

Périodique d'information du site <http://www.marchespublics.be>

- Sommaire :
1. Délai de standstill – Modifications apportées par la Loi du 8 juin 2008 portant des dispositions diverses (II)
 2. Institutions universitaires de droit privé – Différence selon que le marché est soumis ou non à la publicité européenne
 3. Exception *In House* – CJCE – Arrêt Coditel du 13 novembre 2008
 4. Offres irrégulières ou prix inacceptables – Procédure négociée sans publicité – Soumissionnaires à consulter

Chaussée de la Hulpe, 178 B - 1170 Bruxelles
 Tél : 32(02)743.69.00 Fax : 32(02)743.69.01 E-mail : <mailto:patrick.thiel@cms-db.com> – <http://www.cms-db.com>

1. DÉLAI DE STANDSTILL – MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LA LOI DU 8 JUIN 2008 PORTANT DES DISPOSITIONS DIVERSES (II)

Le délai de standstill est un délai d'attente qui permet au soumissionnaire non sélectionné, ou dont l'offre a été jugée irrégulière ou dont l'offre n'a pas été choisie, d'introduire utilement un recours devant le Conseil d'État ou le juge des référés. Pendant le standstill, la procédure de passation est temporairement « gelée ». Le respect de l'obligation de standstill s'impose dans le cas des **marchés publics atteignant les seuils européens**, à l'exception, quelle que soit leur valeur, des marchés passés par procédure négociée sans publicité, des marchés de services de la liste B et en matière de défense au sens de l'article 296, §1^{er}, b, du Traité européen.

Par la loi du 8 juin 2008, le Législateur a modifié le mécanisme du standstill comme il suit :

- le délai de standstill est obligatoirement de **15 jours** (délai fixe) à compter du lendemain du jour de l'envoi par télécopieur ou par des moyens électroniques ;
- il est précisé que la communication doit se faire sans délai par télécopieur ou par des moyens électroniques, et doit être confirmée le même jour par lettre recommandée à la poste ;
- l'obligation d'information a été étendue aux concessions de travaux publics.

En outre, la loi du 8 juin 2008 a introduit deux nouvelles dispositions dans la loi du 24 décembre 1993 : les articles 41*sexies* et 62*bis*. Ces articles étendent l'obligation de standstill aux pouvoirs adjudicateurs relevant des secteurs spéciaux (article 41*sexies*) et au Livre II qui concerne la mise en concurrence, dans le cadre de la Communauté européenne, pour les marchés relevant des secteurs spéciaux passés par des « entités adjudicatrices » qui sont des personnes de droit privé bénéficiant de droit spéciaux ou exclusifs (article 62*bis*).

Ces modifications sont entrées en vigueur le 18 août 2008 et s'appliquent aux marchés dont l'invitation à présenter une candidature ou remettre une offre est lancée après cette date.

2. INSTITUTIONS UNIVERSITAIRES DE DROIT PRIVÉ – DIFFÉRENCE SELON QUE LE MARCHÉ EST SOUMIS OU NON À LA PUBLICITÉ EUROPÉENNE

Jusqu'au 31 janvier 2008, les universités de droit privé n'étaient soumises à la réglementation des marchés publics que pour les commandes qui étaient expressément *subventionnées* par les pouvoirs publics (article 4, §2, 9°, de la loi du 24 décembre 1993).

L'arrêté royal du 23 novembre 2007 a modifié le régime des universités de droit privé. Désormais, lorsqu'une université de droit privé répond aux conditions de l'article 4, §2, 8°, de la loi du 24 décembre 1993 (*organisme d'intérêt public*) et que le marché atteint les seuils européens, l'université de droit privé doit respecter la réglementation des marchés publics.

En d'autres termes, pour les marchés atteignant les seuils européens, les institutions universitaires de droit privé qui remplissent les critères de l'article 4, §2, 8°, doivent respecter la réglementation des marchés publics. Pour les marchés n'atteignant pas les seuils européens, le régime prévu initialement par la loi reste applicable : la loi ne trouve à s'appliquer qu'aux marchés subventionnés de ces institutions.

3. EXCEPTION *IN HOUSE* – CJCE – ARRÊT CODITEL DU 13 NOVEMBRE 2008

Pour qu'un contrat sorte du champ d'application de la réglementation des marchés publics et pour faire donc jouer l'exception « *In House* », la Cour de justice des Communautés européennes a dégagé deux conditions cumulatives, qu'elle a précisées au fil de ses arrêts.

Il faut tout d'abord que le pouvoir adjudicateur exerce sur l'entité à laquelle il souhaite attribuer directement la prestation envisagée un **contrôle qualifié d' « analogue »** à celui qu'il exerce sur ses propres services. Pour ce faire, il convient de vérifier si « *l'entité publique peut influencer de manière déterminante les objectifs stratégiques et les décisions importantes* » de l'entité à laquelle elle souhaite confier la prestation. Pour que la première condition soit rencontrée, il importe donc que le contrôle exercé sur l'entité soit **effectif**, mais la Cour a considéré qu'il n'est pas indispensable qu'il soit individuel. (C.J.C.E., 13 octobre 2005, *Brixen*, C-458/03).

La seconde condition vise les liens fonctionnels devant être établis entre le pouvoir adjudicateur et

l'entité en cause, en ce sens que cette dernière doit **réaliser l'essentiel de son activité avec le pouvoir adjudicateur qui la détient**. À cet égard, il faut tenir compte « *de toutes les activités que cette entreprise réalise sur la base d'une attribution faite par le pouvoir adjudicateur et ce, indépendamment, de savoir qui rémunère cette activité, qu'il s'agisse du pouvoir adjudicateur lui-même ou de l'utilisateur des prestations fournies, le territoire où l'activité est exercée étant sans pertinence.* » En outre, « *l'activité en compte dans le cas d'une entreprise détenue par plusieurs collectivités est celle que cette entreprise réalise avec l'ensemble de ces collectivités.* » (C.J.C.E., 11 mai 2006, *Carbotermo*, C-340/04)

Dans l'arrêt *Coditel*, rendu le 13 novembre 2008, la Cour de justice a précisé la première de ces conditions. La question était celle de savoir si la commune d'Uccle pouvait s'affilier à Brutélé et lui transférer la gestion de son réseau de télédistribution, sans mise en concurrence (C.J.C.E., arrêt *Coditel*, C-324/07, du 13 novembre 2008).

Pour apprécier si une autorité publique exerce sur une entité un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, il convient d'effectuer une appréciation *in concreto*. Pour ce faire, la Cour s'intéresse à trois éléments : la détention du capital de Brutélé, la composition de ses organes de décision et l'étendue des pouvoirs reconnus à son conseil d'administration.

Dans son arrêt, la Cour a réaffirmé que la première condition viendrait à manquer si « *une entreprise privée [détenait] une participation dans le capital* » de l'entreprise contrôlée. En l'espèce Brutélé est une société coopérative intercommunale dont les affiliés sont des communes ainsi qu'une association intercommunale regroupant elle-même exclusivement des communes. Elle n'est pas ouverte à des affiliés privés. Ses organes de décision sont composés de délégués des autorités publiques qui lui sont affiliées, ce qui indique que « *ces dernières maîtrisent les organes de décision (...) et sont ainsi en mesure d'exercer une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de celle-ci* » (considérant n°34).

L'objectif statutaire de Brