, cessation d'activités, réorganisation judiciaire, aveu de faillite ou toute situation analogue**

Si l'opérateur économique se trouve en état de faillite ou dans une situation proche de la faillite, on peut comprendre que le pouvoir adjudicateur ne souhaite pas le sélectionner dans le cadre d'une procédure de marché public vu les implications que pareille situation pourrait générer sur l'exécution ultérieure du marché qui lui serait éventuellement attribué.

- **Faute grave professionnelle qui remet en cause l'intégrité**

Ce n'est pas n'importe quelle faute qui est prise en considération pour exclure un opérateur économique de la sélection au marché.

Il doit s'agir de fautes commises dans le cadre professionnel et qui revêtent une certaine gravité.

Autrement dit, seront seules prises en compte, les fautes qui remettent en question la confiance que le pouvoir adjudicateur doit avoir en l'opérateur économique pour lui confier la mission à réaliser.

Exemple : Un extrait de casier judiciaire fait mention d'une condamnation en matière de roulage pour excès de vitesse et conduite en état d'ivresse.
Si la procédure de marché lancée concerne du transport de personnes cette condamnation risque de remettre en cause l'intégrité de l'opérateur économique.
A l'inverse, s'il s'agit d'un marché de fournitures de produits alimentaires, de travaux de réfection de voiries,...pareille condamnation n'aura pas le même impact.

- **Ententes ou toute autre convention conclue en vue de fausser la concurrence**

Le candidat ou le soumissionnaire ne peut se mettre d'accord avec une autre personne pour favoriser ses chances d'obtenir le marché.

- **Conflit d'intérêts (quand aucune mesure moins intrusive possible)**

Par conflit d'intérêts, il faut entendre un conflit entre la mission d'un agent public et ses intérêts privés, susceptible d'influencer la manière dont il exerce ses fonctions.

Le conflit d'intérêts peut potentiellement remettre en cause la neutralité et l'impartialité avec lesquelles la personne doit accomplir sa mission du fait de ses intérêts personnels.

Il appartient au pouvoir adjudicateur de faire tout son possible pour éviter de se trouver dans une situation de conflit d'intérêts ou, s'il n'a pu l'éviter, pour y remédier.

S'il n'a pu éviter ce conflit, le pouvoir adjudicateur ne pourra sélectionner qualitativement l'opérateur économique.

Exemple : Un membre du Collège communal souhaite soumissionner dans le cadre d'une procédure de marché lancée par la commune dont il relève.

- **Participation à la préparation de la procédure de marché**

Un pouvoir adjudicateur peut être amené à devoir solliciter l'aide d'un opérateur économique pour rédiger les documents d'un marché qu'il compte lancer.

La question qui se pose est celle de savoir si cet opérateur qui a préalablement participé à la rédaction des documents de marché pourra soumissionner ou déposer sa candidature lors du lancement de la procédure.

Cet opérateur économique pourra participer à la procédure et donc être sélectionné s'il parvient à démontrer que, bien qu'ayant participé à la préparation de la procédure, il ne bénéficie pas d'un avantage susceptible de fausser la concurrence.

- **Défaillances importantes ou persistantes dans l'exécution d'autres marchés**

La question qui se pose est celle de savoir si un pouvoir adjudicateur est obligé de sélectionner un opérateur économique dont il sait pertinemment bien qu'il ne travaille pas bien et qu'il n'aura que des ennuis en cours d'exécution du marché ?

Le pouvoir adjudicateur pourra invoquer des défaillances importantes ou persistantes à l'égard de l'opérateur économique que pour autant que :

- * elles aient été **constatées** lors de l'exécution d'une obligation essentielle
- * le marché public doit avoir été **conclu antérieurement** soit par le pouvoir adjudicateur lui-même, soit par un autre pouvoir adjudicateur
- * elles doivent avoir fait l'objet d'un **procès-verbal de manquement** ayant **donné lieu** à l'application de mesures d'office, de dommages et intérêts ou d'autres sanctions comparables.

Un certain formalisme doit avoir été respecté préalablement.

- FausseS déclarations/ cacher des infos/ ne pas présenter documents justificatifs suite à DUME ou déclaration sur l'honneur implicite à propos de:

Si le candidat ou le soumissionnaire ment, ne déclare pas tout à propos de son manque d'honorabilité, de sa capacité économique et financière ou de sa capacité technique et professionnelle, il ne pourra être sélectionné qualitativement.

- Influence ou tentative d'influence sur processus décisionnel du Pouvoir adjudicateur OU tentative d'obtenir des infos confidentielles susceptibles de lui donner un avantage.

Si le candidat ou le soumissionnaire tente d'influencer le pouvoir adjudicateur pour qu'une décision d'attribution soit prise en sa faveur ou s'il essaye de savoir si d'autres offres ont été déposées et de connaître par exemple les prix remis, il ne pourra être sélectionné qualitativement.

3. Durée de l'exclusion ?

L'exclusion a lieu pendant une durée de 3 ans à compter de la date où l'infraction a été commise.

Si infraction est continue (dure dans le temps), l'exclusion a lieu pendant une durée de 3 ans à partir de la fin de l'infraction.

La preuve risque parfois d'être difficile à apporter.

4. Qui est visé par la vérification ?

Que ce soit pour les marchés européens ou belges, aucune vérification ne doit avoir lieu dans le chef des :

- **Membres de l'organe administratif**
- **Membres de l'organe de gestion**
- **Membres de l'organe de surveillance**
- **Membres qui détiennent un pouvoir de représentation, décision ou contrôle**

A moins que des dispositions contraires ne soient prévues dans les documents du marché.

D. Mesures correctrices

■ L'article 70 de la loi prévoit :

Tout candidat ou soumissionnaire qui se trouve dans l'une des situations visées aux articles 67 ou 69 peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent. Si ces preuves sont jugées suffisantes par le pouvoir adjudicateur, le candidat ou le soumissionnaire concerné n'est pas exclu de la procédure de passation.

A cette fin, le candidat ou le soumissionnaire prouve d'initiative qu'il a versé ou entrepris de verser une indemnité en réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et pris des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute.

Les mesures prises par le candidat ou le soumissionnaire sont évaluées en tenant compte de la gravité de l'infraction pénale ou de la faute ainsi que de ses circonstances particulières. Il s'agit dans tous les cas d'une décision du pouvoir adjudicateur qui doit être motivée aussi bien matériellement que formellement. Lorsque les mesures sont jugées insuffisantes, la motivation de la décision concernée est transmise à l'opérateur économique.

Un opérateur économique qui a été exclu par une décision judiciaire ayant force de chose jugée de la participation à des procédures de passation de marché ou d'attribution de concession n'est pas autorisé à faire usage de la possibilité prévue au présent article pendant la période d'exclusion fixée par ladite décision dans les Etats membres où le jugement produit ses effets.

1. Champ d'application

Tout opérateur économique qui se trouve dans une des causes d'exclusion obligatoire ou facultative, à l'exception des dettes sociales et fiscales, peut demander à faire valoir des mesures correctrices.

Cette disposition ne vaut pas pour les dettes sociales et fiscales dans la mesure où ces dispositions prévoient des mesures correctrices propres.

2. Notion

Il s'agit d'une mesure adoptée par l'opérateur économique qui se trouve en situation d'exclusion, pour démontrer qu'il s'est amendé et que le pouvoir adjudicateur peut à nouveau lui faire confiance.

Il existe autant de mesures correctrices que de situations différentes d'exclusion.

Il appartient au pouvoir adjudicateur, dans chaque cas d'espèce, d'apprécier le bien-fondé et le caractère suffisant de la mesure correctrice adoptée compte tenu de la gravité de l'infraction ou de la faute et des circonstances particulières.

En tout état de cause, le pouvoir adjudicateur doit se prononcer sur les mesures correctrices et doit donc prendre une décision de sélection ou de non sélection qu'il doit motiver matériellement et formellement.

En cas de non sélection pour mesures correctrices jugées insuffisantes, le pouvoir adjudicateur DOIT transmettre sa décision à l'opérateur concerné.

3. Intérêt

Si le pouvoir adjudicateur accepte la mesure correctrice et la juge suffisante, l'opérateur économique pourra être sélectionné.

4. Exception

Un opérateur économique ne peut pas invoquer des mesures correctrices pendant la période d'exclusion de la participation à des procédures de passation de marché, s'il a été condamné par décision judiciaire ayant force de chose jugée.

Toute décision de justice doit être respectée dans un Etat de droit.

Section 3 : Critères de sélection

■ L'article 71 de la loi prévoit :

Le ou les critères de sélection peuvent avoir trait :

1° à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle; et/ou

2° à la capacité économique et financière; et/ou

3° aux capacités techniques et professionnelles.

Le pouvoir adjudicateur ne peut imposer d'autres critères que ceux susvisés comme conditions de participation aux candidats et aux soumissionnaires. Ils limitent ces conditions à celles qui sont propres à garantir qu'un candidat ou un soumissionnaire dispose de la capacité juridique et financière ainsi que des compétences techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer. Toutes les conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché.

Le Roi précise les modalités relatives à la fixation de ces conditions.

Il s'agit d'évaluer si l'opérateur économique a la capacité suffisante pour assumer un marché public d'égale ampleur.

Les critères de capacité sont de trois types :

- 1) aptitude à exercer l'activité professionnelle
- 2) capacité économique et financière
- 3) capacité technique et professionnelle.

A. Aptitude à exercer l'activité professionnelle :

L'article 66 ARP prévoit :

En ce qui concerne l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, le pouvoir adjudicateur peut imposer aux opérateurs économiques d'être inscrits sur un registre professionnel ou sur un registre du commerce de leur Etat membre d'établissement, visé à l'annexe 10, ou de se conformer à toute autre exigence énoncée dans ladite annexe.

En cas de procédures de passation de marché de services, lorsque les opérateurs économiques ont besoin d'une autorisation spécifique ou doivent être membres d'une organisation spécifique pour pouvoir fournir dans leur pays d'origine le service concerné, le pouvoir adjudicateur peut leur demander de prouver qu'ils possèdent cette autorisation ou qu'ils appartiennent à cette organisation.

Sont visées les démarches que le candidat ou le soumissionnaire doit effectuer pour être en mesure d'exercer une activité déterminée.

Exemple : Inscription dans un registre de commerce
 Inscription à l'ordre des architectes,...

B. Capacité économique et financière.:

1. Base légale

■ L'article 67 ARP prévoit :

§ 1er. En ce qui concerne la **capacité économique et financière**, le pouvoir adjudicateur **peut imposer** aux opérateurs économiques **des conditions** garantissant que ceux-ci possèdent la capacité économique et financière nécessaire pour exécuter le marché.

La preuve de la capacité économique et financière de l'opérateur économique peut, en règle générale, être apportée par un ou plusieurs des éléments de références suivants :

1° la présentation **d'états financiers** ou **d'extraits d'états financiers**, dans les cas où la publication d'états financiers est prescrite par la législation du pays dans lequel l'opérateur économique est établi;

2° la déclaration concernant le **chiffre d'affaires global** de l'entreprise et, le cas échéant, le **chiffre d'affaires du domaine d'activités** faisant l'objet du marché, portant au maximum sur les trois derniers exercices disponibles en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activités de l'opérateur économique, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles;

3° la preuve d'une **assurance des risques professionnels** ou, le cas échéant, une **déclaration bancaire**.

Toutefois, **si** pour une raison justifiée, l'opérateur économique n'est **pas en mesure de produire** les éléments de référence demandés par le pouvoir adjudicateur, il est **autorisé à prouver sa capacité économique et financière** par tout autre document. Il appartient au pouvoir adjudicateur **d'apprécier le caractère approprié** ou non du document présenté.

§ 2. **Pour** ce qui concerne la présentation **d'états financiers** ou **d'extraits d'états financiers** visée au paragraphe 1er, alinéa 2, 1°, le pouvoir adjudicateur peut exiger que les opérateurs économiques fournissent des informations sur leurs comptes annuels indiquant le rapport, notamment entre les éléments d'actif et de passif. Le ratio, entre les éléments d'actif et de passif peut être pris en compte lorsque le pouvoir adjudicateur précise les méthodes et les critères à cet effet dans les documents du marché. Ces méthodes et critères sont transparents, objectifs et non discriminatoires.

§ 3. **Pour** ce qui concerne la déclaration relative au **chiffre d'affaires** visée au paragraphe 1er, alinéa 2, 2°, le pouvoir adjudicateur peut exiger que les opérateurs économiques réalisent un chiffre d'affaires annuel minimal donné, notamment dans le domaine concerné par le marché.

Le chiffre d'affaires annuel minimal que les opérateurs économiques sont tenus de réaliser ne dépasse pas le double de la valeur estimée du marché, sauf dans des cas dûment justifiés tels que ceux ayant trait aux risques particuliers inhérents à la nature des travaux, services ou fournitures. Le pouvoir adjudicateur indique les principales raisons justifiant une telle exigence dans les documents du marché ou les informations à conserver visées à l'article 164, § 1er, de la loi.

Lorsque des marchés fondés sur un accord-cadre sont attribués totalement ou partiellement à la suite d'une remise en concurrence conformément à l'article 43, § 5, 2° ou 3°, de la loi, l'exigence minimale en termes de chiffre d'affaires annuel est calculée sur la base de la taille maximale prévue des marchés spécifiques qui seront exécutés en même temps ou, si cette dernière n'est pas connue, sur la base de la valeur estimée de l'accord-cadre.

Dans le cas des systèmes d'acquisition dynamiques, l'exigence maximale en termes de chiffre d'affaires annuel est calculée sur la base de la taille maximale prévue des marchés spécifiques devant être attribués dans le cadre desdits systèmes.

§ 4. **Pour** ce qui concerne la **preuve d'une assurance des risques professionnels** visée au paragraphe 1er, alinéa 2, 3°, le pouvoir adjudicateur peut exiger un niveau approprié d'assurance des risques professionnels.

Lorsqu'il est recouru à la déclaration bancaire visée au paragraphe 1er, alinéa 2, 3°, le modèle prévu à l'annexe 11 doit être utilisé.

§ 5. Lorsqu'un marché est divisé en **lots**, le présent article s'applique à chacun des lots. Cependant, le pouvoir adjudicateur peut fixer le chiffre d'affaires annuel minimal que les opérateurs économiques sont tenus de réaliser pour des groupes de lots, dans l'éventualité où le soumissionnaire choisi se verrait attribuer plusieurs lots à exécuter en même temps.

La liste des critères de capacité économique et financière est identique quelle que soit la qualification du marché public.

La liste des références n'étant pas exhaustive, le pouvoir adjudicateur peut imposer d'autres critères de capacité économique et financière que ceux prévus par la réglementation, pour autant que ces critères se rapportent et soient proportionnés à l'objet du marché.

En cas de procédure nécessitant la publication d'un avis de marché, le pouvoir adjudicateur doit mentionner l'ensemble des critères de capacité économique et financière *dans l'avis de marché*.

En l'absence d'un tel avis, ces critères sont indiqués dans les documents du marché.

Le pouvoir adjudicateur exige la production de documents ou d'éléments qu'il est en mesure de comprendre et de vérifier. A défaut, cela ne sert à rien de les demander.

2. Obligation de fixer un niveau d'exigence minimal

■ L'article 65 ARP rappelle les principes en matière de sélection qualitative et prévoit :

Sans préjudice de l'article 42, § 3, alinéa 1er, 2°, de la loi, les critères de sélection ainsi que les moyens de preuve acceptables sont indiqués par le pouvoir adjudicateur dans l'avis de marché ou, en absence d'un tel avis, dans les documents du marché.

Le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'assortir chacun des critères de sélection qualitative de caractère économique, financier et/ou technique, d'un niveau d'exigence approprié, sauf si l'un des critères utilisés ne se prête pas à la fixation d'un tel niveau.

*Si le pouvoir adjudicateur utilise un **critère économique, financier ou technique, ne se prêtant pas à la fixation d'un niveau**, ce critère doit être assorti d'un second critère de même type qui se prête à une telle fixation. Chaque critère doit être formulé de façon suffisamment précise pour permettre de procéder à la sélection des candidats ou des soumissionnaires.*

Cette disposition impose, au pouvoir adjudicateur, de préciser les critères de sélection qualitative de caractère financier, économique ainsi que leurs **niveaux d'exigence** de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché.

Il n'est plus nécessaire de prévoir à la fois un critère de capacité économique et financière ET un critère de capacité technique.

Un seul critère suffit pour autant qu'il soit assorti d'un niveau d'exigence minimal.

En d'autres termes, le pouvoir adjudicateur devra non seulement choisir un critère mais l'assortir d'un niveau que le candidat ou soumissionnaire devra atteindre.

Si le type de critère qu'il compte utiliser ne se prête pas à la fixation d'un niveau minimum d'exigence, le pouvoir adjudicateur devra prévoir un second critère qui permet la fixation tel niveau.

Exemple : La déclaration bancaire ne permet pas la fixation d'un niveau minimum d'exigence. Il faudra imposer un autre critère de capacité économique et financière qui permet la fixation d'un niveau minimum d'exigence comme le chiffre d'affaires.

3. Impact de la fixation d'un niveau d'exigence minimal sur la sélection

En procédure ouverte et assimilée, le pouvoir adjudicateur **doit** sélectionner tous les soumissionnaires répondant aux exigences minimales qu'il a imposées.

En procédure restreinte et assimilée, le pouvoir adjudicateur **doit** sélectionner tous les soumissionnaires répondant aux exigences minimales qu'il a imposées avec cette différence que ces critères doivent être assortis de niveaux d'exigence plus élevés le but étant de restreindre, légalement bien sûr, la concurrence aux opérateurs économiques qui présentent des niveaux de capacité supérieurs.

Le pouvoir adjudicateur pourra, également, limiter le nombre de candidats qu'il compte finalement retenir et auxquels il demandera de remettre offre.

Cela peut se faire dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur craint qu'un grand nombre de candidats remplisse les exigences en matière de sélection qualitative, il peut décider de réduire ce nombre en ne retenant que les candidats les plus aptes compte tenu des caractéristiques du marché considéré. Corollairement, la limitation du nombre de candidats permet au pouvoir adjudicateur de limiter le nombre d'offres qui seront déposées ultérieurement.

Pour ce faire, il doit définir les règles de limitation des candidatures dans *l'avis de marché* ou, en absence de celui-ci dans les *documents du marché*.

4. Dispense de production de documents de sélection

■ L'article 73, §4 de la loi prévoit des hypothèses dans lesquelles l'opérateur économique est dispensé de produire les documents de sélection qualitative. Il est rédigé comme suit :

§ 4. Nonobstant le paragraphe 3, les opérateurs économiques ne sont pas tenus de présenter des documents justificatifs ou d'autres pièces justificatives lorsque et dans la mesure où le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'obtenir directement les certificats ou les informations pertinentes en accédant à une base de données nationale dans un Etat membre qui est accessible gratuitement, comme un registre national des marchés publics, un dossier virtuel d'entreprise, un système de stockage électronique de documents ou un système de préqualification.

Nonobstant le paragraphe 3, les opérateurs économiques ne sont pas tenus de présenter des documents justificatifs lorsque le pouvoir adjudicateur a déjà ces documents en sa possession suite à un marché ou un accord-cadre conclu précédemment, et ce, à condition que les opérateurs économiques concernés identifient dans leur demande de participation ou dans leur offre la procédure au cours de laquelle lesdits documents ont déjà été fournis et pour autant que les renseignements et documents mentionnés répondent encore aux exigences requises.

Le pouvoir adjudicateur ne peut plus exiger la production de preuves officielles s'il peut les obtenir par la voie électronique et gratuitement.

De même, si le soumissionnaire a déjà produit les documents au pouvoir adjudicateur, qu'ils sont récents et toujours d'actualité, il est, en principe, dispensé de les joindre une nouvelle fois. Il lui suffit de prévenir le pouvoir adjudicateur qu'il dispose déjà des informations. Il incombe alors, au pouvoir adjudicateur, de vérifier les informations en sa possession.

L'adjudicataire doit cependant clairement identifier la procédure au cours de laquelle il a déjà fourni les documents.

5. Cas particulier : Marchés publics de travaux - Agréation

■ Pour les marchés de travaux, l'article 70, §1^{er}, ARP précise :

*§ 1er. Dans le cas d'un **marché de travaux**, lorsqu'en vertu de l'article 3, alinéa 1er, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux, les travaux objet du marché ne peuvent être exécutés que par des opérateurs économiques qui, soit sont agréés à cet effet, soit satisfont aux conditions à cet effet ou ont fourni la preuve qu'ils remplissent les conditions fixées par ou en vertu de ladite loi pour être agréés, l'avis de marché ou, à défaut, les documents du marché, mentionnent l'agréation requise conformément à la loi précitée et à ses arrêtés d'exécution.*

La demande de participation ou l'offre indique :

1° soit que le candidat ou le soumissionnaire dispose de l'agréation requise;

2° soit que le candidat ou le soumissionnaire est titulaire d'un certificat ou est inscrit sur une liste officielle d'entrepreneurs agréés dans un autre Etat membre de l'Union européenne. Dans ce cas, le candidat ou le soumissionnaire peut joindre à sa demande de participation ou à son offre le certificat délivré par l'organisme de certification compétent ou la preuve de cette inscription certifiée par l'organisme compétent de l'Etat membre ainsi que tout document de nature à établir l'équivalence de cette certification ou inscription avec l'agréation requise visée à l'alinéa 1er. Ces certificats indiquent les références qui leur ont permis d'être inscrits sur la liste officielle ou d'obtenir la certification, ainsi que la classification sur cette liste;

3° soit que le candidat ou le soumissionnaire invoque l'application de l'article 3, alinéa 1er, 2°, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux. Le pouvoir adjudicateur en informe immédiatement la Commission d'agréation des entrepreneurs visée par la loi susmentionnée.

En procédure ouverte ou en procédure négociée directe avec publication préalable, s'il estime les conditions fixées par ou en vertu de la loi du 20 mars 1991 suffisantes pour opérer la sélection des soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur peut se limiter à la mention visée à l'alinéa 1er sans exiger des soumissionnaires d'autres renseignements ou documents concernant leur capacité économique, financière, technique ou professionnelle.

En vertu de l'article 70 alinéa 3, en procédure ouverte et en procédure négociée directe avec publication préalable, si l'entrepreneur dispose de l'agréation pour réaliser les travaux qui lui sont demandés, le pouvoir adjudicateur peut se contenter, s'il estime les références suffisantes, de ces niveaux minimums d'exigence que sont les catégories et les classes.

Par contre, en procédure restreinte, le pouvoir adjudicateur doit être plus exigeant et ne sélectionner que les meilleurs parmi les meilleurs.

Il ne pourra donc se contenter de l'agréation comme seul critère de capacité économique et financière et de capacité technique. Il devra prévoir au moins un autre critère de capacité économique et financière et/ou de capacité technique, lesquels seront assortis de niveaux minimum d'exigence.

L'agréation est régie par la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux et par les arrêtés royaux des 26 septembre et 27 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991.

Elle ne vaut que pour les marchés publics de travaux et se matérialise par la délivrance, par le Service Public Fédéral de l'Economie, d'un certificat à un entrepreneur l'autorisant à exécuter des chantiers d'une nature déterminée et pour un montant déterminé.

Pour obtenir l'agréation, l'entrepreneur doit produire un dossier relativement similaire à celui qu'il devrait transmettre, au pouvoir adjudicateur, dans le cadre de la sélection qualitative.

C'est la raison pour laquelle, par souci de simplification, le certificat d'agréation peut servir de preuve dans le cadre de la sélection qualitative.

Le seul bémol est que le certificat d'agréation est délivré pour une période de 5 ans. Toutefois, au cours de ces 5 années, aucun contrôle n'est effectué pour voir si la situation de l'entrepreneur a changé. Il faut donc rester vigilant et, en cas de doute, procéder à une nouvelle vérification. Toutefois, le pouvoir adjudicateur ne peut en principe pas être tenu solidairement responsable des dettes sociales et fiscales s'il ne procède pas à cette nouvelle vérification.

La réglementation relative à l'agréation classe les travaux en différentes **catégories** et **sous-catégories**, selon leur nature.

Les catégories sont désignées par une lettre. Les sous-catégories, quant à elles, sont identifiées par une lettre (indiquant la catégorie à laquelle elles sont rattachées) **et** par un indice, correspondent à un type de travaux (gros-œuvre, menuiserie, carrelages électricité,...).

Les catégories et sous-catégories de travaux sont réparties en huit **classes** selon le montant de l'offre à approuver :

- Classe 1 : jusqu'à 135.000 EUR
- Classe 2 : jusqu'à 275.000 EUR
- Classe 3 : jusqu'à 500.000 EUR
- Classe 4 : jusqu'à 900.000 EUR
- Classe 5 : jusqu'à 1.810.000 EUR
- Classe 6 : jusqu'à 3.225.000 EUR
- Classe 7 : jusqu'à 5.330.000 EUR
- Classe 8 : plus de 5.330.000 EUR.

La **mention de la classe** dans les documents du marché, ne vaut qu'à titre **indicatif**, le montant à prendre effectivement en considération pour déterminer la classe exacte étant le montant HTVA repris dans l'offre du soumissionnaire (et non le montant estimé du marché).

Aucune agréation n'est requise, conformément à l'article 3,   1^{er}, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux, combiné avec 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'agréation d'entrepreneurs de travaux, **pour les travaux se trouvant** :

- dans une catégorie et dont le montant est inférieur à 75.000 HTVA
- dans une sous-catégorie et dont le montant est inférieur à 50.000  HTVA.

En tout état de cause, aucun certificat d'agréation ne pourra donc être réclamé si le montant de l'offre ne dépasse pas 50.000  HTVA en sous-catégorie ou 75.000  HTVA, pour des travaux rangés en catégorie.

Le pouvoir adjudicateur indique dans les documents du marché, la (sous-)catégorie dont le soumissionnaire devra disposer pour pouvoir exécuter le marché.

Exemple : Un entrepreneur titulaire d'une agréation en classe 2, sous-catégorie D5 ne peut exécuter que des travaux de menuiserie dont le montant ne dépasse pas 275.000 EUR.

Le fait d'être agréé dans une catégorie n'implique pas nécessairement que l'on soit agréé dans ses sous-catégories.

Toutefois, la réglementation en matière d'agréation prévoit des hypothèses où l'agréation dans une catégorie entraîne automatiquement d'autres agréations dans une sous-catégorie, soit dans une classe inférieure ou du même niveau.

Exemples : B = B1, C = C1, D = D1, E = E1, F = F2, C = C5 moins 3 classes, E = D, G moins 3 classes, E1 = C1, P1 = P2, P3, S1 moins 2 classes,...

Si plusieurs types de prestations relevant de sous-catégories différentes sont présentes dans le même marché, le pouvoir adjudicateur doit choisir la (sous-) catégorie d'agréation dominante (celle dont le montant représente le pourcentage le plus élevé du montant du marché). Il ne peut en aucun cas laisser le choix aux soumissionnaires potentiels entre telle ou telle catégorie (article 5 §7 de l'Arrêté Royal du 26 septembre 1991 précité).

Ce n'est qu'en cas d'importance relative égale que les deux (sous-)catégories peuvent être renseignées, tout en sachant que l'adjudicataire ne devra être agréé que dans l'une d'entre elles.

Le soumissionnaire doit être **titulaire** de l'agréation, non pas au moment du dépôt de l'offre, mais bien **au moment de l'attribution** du marché.

C. Capacité technique et professionnelle.:

1. Base légale

■ L'article 68 ARP prévoit :

§ 1er. En ce qui concerne les capacités **techniques et professionnelles**, le pouvoir adjudicateur **peut imposer** des **conditions garantissant** que les **opérateurs économiques possèdent les ressources humaines et techniques et l'expérience nécessaires** pour exécuter le marché en assurant un niveau de qualité approprié.

Le pouvoir adjudicateur peut notamment exiger que les opérateurs économiques disposent d'un niveau d'expérience suffisant, démontré par des références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement.

§ 2. Dans le cas d'un **marché de travaux**, d'un **marché de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation** ou d'un **marché de services**, le pouvoir adjudicateur **peut** :

1° évaluer la capacité technique ou professionnelle des candidats ou des soumissionnaires d'exécuter les travaux, de réaliser l'installation ou de prester les services en vertu notamment de leur savoir-faire, de leur efficacité, de leur expérience et de leur fiabilité;

2° imposer aux personnes morales d'indiquer dans leur demande de participation ou dans leur offre les noms et les qualifications professionnelles appropriées des personnes chargées de l'exécution du marché.

§ 3. La **preuve** des capacités techniques et professionnelles des opérateurs économiques peut être fournie par un ou plusieurs des **moyens** énumérés au paragraphe 4 selon la nature, la quantité ou l'importance, et l'utilisation des travaux, des fournitures ou des services.

§ 4. Les **moyens de preuve** attestant des capacités techniques des opérateurs économiques **sont** :

1° les listes suivantes :

a) une liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années au maximum, assortie de certificats de bonne exécution et de résultats pour les travaux les plus importants; le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, les pouvoirs adjudicateurs peuvent indiquer que les éléments de preuve relatifs à des travaux exécutés il y a plus de cinq ans seront pris en compte;

b) une liste des principales fournitures effectuées ou des principaux services fournis au cours des trois dernières années au maximum, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, les pouvoirs adjudicateurs peuvent indiquer que les éléments de preuve relatifs à des fournitures effectuées ou des services pertinents fournis il y a plus de trois ans seront pris en compte;

2° l'indication des techniciens ou des organismes techniques, qu'ils soient ou non intégrés à l'entreprise de l'opérateur économique, en particulier de ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité et, lorsqu'il s'agit de marchés publics de travaux, auquel l'entrepreneur pourra faire appel pour l'exécution des travaux;

3° la description de l'équipement technique, des mesures employées par l'opérateur économique pour s'assurer de la qualité et des moyens d'étude et de recherche de son entreprise;

4° l'indication des systèmes de gestion et de suivi de la chaîne d'approvisionnement que l'opérateur économique pourra mettre en œuvre lors de l'exécution du marché;

5° lorsque les produits ou les services à fournir sont complexes ou que, à titre exceptionnel, ils doivent répondre à un but particulier, un contrôle effectué par le pouvoir adjudicateur ou, au nom de celui-ci, par un organisme officiel compétent du pays dans lequel le fournisseur ou le prestataire de services est établi, sous réserve de l'accord de cet organisme; ce contrôle porte sur les capacités de production du fournisseur ou sur la capacité technique du prestataire de services et, si nécessaire, sur les moyens d'étude et de recherche dont il dispose ainsi que sur les mesures qu'il prendra pour garantir la qualité;

6° l'indication des titres d'études et professionnels du prestataire de services ou de l'entrepreneur ou des cadres de l'entreprise, à condition qu'ils ne soient pas évalués comme critère d'attribution;

7° l'indication des mesures de gestion environnementale que l'opérateur économique pourra appliquer lors de l'exécution du marché;

8° une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du prestataire de services ou de l'entrepreneur et l'importance du personnel d'encadrement pendant les trois dernières années;

9° une déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services ou l'entrepreneur disposera pour la réalisation du marché;

10° l'indication de la part du marché que l'opérateur économique a éventuellement l'intention de sous-traiter;

11° en ce qui concerne les produits à fournir :

a) des échantillons, descriptions ou photographies dont l'authenticité doit être certifiée à la demande du pouvoir adjudicateur;

b) des certificats établis par des instituts ou services officiels chargés du contrôle de la qualité et reconnus compétents, attestant la conformité de produits bien identifiés par des références à des spécifications ou normes techniques.

La liste des critères de capacité technique varie selon la qualification du marché public.

La liste des références étant exhaustive, le pouvoir adjudicateur ne peut imposer d'autres critères de capacité technique que ceux prévus par la réglementation.

En cas de procédure nécessitant la publication d'un avis de marché, le pouvoir adjudicateur fixe l'ensemble des critères de capacité technique et professionnelle *dans l'avis de marché*.

En l'absence d'un tel avis, les critères sont mentionnés dans les documents du marché.

Le pouvoir adjudicateur doit exiger la production de documents ou d'éléments qu'il est en mesure de comprendre et de vérifier.

Les moyens de preuve admissibles sont repris au §4 de la disposition légale.

2. Obligation de fixer un niveau d'exigence minimal

■ L'article 65 ARP rappelle les principes en matière de sélection qualitative et prévoit :

Sans préjudice de l'article 42, § 3, alinéa 1er, 2°, de la loi, les critères de sélection ainsi que les moyens de preuve acceptables sont indiqués par le pouvoir adjudicateur dans l'avis de marché ou, en absence d'un tel avis, dans les documents du marché.

Le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'assortir chacun des critères de sélection qualitative de caractère économique, financier et/ou technique, d'un niveau d'exigence approprié, sauf si l'un des critères utilisés ne se prête pas à la fixation d'un tel niveau.

Si le pouvoir adjudicateur utilise un critère économique, financier ou technique, ne se prêtant pas à la fixation d'un niveau, ce critère doit être assorti d'un second critère de même type qui se prête à une telle fixation.

Chaque critère doit être formulé de façon suffisamment précise pour permettre de procéder à la sélection des candidats ou des soumissionnaires.

Cette disposition impose, au pouvoir adjudicateur, de préciser les critères de sélection qualitative de caractère financier, économique et/ou technique et leurs **niveaux d'exigence** de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché.

Il n'est plus nécessaire de prévoir à la fois un critère de capacité économique et financière ET un critère de capacité technique.

Un seul critère suffit pour autant qu'il soit assorti d'un niveau d'exigence minimal que le candidat ou soumissionnaire devra atteindre.

Exemple : indiquer la liste des travaux similaires exécutés au cours de 5 dernières années d'un montant égal à X
 Préciser l'équipement technique minimal dont le pouvoir adjudicateur a besoin

Si le type de critère qu'il compte utiliser ne se prête pas à la fixation d'un niveau, le pouvoir adjudicateur, devra, l'assortir d'un second critère qui permet la fixation d'un niveau d'exigence.

3. Impact de la fixation d'un niveau d'exigence minimal sur la sélection

Voir point 3 Capacité économique et financière.

4. Dispense de production de documents de sélection

Voir point 4 Capacité économique et financière.

5. Cas particulier : Marchés publics de travaux - Agréation

Voir point 5 Capacité économique et financière.

D. Dispositions particulières – Marchés à lots :

■ L'article 49 ARP prévoit :

*En cas de **marchés à lots**, le pouvoir adjudicateur **peut**, sans préjudice de l'article 58, § 1er, de la loi, **fixer le niveau minimal requis pour la sélection qualitative** :*

1° pour chacun des lots séparément;

2° en cas d'attribution de plusieurs lots à un même soumissionnaire.

Lorsque le pouvoir adjudicateur fait application de l'alinéa 1er, 2°, il **vérifie** lors de l'attribution des lots concernés, s'il est satisfait au niveau minimal exigé.

Lorsque les documents du marché le requièrent et que le pouvoir adjudicateur fait application de l'alinéa 1er, 2°, le soumissionnaire indique dans ses offres pour plusieurs lots son ordre de préférence pour l'attribution de ces lots.

Dans le cas d'un marché public à lots, le pouvoir adjudicateur peut prévoir des exigences de sélection qualitative différentes :

- en fonction de chaque lot distinct,
- pour les cas où un soumissionnaire se verrait attribuer plusieurs lots.

Le pouvoir adjudicateur doit pouvoir adapter les critères de capacité économique et technique en fonction du type de mission visée par chaque lot (gros œuvre, électricité, toiture,...).

De même, le pouvoir adjudicateur peut, s'il le souhaite, adapter les règles de capacité économique et/ou technique dans l'hypothèse où plusieurs lots seraient attribués au même soumissionnaire.

En effet, en cas d'attribution de plusieurs lots au même opérateur économique, la mission confiée étant plus importante, le pouvoir adjudicateur doit s'assurer que l'opérateur économique aura les deniers, le personnel et le matériel suffisants pour mener à bien l'exécution du marché.

Si le pouvoir adjudicateur opte pour la possibilité d'être plus exigeant en cas d'attribution de plusieurs lots au même soumissionnaire, il doit démontrer qu'il a effectué une vérification particulière du respect de ces exigences, lors de l'analyse des offres.

Il est également utile, dans cette hypothèse, de demander que le soumissionnaire indique dans ses offres l'ordre de préférence des lots qu'il souhaiterait se voir attribuer.

E. Dispositions particulières – Recours à la capacité d'autres entités :

■ L'article 78 de la loi prévoit :

*Un opérateur économique **peut**, le cas échéant, et pour un marché déterminé, **avoir recours à la capacité économique et financière et aux capacités techniques et professionnelles d'autres entités**, telles que visées à l'article 71, alinéa 1er, 2° et 3°.*

*Lorsqu'un opérateur économique a recours aux capacités d'autres entités en ce qui concerne des critères ayant trait à la capacité économique et financière, le pouvoir adjudicateur **peut exiger** que l'opérateur économique et ces entités en question **soient solidairement responsables** de l'exécution du marché, pour autant que la possibilité d'exiger la responsabilité solidaire n'ait pas été exclue dans les documents de marché. Pour être*

effective, cette responsabilité solidaire doit cependant être acceptée par écrit par l'entité dont la capacité est invoquée. Lorsque **l'acceptation écrite** susmentionnée n'est pas fournie, le candidat ou le soumissionnaire ne peut avoir recours à la capacité de cette entité. Le présent alinéa ne porte pas préjudice à la responsabilité solidaire prévue en vertu d'autres lois, notamment au niveau des dettes sociales, fiscales ou salariales.

Pour les **marchés publics de travaux, les marchés de services et les travaux de pose et d'installation dans le cadre d'un marché de fournitures**, le pouvoir adjudicateur peut exiger que certaines **tâches essentielles** soient effectuées directement par le soumissionnaire lui-même ou, si l'offre est soumise par un groupement d'opérateurs économiques visé à l'article 8, § 2, par un participant dudit groupement.

Le Roi peut fixer les modalités matérielles et procédurales additionnelles.

Si un opérateur économique ne remplit pas, à lui seul, les exigences imposées par le pouvoir adjudicateur en matière de sélection qualitative, il peut s'adjoindre la collaboration d'autres personnes.

Le pouvoir adjudicateur peut demander aux opérateurs économiques qu'ils s'engagent, par écrit, à être **solidairement responsables** pour l'exécution du marché en cas de recours à des tiers pour ce qui concerne la capacité économique et financière.

Sans écrit, la responsabilité solidaire ne se présument pas, l'opérateur économique qui soumissionne ne pourra la garantir au pouvoir adjudicateur. La conséquence est qu'il ne remplira pas les exigences imposées par le pouvoir adjudicateur et qu'il ne pourra être sélectionné.

Dans le cadre de certains marchés, le pouvoir adjudicateur peut exiger que certaines tâches essentielles soient réalisées par telle ou telle opérateur économique déterminé.

■ L'article 73 ARP prévoit :

§ 1er. Conformément à l'article 78 de la loi, un opérateur économique peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, avoir recours aux capacités d'autres entités, **quelle que soit la nature juridique du lien qui l'unit à ces entités**, en ce qui concerne les critères relatifs à la capacité économique et financière énoncés à l'article 67 et les critères relatifs aux capacités techniques et professionnelles, visés aux articles 68 et 70. En ce qui concerne les critères relatifs aux titres d'études et professionnels visés à l'article 68, § 4, 6°, ou à l'expérience professionnelle pertinente, les opérateurs économiques ne peuvent toutefois avoir recours aux capacités d'autres entités que lorsque ces dernières exécuteront les travaux ou fourniront les services pour lesquels ces capacités sont requises. Si un opérateur économique souhaite recourir aux capacités d'autres entités, il apporte au pouvoir adjudicateur la preuve qu'il disposera des moyens nécessaires, notamment en produisant l'engagement de ces entités à cet effet.

Le pouvoir adjudicateur vérifie, conformément aux articles 73 à 76 de la loi si les entités à la capacité desquelles l'opérateur économique entend avoir recours remplissent les critères de sélection et s'il existe des motifs d'exclusion dans leur chef, sans préjudice de la possibilité d'appliquer des mesures correctrices conformément à l'article 70 de la loi. Le pouvoir adjudicateur exige que l'opérateur économique remplace une entité à l'encontre de laquelle il existe des motifs d'exclusion visés aux articles 67 et 68 de la loi ou qui ne remplit pas un critère de sélection applicable. Le pouvoir adjudicateur peut en outre exiger que l'opérateur économique remplace une entité à l'encontre de laquelle il existe des motifs d'exclusion non obligatoires visés à l'article 69 de la loi. L'absence de remplacement suite à une telle demande donne lieu à une décision de non sélection.

Dans les mêmes conditions, un groupement d'opérateurs économiques peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou d'autres entités.

§ 2. Lorsque le candidat ou le soumissionnaire fait appel à la capacité d'autres entités au sens du paragraphe 1er, le candidat ou le soumissionnaire, selon le cas, répond à la question reprise à la partie II, C, du DUME visé à l'article 38. Il mentionne également pour quelle part du marché il fait appel à cette capacité et quelles autres entités il propose :

1° dans son offre, dans le cas où la procédure comprend une seule phase impliquant l'introduction d'offres;

2° tant dans sa demande de participation que dans son offre, dans le cas où la procédure comprend une première phase impliquant l'introduction de demandes de participation.

Les mentions visées à l'alinéa 1er ne préjugent pas la question de la responsabilité du soumissionnaire.

Dans la situation de l'alinéa 1er, 2°, le pouvoir adjudicateur vérifie au cours des phases ultérieures de la procédure si le soumissionnaire a inclus dans son offre les mentions visées dans la phrase introductive de cet

*alinéa et si ces dernières correspondent avec les mentions reprises dans sa demande de participation qui, dans la première phase, ont conduit à sa sélection.
L'alinéa 1er, première phrase est uniquement applicable lorsque le DUME doit être rempli.*

La forme que peut prendre la collaboration est librement choisie par les opérateurs économiques.

Il peut s'agir de sous-traitance, d'une association momentanée, de la constitution d'une société,...

En cas de recours à la capacité d'autres entités, le soumissionnaire doit apporter la preuve qu'il pourra effectivement compter sur les compétences de la personne à laquelle il s'adjoit dans le cadre de l'exécution du marché. A défaut, il ne pourra soumissionner.

Le pouvoir adjudicateur doit vérifier si effectivement l'entité tierce remplit bien les conditions de sélection qualitative et si elle ne se trouve dans aucune des causes d'exclusion visées par la réglementation.

F. Dispositions particulières – Procédure négociée sans publication préalable :

■ L'article 42, §3 de la loi prévoit :

§ 3. Sauf disposition contraire dans les documents du marché, ne sont pas applicables à la procédure négociée sans publication préalable pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil correspondant pour la publicité européenne :

*1° l'article 69 concernant les motifs d'exclusion facultatifs;
2° l'article 71 concernant les critères de sélection. (...)*

Autrement dit, en procédure négociée sans publication préalable, seules les causes d'exclusion OBLIGATOIRES doivent être vérifiées pour les marchés dont le montant estimé est < au seuil européen.

La raison d'être de cette disposition est que le pouvoir adjudicateur est censé connaître les opérateurs économiques qu'il consulte. Toutefois, si cela ne devait pas être le cas, il lui appartient d'imposer des critères de sélection supplémentaires qu'il devra vérifier intégralement.

Section 4 : Moyens de preuve en matière de sélection qualitative

A. Esprit de la réglementation :

Le législateur poursuit, depuis quelques années, une volonté de simplification administrative en matière de production des moyens de preuve relatifs à la sélection qualitative.

L'utilisation des **moyens électroniques** n'ayant cessé de s'intensifier, le législateur en a profité pour imposer aux pouvoirs adjudicateurs d'y avoir **recours** pour autant qu'ils aient un accès gratuit à l'information.

Une telle manière de pratiquer présente un double avantage :

- dans le chef des pouvoirs adjudicateurs : ceux-ci ont un accès direct et actualisé aux données qu'ils doivent vérifier
- dans le chef des candidats/soumissionnaires : ils sont dispensés de se procurer les certificats auprès des autorités officielles afin de les produire aux pouvoirs adjudicateurs. Il en résulte également une économie de coût.

Le **recours aux attestations sur l'honneur** est également possible :

- 1) DUME : Document unique de marché européen
- 2) Attestation sur l'honneur implicite.

B. DUME (Document unique de marché européen)

1. Base légale

■ L'article 73 de la loi prévoit :

*§ 1er. Lors du dépôt des demandes de participation ou d'offres, selon le cas, les candidats ou soumissionnaires produisent le **Document unique de marché européen**, qui **consiste** en une déclaration sur l'honneur propre actualisée et qui est accepté 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 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 de 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.

Lorsque l'opérateur économique a recours aux capacités d'autres entités en vertu de l'article 78, le Document unique de marché européen comporte également les informations visées à l'alinéa 1er, du présent paragraphe en ce qui concerne ces entités.

Le Document unique de marché européen consiste en une déclaration officielle par laquelle l'opérateur économique affirme que le motif d'exclusion concerné ne s'applique pas et/ou que le critère de sélection concerné est rempli et il fournit les informations pertinentes requises par le pouvoir adjudicateur. Le Document unique de marché européen désigne en outre l'autorité publique ou le tiers compétent pour établir les documents justificatifs et contient une déclaration officielle indiquant que l'opérateur économique sera en mesure, sur demande et sans tarder, de fournir lesdits documents justificatifs.

Lorsque le pouvoir adjudicateur peut obtenir directement le document justificatif en accédant à une base de données en vertu du paragraphe 4, le Document unique de marché européen contient également les renseignements requis à cette fin, tels que l'adresse internet de la base de données, toute donnée d'identification et, le cas échéant, la déclaration de consentement nécessaire.

Les opérateurs économiques peuvent réutiliser un Document unique de marché européen qui a déjà été utilisé dans une procédure antérieure, à condition qu'ils confirment que les informations qui y figurent sont toujours valables.

§ 2. Le Document unique de marché européen est établi sur la base du modèle à fixer par la Commission européenne et est fourni uniquement sous forme électronique.

§ 3. 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.

Avant l'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur exige du soumissionnaire auquel il a décidé d'attribuer le marché, sauf pour les marchés fondés sur des accords-cadres lorsque ces marchés sont passés conformément à

l'article 43, § 4 ou § 5, 1°, qu'il présente les documents justificatifs mis à jour visés à l'article 75. Le pouvoir adjudicateur peut inviter les opérateurs économiques à compléter ou à expliciter les certificats reçus.

§ 4. Nonobstant le paragraphe 3, les opérateurs économiques ne sont pas tenus de présenter des documents justificatifs ou d'autres pièces justificatives lorsque et dans la mesure où le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'obtenir directement les certificats ou les informations pertinentes en accédant à une base de données nationale dans un Etat membre qui est accessible gratuitement, comme un registre national des marchés publics, un dossier virtuel d'entreprise, un système de stockage électronique de documents ou un système de préqualification.

Nonobstant le paragraphe 3, les opérateurs économiques ne sont pas tenus de présenter des documents justificatifs lorsque le pouvoir adjudicateur a déjà ces documents en sa possession suite à un marché ou un accord-cadre conclu précédemment, et ce, à condition que les opérateurs économiques concernés identifient dans leur demande de participation ou dans leur offre la procédure au cours de laquelle lesdits documents ont déjà été fournis et pour autant que les renseignements et documents mentionnés répondent encore aux exigences requises.

■ L'article 38 ARP prévoit :

*§ 1er. Conformément à l'article 73 de la loi, lors du dépôt des demandes de participation et/ou des offres, les candidats ou les soumissionnaires **produisent le DUME sauf en cas de recours à la procédure négociée sans publication préalable dans les cas visés à l'article 42, § 1er, 1°, b), et d), 2°, 3°, 4°, b), et c), de la loi.***

Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis de marché ou dans les documents du marché auxquels cet avis fait référence les lignes directrices permettant de remplir le DUME. Il indique notamment l'approche visée au paragraphe 2.

Lorsqu'il est fait usage de la procédure négociée sans publication préalable et que le DUME doit être rempli, le pouvoir adjudicateur fournit, par dérogation à l'alinéa 2, les lignes directrices visées dans un autre document du marché.

§ 2. Pour ce qui concerne la partie IV du DUME relative aux critères de sélection, le pouvoir adjudicateur peut au choix décider :

1° de demander aux opérateurs économiques de compléter des informations précises en remplissant les sections A à D; ou

2° de limiter les informations à compléter à la seule question de savoir si l'opérateur économique remplit les critères de sélection requis, conformément à la section " Indication globale pour tous les critères de sélection ". Cette seule section doit alors être complétée.

Néanmoins, pour les services sociaux et autres services spécifiques énumérés à l'annexe III de la loi, le pouvoir adjudicateur doit toujours permettre à l'opérateur économique d'indiquer de manière globale s'il satisfait aux critères de sélection requis, et ce conformément à l'alinéa 1er, 2°.

§ 3. Le présent article est uniquement applicable aux marchés dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil fixé pour la publicité européenne.

■ L'article 39, §1^{er}, alinéa 4 ARP prévoit :

*§ 1er. (...) Pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur **ne peut pas demander** de DUME au candidat ou au soumissionnaire.(...)*

2. Notion

Il s'agit d'une déclaration sur l'honneur, sous format électronique par laquelle le candidat/soumissionnaire atteste être en ordre de sélection qualitative et qui doit être acceptée par le pouvoir adjudicateur en lieu et place des documents officiels.

Dans un premier temps, le pouvoir adjudicateur génère le formulaire électronique et le remplit en indiquant tous les critères de sélection qualitative qu'il entend imposer.

Ensuite, il le communiquera au candidat/soumissionnaire qui le remplira en donnant les renseignements sollicités.

Ce dernier le communiquera, in fine, au pouvoir adjudicateur.

3. Champ d'application

Le DUME ne vaut que pour les marchés atteignant le seuil européen SAUF ceux qui sont passés en procédure négociée sans publication préalable sur base de :

- Urgence impérieuse : 42§ 1^{er}, 1°, b) de la loi,
- Exclusivité : 42§ 1^{er}, 1°, d) de la loi,
- Travaux/Services similaires : 42§ 1^{er}, 2° de la loi,
- Fournitures/Services achetés à des conditions particulièrement avantageuses : 42§ 1^{er}, 3° de la loi,
- Fournitures complémentaires : 42§ 1^{er}, 4°, b) de la loi,
- Fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières : 42§ 1^{er}, 4°, c) de la loi

→ En cas de recours PNSPP suite à une absence de candidature/ candidature appropriée ou absence d'offre/offre appropriée, **il faut un DUME si le montant estimé du marché atteint les seuils européens**

Pour les marchés n'atteignant pas le seuil européen, il est interdit au pouvoir adjudicateur de générer un DUME.

4. Contenu du DUME

Par le DUME, l'opérateur économique déclare officiellement sur l'honneur et de manière électronique :

- a) ne pas se trouver dans une cause d'exclusion obligatoire ou facultative
- b) être en ordre de capacité économique et financière
- c) être en ordre de capacité technique et professionnelle
- d) en cas de limitation du nombre de candidats (dans les procédures restreintes, qu'il respecte bien ces conditions supplémentaires.

Dans le DUME, l'opérateur économique communiquera les informations sollicitées par le pouvoir adjudicateur ou indique l'endroit (base de données internet comme Télémarché par exemple) où le pouvoir adjudicateur pourra les trouver afin de vérifier la véracité de sa déclaration (autorité publique ou tiers).

Le DUME constitue également un engagement à fournir les documents justificatifs sur simple demande du pouvoir adjudicateur.

5. Vérification du DUME

Le pouvoir adjudicateur peut demander à des candidats/ soumissionnaire de fournir, à tout moment de la procédure, les documents justificatifs nécessaires.

Ces documents officiels sont demandés d'office au soumissionnaire auquel le pouvoir adjudicateur a décidé d'attribuer le marché.

6. Dispense de production des documents

a) Accès électronique gratuit :

Les opérateurs économiques ne sont pas tenus de produire les documents officiels s'ils sont accessibles gratuitement via base de donnée nationale (Telemarc).

!!!! Depuis le 1er mai 2018, TOUS les pouvoirs adjudicateurs doivent avoir accès à Télémarc !!!! (art 126 et 133 ARP)

b) Documents déjà produits et toujours actuels :

Les opérateurs économiques ne sont pas tenus de produire les documents officiels s'ils ont déjà été présentés dans une procédure précédente et pour autant que l'opérateur économique :

- identifie la procédure antérieure
- atteste que les documents répondent encore aux exigences requises.

C. Déclaration implicite sur l'honneur

1. Base légale

■ L'article 39 ARP prévoit :

§ 1er. Sans préjudice de l'article 73, §§ 3 et 4, de la loi et pour les marchés dont estimé le montant est inférieur aux seuils fixés pour la publicité européenne, le simple fait d'introduire la demande de participation ou l'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 la loi. Il en va de même pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils précités et qui sont passés par procédure négociée sans publication préalable dans les cas visés à l'article 42, § 1er, 1°, b), et d), 2°, 3°, 4°, b), et c), de la loi.

Lorsque le candidat ou le soumissionnaire visé à l'alinéa 1er se trouve dans un cas d'exclusion et qu'il fait valoir des mesures correctrices conformément à l'article 70 de la loi, la déclaration implicite sur l'honneur ne porte pas sur des éléments qui ont trait au motif d'exclusion concerné. Dans ce cas, il produit la description écrite des mesures prises.

*Sauf disposition contraire dans les documents du marché, l'application de la **déclaration implicite** visée à l'alinéa 1er vaut uniquement pour les documents ou certificats relatifs aux situations d'exclusions qui sont gratuitement accessibles pour le pouvoir adjudicateur par le biais des banques de données visées à l'article 73, § 4, de la loi.*

Pour les éléments qui ne relèvent pas de la déclaration implicite, les documents et certificats qui démontrent que l'opérateur économique ne se trouve pas dans une situation d'exclusion, sont présentés au plus tard à la date ultime d'introduction des demandes de participation ou des offres.

Pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur ne peut pas demander de DUME au candidat ou au soumissionnaire.

§ 2. Pour ce qui concerne les critères de sélection et le cas échéant les règles et critères objectifs pour la limitation du nombre de candidats, pour les marchés visés au paragraphe 1er, alinéa 1er, les documents et certificats justificatifs qui démontrent que l'opérateur économique ne se trouve pas dans une situation d'exclusion, sont présentés au plus tard à la date ultime d'introduction des demandes de participation ou des offres.

Le présent paragraphe ne porte pas préjudice à l'article 93, alinéa 2.

2. Notion

Par le simple fait de déposer une candidature ou une offre, l'opérateur économique atteste qu'il ne se trouve dans aucune des causes d'exclusion obligatoire ou facultative visées par la réglementation.

Elle ne concerne que les causes d'exclusion vérifiables par le biais de banques de données (73§4 Loi), **SAUF** disposition contraire dans les documents du marché.

Autrement dit, la déclaration implicite sur l'honneur ne vaut pas pour l'extrait de casier judiciaire puisque les informations ne peuvent être obtenues via une banque de données électronique.

Toutefois, le pouvoir adjudicateur peut prévoir autre chose dans les documents du marché.

C'est la raison pour laquelle, il lui est conseillé d'insérer, dans les cahiers spéciaux des charges, une clause visant l'intégralité des causes d'exclusion. Celle-ci peut être libellée de la manière suivante :

« Par le simple fait de participer au marché, le candidat ou le soumissionnaire atteste ne se trouver dans aucune des causes d'exclusion visées aux articles 67 à 69 de la loi. ».

!!!! La déclaration ne peut viser des causes d'exclusion pour lesquelles le soumissionnaire fait valoir des mesures correctrices (sinon fausse déclaration).

3. Champ d'application

La déclaration implicite sur l'honneur vaut :

- pour les marchés dont le montant estimé est inférieur seuil européen
- pour les marchés dont le montant estimé atteint le seuil européen mais pour lesquels le DUME ne s'applique pas, soit, ceux qui sont passés en procédure négociée sans publication préalable sur base de :

- Urgence impérieuse : 42§ 1^{er}, 1^o, b) de la loi,
- Exclusivité : 42§ 1^{er}, 1^o, d) de la loi,
- Travaux/Services similaires : 42§ 1^{er}, 2^o de la loi,
- Fournitures/Services achetés à des conditions particulièrement avantageuses : 42§ 1^{er}, 3^o de la loi,
- Fournitures complémentaires : 42§ 1^{er}, 4^o, b) de la loi,
- Fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières : 42§ 1^{er}, 4^o, c) de la loi

4. Vérification de la déclaration implicite sur l'honneur

Le pouvoir adjudicateur peut demander à des candidats/ soumissionnaire de fournir, à tout moment de la procédure, les documents justificatifs nécessaires.

Ces documents officiels sont demandés d'office au soumissionnaire auquel le pouvoir adjudicateur a décidé d'attribuer le marché.

5. Dispense de production des documents

a) Accès électronique gratuit :

Les opérateurs économiques ne sont pas tenus de produire les documents officiels s'ils sont accessibles gratuitement via base de donnée nationale (Telemarc).

!!!! Obligation à tous les PA de demander accès à partir du 1er mai 2018!!!
(art 126 et 133 ARP)

b) Documents déjà produits et toujours actuels :

Les opérateurs économiques ne sont pas tenus de produire les documents officiels s'ils ont déjà été présentés dans une procédure précédente et pour autant que l'opérateur économique :

- identifie la procédure antérieure
- atteste que les documents répondent encore aux exigences requises.

6. Moyens de preuve visés

CAUSES OBLIGATOIRE	D'EXCLUSION	ACCES GRATUIT ELECTRONIQUE	PREUVES
<i>Participation à une organisation criminelle</i>		NON	Extrait de casier judiciaire
<i>Corruption</i>		NON	Extrait de casier judiciaire
<i>Fraude</i>		NON	Extrait de casier judiciaire
<i>Infractions terroristes, ...</i>		NON	Extrait de casier judiciaire
<i>Blanchiment de capitaux ou financement du terrorisme</i>		NON	Extrait de casier judiciaire
<i>Travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains</i>		NON	Extrait de casier judiciaire
<i>Occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal</i>		NON	Extrait de casier judiciaire
<i>Dettes sociales</i>		OUI - Télémarc	Attestation de l'ONSS
<i>Dettes fiscales</i>		OUI - Télémarc	Attestation 276C2 (impôts/ TVA)
CAUSES D'EXCLUSION FACULTATIVE		ACCES GRATUIT ELECTRONIQUE	PREUVE
<i>Manquement aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail, visées à l'article 7;</i>		NON	Tout moyen de preuve
<i>Etat de faillite, de liquidation, de cessation d'activités, de réorganisation judiciaire ou a fait l'aveu de sa faillite ou fait l'objet d'une procédure de liquidation ou de réorganisation judiciaire, ou dans toute situation analogue</i>		OUI	Attestation du Tribunal de commerce
<i>Faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité</i>		NON	Extrait de casier judiciaire Tout moyen de preuve
<i>Conclusion d'actes, de conventions ou procédé à des ententes en vue de fausser la concurrence</i>		NON	Tout moyen de preuve
<i>Conflit d'intérêts</i>		NON	Tout moyen de preuve
<i>Participation préalable à la préparation de la procédure</i>		NON	Tout moyen de preuve
<i>Défaillances importantes ou persistantes</i>		NON	Tout moyen de preuve
<i>Fausse déclaration...</i>		NON	Tout moyen de preuve
<i>Influence sur le processus décisionnel du pouvoir adjudicateur...</i>		NON	Tout moyen de preuve

7. Tableau récapitulatif des deux attestations sur l'honneur

DUME	Attestation sur l'honneur implicite
<ul style="list-style-type: none">• Ne vaut que pour les marchés <u>européens</u>• Attestation <u>explicite</u> et électronique• <u>Porte</u> sur :<ul style="list-style-type: none">- toutes les causes d'exclusion- la capacité économique/financière- la capacité techn./professionnelle• Constitue un engagement de produire les documents à première demande	<ul style="list-style-type: none">• Ne vaut que pour les marchés <u>belges</u> et pour les marchés européens pour lesquels le DUME ne s'applique pas• Attestation <u>implicite</u> (soumissionner suffit)• <u>Porte uniquement</u> sur les causes d'exclusion qui peuvent être vérifiées via un accès électronique et gratuit. Toutefois, le pouvoir adjudicateur peut viser l'ensemble des causes d'exclusion dans les documents du marché de manière à ce que la présomption s'applique pour toutes.

CHAPITRE 8 : REGULARITE DE L'OFFRE

Section 1 : Principe

- L'article 83 de la loi prévoit :

Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres. Le Roi peut fixer les modalités additionnelles à cette fin.

- L'article 66, §2 de la loi prévoit :

§ 1er.(...)

*§ 2. Pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils fixés pour la publicité européenne le pouvoir adjudicateur peut, dans le cas d'une **procédure ouverte**, **procéder au contrôle des offres après** la vérification de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection sur la base du seul Document Unique de Marché européen. Dans ces cas, il peut être procédé, à ce stade, à l'évaluation des offres sans un examen plus approfondi de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection. Avant de recourir à cette possibilité, le pouvoir adjudicateur doit toutefois avoir vérifié l'absence de dettes fiscales et sociales conformément à l'article 68.*

Pour les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils fixés pour la publicité européenne, le Roi peut définir les cas où le pouvoir adjudicateur peut procéder à l'évaluation des offres avant le contrôle de l'absence de motifs d'exclusions et du respect des critères de sélection, ainsi que les modalités additionnelles y afférentes.

Lorsqu'il fait usage de la possibilité visée aux alinéas 1er et 2, il s'assure que la vérification de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection s'effectue d'une manière impartiale et transparente, afin qu'aucun marché ne soit attribué à un soumissionnaire qui aurait dû être exclu ou qui ne remplit pas les critères de sélection.

Cette disposition établit le principe de la vérification de la régularité des offres dans les procédures ouvertes que les marchés atteignent ou non les seuils européens.

- L'article 75 ARP prévoit ce qui suit :

*Conformément aux modalités fixées à l'article 66, § 2, de la loi, le pouvoir adjudicateur peut, lorsqu'il est fait usage de la **procédure ouverte** pour un marché dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils fixés pour la publicité européenne, **procéder au contrôle des offres après** la vérification de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection sur la base du DUME. Le pouvoir adjudicateur doit néanmoins, avant de recourir à cette possibilité, vérifier l'absence de dettes fiscales et sociales conformément à l'article 68 de la loi et aux articles 62 et 63 du présent arrêté, ainsi qu'évaluer, le cas échéant, les mesures correctrices visées à l'article 70 de la loi*

*Pour les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils fixés pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur peut, dans le cas d'une **procédure ouverte** ou **négociée directe avec publication préalable**, procéder au contrôle des offres. Avant de recourir à cette possibilité, le pouvoir adjudicateur doit :*

1° vérifier l'absence de dettes fiscales et sociales conformément à l'article 68 de la loi et aux articles 62 et 63 du présent arrêté;

2° le cas échéant, évaluer les mesures correctrices visées à l'article 70 de la loi.

***Dans les autres cas**, la vérification de la régularité des offres ne porte que sur les offres des soumissionnaires sélectionnés.*

Cette disposition a un contenu similaire à celui de l'article 66, §2 de la loi.

Toutefois, il vise à la fois les procédures ouvertes et assimilées, soit, la procédure négociée directe avec publication préalable.

Le législateur confirme le principe de l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur, de vérifier la régularité des offres, et ce, après avoir vérifié la sélection qualitative et, si nécessaire, analysé le bien fondé des mesures correctrices.

Dans le cadre de procédures ouvertes, la loi permet, au pouvoir adjudicateur, d'examiner la régularité de l'offre après avoir fait un examen sommaire de la sélection qualitative, c'est-à-dire un examen sur base d'une déclaration sur l'honneur.

Cela implique, en cas de marché européen (procédure ouverte uniquement) :

- Vérification de la sélection qualitative sur base du DUME
- Vérification des dettes fiscales et sociales dans les 20 jours de la date de réception des offres.

Cela implique, en cas de marché belge (procédure ouverte et négociée directe avec publication préalable) :

- Vérification des dettes fiscales et sociales dans les 20 jours de la date de réception des offres.

!!!!!!!

En procédures restreintes, les règles sont quelque peu différentes.

En effet, seuls les candidats sélectionnés seront invités par le pouvoir adjudicateur à déposer offre.

Cela implique que le pouvoir adjudicateur ait, préalablement, vérifié la situation des candidats en matière de sélection qualitative sur base d'informations officielles.

L'utilisation du DUME peut avoir un sens si le document contient les informations ou les indications quant à la manière de se les procurer. A défaut, le DUME n'a aucune utilité.

Section 2 : Contenu

■ L'article 76 ARP prévoit :

*§ 1er. Le pouvoir adjudicateur vérifie la **régularité** des offres.*

*L'offre peut être affectée d'une **irrégularité substantielle** ou **non substantielle**.*

***Constitue une irrégularité substantielle** celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.*

***Sont réputées substantielles notamment** les irrégularités suivantes :*

1° le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement;

2° le non-respect des exigences visées aux articles 38, 42, 43, § 1er, 44, 48, § 2, alinéa 1er, 54, § 2, 55, 83 et 92 du présent arrêté et par l'article 14 de la loi, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires;

3° le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché.

*§ 2. L'offre qui n'est affectée que **d'une ou de plusieurs irrégularités non substantielles qui, même cumulées ou combinées, ne sont pas de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3**, n'est pas déclarée nulle.*

*§ 3. Lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, le pouvoir adjudicateur **déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle**. Ceci est également le cas pour l'offre qui est affectée de plusieurs*

irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3.

§ 4. Sans préjudice de l'article 39, § 7, alinéa 2, de la loi, le présent paragraphe s'applique à la **vérification de la régularité des offres autres que les offres finales**, pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d'une procédure permettant une **négociation**. Lorsqu'il s'agit d'une **offre finale**, le paragraphe 3 s'applique.

Lorsqu'une offre comporte **plusieurs irrégularités non substantielles qui du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3**, le pouvoir adjudicateur offre au soumissionnaire la **possibilité de régulariser** ces irrégularités **avant** d'entamer les **négociations**.

Le pouvoir adjudicateur **déclare nulle l'offre** affectée d'une **irrégularité substantielle**, sauf disposition contraire dans les documents du marché. Dans ce dernier cas, il **donne la possibilité** au soumissionnaire **de régulariser** cette irrégularité **avant** d'entamer les **négociations**, à moins que le pouvoir adjudicateur n'ait indiqué à propos de ladite irrégularité qu'elle ne peut faire l'objet d'une régularisation.

§ 5. Sans préjudice du paragraphe 2 et de l'article 39, § 7, alinéa 2, de la loi, le présent paragraphe s'applique à la **vérification de la régularité des offres**, pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d'une **procédure** permettant une **négociation**. Le pouvoir adjudicateur **décide soit** de déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, **soit de faire régulariser** cette irrégularité. **Il en va de même si** l'offre est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles **lorsque celles-ci, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3.**

La disposition distingue deux types d'irrégularités :

- * Irrégularité substantielle (IS)
- * Irrégularité non substantielle (INS).

Dans le premier cas, il s'agit d'une irrégularité à ce point grave mentionnée dans l'offre, qu'elle doit conduire à son écartement.

IS → NULLITE de l'offre

Dans le second cas, il s'agit d'une irrégularité moins importante qui permet au pouvoir adjudicateur de ne pas écarter l'offre.

INS → NULLITE de l'offre

Une suite d'irrégularités non substantielles si elles sont prises en compte séparément, ne sont pas graves, peuvent en raison de leur accumulation, avoir les mêmes effets que ceux listés ci-

INS + INS + INS + INS = IS → NULLITE de l'offre

Section 2 : Irrégularité substantielle ou non substantielle : Notion

■ L'article 76, §1^{er}, alinéas 2 et 3 ARP établit le principe et définit la notion d'irrégularité substantielle :

§ 1er. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres.

L'offre peut être affectée d'une **irrégularité substantielle ou non substantielle**.

Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

La disposition définit un ensemble de critères qui permettent au pouvoir adjudicateur d'apprécier si une irrégularité présente dans une offre est ou non substantielle.

Une irrégularité doit être considérée comme substantielle si elle engendre une ou plusieurs des conséquences suivantes :

- ✓ **Donne avantage discriminatoire au soumissionnaire**
- ✓ **Entraine une distorsion de concurrence**
- ✓ **Empêche l'évaluation de l'offre du soumissionnaire**
- ✓ **Empêche comparaison de l'offre aux autres offres**
- ✓ **Rend inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.**

Il est normal de considérer ce type d'irrégularité comme étant grave car elles ont pour effet de violer les principes généraux fondamentaux applicables aux marchés publics à savoir : l'égalité de traitement, la concurrence,....

Section 3 : Irrégularité substantielle : Présomption

■ L'article 76, §1^{er}, alinéa 4 ARP liste des hypothèses dans lesquelles les irrégularités sont **présumées** (d'office) substantielles et il n'est pas possible de prouver le contraire :

§ 1^{er}. (...)

Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :

1° le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement;

2° le non-respect des exigences visées aux articles 38, 42, 43, § 1^{er}, 44, 48, § 2, alinéa 1^{er}, 54, § 2, 55, 83 et 92 du présent arrêté et par l'article 14 de la loi, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires;

3° le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché. (...)

Quelles sont ces infractions/irrégularités ?

- ✓ Non-respect des impositions du droit environnemental, social et droit du travail qui sont assorties d'une sanction pénale.
Il faut donc, pour que l'irrégularité soit substantielle, que la violation légale soit punie par le Code pénal.
- ✓ Non-respect de l'article 14 de la loi relatif aux règles applicables en matière de moyens de communication
- ✓ Non- respect des exigences imposées aux articles suivants :
 - 38 ARP : problème de DUME
 - 42 ARP : signature des offres
 - 43§1^{er} ARP : signature électronique du rapport de dépôt
 - 44 ARP : signature par personne habilitée
 - 48§2 al 1^{er} ARP : non-respect exigences minimales options obligatoires
 - 54§2 ARP : une offre par marché ou par solution sauf en procédure négociée

- 55 ARP : restreinte, PCAN, dialogue compétitif et partenariat d'innovation seuls les candidats sélectionnés peuvent remettre offre
- 83 ARP : offre tardive en procédure ouverte ou restreinte
- 92 ARP : offre tardive en PCAN

✓ Non-respect des **exigences minimales** et des **exigences indiquées comme substantielles dans les documents du marché.**

Le pouvoir adjudicateur doit savoir au moment où il lance le marché et où il définit l'objet ce qu'il entend au minimum commander et ce qu'il considère comme particulièrement important à ses yeux.

Il doit donc préciser ses intentions, dans les documents du marché, afin que le soumissionnaire sache distinguer l'important de l'accessoire.

Une fois ces exigences minimales et clauses importantes mentionnées dans les documents du marché, le pouvoir adjudicateur ne peut plus les remettre en question sous peine de rompre l'égalité.

Section 4 : Offre affectée d'une irrégularité – Sanction applicable

La sanction de l'irrégularité est fonction de sa gravité, du mode de passation choisi et du montant du marché :

- 1) procédure ouverte ou restreinte
- 2) procédure négociée qui atteint le seuil européen
- 3) procédure négociée qui n'atteint pas le seuil européen

A. En procédure ouverte ou restreinte

■ L'article 76, §§2 et 3 ARP prévoient :

§ 2. L'offre qui n'est affectée que d'une ou de plusieurs irrégularités non substantielles qui, même cumulées ou combinées, ne sont pas de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3, n'est pas déclarée nulle.

§ 3. Lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle. Ceci est également le cas pour l'offre qui est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3.

<u>Types d'irrégularités</u>	<u>Sanctions</u>
Offre affectée d'une irrégularité substantielle	<u>Doit</u> être déclarée nulle
Cumul d'irrégularités non-substantielles qui ont les mêmes effets qu'une irrégularité substantielle	<u>Doit</u> être déclarée nulle
Cumul d'irrégularités non-substantielles qui n'ont pas les mêmes effets qu'une irrégularité substantielle	<u>Ne peut pas</u> être déclarée nulle

B. En procédure négociée

■ L'article 76, §§4 et 5 ARP prévoit :

§ 4. Sans préjudice de l'article 39, § 7, alinéa 2, de la loi, le présent paragraphe s'applique à la vérification de la régularité des offres autres que les offres finales, pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d'une **procédure** permettant une **négociation**. Lorsqu'il s'agit d'une **offre finale**, le **paragraphe 3 s'applique**.

Lorsqu'une **offre** comporte **plusieurs irrégularités non substantielles** qui du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les **effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3**, le pouvoir adjudicateur offre au soumissionnaire la possibilité de régulariser ces irrégularités avant d'entamer les **négociations**.

Le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une **irrégularité substantielle**, sauf disposition contraire dans les documents du marché. Dans ce dernier cas, il donne la possibilité au soumissionnaire de régulariser cette irrégularité avant d'entamer les négociations, à moins que le pouvoir adjudicateur n'ait indiqué à propos de ladite irrégularité qu'elle ne peut faire l'objet d'une régularisation.

§ 5. Sans préjudice du paragraphe 2 et de l'article 39, § 7, alinéa 2, de la loi, le présent paragraphe s'applique à la vérification de la régularité des offres, pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d'une **procédure** permettant une **négociation**. Le pouvoir adjudicateur **décide soit** de déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, **soit** de faire régulariser cette irrégularité. Il en va de même si l'offre est affectée de **plusieurs irrégularités non substantielles** lorsque celles-ci, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3.

Pour rappel, si le pouvoir adjudicateur décide de négocier, trois types d'offres seront déposées :

- 1) offre initiale
- 2) offre intermédiaire : offre qui peut encore faire l'objet de négociation
- 3) offre finale : offre obtenue à l'issue de la négociation.

La disposition fait une distinction selon qu'il s'agit d'un marché européen ou non.

En marchés publics européens, les règles applicables en termes de sanction d'une irrégularité seront différentes selon qu'il s'agit d'une offre intermédiaire ou finale.

1. Marché qui atteint le seuil européen

a) Offre intermédiaire

<u>Types d'irrégularités</u>	<u>Sanctions</u>
Offre affectée d'une irrégularité substantielle	Doit être déclarée nulle SAUF disposition contraire dans les documents du marché. Le pouvoir adjudicateur peut donner la possibilité de régulariser une telle offre et définir les conditions applicables.
Cumul d'irrégularités non-substantielles qui ont les mêmes effets qu'une irrégularité substantielle	Le pouvoir adjudicateur offre la possibilité de régulariser l'offre <u>avant</u> d'entamer les négociations
Cumul d'irrégularités non-substantielles qui n'ont pas les mêmes effets qu'une irrégularité substantielle	Le pouvoir adjudicateur offre la possibilité de régulariser

b) Offre finale

<u>Types d'irrégularités</u>	<u>Sanctions</u>
Offre affectée d'une irrégularité substantielle	<u>Doit</u> être déclarée nulle
Cumul d'irrégularités non-substantielles qui ont les mêmes effets qu'une irrégularité substantielle	<u>Doit</u> être déclarée nulle
Cumul d'irrégularités non-substantielles qui n'ont pas les mêmes effets qu'une irrégularité substantielle	<u>Ne peut pas</u> être déclarée nulle

2. Marché qui n'atteint pas le seuil européen (PCAN, PNDAPP, PNSPP)

a) Offre intermédiaire/offre finale

<u>Types d'irrégularités</u>	<u>Sanctions</u>
Offre affectée d'une irrégularité substantielle	Le pouvoir adjudicateur <u>CHOISIT</u> de : <ul style="list-style-type: none">• déclarer l'offre nulle OU• donner la possibilité de régulariser
Cumul d'irrégularités non-substantielles qui ont les mêmes effets qu'une irrégularité substantielle	Le pouvoir adjudicateur <u>CHOISIT</u> de : <ul style="list-style-type: none">• déclarer l'offre nulle OU• donner la possibilité de régulariser
Cumul d'irrégularités non-substantielles qui n'ont pas les mêmes effets qu'une irrégularité substantielle	<u>Ne peut pas</u> être déclarée nulle

CHAPITRE 9 : CRITÈRES D'ATTRIBUTION

Section 1 : Généralités

Après avoir procédé à la vérification, même sommaire, de la sélection qualitative ainsi qu'à la vérification de la régularité des offres, le pouvoir adjudicateur analyse leur contenu et procède à leur classement.

Le pouvoir adjudicateur va attribuer le marché au soumissionnaire qui a remis l'offre la plus avantageuse à ses yeux.

Pour ce faire, il doit répondre à des questions telles que :

Exemples : Le soumissionnaire a-t-il bien compris le contenu de la mission que je compte lui confier ?
 Quelle méthode me propose-t-il pour réaliser la mission ?
 Quelle qualité de produit, le soumissionnaire va-t-il me fournir ?
 Dans quel délai va-t-il réaliser la mission ?
 Quel prix va-t-il exiger ?...

Ces questions doivent impérativement être connues des soumissionnaires et donc être traduites, dans les documents du marché, sous forme de critères de comparaison des offres, appelés « **critères d'attribution** ».

Ils permettent l'évaluation équitable des offres déposées puisque celle-ci se fera sur base de points de comparaison identiques.

Section 2 : Critères / Sous-critères

A. Base légale

■ L'article 81 de la loi prévoit :

§ 1er. Le pouvoir adjudicateur **se fonde, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse.**

§ 2. L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur **est, au choix, déterminée :**

1° sur la base du **prix**;

2° sur la base du **coût**, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 82;

3° en se fondant sur le **meilleur rapport qualité/prix** qui est évalué sur la base du prix ou du coût ainsi que des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. Parmi ces critères, il peut y avoir notamment :

a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes, le commerce et les conditions dans lesquels il est pratiqué;

b) l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché;

c) le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.

Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un **coût fixe** sur la base duquel les opérateurs économiques seront en **concurrence sur les seuls critères de qualité.**

§ 3. **Les critères d'attribution sont réputés 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, y compris les facteurs intervenant dans :

1° le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation desdits travaux, produits ou services, ou

2° un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel.

Les critères d'attribution n'ont **pas** pour effet de conférer **une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur**. Ils garantissent la possibilité d'une véritable concurrence et sont 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. En cas de doute, le pouvoir adjudicateur vérifie concrètement l'exactitude des informations et éléments de preuve fournis par les soumissionnaires.

Ces critères doivent être **indiqués dans l'avis de marché ou dans un autre document du marché**.

§ 4. Pour les marchés publics égaux ou supérieurs aux montants fixés pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur précise, dans les documents du marché, la **pondération** relative qu'il attribue à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, sauf lorsqu'elle est déterminée sur la seule base du prix.

Cette pondération peut être exprimée en prévoyant une fourchette dont la différence entre le minimum et le maximum est appropriée.

Lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, le pouvoir adjudicateur mentionne les critères par **ordre décroissant d'importance**.

Pour les marchés publics inférieurs aux montants précités, le pouvoir adjudicateur précise soit la pondération relative qu'il attribue à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, soit leur **ordre décroissant d'importance**. A défaut, les critères d'attribution **ont la même valeur**.

§ 5. Le Roi peut fixer des modalités additionnelles concernant les critères d'attribution.

B. Principe

■ L'article 81, §§1 et 2 de la loi prévoit :

§ 1er. Le pouvoir adjudicateur **se fonde, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse**.

§ 2. L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur **est, au choix, déterminée :**

1° sur la base du **prix**;

2° sur la base du **coût**, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 82;

3° en se fondant sur le **meilleur rapport qualité/prix** qui est évalué sur la base du prix ou du coût ainsi que des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. (...)

Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un **coût fixe** sur la base duquel les opérateurs économiques seront en **concurrence sur les seuls critères de qualité**.

Cette disposition précise que le pouvoir adjudicateur attribue le marché public au soumissionnaire qui a remis l'offre économiquement la plus avantageuse.

Sur quelle base va-t-il déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse ?

Il peut, au choix, mentionner que le classement se fera sur base :

- 1) Prix
- 2) Coût
- 3) Rapport qualité prix
- 4) Qualité uniquement pour autant que le coût/prix soit fixé préalablement.

Cette disposition contient une liste non exhaustive d'exemples de critères d'attribution. Le pouvoir adjudicateur peut donc prévoir d'autres critères que ceux prévus par la réglementation, s'ils sont plus appropriés à l'objet du marché.

Le pouvoir adjudicateur attribue le marché au soumissionnaire qui a déposé l'offre économiquement la plus avantageuse qui peut donc être :

- l'offre **la moins chère** si le prix est le seul critère qui sert à départager les soumissionnaires
- l'offre **qui a le meilleur rapport qualité/prix** si plusieurs critères sont imposés.
- L'offre **qui présente la meilleure réalisation de la mission** lorsque seuls des critères de qualité sont imposés et que le prix est fixé préalablement.

C. Modes de passation exigeant la fixation de critères d'attribution

1. Principe

L'article 81 de la loi s'applique à tous les modes de passation suivants :

- Procédures ouvertes
- Procédures restreintes
- Procédure concurrentielle avec négociation
- Procédure négociée directe avec publication préalable

Dans **toutes** ces procédures, des critères d'attribution doivent être prévus pour départager les offres.

2. Cas particulier : Procédure négociée sans publication préalable

■ L'article 42, §3, alinéa 2 de la loi prévoit :

§ 3. (...)

*Par ailleurs, **sauf disposition contraire dans les documents du marché, l'article 81 concernant les critères d'attribution n'est pas d'application lorsqu'il est fait usage de la procédure sans publication préalable dans les cas suivants :***

1° les divers cas dans lesquels seul un opérateur économique peut être consulté tel que visé au paragraphe 1er, 1°, d), 2° ou 4°, b) indépendamment du montant estimé;

2° dans le cas de l'urgence impérieuse telle que visée au paragraphe 1er, 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 1er, 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 1er, 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 1er, alinéa 2. (...)

a) Principe

Le pouvoir adjudicateur est **obligé** de prévoir au moins un critère d'attribution en procédure négociée sans publication préalable.

b) Exceptions

Le pouvoir adjudicateur **n'est pas obligé** de prévoir de critère d'attribution en cas de :

<u>Hypothèse</u>	<u>Montant estimé</u>
Exclusivité	Aucune condition de montant
Urgence impérieuse	Montant estimé HTVA < seuil européen
Fournitures cotées et achetées en bourses de matières premières	Montant estimé HTVA < seuil européen
Fournitures ou services achetés à des conditions particulièrement avantageuses ou achats d'opportunité	Montant estimé HTVA < seuil européen

3. Remarque générale

Il est toutefois conseillé aux pouvoirs adjudicateurs, de fixer des critères d'attribution s'ils savent le faire car cela présente un double avantage :

- ✓ Favorise la transparence
- ✓ Facilite la motivation des décisions d'attribution ce qui n'est pas négligeable dans la mesure où la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, impose des obligations plus strictes en matière de motivation des actes administratifs, adoptés dans le cadre de la passation et de la conclusion des marchés.

D. Caractéristiques

Le critère d'attribution doit revêtir les caractéristiques suivantes :

1) avoir un **lien avec l'objet du marché**.

2) être **univoque** :

Il doit être compris de la même manière par tous les soumissionnaires.
S'il y a le moindre risque d'ambiguïté/divergence d'interprétation du critère, le pouvoir adjudicateur doit l'explicitier pour éviter tout malentendu.

3) être **précis** :

Si un critère est trop général, le pouvoir adjudicateur peut prévoir des sous-critères dans les documents du marché afin de le préciser.

4) être **fixés dans les documents du marché** :

Le soumissionnaire doit connaître, préalablement à la rédaction de son offre, les points de comparaison qui seront pris en considération pour déterminer l'offre la plus avantageuse.

Ainsi, le soumissionnaire sait sur quels points mettre l'accent pour rédiger sa soumission et avoir le plus de chance de remporter le marché.

Les critères d'attribution peuvent mentionnés :

- * En cas de publication préalable : dans l'avis de marché et/ou dans les autres documents du marché.
- * En l'absence de publication : dans les documents du marché.

E. Modification

En cours de procédure, il est **interdit** au pouvoir adjudicateur de **modifier** les critères et sous-critères fixés dans les documents du marché.

Procéder de la sorte, contreviendrait aux principes de transparence et d'égalité de traitement entre les soumissionnaires.

La **modification** d'un critère/sous-critère peut prendre différentes **formes** :

- prévoir un autre critère que celui mentionné dans les documents du marché,
- ajouter un autre critère à ceux mentionnés dans les documents du marché,
- ajouter un ou plusieurs sous-critères,
- ne pas tenir compte d'un critère mentionné dans les documents du marché,
- neutraliser un des critères (attribuer le même nombre de points à tous les soumissionnaires de manière à lui faire perdre toute son importance).

En d'autres termes, une fois définis, le pouvoir adjudicateur doit se baser **sur tous les critères** mentionnés dans les documents du marché **et rien que ces critères** pour analyser les offres et déterminer la soumission la plus avantageuse.

Si toutefois, en cours d'analyse, le pouvoir adjudicateur devait se rendre compte que les critères d'attribution, qu'il a préalablement fixés, ne sont pas appropriés, il **DOIT** renoncer à passer le marché, par une décision motivée, et, éventuellement relancer une nouvelle procédure.

F. Pondération

■ L'article 81, §4 de la loi prévoit :

§ 1er. (...)

§ 4. *Pour les marchés publics égaux ou supérieurs aux montants fixés pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur précise, dans les documents du marché, la pondération relative qu'il attribue à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, sauf lorsqu'elle est déterminée sur la seule base du prix.*

Cette pondération peut être exprimée en prévoyant une fourchette dont la différence entre le minimum et le maximum est appropriée.

Lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, le pouvoir adjudicateur mentionne les critères par ordre décroissant d'importance.

Pour les marchés publics inférieurs aux montants précités, le pouvoir adjudicateur précise soit la pondération relative qu'il attribue à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, soit leur ordre décroissant d'importance. A défaut, les critères d'attribution ont la même valeur.

§ 5. *Le Roi peut fixer des modalités additionnelles concernant les critères d'attribution.*

Il est possible d'accorder une importance différente aux critères d'attribution en les pondérant.

Cette pondération peut s'exprimer soit : en pourcentage, en points, sous forme d'une appréciation (très bien, bien, satisfaisant, insuffisant,...).

Une fois la pondération fixée et mentionnée dans les documents du marché, elle ne peut plus être modifiée dans le cadre de l'analyse des offres.

Le pouvoir adjudicateur n'est pas non plus autorisé, s'il n'a prévu aucune pondération, à en créer une lors de l'analyse des offres, sous peine de violer le principe de transparence et d'égalité entre les soumissionnaires.

Pour plus d'informations, voir Arrêt Cour de Justice des Communautés européennes, Arrêt Lianakis, 24 janvier 2008, affaire C-532/06.

Les obligations relatives à la pondération diffèrent selon qu'il s'agit d'un marché atteignant ou non le seuil européen.

1. [Marché qui atteint le seuil européen](#)

En cas de marché européen, le pouvoir adjudicateur **DOIT** prévoir une pondération des critères et la mentionner dans les documents du marché.

Une seule exception : l'offre la plus avantageuse est déterminée sur base du prix uniquement.

Toutefois, si le pouvoir adjudicateur démontre objectivement qu'il lui est **impossible** de définir une pondération, il est autorisé à lister les critères par ordre décroissant d'importance.

Il doit **motiver** adéquatement cette impossibilité de pondérer.

2. [Marché qui n'atteint pas le seuil européen \(PCAN, PNDAPP, PNSPP\)](#)

En cas de marché belge, la pondération est **facultative**.

Toutefois, dans un souci de transparence, elle est vivement **conseillée**.

En **l'absence** de pondération, les documents du marché doivent mentionner les critères, par **ordre décroissant d'importance**, et préciser dans les documents du marché que tel est le cas. Ainsi, le soumissionnaire a déjà une idée des points importants sur lesquels il doit insister dans son offre.

A défaut de pondération ou d'une telle mention, les critères, et éventuellement les sous-critères, ont la **même valeur**.

G. Méthode d'évaluation

1. Principe

Si les critères ainsi que leur pondération doivent être mentionnés dans les documents du marché, la méthode d'évaluation de ces critères ne doit, quant à elle, pas obligatoirement y figurer.

Elle doit toutefois être prévisible et découler du bon sens.

A défaut, elle doit être indiquée dans les documents du marché pour éviter tout effet de surprise.

Elle doit, en tout état de cause, garantir le principe d'égalité et de transparence entre les soumissionnaires et être expliquée dans le rapport d'analyse des offres.

2. Exception

Lorsque le pouvoir adjudicateur souhaite déterminer l'offre la plus avantageuse sur base du coût du cycle de vie, il doit indiquer la méthode d'évaluation qu'il entend, et ce, conformément à l'article 82 de la loi. (voir infra)

H. Nouveau critère d'attribution : le coût du marché

1. Notion

Le coût est une notion qui tient compte du rapport prix/efficacité tel que, par exemple le coût du cycle de vie.

Il ne s'agit donc plus de prendre en considération le seul montant à payer, par le pouvoir adjudicateur, au moment de la commande, mais de tenir aussi compte de l'ensemble des coûts qu'il va supporter sur toute la durée de vie/d'exécution de l'ouvrage, produit ou du service commandé.

■ L'article 2, 49° de la loi définit le cycle de vie comme suit :

Ensemble des étapes successives et/ou interdépendantes, y compris la recherche et le développement à réaliser, la production, la commercialisation et ses conditions, le transport, l'utilisation et la maintenance, tout au long de la vie du produit ou de l'ouvrage ou de la fourniture d'un service, depuis l'acquisition des matières premières ou la production des ressources jusqu'à l'élimination, la remise en état et la fin du service ou de l'utilisation.

Exemples : Pour l'achat d'une voiture, il s'agit de prendre en considération les éléments suivants :

- le niveau de consommation
- la cylindrée et donc les répercussions sur les primes d'assurances
- le coût de recyclage
- le coût des entretiens,....

2. Base légale

■ L'article 82 de la loi prévoit :

§ 1er. **Les coûts du cycle de vie couvrent, dans la mesure où ils sont pertinents, tout ou partie des coûts suivants du cycle de vie d'un produit, d'un service ou d'un ouvrage :**

1° les coûts supportés par le pouvoir adjudicateur ou d'autres utilisateurs, tels que :

- a) les coûts liés à l'acquisition;
- b) les coûts liés à l'utilisation, tels que la consommation d'énergie et d'autres ressources;
- c) les frais de maintenance;
- d) les coûts liés à la fin de vie tels que les coûts de collecte et de recyclage;

2° les coûts imputés aux externalités environnementales liés au produit, au service ou à l'ouvrage pendant son cycle de vie, à condition que leur valeur monétaire puisse être déterminée et vérifiée; ces coûts peuvent inclure le coût des émissions de gaz à effet de serre et d'autres émissions polluantes ainsi que d'autres coûts d'atténuation du changement climatique.

§ 2. Lorsque le pouvoir adjudicateur évalue les coûts selon une **méthode** basée sur le cycle de vie, il indique dans les documents du marché les données que doivent fournir les soumissionnaires et la méthode qu'utilisera le pouvoir adjudicateur pour déterminer le coût du cycle de vie sur la base de ces données.

La méthode utilisée pour évaluer les coûts imputés aux externalités environnementales respecte l'ensemble des conditions suivantes :

1° elle se fonde sur des critères vérifiables de façon objective et non discriminatoires. En particulier, lorsqu'elle n'a pas été prévue pour une application répétée ou continue, elle ne favorise ni ne défavorise indûment certains opérateurs économiques;

2° elle est accessible à toutes les parties intéressées;

3° les données requises peuvent être fournies moyennant un effort raisonnable consenti par des opérateurs économiques normalement diligents, y compris des opérateurs de pays tiers parties à l'Organisation mondiale du commerce sur les marchés publics, ci-après dénommé "AMP", ou à d'autres accords internationaux par lesquels l'Union européenne est liée.

Lorsqu'une méthode commune de calcul des coûts du cycle de vie est devenue obligatoire de par un acte législatif de l'Union européenne, elle est appliquée pour l'évaluation des coûts du cycle de vie.

3. Quels coûts peuvent être pris en considération ?

Le pouvoir adjudicateur prend uniquement les coûts **pertinents** liés à la durée de vie de l'ouvrage, du produit ou du service. Il doit tenir compte des coûts ayant réellement une influence sur le prix payé, in fine, par le pouvoir adjudicateur.

Il doit tenir compte des **coûts supportés par** lui ou d'autres utilisateurs tels que :

- ✓ coûts liés à l'acquisition (frais d'investissement,...),
- ✓ coûts liés à l'utilisation (consommation d'énergie et autres ressources comme les consommables,...),
- ✓ frais de maintenance,
- ✓ coûts liés à la fin de vie de l'ouvrage du produit ou du service (collecte, recyclage,...).

Le pouvoir adjudicateur prend aussi en considération les **coûts imputés aux externalités environnementales** liées à l'ouvrage, au produit ou au service pendant son cycle de vie, **uniquement s'ils** peuvent être évalués monétairement et si leur évaluation peut être vérifiée.

Ces coûts peuvent inclure :

- les gaz à effet de serre,
- toute émission polluante,
- tout type de coûts atténuant l'impact sur le changement climatique.

4. Méthode d'évaluation

Contrairement aux autres critères d'attribution, le pouvoir adjudicateur **doit indiquer** dans les documents de marché :

- les données à fournir par les soumissionnaires
- la méthode de calcul utilisée pour calculer le coût sur base de ces données

La méthode doit revêtir les **caractéristiques** suivantes :

- se fonder sur des critères vérifiables de manière objective et non discriminatoire de manière à pouvoir vérifier si les grands principes d'égalité et de transparence sont respectés.
- être accessible, en termes de coûts, à toutes les parties intéressées
- les données requises sont accessibles moyennant effort raisonnable par des opérateurs économiques normalement diligents (ex. par la voie électronique,...)
- si la méthode est rendue obligatoire par un acte législatif européen, elle doit être appliquée.

I. Cas particulier : Expérience du soumissionnaire assigné à l'exécution du marché

Dans la mesure où ils ne poursuivent pas le même objectif, il est interdit de confondre la notion de critère de sélection et celle de critère d'attribution.

Toutefois, l'article 81, §2, 3°, b) de la loi vise un critère d'attribution qui s'apparente dans les formes à un critère de sélection à savoir : l'expérience du soumissionnaire assigné à l'exécution de la mission.

Ce que le législateur a voulu viser ce n'est pas l'expérience du soumissionnaire pour assumer un marché d'égale ampleur, mais c'est l'expérience des personnes désignées pour exécuter le marché considéré.

En cela, il est tout à fait cohérent de considérer qu'il s'agit d'un critère d'attribution dans la mesure où il va déterminer la qualité de l'exécution de la mission et donc la qualité de l'offre.

Il est nécessaire de mentionner qu'il s'agit de juger l'expérience de la ou des personne(s) assignée(s) à l'exécution de la mission.

CHAPITRE 10 : MOYENS DE COMMUNICATION

Section 1 : Introduction

Il est question dans ce chapitre de voir quelle méthode le pouvoir adjudicateur peut utiliser avec les opérateurs économiques pour se transmettre des informations tout au long de la procédure de marché publics.

Jusqu'à présent, l'intégralité de la procédure se déroulait sous forme papier.

La nouvelle loi, en raison de l'évolution des technologies informatiques, a désormais consacré le principe selon lequel une procédure de marché doit se dérouler de manière électronique.

Afin de permettre un temps d'adaptation, le législateur a prévu des mesures transitoires qui laissent, aux pouvoirs adjudicateurs qui le souhaitent, un temps d'adaptation, en leur permettant de recourir au format papier.

Section 2 : Règles applicables aux moyens de communication

A. Principe : L'usage de moyens électroniques

1. Base légale :

■ L'article 14, §1^{er} et §7 de la loi prévoient :

*§ 1er. Les **communications** et les **échanges d'informations** entre l'adjudicateur et les opérateurs économiques, **y compris la transmission et la réception électronique des offres**, visés au paragraphe 7, **doivent, à tous les stades de la procédure de passation, être réalisés par des moyens de communication électroniques, sauf dans les cas visés par les paragraphes 2 à 4.***

*Sans préjudice du paragraphe 5, les **outils et dispositifs utilisés pour communiquer** par des moyens électroniques, ainsi que leurs caractéristiques techniques, ne sont **pas discriminatoires**, sont **communément disponibles** et **compatibles** avec les TIC généralement utilisées, et **ne restreignent pas l'accès** des opérateurs économiques à la procédure de passation.*

(...)

*§ 7. Les **outils et dispositifs de réception électronique des offres**, des **demandes de participation** ainsi que des **plans** et projets dans le cadre des concours, ci-après dénommés "plateformes électroniques", **doivent au moins garantir**, par les moyens techniques et procédures appropriés, **que** :*

1° l'heure et la date exactes de la réception des offres, des demandes de participation et de la soumission des plans et projets peuvent être déterminées avec précision;

2° il peut être raisonnablement assuré que personne ne peut avoir accès aux données transmises en vertu des présentes exigences avant les dates limites spécifiées;

3° seules les personnes autorisées peuvent fixer ou modifier les dates de l'ouverture des données reçues;

4° lors des différents stades de la procédure de passation, de l'exécution ou du concours, seules les personnes autorisées doivent pouvoir avoir accès à la totalité, ou à une partie, des données soumises;

5° seules les personnes autorisées donnent accès aux données transmises et uniquement après la date spécifiée;

6° les données reçues et ouvertes en application des présentes exigences ne demeurent accessibles qu'aux personnes autorisées à en prendre connaissance;

7° en cas de violation ou de tentative de violation des interdictions ou conditions d'accès visées aux points 2°, 3°, 4°, 5° ou 6°, il peut être raisonnablement garanti que les violations ou tentatives de violation sont clairement détectables.

Les parties intéressées doivent pouvoir disposer en outre des informations relatives aux spécifications liées à la soumission des offres et aux demandes de participation par voie électronique, y compris le cryptage et l'horodatage.

Le présent paragraphe n'est pas d'application dans les cas visés aux paragraphes 2 et 3.

Le Roi fixe les modalités matérielles et procédurales additionnelles applicables aux plateformes électroniques, y compris les niveaux de sécurité exigés pour le recours aux moyens de communication électroniques pour chacune des phases de la procédure de passation. Ce niveau doit être proportionnel aux risques.

2. Principe :

a) Tout type de communication en ce compris le dépôt des offres

Le dépôt des offres, comme toutes les autres communications entre le pouvoir adjudicateur et les opérateurs économiques qui ont lieu en cours de procédure de passation, doivent se faire par la **voie électronique** **SAUF** si cette manière de procéder est impossible.

Les **techniques de communication** via des moyens électroniques doivent revêtir plusieurs caractéristiques :

- 1) ne peuvent être discriminatoires
- 2) doivent être disponibles facilement
- 3) doivent être facilement compatibles avec d'autres techniques informatiques
- 4) ne peuvent restreindre l'accès des opérateurs économiques à la procédure de passation.

b) Communication relative au dépôt des offres et des demandes de participation

Tout dispositif destiné à recueillir le dépôt des offres et des demandes de participation ainsi que les annexes qu'elles pourraient contenir s'appelle la **plateforme électronique**.

Ces techniques doivent garantir :

- Le fait que seules les personnes habilitées pour avoir accès aux offres et aux demandes de participation ont effectivement eu accès à ces documents et pas d'autres personnes non habilitées
- la confidentialité des données
- l'intégrité des données contenues dans les offres et demandes de participation
- permettre de déterminer avec certitude la date et l'heure du dépôt des offres et des demandes de participation
- permettre la détection de la violation du contenu de ces données.

3. Report du délai de réception des offres :

■ L'article 57, §1^{er} ARP prévoit :

*§ 1er. Le pouvoir adjudicateur peut décider de **reporter** la date et l'heure ultimes du dépôt des demandes de participation ou des offres **lorsqu'il** a eu connaissance d'une indisponibilité des **plateformes électroniques** visées à l'article 14, § 7, de la loi. Ce **report** doit être **d'au moins six jours** pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne et **d'au moins huit jours** pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur audit seuil, sans préjudice de l'article 8, § 1er, alinéa 3. En cas de **report** conformément à l'alinéa 1er, le pouvoir adjudicateur procède à une **publication adaptée** communiquant la **nouvelle date** d'introduction des demandes de participation ou des offres, selon le cas.*

Il est possible, pour le pouvoir adjudicateur, de reporter le délai de réception des offres/demandes de participation, s'il constate un problème lié à l'utilisation de la plateforme électronique.

La **durée** du report varie selon que les seuils européens sont ou non atteints.

Il faut, en cas de report, publier un **avis rectificatif** pour adapter le délai de réception des candidatures et des offres.

B. Exceptions : L'usage d'autres moyens que les moyens électroniques

1. Base légale :

■ L'article 14, §§2 à 4 de la loi prévoit :

*§ 2. Nonobstant le paragraphe 1er, alinéa 1er, **l'adjudicateur n'est pas tenu de prescrire l'usage de moyens de communication électroniques** :*

*1° **lorsque**, en raison de la nature spécialisée du marché, l'utilisation de moyens de communication électroniques nécessiterait des outils, des dispositifs ou des formats de fichiers particuliers qui ne sont pas communément disponibles ou pris en charge par des applications communément disponibles;*

*2° **lorsque** les applications prenant en charge les formats de fichier adaptés à la description des offres utilisent des formats de fichiers qui ne peuvent être traités par aucune autre application ouverte ou communément disponibles ou sont soumises à un régime de licence propriétaire et ne peuvent être mises à disposition par téléchargement ou à distance par l'adjudicateur;*

*3° **lorsque** l'utilisation de moyens de communication électroniques nécessiterait un équipement de bureau spécialisé dont les adjudicateurs ne disposent pas communément;*

*4° **lorsque** les documents du marché exigent la présentation de maquettes ou de modèles réduits qui ne peuvent être transmis par voie électronique;*

*5° **lorsqu'il** s'agit d'un marché public passé selon la procédure négociée sans publication ou mise en concurrence préalable dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne.*

*L'adjudicateur qui, pour une raison visée à l'alinéa 1er, 1° à 4°, prescrit ou autorise l'usage d'autres moyens de communication que les moyens électroniques, en **indique les raisons** dans les informations visées à l'article 164, §§ 1er et 2.*

*Les **communications** pour lesquelles il n'est pas fait usage de moyens électroniques en vertu du présent paragraphe, sont **transmises** par **voie postale** ou par **tout autre service de portage** approprié **ou en combinant** la voie postale ou tout autre service de portage approprié d'un côté et les moyens de communication électroniques de l'autre côté.*

*§ 3. Nonobstant le paragraphe 1er, alinéa 1er, **l'adjudicateur n'est pas tenu de prescrire l'usage de moyens électroniques, dans la mesure où** l'utilisation d'autres moyens de communication que les moyens électroniques est **nécessaire** en raison soit d'une violation de la sécurité des moyens de communication électroniques, soit du caractère particulièrement sensible des informations qui exigent un degré de protection extrêmement élevé ne pouvant pas être assuré convenablement par l'utilisation d'outils et de dispositifs électroniques dont disposent communément les opérateurs économiques ou qui peuvent être mis à leur disposition par d'autres moyens d'accès au sens du paragraphe 5.*

Un adjudicateur qui, pour une raison visée à l'alinéa 1er, prescrit ou accepte l'usage d'autres moyens de communication que les moyens électroniques, en indique les raisons dans les informations visées à l'article 164, §§ 1er et 2.

§ 4. Nonobstant le paragraphe 1er, alinéa 1er, **la communication orale est permise pour la transmission d'autres communications que celles concernant les éléments essentiels de la procédure de passation, à condition de garder une trace suffisante du contenu de la communication orale. Sont notamment considérés comme faisant partie des éléments essentiels précités :**

- 1° les documents du marché;
- 2° les demandes de participation;
- 3° les offres.

En ce qui concerne la communication orale avec les soumissionnaires, susceptible d'avoir une incidence importante sur le contenu et l'évaluation des offres, **l'obligation de garder une trace suffisante** telle que visée à l'alinéa 1er se fait à l'aide de notes écrites ou d'enregistrements audio, d'un résumé des principaux éléments de la communication ou d'un autre moyen adéquat.

L'alinéa 1er n'empêche nullement que des sessions d'informations soient organisées, durant lesquelles la communication d'informations relatives aux documents du marché a lieu oralement, à condition de garder une trace suffisante du contenu de cette communication orale conformément à l'alinéa 2 et qu'aucune information qui ne se trouve pas déjà dans les documents de marché ne soit communiquée. Cette documentation est diffusée auprès de tous les intéressés.

§ 5. Nonobstant le paragraphe 1er, alinéa 2, l'adjudicateur peut, si nécessaire, prescrire l'utilisation d'outils et de dispositifs qui ne sont pas communément disponibles, à condition d'offrir d'autres moyens d'accès appropriés. Le Roi détermine les cas dans lesquels l'adjudicateur est réputé avoir offert d'autres moyens d'accès appropriés.

§ 6. L'adjudicateur veille 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 prend connaissance du contenu des offres et des demandes de participation qu'à l'expiration du délai ultime prévu pour la présentation de celles-ci.

2. Hypothèses de recours à d'autres moyens de communication que les moyens électroniques :

Différents motifs peuvent être invoqués par le pouvoir adjudicateur pour **déroger à l'obligation de prescrire l'usage de moyens de communication électroniques.**

Il s'agit notamment de l'impossibilité liée à :

1. à la nature du marché, l'utilisation de moyens électroniques nécessiterait des dispositifs particuliers qui ne sont pas communément disponibles ;
2. au contenu de ce qui doit être communiqué : transfert de maquettes,... ;
3. le marché public est passé par procédure négociée sans publication préalable dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne ;
4. la confidentialité.

S'il n'utilise pas les moyens électroniques, le pouvoir adjudicateur doit le **motiver**.

3. Autres moyens de communication :

En cas de recours à des **moyens autres** qu'électroniques, le pouvoir adjudicateur doit motiver les raisons pour lesquelles il ne déroge au principe.

Les communications peuvent se faire, soit :

- ❖ par voie postale
- ❖ par tout autre service de portage approprié
- ❖ en combinant les deux.

Les communications peuvent également se faire en **combinant** la voie postale/tout autre service de portage approprié et les moyens de communication électroniques.

La communication orale est, toutefois, permise pour la **transmission d'autres communications que** celles concernant les **éléments essentiels** de la procédure de passation, à **condition** de garder une **trace suffisante** du contenu de la communication orale.

Sont notamment considérés comme faisant partie des **éléments essentiels**, la communication :

- 1° des documents du marché
- 2° des demandes de participation
- 3° des offres.

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 **prend connaissance** du contenu des offres et des demandes de participation qu'à l'expiration du délai ultime prévu pour la présentation de celles-ci.

C. Mesure transitoires

Pour permettre aux pouvoirs adjudicateurs de s'adapter et de prendre leurs dispositions pour la mise en place d'une procédure entièrement électronique, un **régime transitoire** a été adopté.

Le **régime** sera **différent** selon que le montant estimé du marché atteint ou non les seuils européens.

1. Les marchés qui atteignent les seuils européens :

■ L'article 128 ARP prévoit :

*Pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil fixé pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur peut jusqu'au 17 octobre 2018 en ce compris, choisir de ne **pas faire** usage, ou de ne **pas exclusivement faire** usage des moyens de communication électroniques dans une procédure de passation. Dans un tel cas, il indique dans les documents du marché quel moyen de communication sera utilisé pour l'échange d'information, à savoir :*

1° la poste ou un autre porteur approprié;

2° le fax;

3° la communication électronique, mais sans utilisation des plateformes électroniques visées par l'article 14, § 7, de la loi, pour l'introduction des demandes de participation ou des offres;

4° une combinaison de ces moyens.

Lorsque le pouvoir adjudicateur choisit d'appliquer la mesure transitoire visée au présent article, **les articles 45, 90, §§ 1er et 2, alinéa 1er et 2, 91, § 1er, alinéa 1er et 2, 92, alinéas 1er à 3, 93 et 94 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, continuent à s'appliquer. Cependant:**

1° sauf indication contraire dans les documents du marché, les articles 90, § 1er et § 2, alinéa 1er et 2, 91, § 1er, alinéa 1er et 2, 92, alinéas 1er à 3, 93 et 94 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité ne s'appliquent que lorsqu'usage est fait de la procédure ouverte ou restreinte;

2° lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, le retrait d'une offre peut également être communiqué par fax ou par un moyen électronique, pour autant qu'il parvienne au président de la séance d'ouverture avant que cette séance ne soit déclarée ouverte, et qu'il soit confirmé par un envoi recommandé au plus tard la veille du jour de la séance d'ouverture;

3° l'article 90, § 1er, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité ne peut être appliqué que pour autant qu'il est fait usage de la poste ou d'un autre porteur approprié comme moyen de communication.

Lorsqu'il est fait usage de la présente disposition transitoire pour une autre procédure de passation que la procédure ouverte ou restreinte, le pouvoir adjudicateur indique dans les documents du marché quelles règles additionnelles en matière de moyens de communication s'appliquent.

La présente disposition transitoire continue de produire ses effets même après la date visée à l'alinéa 1er, pour les marchés publiés ou qui auraient dû être publiés jusqu'à cette date, ainsi que pour les marchés publics pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à introduire une offre est lancée jusqu'à cette date.

Le présent article n'est pas d'application lorsqu'il est fait usage du système d'acquisition dynamique, d'enchères électroniques ou de catalogues électroniques. Le présent article ne peut être appliqué dans le cadre des règles relatives à la publication, à la mise à disposition des documents de marché, ni par les centrales d'achat.

Depuis le 18 octobre 2018, tout pouvoir adjudicateur doit utiliser les moyens électroniques dans le cadre d'une procédure de passation de ce type de marché.

2. Les marchés qui n'atteignent pas les seuils européens :

■ L'article 129 ARP prévoit :

Sans préjudice de l'article 14, § 2, alinéa 1er, 5°, de la loi et pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur peut choisir **jusqu'au 31 décembre 2019 en ce compris** de ne pas faire usage, ou de ne pas exclusivement faire usage des moyens de communication électroniques dans une procédure de passation. Dans un tel cas, il indique dans les documents du marché quel moyen de communication sera utilisé pour l'échange d'information, à savoir :

1° la poste ou un autre porteur approprié;

2° le fax;

3° la communication électronique, mais sans utilisation des plateformes électroniques visées par l'article 14, § 7, de la loi, pour l'introduction des demandes de participation ou des offres;

4° une combinaison de ces moyens.

Lorsque le pouvoir adjudicateur choisit d'appliquer la mesure transitoire visée au présent article, **les articles 45, 90, § 1er et § 2, alinéa 1er et 2, 91, § 1er, alinéa 1er et 2, 92, alinéas 1er à 3, 93 et 94 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, continuent à s'appliquer.** Cependant :

1° sauf indication contraire dans les documents du marché, les articles 90, § 1er et § 2, alinéa 1er et 2, 91, § 1er, alinéa 1er et 2, 92, alinéas 1er à 3, 93 et 94 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité ne s'appliquent que lorsqu'usage est fait de la procédure ouverte ou restreinte;

2° lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, le retrait d'une offre peut également être communiqué par fax ou par un moyen électronique, pour autant qu'il parvienne au président de la séance d'ouverture avant que cette séance ne soit déclarée ouverte, et qu'il soit confirmé par un envoi recommandé au plus tard la veille du jour de la séance d'ouverture;

3° l'article 90, § 1er, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité ne peut être appliqué que pour autant qu'il soit fait usage de la poste ou d'un autre porteur appropriée comme moyen de communication.

Lorsqu'il est fait usage de la présente disposition transitoire pour une autre procédure de passation que la procédure ouverte ou restreinte, le pouvoir adjudicateur indique dans les documents du marché quelles règles additionnelles en matière de moyens de communication s'appliquent.

La présente disposition transitoire continue de produire ses effets même après la date visée à l'alinéa 1er, pour les marchés publiés ou qui auraient dû être publiés jusqu'à cette date ainsi que pour les marchés, pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à introduire une offre est lancée jusqu'à cette date.

Le présent article n'est pas d'application lorsqu'il est fait usage du système d'acquisition dynamique, d'enchères électroniques ou de catalogues électroniques. Le présent article ne peut être appliqué dans le cadre des règles relatives à la publication, ni par les centrales d'achat.

Le présent article peut par contre être appliqué dans le cadre de la mise à disposition des documents du marché.

Jusqu'au 31 décembre 2019 inclus, les pouvoirs adjudicateurs peuvent choisir de ne pas du tout utiliser les moyens électroniques ou de les utiliser partiellement dans une procédure de passation de marché.

Dans ce cas, il indique, dans les documents du marché, quel moyen de communication sera utilisé pour l'échange d'information, à savoir :

- 1° la poste ou un autre porteur approprié,
- 2° le fax,
- 3° la communication électronique, mais hors plateformes électroniques pour l'introduction des demandes de participation ou des offres,
- 4° une combinaison de ces moyens.

Le régime juridique applicable est celui prévu dans l'ancien arrêté du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et plus précisément les articles :

- 45, 90, §§ 1 et 2, alinéas 1 et 2, 91, § 1er, alinéa 1er et 2,
- 92, alinéas 1er à 3, 93 et 94.

Ces articles ont été abrogés. Bien que leur contenu ait disparu des textes, on peut toujours les appliquer de manière transitoire. En voici la dernière version :

Article 45 AR 15/7/2011

Lorsque la procédure de passation implique la tenue d'une séance d'ouverture des offres ou lorsque les documents du marché prévoient une telle séance pour l'ouverture des demandes de participation ou des offres, le moment ultime de leur réception est déterminé par la date et l'heure de cette séance.

Article 90, §§1 et 2, al.1 et 2 AR 15/7/2011

§1er. L'offre établie sur papier sous pli définitivement scellé mentionnant la date de la séance d'ouverture, le numéro de cahier spécial des charges ou l'objet du marché et éventuellement les numéros des lots. Elle est envoyée par service postale ou remise par porteur.

En cas d'envoi par service postal, ce pli définitivement scellé est glissé dans une seconde enveloppe fermée portant clairement la mention « offre ».

L'ensemble est envoyé à l'adresse mentionnée dans les documents du marché.

Le porteur remet l'offre à la personne désignée à cet effet par le pouvoir adjudicateur ou dépose cette offre dans la boîte prévue à cette fin.

Le présent paragraphe est applicable aux offres établies par des moyens électroniques qui ne sont pas transmises par ces moyens.

§2. Toute offre doit parvenir au président de séance avant qu'il ne déclare la séance ouverte.

Quelle qu'en soit la cause, les offres parvenues tardivement auprès du président sont refusées ou conservées sans être ouvertes.

Toutefois, une telle offre est acceptée pour autant que le pouvoir adjudicateur n'ait pas encore conclu le marché et que l'offre ait été envoyée sous pli recommandé, au plus tard le quatrième jour de calendrier précédant la date d'ouverture des offres.

Article 91, §1^{er}, al.1 et 2 AR 15/7/2011

§1er. Les modifications à l'offre déjà envoyée ou remise ainsi que son retrait nécessitent une déclaration écrite, signée par le soumissionnaire.

L'objet et la portée des modifications doivent être indiqués avec précision.

Article 92, alinéas 1er à 3 AR 15/7/2011

La séance d'ouverture des offres se déroule au lieu, date et heure fixés par les documents du marché.

Elle est dirigée par le président qui est assisté d'un ou de plusieurs assesseurs.

Les opérations se déroulent dans l'ordre suivant :

1° avant d'admettre les intéressés dans le local désigné, le président y dépose les offres déjà reçues et non transmises par des moyens électroniques ;

2° le local étant ouvert au public, les offres nouvellement apportées sont remises au président. En cas de procédure restreinte, seuls les soumissionnaires ou leurs représentants sont admis dans le local ;

3° le président déclare la séance ouverte. A partir de ce moment, l'article 90, §2 est d'application.

4° il est procédé ensuite au dépouillement de toutes les offres recueillies ;

5° le président proclame le nom ou la raison sociale des soumissionnaires, leur domicile ou leur siège social et les retraits d'offres.

En adjudication, le président proclame en outre les montants totaux des offres, TVA comprise, y compris pour les variantes, les options obligatoires, les rabais et les suppléments. Lorsque l'adjudication est relative à un grand nombre de lots, la proclamation des prix peut être remplacée par un autre moyen de présentation des prix en séance ;

6° le président ou un assesseur paraphe page par page les offres en ce compris les annexes qu'il juge les plus importantes,

ainsi que leurs modifications et leurs retraits. Le paraphe peut être remplacé par un autre moyen d'authentification, tel qu'un cachet ou une griffe.

Procédure ouverte/restreinte	Il faut mentionner, dans les documents du marché, que les articles de l'AR 15/7/2011 s'appliquent sinon ils ne pourront être appliqués ultérieurement.
Procédure ouverte/restreinte	Le retrait d'une offre peut être communiqué : <ul style="list-style-type: none">∞ par fax ou∞ par un moyen électronique, pour autant que le retrait : <ul style="list-style-type: none">∞ parvienne au président de la séance d'ouverture avant qu'elle ne soit déclarée ouverte, et∞ soit confirmé par un envoi recommandé au plus tard la veille du jour de la séance d'ouverture;
Autres procédures que les procédures ouvertes/restreintes	Le pouvoir adjudicateur indique dans les documents du marché les règles qu'il entend appliquer aux moyens de communication
Système d'acquisition dynamique, d'enchères électroniques ou de catalogues électroniques Centrales d'achat.	Le présent article n'est pas d'application

CHAPITRE 11 : NOTION D'OFFRE - DEPÔT DES OFFRES –

OUVERTURE DES OFFRES

Section 1 : Notion d'offre

- L'article 2, 15° de la loi prévoit :

Engagement du soumissionnaire d'exécuter le marché sur la base des documents du marché et aux conditions qu'il présente.

L'offre est un document qui reprend la manière dont l'opérateur économique va réaliser la commande du pouvoir adjudicateur et pour quel montant.

Pour être valable, l'offre doit répondre en tout point aux exigences des documents du marché sous peine de poser problème au niveau de sa régularité.

Si l'offre est déposée par une société, elle doit émaner d'une personne capable d'engager la société. Il incombe au pouvoir adjudicateur de vérifier, sur base des statuts, si la personne signataire de l'offre est apte à engager la société.

Section 2 : Dépôt des offres - Ouverture des offres

A. Principe général

- L'article 83 ARP prévoit :

Sans préjudice de l'article 57, toute demande de participation ou offre doit parvenir avant la date et l'heure ultime de dépôt. Les demandes de participation ou les offres parvenues tardivement ne sont pas acceptées.

Le pouvoir adjudicateur doit disposer de toute candidature/de toute offre avant la date et l'heure ultime de réception. A défaut, elles doivent être écartées.

B. Ouverture électronique

- L'article 84 ARP prévoit :

Pour les procédures de passation pour lesquelles le pouvoir adjudicateur utilise les moyens de communication électroniques visés à l'article 14, § 7, de la loi, l'ouverture des offres se déroule à la date et à l'heure fixées par les documents du marché. Les opérations se déroulent dans l'ordre suivant :

1° les offres sont déposées électroniquement sur la plateforme visée à l'article 14, § 7, de la loi;

2° il est procédé à l'ouverture de toutes les offres introduites;

3° un procès-verbal est dressé.

Le procès-verbal visé à l'alinéa 1er, 3°, contient au moins :

1° le nom ou la raison sociale des soumissionnaires, leur domicile et leur siège social;

2° le nom de la ou des personne(s) qui a/ont signé le rapport de dépôt électroniquement.

L'ouverture des offres se déroule aux date et heure fixées dans les documents du marché.

Les offres électroniques, préalablement déposées par les soumissionnaires, sont ouvertes par la voie électronique et un procès-verbal électronique des offres est rédigé. Celui-ci mentionne le nom du soumissionnaire ainsi que l'identité de la ou des personne(s) qui a (ont) signé le rapport de dépôt électroniquement.

C. Ouverture autre qu'électronique

■ L'article 85 ARP prévoit :

*Pour les procédures de passation pour lesquelles le pouvoir adjudicateur **n'utilise pas les moyens de communication électroniques** visés à l'article 14, § 7, de la loi, il appartient au pouvoir adjudicateur de **définir les modalités de dépôt et d'ouverture des offres dans les documents du marché.***

C'est le pouvoir adjudicateur qui définit les modalités de dépôt et d'ouverture des offres.

Il peut s'inspirer de ce qui était prévu dans l'ancien arrêté royal du 15 juillet 2011 pour les définir (voir chapitre 10).

D. Offre tardive autre qu'électronique

■ L'article 57, §2 ARP prévoit :

*§ 2. Pour les marchés pour lesquels il n'est **pas fait usage d'une plateforme électronique** conformément à l'article 14, § 2, de la loi, une offre reçue tardivement est acceptée pour autant que le pouvoir adjudicateur n'ait pas encore conclu le marché et que l'offre ait été envoyée par recommandé, au plus tard le quatrième jour précédant la date de l'ouverture des offres.*

Pour autant que le pouvoir adjudicateur n'opte pas pour le dépôt des offres électroniques, l'offre tardive ne peut être prise en considération que pour autant qu'elle ait été envoyée par la voie postale et par recommandé au plus tard le 4^{ième} jour précédant la date d'ouverture des offres.

Section 3 : Nombre d'offres par marché

A. Principe

■ L'article 54, §§1 et 2, alinéa 1^{er} ARP prévoit :

*§ 1er. Un candidat ne peut introduire qu'**une seule demande de participation par marché.***

*§ 2. Un soumissionnaire ne peut remettre qu'**une offre par marché** ou, en cas de dialogue compétitif, par solution acceptée. La remise de l'offre initiale ne fait cependant pas obstacle, pour autant que la procédure de passation concernée le permette, à la tenue de négociations, à l'introduction d'offres ultérieures ou à l'introduction de l'offre définitive.*

*L'alinéa 1er ne porte pas préjudice à la **possibilité ou à l'obligation d'introduire une ou plusieurs variantes ou une offre comportant un ou plusieurs lots** pour un même marché, pour autant que ceci soit permis en vertu respectivement de l'article 56 ou de l'article 58 de la loi.*

Pour l'application de ce paragraphe, chaque participant à un groupement d'opérateurs économiques sans personnalité juridique est considéré comme un soumissionnaire.

*§ 3. **Sauf disposition contraire dans les documents du marché, la présente disposition n'est pas d'application en cas de procédure négociée sans publication préalable.***

La réglementation interdit au soumissionnaire de déposer plusieurs offres dans le cadre d'un même marché, et ce, pour préserver le principe d'égalité entre les soumissionnaires.

Toutefois, si un opérateur économique ne peut déposer qu'une seule offre par marché, il peut remettre prix sans aucune limitation de nombre en tant que sous-traitant.

→ SOUMISSIONNAIRE UNE SEULE FOIS SAUF PNSPP
→ SOUS-TRAITANT PAS DE LIMITE

B. Exception : la procédure négociée sans publication préalable

■ L'article 54, §3 ARP prévoit :

§ 1er. (...)

§ 3. *Sauf disposition contraire dans les documents du marché, la présente disposition n'est pas d'application en cas de procédure négociée sans publication préalable.*

En d'autres termes, en procédure négociée sans publication préalable, et pour autant que le pouvoir adjudicateur n'ait pas prévu autre chose dans les documents du marché, un même soumissionnaire peut remettre plusieurs offres initiales au cours d'une même procédure.

C. Premier cas particulier : Variantes - Options

■ L'article 54, §§1 et 2, alinéa 1^{er} ARP prévoit :

§ 1er. (...)

L'alinéa 1er ne porte pas préjudice à la possibilité ou à l'obligation d'introduire une ou plusieurs variantes ou une offre comportant un ou plusieurs lots pour un même marché, pour autant que ceci soit permis en vertu respectivement de l'article 56 ou de l'article 58 de la loi.

Pour l'application de ce paragraphe, chaque participant à un groupement d'opérateurs économiques sans personnalité juridique est considéré comme un soumissionnaire.

En cas de **variantes**, le soumissionnaire dépose une offre pour la proposition de base et pour chaque variante. Dans cette hypothèse, le soumissionnaire doit bien spécifier sur le document s'il s'agit de l'offre de base ou d'une variante.

Par contre en cas **d'option**, le soumissionnaire dépose une seule offre.

1. Variantes

a) Définition

■ L'article 2, 53° de la loi prévoit :

Mode alternatif de conception ou d'exécution qui est introduit soit à la demande du pouvoir adjudicateur, soit à l'initiative du soumissionnaire ; (...) »

■ L'article 56 de la loi prévoit :

§ 1er. Le pouvoir adjudicateur **peut autoriser** les soumissionnaires à introduire des **variantes** ou des options **ou leur imposer de le faire**. Il mentionne dans l'avis de marché ou dans les documents du marché en cas de procédure négociée sans publicité préalable s'il autorise ou impose l'introduction de variantes ou options. **A défaut d'une telle mention, aucune variante ni option ne sera autorisée.**

Pour les marchés dont la valeur estimée est inférieure aux seuils fixés pour la publicité européenne, les soumissionnaires peuvent également, par dérogation à l'alinéa premier et en l'absence de clause contraire dans les documents de marché, introduire des variantes ou des options sans que l'avis de marché ou les documents de marché ne le mentionnent. Ces variantes ou options sont respectivement appelées des "variantes libres" et "options libres".

Les variantes et options sont **liées à l'objet du marché**.

§ 2. S'agissant des variantes et options exigées et autorisées, le pouvoir adjudicateur **mentionne** dans les documents de marché les **exigences minimales** auxquelles elles devront satisfaire ainsi que les exigences spécifiques relatives à leur mode d'introduction. L'obligation de mentionner des exigences minimales et spécifiques relatives à l'introduction ne s'applique pas aux variantes ou options libres visées au paragraphe 1er, alinéa 2.

Le pouvoir adjudicateur mentionne dans les documents de marché si des **variantes ne peuvent être introduites qu'à condition qu'une offre de base soit également déposée**. Les options ne peuvent cependant pas être introduites sans offre de base ou, le cas échéant, sans variante. Les documents de marché doivent faire mention de cette dernière obligation.

Le pouvoir adjudicateur garantit que les **critères d'attribution** sélectionnés **peuvent s'appliquer** aux variantes exigées et autorisées qui satisfont aux prescriptions minimales ainsi qu'aux offres de base.

§ 3. Pour les procédures de passation de marchés publics de fournitures ou de services, le pouvoir adjudicateur ne rejette pas une variante ou une option au seul motif qu'elle aboutirait, si elle était retenue, soit à un marché de services au lieu d'un marché de fournitures, soit à un marché de fournitures au lieu d'un marché de services.

§ 4. Le pouvoir adjudicateur n'est jamais obligé de lever une option, ni lors de la conclusion, ni pendant l'exécution du marché.

§ 5. Le Roi peut arrêter les modalités matérielles et procédurales additionnelles en matière de variantes et option pour les procédures qu'il détermine.

Il est donc question de proposer une autre manière de concevoir et/ou de réaliser une mission. C'est un mode alternatif qui permet la satisfaction du même besoin.

L'offre portant sur une variante est donc une offre alternative à une offre de base, déposée par un même soumissionnaire relativement à tel ou tel point des documents du marché.

De manière simplifiée, on peut dire que c'est **faire la même chose autrement**.

Exemples : Dans le cadre d'un marché de fourniture d'un véhicule, le pouvoir adjudicateur demande qu'on lui remette prix pour un moteur diesel et en variante pour un moteur à essence.

Dans le cadre d'un marché de travaux, le pouvoir adjudicateur demande qu'on lui remette prix pour la pose de châssis en bois et en variante pour des châssis en PVC.

Cette proposition de variante peut émaner du pouvoir adjudicateur ou du soumissionnaire.

En termes d'offre, elle doit être formalisée sur un document distinct de celui de l'offre de base.

La variante est donc, en quelque sorte, une exception au principe selon lequel le soumissionnaire ne peut remettre qu'une offre par marché, puisqu'il devra remettre une offre de base et une offre par variante.

B) Types de variantes

Il existe 3 types de variantes :

- a) les variantes obligatoires : celles qui émanent du pouvoir adjudicateur et pour lesquelles le soumissionnaire DOIT remettre prix
- b) les variantes facultatives : celles qui émanent du pouvoir adjudicateur et pour lesquelles le soumissionnaire PEUT remettre prix
- c) les variantes libres : celles qui émanent du soumissionnaire pour autant qu'elles ne soient pas interdites.

Le pouvoir adjudicateur doit mentionner dans l'avis de marché ou dans les documents du marché s'il autorise (libres) ou impose l'introduction de variantes (imposées/facultatives).

C) Régime juridique

En l'absence de mention et pour les marchés dont le montant estimé > seuils européens : les variantes libres sont INTERDITES.

En l'absence de mention et pour les marchés dont le montant estimé < seuils européens : les variantes libres sont AUTORISEES.

Elles doivent en tout état de cause se rapporter à l'objet du marché.

Lorsque les variantes émanent du pouvoir adjudicateur, elles doivent être définies, par lui, de manière précise.

Les modalités d'introduction doivent être également fixées : le pouvoir adjudicateur doit indiquer si l'offre introduite en variante doit être déposée ou non à la suite d'une offre de base.

Elles doivent pouvoir être analysées sur base des critères d'attribution prévus dans les documents du marché.

2. Options

a) Définition

■ L'article 2, 54° de la loi prévoit :

Elément accessoire et non strictement nécessaire à l'exécution du marché, qui est introduit soit à la demande de l'adjudicateur, soit à l'initiative du soumissionnaire.

■ L'article 56 de la loi prévoit :

§ 1er. Le pouvoir adjudicateur **peut autoriser** les soumissionnaires à introduire des variantes, ou des **options** ou leur **imposer de le faire**. Il mentionne dans l'avis de marché ou dans les documents du marché en cas de procédure négociée sans publicité préalable s'il autorise ou impose l'introduction de variantes ou options. **A défaut d'une telle mention, aucune variante ni option ne sera autorisée.**

Pour les marchés dont la valeur estimée est inférieure aux seuils fixés pour la publicité européenne, les soumissionnaires peuvent également, par dérogation à l'alinéa premier et en l'absence de clause contraire dans les documents de marché, introduire des variantes ou des options sans que l'avis de marché ou les documents de marché ne le mentionnent. Ces variantes ou options sont respectivement appelées des "variantes libres" et "options libres".

Les variantes et options sont **liées à l'objet du marché**.

§ 2. S'agissant des variantes et options exigées et autorisées, le pouvoir adjudicateur **mentionne** dans les documents de marché les **exigences minimales** auxquelles elles devront satisfaire ainsi que les exigences spécifiques relatives à leur mode d'introduction. L'obligation de mentionner des exigences minimales et spécifiques relatives à l'introduction ne s'applique pas aux variantes ou options libres visées au paragraphe 1er, alinéa 2.

Le pouvoir adjudicateur mentionne dans les documents de marché si des variantes ne peuvent être introduites qu'à condition qu'une offre de base soit également déposée. Les **options ne peuvent pas être introduites sans offre de base ou, le cas échéant, sans variante**. Les documents de marché doivent faire mention de cette dernière obligation.

Le pouvoir adjudicateur garantit que les critères d'attribution sélectionnés peuvent s'appliquer aux variantes exigées et autorisées qui satisfont aux prescriptions minimales ainsi qu'aux offres de base.

§ 3. Pour les procédures de passation de marchés publics de fournitures ou de services, le pouvoir adjudicateur ne rejette pas une variante ou une option au seul motif qu'elle aboutirait, si elle était retenue, soit à un marché de services au lieu d'un marché de fournitures, soit à un marché de fournitures au lieu d'un marché de services.

§ 4. Le pouvoir adjudicateur **n'est jamais obligé de lever une option**, ni lors de la conclusion, ni pendant l'exécution du marché.

§ 5. Le Roi peut arrêter les modalités matérielles et procédurales additionnelles en matière de variantes et option pour les procédures qu'il détermine.

L'option est donc un élément accessoire du marché et le pouvoir adjudicateur se réserve la faculté de le commander ou non.

De manière simplifiée, on peut dire que c'est **ajouter quelque chose de non nécessaire**.

Exemples : Dans le cadre d'un marché de fourniture d'un véhicule, le pouvoir adjudicateur demande une remise de prix pour l'attache-remorque, la peinture métallisée,...

Dans le cadre d'un marché de travaux, le pouvoir adjudicateur demande une remise de prix pour la construction d'une cave supplémentaire.

Ce n'est donc pas une exception au principe : un marché → une offre.

B) Types d'options

Il existe 3 types d'options :

- a) les options **obligatoires** : celles qui émanent du pouvoir adjudicateur et pour lesquelles le soumissionnaire DOIT remettre prix
- b) les options **facultatives** : celles qui émanent du pouvoir adjudicateur et pour lesquelles le soumissionnaire PEUT remettre prix
- c) les options **libres** : celles qui émanent du soumissionnaire pour autant qu'elles ne soient pas interdites.

Le pouvoir adjudicateur doit mentionner dans l'avis de marché ou dans les documents du marché s'il autorise (libres) ou impose l'introduction d'options (imposées/facultatives).

C) Régime juridique

En l'absence de mention et pour les marchés dont le montant estimé > seuils européens : les options libres sont INTERDITES.

En l'absence de mention et pour les marchés dont le montant estimé < seuils européens : les options libres sont AUTORISEES.

Elles doivent en tout état de cause se rapporter à l'objet du marché.

Lorsque les options émanent du pouvoir adjudicateur, elles doivent être définies, par lui, de manière précise.

Les modalités d'introduction doivent être également fixées.

Elles ne peuvent toutefois être introduites en l'absence d'une offre de base ou d'une offre en variante dans la mesure où elles constituent un accessoire de celles-ci.

Le pouvoir adjudicateur n'est jamais obligé de lever une option, c'est-à-dire de la mettre en œuvre.

Pour pouvoir lever l'option, le pouvoir adjudicateur aura dû en l'avoir prise en compte dans le classement, sinon il ne pourra la lever par la suite sous peine de rompre le principe d'égalité.

D. Second cas particulier : Lots – Tranches - Recondutions

1. Lots

a) Définition

■ L'article 2, 54° de la loi prévoit :

Subdivision d'un marché susceptible d'être attribuée séparément, en principe en vue d'une exécution distincte.

Au sein de l'objet d'un même marché, il existe différents types de missions qui ne peuvent nécessairement être réalisées par le même opérateur économique.

Il s'agit de faire des subdivisions pour permettre au plus grand nombre de soumissionner et/ou pour éviter la scission de marché.

En effet, en cas de marché à lots, chaque opérateur économique pourra, en principe, choisir les lots pour lesquels il remettra prix. Il ne peut en aucun cas être obligé, par le pouvoir adjudicateur, de soumissionner pour l'ensemble des lots.

Exemples : Dans le cadre d'un marché de travaux de construction d'un hôtel de ville, le pouvoir adjudicateur peut prévoir les lots suivants :

- Lot 1 : Gros œuvre
- Lot 2 : Toiture
- Lot 3 : Menuiseries
- Lot 4 : Chauffage sanitaire
- Lot 5 : Carrelage
- Lot 6 : Electricité,...

Dans le cadre d'un marché de fournitures de denrées alimentaires, le pouvoir adjudicateur peut prévoir les lots suivants :

- Lot 1 : Viandes
- Lot 2 : Poissons
- Lot 3 : Fromages et produits laitiers
- Lot 4 : Produits de boulangerie et viennoiseries

En conséquence, en cas de lots, le pouvoir adjudicateur peut être amené à devoir coordonner plusieurs adjudicataires différents dans le cadre du même marché.

Un marché à lots constitue au niveau de :

- sa **conclusion** → **UN SEUL** marché
- son **exécution** → **AUTANT DE MARCHES DISTINCTS** qu'il n'y a de lots
(possibilité d'avoir **autant d'adjudicataires** ≠ qu'il n'y a de lots ≠)

Remarque : Ne pas confondre « lot » et « poste »

En cas de lots : le soumissionnaire peut, s'il le souhaite, remettre offre pour toute ou partie des lots.

En cas de postes : il s'agit d'un seul et même marché qui implique le dépôt d'une seule offre pour la totalité des postes.

b) Régime juridique

■ L'article 58 de la loi prévoit :

*§ 1er. Le pouvoir adjudicateur peut décider de passer un marché 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**.*

*Pour les marchés de fournitures, de services et de travaux dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil européen révisable pour la publicité européenne, **tel qu'applicable aux marchés publics de fournitures et de services passés par les pouvoirs adjudicateurs fédéraux**, tous les pouvoirs adjudicateurs doivent **envisager la division du marché en lots** et, s'ils décident de ne pas diviser en lots, les raisons principales doivent être mentionnées dans les documents du marché ou dans les informations visées à l'article 164, § 1er.*

*Si le pouvoir adjudicateur choisit de passer un marché sous la forme de lots distincts, il a le **droit de n'en attribuer que certains 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.*

Dans l'avis de marché, le pouvoir adjudicateur indique s'il est possible de soumettre une offre pour un seul lot, pour plusieurs lots ou pour tous les lots.

§ 2. Le pouvoir adjudicateur peut, même lorsqu'il est possible de soumettre une offre pour plusieurs lots ou tous les lots, limiter le nombre de lots qui peuvent être attribués à un seul soumissionnaire, à condition que le nombre maximal de lots par soumissionnaire soit inscrit dans l'avis de marché. Le pouvoir adjudicateur indique dans les documents du marché les critères ou règles objectifs et non discriminatoires qu'il entend appliquer pour déterminer quels lots seront attribués lorsque l'application des critères d'attribution conduirait à attribuer à un soumissionnaire un nombre de lots supérieur au nombre maximal.

■ L'article 49 ARP prévoit :

*En cas de marchés à lots, le pouvoir adjudicateur peut, sans préjudice de l'article 58, § 1er, de la loi, **fixer le niveau minimal** requis pour la sélection qualitative :*

1° pour chacun des lots séparément;

2° en cas d'attribution de plusieurs lots à un même soumissionnaire.

*Lorsque le pouvoir adjudicateur fait application de l'alinéa 1er, 2°, il **vérifie lors de l'attribution** des lots concernés, s'il est satisfait au niveau minimal exigé.*

*Lorsque les documents du marché le requièrent et que le pouvoir adjudicateur fait application de l'alinéa 1er, 2°, le soumissionnaire indique dans ses offres pour plusieurs lots son **ordre de préférence** pour l'attribution de ces lots.*

Lorsque le pouvoir adjudicateur décide d'allotir, il doit fixer *dans les documents du marché* :

- La nature des lots
- Leur objet
- La méthode de répartition en cas d'égalité entre deux soumissionnaires
- Leurs caractéristiques

Il doit également indiquer *dans l'avis de marché* :

- Si un même soumissionnaire peut remettre prix pour tous les lots ou certains d'entre eux seulement
- S'il veut imposer un nombre de lots maximal attribués à un même soumissionnaire. Dans ce cas, le soumissionnaire doit indiquer dans son offre, l'ordre de préférence des lots qu'il souhaiterait se voir attribuer.
- S'il décide de *limiter* le nombre de lots pour lesquels un même opérateur économique peut soumissionner.

→ **En conséquence, le pouvoir adjudicateur peut prévoir n'importe quelle combinaison, n'importe quel cas de figure, SANS TOUTEFOIS pouvoir obliger un même opérateur économique de remettre offre pour TOUS les lots. En effet, cela reviendrait à rendre inopérante la division en lots.**

Les critères de sélection qualitative (capacité économique et financière et technique) de même que les critères d'attribution peuvent être différents selon les lots concernés de même qu'en cas de regroupement de plusieurs lots dans le chef d'un même adjudicataire.

Le pouvoir adjudicateur a *l'obligation d'envisager l'allotissement* dès l'instant où le montant estimé HTVA du marché atteint le seuil fixé pour la publicité européenne applicable aux marchés publics de services et de fournitures passés par des pouvoirs adjudicateurs fédéraux soit 144.000 euros à ce jour.

La raison d'être de cette disposition est de faciliter l'accès des PME aux marchés publics.

Si le pouvoir adjudicateur estime qu'il est **impossible de prévoir des lots**, il doit le **motiver**. A cet égard, l'exposé des motifs de la loi prévoit que le pouvoir adjudicateur pourrait invoquer les raisons suivantes pour ne pas allotir :

- ❖ Le fait d'allotir restreint la concurrence
- ❖ Le fait d'allotir rend l'exécution des marchés excessivement coûteuse ou difficile sur le plan technique
- ❖ Le fait d'allotir et, par voie de conséquence, l'obligation de coordonner les adjudicataires pourrait compromettre gravement la bonne exécution du marché.

Le pouvoir adjudicateur n'est **pas obligé d'attribuer tous les lots** qu'il a prévus dans son marché. En tout état de cause, qu'il attribue ou non tel ou tel lot, il doit adopter une décision motivée en bonne et due forme soit d'attribution ou de renonciation.

Il peut également relancer un ou plusieurs autres marchés pour les lots qu'il n'a pas pu attribuer le cas échéant.

■ L'article 50 ARP prévoit :

*Dans ses offres pour plusieurs lots, le soumissionnaire **peut présenter** soit un ou plusieurs **rabais**, soit une **ou plusieurs propositions d'amélioration de son offre** pour le cas où ces mêmes lots lui seraient attribués, à condition que les documents du marché ne l'interdisent pas.*

En cas de réunion de lots dans le chef d'un même adjudicataire, celui-ci peut proposer des rabais ou faire de meilleures propositions pour autant que cela ne soit pas interdit dans les documents du marché.

2. Tranches

a) Définition

■ L'article 57, alinéas 1, 2, 4 et 5 de la loi prévoit :

*Lorsque le pouvoir adjudicateur en démontre la nécessité, il peut recourir à un marché fractionné en une ou plusieurs **tranches fermes** et une ou **plusieurs tranches conditionnelles**. Bien que la **conclusion** du marché porte sur **l'ensemble du marché**, elle n'**engage** le pouvoir adjudicateur **que pour les tranches fermes**. 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. L'exécution de la tranche conditionnelle ne peut pas changer la nature globale du marché.*

(...)

*Les **clauses** prévues au présent article doivent être rédigées de manière **claire, précise et univoque**. Ces clauses **indiquent** 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.*

Le Roi peut fixer les modalités additionnelles pour l'utilisation des marchés à tranches fermes et conditionnelles, ainsi que pour l'utilisation des clauses de reconduction.

Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas sûr de réaliser l'intégralité des missions prévues dans les documents du marché, il peut prévoir des tranches fermes pour les missions qu'il est sûr de commander et des tranches conditionnelles pour les autres missions.

Ainsi, le soumissionnaire est informé, dès la mise en concurrence, des missions qu'il sera sûr de pouvoir exécuter et celles pour lesquelles le pouvoir adjudicateur une hésitation. **L'avantage** est que le pouvoir adjudicateur ne sera pas tenu d'indemniser l'adjudicataire pour les missions potentielles qui ne seraient pas commandées.

Il existe donc **deux types** de tranches : les tranches fermes et conditionnelles.

La **nécessité** de prévoir des tranches doit être démontrée.

En cas de marché à tranches, la **conclusion** du marché porte **l'ensemble** des tranches prévues dans les documents du marché mais **l'engagement** du pouvoir adjudicateur ne porte que sur les **tranches fermes**.

Exemples : Dans le cadre d'un marché de service visant la conception d'un hall de sports :

- Tranche 1 (ferme) : Etudes, esquisses et avant projet
- Tranche 2 (conditionnelle) : Avant projet définitif et permis d'urbanisme
- Tranche 3 (conditionnelle) : Rédaction des documents du marché de travaux mise en concurrence et analyse des offres
- Tranche 4 (conditionnelle) : Direction du chantier

Le pouvoir adjudicateur notifiera le marché pour l'intégralité des tranches fermes et conditionnelles prévues dans les documents du marché mais il ne sera tenu de faire réaliser que la première tranche. Si la collaboration devait se terminer au terme de la première tranche, aucune indemnité n'est due pour l'inexécution des tranches ultérieures puisque l'adjudicataire savait qu'il y avait un risque qu'il ne puisse réaliser la totalité de la mission.

b) Régime juridique

Au cours de l'exécution du marché proprement dit, **l'exécution de chaque tranche conditionnelle** nécessite l'adoption d'une **décision** du pouvoir adjudicateur portée à la connaissance de l'adjudicataire.

Elle doit être systématiquement commandée puisque l'adjudicataire ne sait pas si elle va ou non être réalisée.

Les **modalités** de commande des tranches conditionnelles doivent être indiquées dans les documents du marché et doivent :

- être rédigées de manière claire, précise et univoque
- indiquer le champ d'application et la nature des conséquences qui peuvent en résulter
- indiquer les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage.

L'exécution de la tranche conditionnelle ne peut pas changer la nature globale du marché.

Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indemniser l'adjudicataire pour les missions relevant des tranches conditionnelles qui ne seraient pas commandées.

3. Reconductions

a) Définition

■ L'article 57, alinéas 3, 4 et 5 de la loi prévoit :

(...)

*Dès sa conclusion, un marché peut comporter une ou plusieurs **reconductions**, selon les modalités mentionnées dans les documents du marché initiaux. La **durée totale**, y compris les reconductions, **ne peut en règle générale dépasser quatre ans à partir de la conclusion du marché**. La reconduction ne peut pas donner lieu à un changement de la nature globale du marché.*

Les clauses prévues au présent article doivent être rédigées de manière claire, précise et univoque. Ces clauses indiquent 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.

Le Roi peut fixer les modalités additionnelles pour l'utilisation des marchés à tranches fermes et conditionnelles, ainsi que pour l'utilisation des clauses de reconduction.

Le pouvoir adjudicateur peut prévoir des clauses de reconduction dans les documents du marché.

La durée totale d'un marché, ne peut en règle générale, excéder 4 ans. En d'autres termes, moyennant motivation adéquate, il est possible de prévoir des durées plus longues.

b) Régime juridique

Les modalités d'application de la clause de reconduction doivent :

- être mentionnées dans les documents du marché
- être rédigées de manière claire, précise et univoque
- indiquer le champ d'application et la nature des conséquences qui peuvent en résulter
- indiquer les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage.

Un même marché peut comporter une ou plusieurs reconductions.

La reconduction ne peut pas changer la nature globale du marché.

Les reconductions sont comprises pour estimer le montant du marché.

CHAPITRE 12 : ANALYSE DES OFFRES

Section 1 : Rectification des erreurs

A. Principe

■ L'article 33 ARP prévoit :

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.

Les offres qui doivent faire l'objet d'un classement ne peuvent contenir d'erreurs ou d'omissions. Elles doivent être justes et complètes afin de traiter tous les soumissionnaires sur pied d'égalité et en toute transparence.

C'est la raison pour laquelle cette disposition fixe le principe selon lequel les offres doivent être rectifiées avant d'être analysées.

B. Procédure de rectification des erreurs par le pouvoir adjudicateur

■ L'article 34 ARP prévoit :

*§ 1er. Le pouvoir adjudicateur **rectifie les offres** en fonction des **erreurs** dans les **opérations arithmétiques** ainsi que des **erreurs purement matérielles** relevées par lui ou par un soumissionnaire dans les documents du marché.*

*§ 2. Le pouvoir adjudicateur **rectifie** les **erreurs** dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles dans les offres, sans que sa **responsabilité ne soit engagée** pour les **erreurs** qui n'auraient **pas** été **décelées**.*

*Afin de **rectifier** les **erreurs** dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles relevées par lui dans les offres, le pouvoir adjudicateur **recherche l'intention réelle** du soumissionnaire en analysant l'offre dans sa globalité et en comparant celle-ci aux autres offres ainsi qu'aux prix courants. **S'il s'avère que** suite à cette analyse de l'offre, **cette intention n'est pas suffisamment claire**, le pouvoir adjudicateur **peut**, dans le **déla**i qu'il détermine, **inviter** le soumissionnaire à **préciser** et à compléter la teneur de son offre sans la modifier et ce, sans préjudice de la possibilité de négocier lorsque la procédure le permet.*

*Lorsque, dans ce dernier cas, **aucune précision n'est donnée** ou que le pouvoir adjudicateur estime que la **précision est inacceptable**, il **rectifie** les erreurs en fonction de ses **propres constatations**. **Si cela ne s'avère pas possible**, le pouvoir adjudicateur **peut soit** décider que les prix unitaires sont d'application, **soit** décider d'écartier l'offre comme irrégulière.*

*§ 3. Lorsque le pouvoir adjudicateur **rectifie** les erreurs **directement dans les offres**, il **conserve** une version originale des offres et veille à ce que les rectifications soient identifiables tout en maintenant visibles les données originales.*

Cette disposition définit la procédure à respecter pour la rectification des offres qui contiennent des erreurs.

1. Quelles erreurs peuvent être corrigées?

Seules les erreurs matérielles et arithmétiques peuvent être corrigées.

Constituent des erreurs arithmétiques : une faute de frappe, une virgule mal placée, un zéro de trop alors que tous les autres chiffres relatifs à ce poste ne contiennent pas ce zéro,....

Par erreur arithmétique, il faut entendre toute faute dans le calcul d'une opération.

En d'autres termes, la correction de l'erreur ne peut avoir pour effet de changer la volonté du soumissionnaire et de lui permettre ainsi d'introduire une autre offre.

2. Recherche de l'intention réelle : étape préalable à la rectification:

S'il décèle une erreur dans une offre, le pouvoir adjudicateur doit rechercher l'intention réelle du soumissionnaire au moment où il a rédigé sa soumission.

Pour ce faire, le pouvoir adjudicateur analyse l'offre dans sa globalité, et, au besoin la compare aux autres offres ainsi qu'aux prix courants.

3. Rectification:

Plusieurs hypothèses sont à envisager:

- ❖ Soit le pouvoir adjudicateur **décèle l'intention réelle** du soumissionnaire
→ CORRIGE lui-même l'offre
- ❖ Soit le pouvoir adjudicateur **ne peut absolument pas déceler** cette intention
→ PEUT INTERROGER le soumissionnaire pour qu'il précise son intention et lui laisse un délai pour réagir.
- ❖ Si les **précisions données** par le soumissionnaire :
 - a) sont **acceptables**
→ CORRIGE lui-même l'offre
 - b) sont **inacceptables** mais que la correction est tout de même POSSIBLE
→ CORRIGE en fonction de ses propres constatations
 - c) sont **inacceptables** mais que la correction n'est PAS POSSIBLE, le pouvoir adjudicateur a le choix entre:
 - CORRIGER en appliquant les prix unitaires
 - ECARTER l'offre.
- ❖ Si le soumissionnaire **n'a pas répondu** :
 - a) Si **correction** est tout de même POSSIBLE
→ CORRIGE en fonction de ses propres constatations
 - b) Si la **correction** n'est PAS POSSIBLE, le pouvoir adjudicateur a le choix entre:
 - CORRIGER en appliquant les prix unitaires ou
 - ECARTER l'offre

Le pouvoir adjudicateur doit toujours être en mesure de fournir la preuve des corrections apportées. Il doit donc garder une trace de chaque version.

Section 2. Procédure de rectification des erreurs et des omissions par le soumissionnaire dans le métré récapitulatif ou l'inventaire

A. Principe

■ L'article 2, 7° et 8°ARP définissent les notions de métré récapitulatif et d'inventaire :

*7° le métré récapitulatif : dans un marché de **travaux**, le document du marché qui fractionne les prestations en postes différents et précise pour chacun d'eux la quantité ou le mode de détermination du prix;*

*8° l'inventaire : dans un marché de **fournitures** ou de **services**, le document du marché qui fractionne les prestations en postes différents et précise pour chacun d'eux la quantité ou le mode de détermination du prix.*

■ L'article 79, §2 ARP prévoit :

*§ 1er. Si les documents du marché comprennent un **métré récapitulatif** ou un **inventaire**, le soumissionnaire y porte les indications requises et effectue les opérations arithmétiques nécessaires.*

2. En tenant compte des documents du marché, de ses connaissances professionnelles ou de ses constatations personnelles, le soumissionnaire :

*1° **corrige les erreurs** qu'il découvre dans les quantités **forfaitaires**;*

*2° **corrige les erreurs** qu'il découvre dans les quantités **présumées pour lesquelles** les documents du marché autorisent cette correction **et à condition que** la correction en plus ou en moins qu'il propose atteigne au moins dix pour cent du poste considéré;*

*3° **répare les omissions** dans le métré récapitulatif ou l'inventaire.*

Il joint à son offre une note justifiant ces modifications.

Si un métré récapitulatif ou un inventaire est joint aux documents du marché, le soumissionnaire doit le **remplir**.

Compte tenu de son expérience, le soumissionnaire peut procéder à des **corrections** de :

- Quantités forfaitaires qu'il estimerait mauvaises
- Quantités présumées pour autant que cette correction soit autorisée par les documents du marché et que la correction atteigne au moins 10% du poste concerné par la correction. Autrement dit, pour pouvoir corriger, il faut que l'erreur soit significative.

Le soumissionnaire répare aussi les omissions.

B. Interprétation des erreurs et omissions

1. Contradiction dans les documents du marché

L'article 80 ARP prévoit également :

Sauf disposition contraire dans les documents du marché, l'ordre de priorité suivant est déterminant pour l'interprétation en cas de contradiction entre les documents du marché :

1° les plans;

2° le cahier spécial des charges;

3° le métré récapitulatif ou l'inventaire.

Lorsque les plans contiennent des contradictions, le soumissionnaire peut se prévaloir de l'hypothèse la plus avantageuse pour lui, à moins que les autres documents du marché ne donnent des précisions à cet égard.

En cas de contradiction dans les documents du marché, il y a lieu de se référer à cette disposition pour savoir quel document prime par rapport à l'autre et ainsi corriger la contradiction.

2. Erreur ou omission grave décelée par le soumissionnaire dans les documents du marché

■ L'article 81 ARP prévoit :

*Lorsqu'un **opérateur économique** découvre dans les documents du marché des **erreurs** ou des **omissions** telles qu'elles rendent **impossible l'établissement** de son prix ou la **comparaison** des offres, il les **signale immédiatement** par écrit au pouvoir adjudicateur. Celui-ci est en tout cas prévenu au plus tard dix jours avant la date ultime de réception des offres, sauf impossibilité résultant de la réduction du délai de réception des offres. Le pouvoir adjudicateur apprécie si l'importance des erreurs ou omissions relevées justifie un avis rectificatif ou une autre forme de publication adaptée et, s'il y a lieu, de prolonger le délai d'introduction des offres, compte tenu de l'article 9, alinéas 2 et 3.*

Dès l'instant où le soumissionnaire se rend compte que les documents du marché contiennent des erreurs ou des omissions à ce point grave qu'elles l'empêchent de rédiger son offre ou bien qu'elles sont de nature à empêcher une comparaison ultérieure des offres, il doit avertir au plus tôt le pouvoir adjudicateur.

Ainsi, celui-ci peut procéder aux corrections utiles, et, en cas de nécessité, prolonger le délai de réception des offres, le but ultime étant d'éviter de devoir recommencer toute la procédure.

3. Limite imposée au soumissionnaire pour faire valoir ses griefs

■ L'article 82 ARP prévoit :

*Dès la date ultime d'introduction des offres, éventuellement prolongée, 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.*

Une fois le délai de réception des offres atteint, le soumissionnaire ne peut plus rien réclamer à propos d'erreurs ou d'omissions contenue dans le métré récapitulatif ou l'inventaire ou encore dans sa soumission.

4. Correction des offres

■ L'article 86 ARP prévoit :

*§ 1er. Lorsque, conformément aux articles 34 et 79, § 2, un soumissionnaire a **corrigé** la quantité d'un ou de plusieurs **postes du métré récapitulatif ou de l'inventaire**, le **pouvoir adjudicateur contrôle ces modifications, les rectifie** s'il échet selon ses propres calculs et **amende**, le cas échéant, les métrés ou inventaires joints aux offres.*

*Pour le soumissionnaire qui a proposé une **réduction** en application de l'article 79, § 2, 2°, le prix total correspondant à la quantité ainsi réduite devient forfaitaire, à condition que et dans la mesure où le pouvoir adjudicateur accepte cette correction.*

Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de vérifier par ses propres calculs les modifications d'un poste à quantité présumée, il ramène à la quantité initiale du métré ou de l'inventaire les quantités proposées supérieures ou inférieures.

§ 2. Lorsque, pour un poste quelconque du métré récapitulatif ou de l'inventaire, un soumissionnaire n'a indiqué aucun prix, le pouvoir adjudicateur peut soit écarter l'offre comme irrégulière, soit la retenir en réparant l'omission par application de la formule suivante :

$$P = L \times Y \\ X$$

à lire de la manière suivante :

- P : le prix du poste pour lequel le soumissionnaire a omis d'indiquer le prix;

- L : la valeur obtenue en prenant la moyenne arithmétique du prix, le cas échéant rectifié par le pouvoir adjudicateur conformément à l'article 34 et au paragraphe 1er du présent article, porté pour ce poste par les soumissionnaires qui n'ont pas omis d'en indiquer le prix dans leur métré récapitulatif ou inventaire;

- Y : le montant total du métré ou de l'inventaire du soumissionnaire qui a omis d'indiquer le prix pour le poste concerné, éventuellement rectifié sur la base des quantités jugées exactes pour chaque poste du métré ou de l'inventaire et conformément à l'article 34 et au paragraphe 1er du présent article;

- X : la valeur obtenue en prenant la moyenne arithmétique du montant total du métré ou de l'inventaire de tous les soumissionnaires qui n'ont pas omis d'indiquer le prix pour le poste concerné, éventuellement rectifié sur la base des quantités jugées exactes pour chaque poste du métré ou de l'inventaire et conformément à l'article 34 et au paragraphe 1er du présent article compte non tenu du prix indiqué pour ce poste.

Lorsque le soumissionnaire n'a pas indiqué le prix de plusieurs postes, il n'est pas tenu compte, pour le calcul de la valeur X, du prix porté pour ces postes par les autres soumissionnaires.

Pour le calcul des valeurs L et X, le pouvoir adjudicateur peut décider de ne pas tenir compte des offres dans lesquelles le prix offert pour le poste concerné est anormal.

§ 3. Lorsqu'une omission dans le métré ou dans l'inventaire est complétée en application de l'article 79, § 2, le pouvoir adjudicateur procède comme suit :

1° il s'assure du bien-fondé de cette réparation et la rectifie si nécessaire en fonction de ses propres constatations.

Lorsque les autres soumissionnaires n'ont pas proposé de prix pour ces postes omis, ces prix sont, pour chacun de ces postes, calculés de la façon suivante en vue du classement des offres et sont maintenus lors de la correction définitive des offres :

$$S = \frac{L \times Y}{X}$$

à lire de la manière suivante :

- S : le prix du poste omis;

- L : le montant éventuellement rectifié par le pouvoir adjudicateur, porté pour le poste omis dans le métré récapitulatif ou dans l'inventaire du soumissionnaire qui a signalé l'omission;

- X : le montant total de l'offre du même soumissionnaire, le cas échéant rectifié sur la base des quantités jugées exactes pour chaque poste du métré récapitulatif ou de l'inventaire et conformément à l'article 34 et au paragraphe 1er du présent article, sans tenir compte des postes omis;

- Y : le montant total de l'offre du soumissionnaire qui n'a pas signalé l'omission, éventuellement rectifié sur la base des quantités jugées exactes pour chaque poste du métré récapitulatif ou de l'inventaire et conformément à l'article 34 et au paragraphe 1er du présent article, compte non tenu des postes omis;

2° lorsque plusieurs soumissionnaires ont signalé la même omission, les facteurs L et X entrant dans la formule ci-dessus s'obtiennent en prenant la moyenne arithmétique des valeurs L et X figurant dans les métrés récapitulatifs ou dans les inventaires desdits soumissionnaires;

3° dans les cas visés sous 1° et 2°, le prix unitaire d'un poste omis est obtenu en divisant le montant S par la quantité correspondante, telle qu'elle a été éventuellement rectifiée par le pouvoir adjudicateur;

4° pour calculer les prix d'un poste omis conformément aux points 1° et 2°, le pouvoir adjudicateur peut ne pas tenir compte d'une offre dans laquelle le prix offert pour ce poste omis est anormal.

Si aucun soumissionnaire n'a proposé de prix normal pour ce poste omis, le pouvoir adjudicateur peut attribuer le marché sans ce poste.

§ 4. En vue uniquement du classement des offres, les quantités admises par le pouvoir adjudicateur, supérieures ou égales aux quantités du métré initial ou de l'inventaire initial, sont portées à tous les métrés ou inventaires indistinctement.

Par contre, les modifications admises par le pouvoir adjudicateur et qui ont pour effet de diminuer les quantités, ne profitent qu'aux seuls soumissionnaires qui les ont signalées et seulement dans la mesure où les justifications sont acceptées. A cet effet :

1° lorsque la quantité proposée par le soumissionnaire est inférieure à celle admise par le pouvoir adjudicateur, cette dernière quantité est portée au métré ou à l'inventaire;

2° lorsque la quantité proposée par le soumissionnaire est comprise entre celle admise par le pouvoir adjudicateur et la quantité initiale du métré ou de l'inventaire, la quantité proposée par le soumissionnaire est portée au métré ou à l'inventaire;

3° lorsque la quantité proposée par le soumissionnaire est supérieure à la quantité initiale du métré ou de l'inventaire, la quantité proposée par le soumissionnaire est ramenée à la quantité initiale du métré ou de l'inventaire.

§ 5. Pour l'application du présent article, le pouvoir adjudicateur tient compte des corrections proposées dans toute offre, régulière ou non, introduite par un soumissionnaire sélectionné ou provisoirement sélectionné conformément à l'article 66, § 2, de la loi.

Cette disposition vise plusieurs hypothèses et indique la procédure à appliquer.

§ 1^{er} : Correction des quantités (forfaitaires ou présumées) par le soumissionnaire

En cas de correction des quantités (forfaitaires ou présumées) par le soumissionnaire, le pouvoir adjudicateur :

- ∞ vérifie ces modifications,
- ∞ les corrige s'il les accepte et
- ∞ modifie les postes du métré récapitulatif ou de l'inventaire.

Si le **soumissionnaire** propose une **réduction** des quantités **présumées** représentant **au moins 25% du poste** considéré **et que** le pouvoir adjudicateur **l'accepte**, le prix total correspondant à la quantité ainsi réduite devient forfaitaire.

L'application du caractère forfaitaire du prix à l'égard du soumissionnaire qui a proposé la réduction peut constituer un avantage dans son chef puisqu'il est le seul à pouvoir bénéficier d'une réduction de quantité et donc du prix final entrant en ligne de compte pour le classement des offres

Mais un tel régime peut également avoir pour effet de faire supporter au soumissionnaire une sous-estimation éventuelle des quantités et donc du prix total.

Si le **pouvoir adjudicateur** n'est **pas en mesure de contrôler** les modifications en plus ou en moins apportées à un poste contenant des quantités présumées, il **garde** comme référence les **quantités** qu'il avait **prévues initialement** dans les documents du marché.

§ 2: Correction par le pouvoir adjudicateur d'omission(s) provenant du soumissionnaire

Si le **soumissionnaire** a **omis d'indiquer un prix**, pour un ou plusieurs postes figurant dans l'inventaire ou le métré récapitulatif, le pouvoir adjudicateur **peut soit** :

- ∞ déclarer l'offre comme étant irrégulière,
- ∞ réparer l'omission notamment en appliquant la formule légale prévue au §3. Celle-ci diffère selon que l'omission concerne un seul poste ou plusieurs.

Pour le calcul des valeurs de la formule, le pouvoir adjudicateur peut décider de ne pas tenir compte des offres qui contiennent un prix anormal pour le poste concerné.

§ 3 : Correction par le pouvoir adjudicateur d'omissions qui lui sont imputables

Si le **pouvoir adjudicateur a omis d'indiquer un poste** dans l'inventaire ou le métré récapitulatif, **et** que le soumissionnaire a corrigé cette omission, le pouvoir adjudicateur **procède de la manière suivante** :

- ∞ vérifie le bien fondé de la correction
- ∞ rectifie si nécessaire en fonction de ce qu'il a constaté
- ∞ procède à la correction des offres des soumissionnaires qui n'ont pas proposé la correction et donc n'ont pas proposé de prix sur base de la formule indiquée dans le §3.

§ 4 : Incidence sur le classement

Pour ce qui concerne le classement des offres, les quantités corrigées et arrêtées par le pouvoir adjudicateur **sont prises en compte pour tous** les métrés récapitulatifs/inventaires déposés pour autant qu'elles soient \geq aux quantités prévues initialement.

Par contre, si les quantités arrêtées par le pouvoir adjudicateur, sont $<$ aux quantités prévues initialement dans le métré récapitulatif ou l'inventaire, elles ne sont prises en compte qu'à l'égard du ou des soumissionnaires qui les ont signalées et à condition qu'elles soient justifiées.

Enfin, le pouvoir adjudicateur doit tenir compte de toute correction proposée dans toute offre régulière ou non mais déposée par un soumissionnaire (provisoirement) sélectionné.

Section 3 : Vérification des prix/des coûts

A. Base légale

1. Principe

■ L'article 84 de la Loi prévoit :

*Le pouvoir adjudicateur procède à la **vérification des prix ou des coûts des offres introduites**, conformément aux modalités fixées par le Roi. Le Roi peut prévoir des exceptions à la vérification des prix ou des coûts pour les marchés fixés par lui.*

***A sa demande**, les soumissionnaires fournissent au cours de la procédure de passation, toutes les indications permettant cette vérification.*

■ L'article 35 ARP prévoit :

Le pouvoir adjudicateur soumet les offres introduites à une vérification des prix ou des coûts. Pour ce faire, il peut, conformément à l'article 84, alinéa 2, de la loi, inviter le soumissionnaire à fournir toutes les informations nécessaires.

Ces deux dispositions ont un contenu similaire et posent le principe de l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur de vérifier les prix/les coûts mentionnés dans les offres déposées avant de procéder à leur classement.

2. Moment de la vérification

■ L'article 33 ARP prévoit :

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.

Après avoir corrigé les erreurs et omissions dans les offres, le pouvoir adjudicateur peut procéder à la vérification des prix qu'elles contiennent.

3. Procédure générale de vérification des prix/coût mentionnés dans les offres

Après correction éventuelle, certains prix/coûts peuvent encore poser problème dans le chef du pouvoir adjudicateur quant à leur justification, leur fondement.

Pour ce faire, le pouvoir adjudicateur peut demander des compléments d'informations au soumissionnaire, et ce, quel que soit le mode de passation.

Le pouvoir adjudicateur accorde un délai au soumissionnaire pour répondre.

Si les informations données par le soumissionnaire sont fondées, le pouvoir adjudicateur admet le prix et considère donc l'offre comme régulière.

Dans le cas contraire, le pouvoir adjudicateur doit appliquer la procédure de vérification valable pour les prix anormaux.

4. Procédure de vérification des prix/coût anormaux mentionnés dans les offres

Une procédure spécifique est prévue pour les prix/coûts anormaux.

a) Introduction :

Le caractère anormalement bas ou élevé d'un prix doit s'apprécier, non pas par rapport à l'estimation du montant du marché faite par le pouvoir adjudicateur au moment où il fixe le mode de passation et les conditions essentielles, mais bien par rapport aux prix pratiqués sur le marché au moment du dépôt des offres.

La pratique révèle que bon nombre de pouvoirs adjudicateurs prennent comme référence le montant de leur estimation pour évaluer s'ils se trouvent ou non en présence de prix anormaux dans les offres.

Or, l'estimation ne peut servir d'étalon car si elle n'est pas raisonnable ou si elle est imprécise, le risque d'anormalité des prix mentionnés dans les offres sera d'autant plus grand et les résultats d'analyse faussés.

b) Base légale :

■ L'article 36 ARP prévoit :

§ 1er. **Lorsque les prix ou les coûts semblent anormalement bas ou élevés** lors de la vérification des prix ou des coûts effectuée conformément à l'article 35, le pouvoir adjudicateur **procède à un examen** de ces derniers. Lorsqu'il est fait usage de la procédure concurrentielle avec négociation, la procédure négociée directe avec publication préalable et la procédure négociée sans publication préalable, l'examen se fait sur la base des **dernières offres introduites**, ce qui n'empêche nullement que le pouvoir adjudicateur puisse déjà procéder à cet examen à un stade antérieur de la procédure.

§ 2. Lors de l'examen des prix ou des coûts, le pouvoir adjudicateur **invite** le soumissionnaire à **fournir les justifications** écrites nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal dans un **délaï de douze jours**, à moins que l'invitation ne détermine un **délaï plus long**. Lorsqu'il est fait usage de la procédure négociée sans publication préalable, le pouvoir adjudicateur peut prévoir un délaï plus court dans les documents du marché, moyennant une disposition expressément motivée.

La charge de la **preuve** de l'envoi des justifications incombe au **soumissionnaire**.

Les **justifications** concernent notamment :

1° l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;

2° les solutions techniques choisies ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;

3° l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;

4° l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.

Lors de l'examen des prix ou des coûts visé à l'alinéa 1er, le pouvoir adjudicateur **invite** le soumissionnaire à **fournir des justifications écrites concernant le respect des obligations visées à l'article 7, alinéa 1er, de la loi, applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail en ce compris les obligations applicables en matière de bien-être, de salaires et de sécurité sociale**.

Le pouvoir adjudicateur n'est toutefois pas tenu de demander des justifications des prix de postes **négligeables**.

Si nécessaire, le pouvoir adjudicateur **interroge à nouveau** le soumissionnaire par écrit. Dans ce cas, le délaï de douze jours peut être réduit.

§ 3. Le pouvoir adjudicateur **apprécie** les justifications reçues et :

1° soit constate que le montant d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s) présente(nt) un caractère anormal et **écarte** l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée;

2° soit constate 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;

3° soit motive dans la décision d'attribution que le montant total de l'offre ne présente **pas de caractère anormal**.

Le pouvoir adjudicateur écarte également l'offre s'il établit que son montant total est anormalement bas parce qu'elle contrevient aux obligations en matière de droit environnemental, social ou du travail, visées à l'article 7, alinéa 1er, de la loi et ce, en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée. Lorsque l'offre contrevient aux obligations applicables dans le domaine du droit social fédéral ou du droit du travail fédéral, le pouvoir adjudicateur le communique conformément au paragraphe 5, alinéa 2.

Dans le cadre de l'évaluation, le pouvoir adjudicateur peut également tenir compte d'informations qui ne proviennent pas du soumissionnaire. Ces données sont soumises au soumissionnaire afin de lui permettre d'y réagir.

Si le pouvoir adjudicateur constate qu'une offre paraît anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'Etat par le soumissionnaire, il ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que s'il consulte le soumissionnaire et que celui-ci n'est pas en mesure de démontrer, dans un délaï suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur, que l'aide en question était compatible avec le marché intérieur au sens de l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Le pouvoir adjudicateur qui écarte une offre dans ces conditions le communique conformément au paragraphe 5, alinéa 3. Le présent alinéa n'est applicable que pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils fixés pour la publicité européenne.

§ 4. Dans le cas d'un marché de travaux ou d'un marché de services dans un secteur sensible à la fraude passé par procédure ouverte ou restreinte et dont l'offre économiquement la plus avantageuse est uniquement évaluée sur la base du prix et pour autant qu'au moins quatre offres aient été prises en considération conformément aux alinéas 3 et 4, le pouvoir adjudicateur effectue un examen des prix ou des coûts conformément aux paragraphes 2 et 3, pour toute offre dont le montant total s'écarte d'au moins quinze pour cent en dessous de la moyenne des montants des offres déposées par les soumissionnaires. Il en va de même, pour les marchés de travaux et les marchés de services dans un secteur sensible à la fraude passés par procédure ouverte ou restreinte, lorsque l'offre économiquement la plus avantageuse est évaluée sur la base du meilleur rapport qualité-prix lorsque le poids du critère relatif au prix représente au moins cinquante pour cent du poids total des critères d'attribution. Toutefois, dans ce dernier cas, le pouvoir adjudicateur peut prévoir dans les documents du marché un pourcentage plus élevé que quinze pour cent.

La moyenne des montants se calcule de la manière suivante :

1° lorsque le nombre des offres est égal ou supérieur à sept, en excluant à la fois l'offre la plus basse et les offres les plus élevées formant un quart de l'ensemble des offres déposées. Si ce nombre n'est pas divisible par quatre, le quart est arrondi à l'unité supérieure;

2° lorsque le nombre d'offres est inférieur à sept, en excluant l'offre la plus basse et l'offre la plus élevée. Le calcul de la moyenne des montants se fonde sur toutes les offres des soumissionnaires sélectionnés. En ce qui concerne la procédure ouverte, ce calcul peut également se faire sur la base des offres des soumissionnaires provisoirement sélectionnés conformément à l'article 75.

Néanmoins, dans le cadre de ce calcul, le pouvoir adjudicateur peut décider de ne pas tenir compte des offres manifestement irrégulières.

Les documents du marché peuvent rendre le présent paragraphe applicable aux marchés de fournitures ou de services non visés à l'article 2, 13°, passés en procédure ouverte ou restreinte et pour lesquels l'offre économiquement la plus avantageuse est évaluée uniquement sur la base du prix.

§ 5. Lorsque l'offre présentée dans le cadre d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services est écartée sur la base d'un prix ou d'un coût anormal, le pouvoir adjudicateur en informe immédiatement l'auditeur général de l'Autorité belge de Concurrence. Cette communication contient au moins les informations suivantes : les données d'identification des soumissionnaires concernés, l'objet du marché, ainsi que le prix ou le coût anormalement bas ou élevé.

Lorsque l'offre est dans le cadre d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services rejetée suite à la constatation qu'elle est anormalement basse parce qu'elle ne satisfait pas aux obligations visées à l'article 7, alinéa 1er, de la loi, dans le domaine du droit social fédéral ou du droit du travail fédéral, le pouvoir adjudicateur le communique immédiatement au Service d'information et de recherche sociale en indiquant les informations mentionnées à l'alinéa 1er.

Lorsque l'offre dans le cadre d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services est rejetée suite à la constatation qu'elle est anormalement basse du fait d'une aide d'Etat non compatible avec le marché intérieur, le pouvoir adjudicateur en avertit immédiatement la Commission européenne. Une copie de cette communication est également envoyée immédiatement au point de contact mentionné à l'article 163, § 2, de la loi.

Lorsqu'une offre faite dans le cadre d'un marché public de travaux est rejetée sur base du caractère anormalement bas du prix ou du coût, la Commission d'agrément des entrepreneurs en est informée immédiatement.

§ 6. Sauf disposition contraire dans les documents du marché, le présent article n'est applicable ni à la procédure concurrentielle avec négociation, ni à la procédure négociée directe avec publication préalable, ni à la procédure négociée sans publication préalable pour autant qu'il s'agisse d'un marché de fournitures ou de services dont le montant estimé est inférieur aux seuils fixés pour la publicité européenne ou d'un marché de travaux dont le montant estimé est inférieur à 500.000 euros.

b) Généralités

§ 1^{er} : Suspicion de prix anormaux – Obligation de vérification

En cas de doute sur un prix/coût, le pouvoir adjudicateur DOIT inviter le soumissionnaire à donner les **justifications sur la composition de son prix/coût** afin de lui permettre d'apprécier sa normalité ou non.

En procédure négociée quelle qu'elle soit, la **vérification** du caractère normal ou non des prix **porte** sur les offres finales.

Sauf disposition contraire dans les documents du marché, l'article 36 **ne s'applique pas aux marchés conclus par procédure négociée (peu importe le type) et dont le montant estimé HTVA est pour les:**

- Marchés de fournitures/ de services < seuils européens
- Marchés de travaux: < 500.000 euros

En cas de prix relatifs à des postes négligeables, le pouvoir adjudicateur n'est pas obligé de les vérifier.

La notion de « poste négligeable » n'est pas définie dans la réglementation mais on peut considérer qu'il s'agit du prix d'un poste sans influence sur le classement.

En tout état de cause, il s'agit d'une notion floue.

b) Procédure générale de vérification qui vaut pour TOUS les marchés

§ 2: Demande d'informations complémentaires - Délai

Pour procéder à la vérification, le pouvoir adjudicateur peut demander des informations complémentaires aux soumissionnaires, et ce, quel que soit le mode de passation utilisé.

La procédure se déroule par **écrit** et uniquement par écrit !

Il peut interroger le soumissionnaire plusieurs fois au cours d'une même procédure.

Lors de la première invitation, le pouvoir adjudicateur laisse, au soumissionnaire, un **délai minimal** de 12 jours pour lui permettre de répondre. S'il s'agit d'une seconde invitation, ce délai peut être moindre.

En procédure négociée sans publication préalable, si le pouvoir adjudicateur a rendu l'article 36 applicable, il peut prévoir un délai minimal inférieur à 12 jours mais il doit motiver.

Même si la réglementation ne dit rien à propos de la manière de calculer ce délai, il est conseillé au pouvoir adjudicateur d'interroger le soumissionnaire par recommandé et de faire courir le délai de 12 jours à partir de l'envoi du recommandé. Le soumissionnaire doit, quant à lui, fournir toutes les informations demandées dans le délai qui lui est imparti pour ce faire, soit, en règle générale, endéans les 12 jours.

Il peut interroger le soumissionnaire à plusieurs reprises, au cours d'une même procédure et, dans ce cas, le délai de 12 jours peut être réduit.

Le soumissionnaire doit garder une preuve des justifications qu'il a données au pouvoir adjudicateur.

La disposition contient des exemples de justifications qui peuvent être invoquées par le soumissionnaire.

La **preuve** de l'envoi des justifications de prix/coûts incombe au soumissionnaire.

La disposition contient des **exemples de justifications admissibles** pour aider le pouvoir adjudicateur à apprécier la normalité ou non d'un prix.

§ 3: Appréciation par le pouvoir adjudicateur du bien fondé des justifications

Si les informations tant sur les prix unitaires (de postes non négligeables) que sur le prix global données par le soumissionnaire :

- ∞ Sont fondées : le pouvoir adjudicateur reconnaît le prix/coût et tient l'offre compte de l'offre dans le classement.
- ∞ Ne sont pas fondées : le pouvoir adjudicateur écarte l'offre car elle est entachée d'une irrégularité substantielle

Remarques :

Le pouvoir adjudicateur **DOIT interroger** le soumissionnaire sur le respect de ses obligations en matière de droit social, environnemental et du travail (bien-être au travail, salaires et sécurité sociale).

Dans le même ordre d'idées, si le prix de l'offre est **anormalement bas**, en raison de **l'obtention d'une aide d'état**, le pouvoir adjudicateur qui souhaite rejeter l'offre DOIT **consulter** le soumissionnaire pour s'assurer de la conformité de l'aide d'état par rapport au droit européen.

c) Procédure spécifique de vérification du montant global de l'offre applicable aux marchés relevant des secteurs sensibles à la fraude (art. 36§4)

* Première hypothèse: Critère d'attribution = PRIX

Cette procédure spécifique de vérification des prix ne vaut que pour les marchés de travaux et les marchés de service conclus par procédure ouverte ou restreinte.

Le classement de l'offre la plus avantageuse doit de faire sur base du seul critère d'attribution du **PRIX**.

Au moins 4 offres doivent avoir été déposées par un soumissionnaire sélectionné ou provisoirement sélectionné (DUME/déclaration implicite sur l'honneur).

La **vérification** de la normalité des prix **OBLIGATOIRE** pour toute offre dont le montant total s'écarte d'au moins 15% en **dessous** de la moyenne des offres déposées.

* Seconde hypothèse: Critère d'attribution = Meilleur rapport qualité/prix

Cette procédure spécifique de vérification des prix ne vaut que pour les marchés de travaux et les marchés de service conclus par procédure ouverte ou restreinte.

Le classement de l'offre la plus avantageuse doit de faire sur base du meilleur rapport qualité/prix **LORSQUE** l'importance du prix atteint $\geq 50\%$ du poids total de l'ensemble des critères.

!!! Le pourcentage de l'importance du prix peut être plus élevé si les documents du marché le prévoient.

Au moins 4 offres doivent avoir été déposées par un soumissionnaire sélectionné ou provisoirement sélectionné (DUME/déclaration implicite sur l'honneur).

La **vérification** de la normalité des prix **OBLIGATOIRE** pour toute offre dont le montant total s'écarte d'au moins 15% en **dessous** de la moyenne des offres déposées.

* Comment se calcule la moyenne des offres?

Si nombre offres déposées ≥ 7 :

Le pouvoir adjudicateur ne tient pas compte de l'offre la plus basse et du $\frac{1}{4}$ de l'ensemble des offres déposées les plus élevées.

Si nombre offres déposées est ≥ 4 mais < 7 :

Le pouvoir adjudicateur ne tient pas compte de l'offre la plus basse et de l'offre la plus élevée.

Remarques.:

- a) Lorsque le pouvoir adjudicateur fait le calcul de la moyenne, il peut décider de ne pas prendre en considération des offres MANIFESTEMENT irrégulières.
- b) Le pouvoir adjudicateur peut également rendre cette procédure spécifique de vérification applicable aux marchés de fournitures et aux marchés de services autres que ceux sensibles à la fraude, passés en procédure ouverte ou restreinte et conclus sur base du seul critère du PRIX.

d) Obligation d'information incombant au pouvoir adjudicateur

Si le pouvoir adjudicateur écarte une offre pour:

- Prix/Coût anormal (bas ou élevé):
 - doit informer l'auditeur général de l'Autorité belge de la Concurrence.
- Prix anormalement bas + violation des règles droit social/ droit environnemental/ droit du travail visées à l'article 7 dans le domaine du droit social et droit du travail fédéral
 - doit informer Service d'information et de recherche sociale
- Prix anormalement bas + aide d'état non compatible avec le marché intérieur
 - doit informer la Commission européenne
- Prix/Coût anormalement bas + Marché de travaux
 - doit informer la Commission d'agrément des entrepreneurs.

CHAPITRE 13 : CLASSEMENT DES OFFRES ET

CONCLUSION DU MARCHÉ

Section 1 : Classement des offres - Attribution de marché

A. Principe

■ L'article 81, §1^{er} de la Loi prévoit :

§ 1er Le pouvoir adjudicateur se fonde, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse.

§ 2. L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est, au choix, déterminée :

1° sur la base du prix;

2° sur la base du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 82;

3° en se fondant sur le meilleur rapport qualité/prix qui est évalué sur la base du prix ou du coût ainsi que des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné.

L'attribution d'un marché public se fait, à l'issue d'un classement des offres, au soumissionnaire qui a déposé l'offre la plus avantageuse économiquement.

En d'autres termes, le marché est attribué au soumissionnaire a qui déposé l'offre :

- la moins chère
- qui offre le meilleur rapport coût efficacité (coût du cycle de vie)
- qui offre la meilleure qualité pour autant que le prix soit imposé.

B. Incidence des variantes sur le classement

■ L'article 87, §1^{er}, alinéas 1 et 2 de l'ARP prévoit :

*§ 1er. En cas de **variantes exigées ou autorisées**, l'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée d'après un classement unique des offres de base et de celles relatives aux variantes, conformément à l'article 81 de la loi.*

*Si des variantes **libres** sont proposées le pouvoir adjudicateur **détermine** celles qu'il **ne retiendra pas**. **L'alinéa précédent s'applique** pour les variantes libres que le pouvoir adjudicateur retient.*

La réglementation prévoit donc un **classement unique** des offres de base et des variantes réalisé conformément aux critères d'attribution prévus dans les documents du marché.

En cas de variantes libres, seules les variantes libres que le pouvoir adjudicateur retient sont prises en considération pour le classement unique des offres de base et des variantes.

C. Incidence des options sur le classement

- L'article 87, §1^{er}, alinéas 3 et 4 de l'ARP prévoit :

§ 1er. (...)

*Le pouvoir adjudicateur retient les **options exigées ou autorisées** et décide des options **libres** qu'il retient pour déterminer le soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse. En cas d'options exigées, autorisées ou libres retenues par le pouvoir adjudicateur, l'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée sur la base de l'ordre de classement des offres, majorées des avantages économiques offerts par les options.*

Lorsqu'en contradiction avec l'article 48, § 3, un soumissionnaire a lié un supplément de prix ou une autre contrepartie à une option libre ou autorisée, celle-ci n'est pas prise en considération pour autant que ce soit possible, à défaut de quoi son offre comporte une irrégularité qui doit être vérifiée conformément à l'article 76.

- L'article 48, §3 de l'ARP prévoit :

§ 1er. Les options sont présentées dans une partie séparée de l'offre.

§ 2. Lorsque l'option est exigée, le non-respect de ses exigences minimales entraîne tant l'irrégularité substantielle de l'option, que celle de l'offre de base.

Lorsque l'option est autorisée, le non-respect de ses exigences minimales n'entraîne pas en soi l'irrégularité de l'offre de base.

§ 3. Lorsque l'offre économiquement la plus avantageuse est uniquement évaluée sur la base du prix ou des coûts, les soumissionnaires ne peuvent attacher ni supplément de prix, ni aucune autre contrepartie à la présentation d'une option **libre** ou **autorisée**.

Les options exigées ou autorisées sont d'office prises en compte dans le classement peu importe qu'elles soient levées ou non.

Quant aux options libres, elles ne sont prises en compte, dans le classement, que si le pouvoir adjudicateur a décidé préalablement de les retenir.

En outre, si le pouvoir adjudicateur décide d'évaluer les offres uniquement sur base du prix ou des coûts, les options **libres** ou **autorisées** ne pourront être prises en compte, dans le classement, qu'à la seule et unique conditions qu'elles n'engendrent aucun supplément de prix ou autre contrepartie.

Si l'option libre ou autorisées devait ne pas être gratuite, elles ne peuvent pas être prises en considération que pour autant que cela soit possible, à défaut de quoi la question de la régularité de l'offre se pose et doit être vérifiée par rapport à l'article 76 de l'ARP.

Remarque :

Si le pouvoir adjudicateur compte lever une option à un moment ou à un autre du marché, il doit obligatoirement la retenir lors de l'attribution et en conséquence, la prendre en compte dans le classement des offres.

Si une option n'a pas été retenue à l'attribution, elle ne pourra en aucune manière être commandée, à quelque moment que ce soit !

D. Incidence des lots sur le classement

1. Proposition de rabais ou d'amélioration en cas de réunion de lots

- L'article 87, §1^{er}, alinéa 5 de l'ARP prévoit :

§ 1^{er}. (...)

Lorsque, conformément à l'article 50, des soumissionnaires ont proposé un rabais ou une amélioration de leur offre, l'offre régulière économiquement la plus avantageuse est déterminée, 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.

- L'article 50 de l'ARP prévoit :

Dans ses offres pour plusieurs lots, le soumissionnaire peut présenter soit un ou plusieurs rabais, soit une ou plusieurs propositions d'amélioration de son offre pour le cas où ces mêmes lots lui seraient attribués, à condition que les documents du marché ne l'interdisent pas.

2. Fixation de niveau d'exigences minimales en cas de réunion de lots

- L'article 87, §1^{er}, alinéa 6 de l'ARP prévoit :

Lorsque le pouvoir adjudicateur fait application de l'article 49, alinéa 1^{er}, 2°, et que le soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse ne satisfait pas aux niveaux d'exigences minimales pour plusieurs lots, seuls lui sont attribués les lots pour lesquels il satisfait à ce niveau minimal d'exigence tenant compte de l'ordre de préférence visé à l'article 49, alinéa 3. En l'absence d'une telle indication, le pouvoir adjudicateur procède à un tirage au sort entre les lots en question auquel les soumissionnaires concernés sont invités.

- L'article 49 de l'ARP prévoit :

En cas de marchés à lots, le pouvoir adjudicateur peut, sans préjudice de l'article 58, § 1^{er}, de la loi, fixer le niveau minimal requis pour la sélection qualitative :

1° pour chacun des lots séparément;

2° en cas d'attribution de plusieurs lots à un même soumissionnaire.

Lorsque le pouvoir adjudicateur fait application de l'alinéa 1^{er}, 2°, il vérifie lors de l'attribution des lots concernés, s'il est satisfait au niveau minimal exigé.

Lorsque les documents du marché le requièrent et que le pouvoir adjudicateur fait application de l'alinéa 1^{er}, 2°, le soumissionnaire indique dans ses offres pour plusieurs lots son ordre de préférence pour l'attribution de ces lots.

Si le pouvoir adjudicateur impose des niveaux d'exigences minimales en cas d'attribution de plusieurs lots à un même soumissionnaire et que le soumissionnaire dépose des offres pour plusieurs, il doit vérifier si l'opérateur économique respecte ces exigences.

Celui-ci doit en effet avoir la capacité économique/financière de même que technique/professionnelle suffisantes pour exécuter un plus gros volume de missions.

Le pouvoir adjudicateur peut aussi dans ce cas, demander au soumissionnaire d'indiquer dans l'offre son ordre de préférence. Cela peut servir si le pouvoir adjudicateur ne peut attribuer plusieurs, voire l'intégralité des lots, au même soumissionnaire.

En effet, si le soumissionnaire n'a pas la capacité suffisante pour se voir attribuer l'ensemble des lots, le pouvoir adjudicateur ne lui attribuera que les lots pour lesquels il remplit les exigences en termes de capacité économique et financière de même qu'en termes de capacité technique et professionnelle et ce, en suivant l'ordre mentionné dans les offres pour chacun des lots.

Si le soumissionnaire n'a pas indiqué d'ordre de préférence, le pouvoir adjudicateur procède à un tirage au sort entre les lots en question.

E. Offres équivalentes : comment les départager ?

■ L'article 87, §2 de l'ARP prévoit :

§ 2. Lorsque plusieurs offres régulières, considérées comme équivalentes, sont jugées économiquement les plus avantageuses, afin de les départager, le pouvoir adjudicateur invite les soumissionnaires concernés à présenter des propositions écrites de rabais ou d'amélioration de leur offre.

Si par la suite subsistent encore des offres équivalentes, le pouvoir adjudicateur procède à un tirage au sort auquel les soumissionnaires concernés sont invités.

Le présent paragraphe n'est pas d'application à l'enchère électronique, qui est régie par l'article 111, alinéa 2.

En cas d'offres régulières de valeur équivalente, le pouvoir adjudicateur interroge les soumissionnaires pour voir s'ils ne veulent pas encore faire un geste.

Dans la négative, il procède au tirage au sort des offres, en présence des soumissionnaires qui auront été préalablement invités.

Section 2 : Conclusion du marché

A. Remarque préalable

Il ne faut pas confondre les notions suivantes :

- ∞ délai d'engagement - délai d'exécution
- ∞ attribution – information – notification.

1. Délai d'engagement – Délai d'exécution

Le **délai d'exécution** est le délai proposé par le soumissionnaire conformément aux documents du marché pour réaliser la mission qui lui est demandée.

Le **délai d'engagement** est le délai pendant lequel le soumissionnaire reste tenu par les termes de son offre (prix et autres conditions).

2. Attribution – Information - Notification

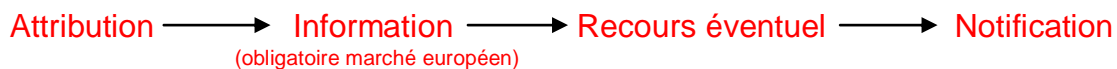
L'attribution est le moment précis où le pouvoir adjudicateur désigne, dans une délibération dûment motivée, le soumissionnaire qui va réaliser la mission commandée et les conditions de cette désignation.

L'information est l'acte par lequel le pouvoir adjudicateur communique, pour information, à l'ensemble des soumissionnaires, la décision d'attribution du marché. Ainsi, les soumissionnaires qui ne seraient pas d'accord avec la délibération d'attribution peuvent, s'ils le souhaitent introduire un recours et, à tout le moins avertir le pouvoir adjudicateur qui pourra éventuellement remédier au problème sans qu'un recours devant le Conseil d'Etat ne doive être introduit.

Ce devoir d'information est OBLIGATOIRE, en principe, pour les marchés atteignant les seuils européens et FACULTATIF pour les marchés qui n'atteignent pas les seuils européens

La conclusion du marché a lieu au moment où le pouvoir adjudicateur notifie au soumissionnaire retenu qu'il a obtenu le marché. A partir de ce moment le contrat est conclu et ne peut, en principe, plus être remis en question. Après la notification, la procédure de marché est définitivement clôturée et le marché ne peut plus faire l'objet d'une attribution au second classé, si avant tout début d'exécution, l'adjudicataire est défaillant.

En résumé :



Remarque - Ne pas confondre : « Attribution et Conclusion du marché »

Par attribution du marché, il faut entendre l'acte administratif par lequel un pouvoir adjudicateur désigne l'opérateur économique qui va réaliser la mission. Il se matérialise par l'adoption d'une délibération d'attribution.

La conclusion du marché a lieu lors de la notification, par le pouvoir adjudicateur, de la décision d'attribution.

Concrètement, il s'agit de l'envoi d'une lettre recommandée par laquelle le pouvoir adjudicateur informe officiellement l'opérateur économique (entrepreneur, fournisseur ou prestataire de service) qu'il a obtenu le marché et qu'il acquiert donc la qualité d'adjudicataire.

Une fois le marché notifié, le contrat est conclu et ne peut plus, en principe, être remis en cause, et ce, dans un souci de sécurité juridique.

Dès l'instant où le marché est conclu, si l'adjudicataire venait à manquer à ses obligations (il est tombé en faillite entretemps, il décide de ne pas exécuter le chantier,...), il sera impossible de désigner directement le second classé, vu que la première procédure de passation du marché public a été clôturée par la notification

du marché à l'adjudicataire. Il est donc obligatoire, dans ce cas, de recommencer une nouvelle procédure de marché.

Par contre, si le marché public n'est pas conclu, le pouvoir adjudicateur peut toujours retirer sa délibération d'attribution et désigner le second classé.

B. Principe

■ L'article 88 de l'ARP prévoit :

La conclusion du marché a lieu par la notification à l'adjudicataire de l'approbation de son offre et elle ne peut être affectée d'aucune réserve.

La notification est effectuée par les plateformes électroniques visées à l'article 14, § 7, de la loi, par courrier électronique ou par fax et, le même jour, par envoi recommandé.

La notification est effectuée valablement et en temps utile dans le délai d'engagement éventuellement prolongé au sens de l'article 58.

La notification du marché peut se faire désormais via des moyens électroniques mais doit toujours être confirmée le même jour par l'envoi recommandé.

C. Délai d'engagement

■ L'article 58 ARP prévoit :

Les soumissionnaires restent engagés par leur offre, telle qu'elle a été éventuellement rectifiée par le pouvoir adjudicateur, pendant un délai de nonante jours à compter de la date limite de réception. Les documents du marché peuvent fixer un autre délai.

Avant l'expiration du délai d'engagement, le pouvoir adjudicateur peut demander aux soumissionnaires une prolongation volontaire de ce délai, sans préjudice de l'application de l'article 89 dans le cas où, les soumissionnaires ne donnent pas suite à cette demande.

Le présent article n'est pas d'application en cas de procédure négociée sans publication préalable.

Le délai d'engagement est le délai pendant lequel le soumissionnaire reste tenu par les termes de son offre.

Une fois ce délai expiré, le pouvoir adjudicateur devra s'assurer que le soumissionnaire maintient bien son engagement aux mêmes conditions.

Cette disposition ne vaut pas pour la procédure négociée sans publication préalable. Toutefois, ce qui se passe dans la pratique, c'est que le pouvoir adjudicateur prévoit un délai d'engagement dans les documents du marché et, dans cette hypothèse, il doit respecter ce à quoi il s'est lui-même engagé. (droit des contrats)

■ L'article 89 de l'ARP prévoit :

Lorsque le délai d'engagement éventuellement prolongé expire sans que le marché ne soit conclu et que le pouvoir adjudicateur ne fait pas, à ce stade, application de l'article 85 de la loi, il procède selon les modalités suivantes.

Avant d'attribuer le marché, le pouvoir adjudicateur demande par écrit au soumissionnaire concerné s'il consent au maintien de son offre. Si ledit soumissionnaire y consent sans réserve, le pouvoir adjudicateur procède à l'attribution et à la conclusion du marché.

Lorsque le soumissionnaire concerné ne consent au maintien de son offre qu'à la condition d'obtenir une modification de celle-ci, le marché est attribué et conclu compte tenu de la modification demandée si le soumissionnaire justifie la modification par des circonstances survenues postérieurement à l'heure et la date

ultime de l'introduction des offres et que l'offre ainsi modifiée demeure celle qui est économiquement la plus avantageuse.

Lorsque le soumissionnaire concerné ne consent pas au maintien de son offre ou que la modification demandée ne s'avère pas justifiée ou que l'offre modifiée ne demeure pas économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur :

1° soit s'adresse successivement, suivant l'ordre de classement, aux autres soumissionnaires réguliers. Dans ce cas, les alinéas 2 et 3 s'appliquent également;

2° soit demande simultanément à tous les autres soumissionnaires réguliers de revoir leur offre sur la base des conditions initiales du marché, et attribue et conclut le marché en fonction de l'offre devenue économiquement la plus avantageuse. Pour qu'elles soient prises en compte, les modifications demandées doivent être justifiées sur la base de circonstances qui se sont produites après l'heure et la date ultime de l'introduction des offres. Le pouvoir adjudicateur tient également compte de l'offre modifiée en application de l'alinéa 3, pour autant que la justification donnée ait été acceptée.

Lorsque l'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée sur la seule base du prix, conformément à l'article 81, § 2, alinéa 1er, 1°, de la loi, la révision visée à l'alinéa 4, 2°, peut uniquement avoir trait au prix de l'offre.

Cette disposition envisage l'hypothèse selon laquelle le délai d'engagement du soumissionnaire est expiré avant que le marché ne soit conclu.

Le pouvoir adjudicateur ne peut attribuer le marché sans avoir préalablement demandé au soumissionnaire classé premier s'il maintient ou non le prix mentionné dans son offre.

Si le soumissionnaire maintient son prix par écrit et sans réserve, le marché peut lui être attribué et notifié.

Si le soumissionnaire ne maintient son offre qu'à la condition d'obtenir une modification de celle-ci, le marché est attribué et conclu compte tenu du supplément de prix demandé si :

- le soumissionnaire justifie ce supplément par des circonstances survenues postérieurement à l'ouverture des offres **et**
- l'offre modifiée reste économiquement la plus avantageuse, et, par voie de conséquence, ne change pas le classement.

Si le soumissionnaire concerné ne veut pas maintenir son offre ou si la modification demandée n'est pas justifiée ou encore si la modification a pour effet de modifier le classement, le pouvoir adjudicateur aura la possibilité, soit:

1° de s'adresser successivement, suivant l'ordre de classement, aux autres soumissionnaires réguliers, sachant que les mêmes règles que celle expliquées ci-dessus, s'appliqueront en cas de modification ;

2° soit de demander à tous les autres soumissionnaires réguliers de revoir leur offre sur la base des conditions initiales du marché. Le marché est ensuite attribué et conclu en fonction du résultat de cette demande, compte tenu également de la modification, justifiée ou non, demandée par le soumissionnaire concerné en application de l'alinéa 3. Dans ce cas, les articles 50, 3°, 51, § 2, 57 et le chapitre 6 sont applicables.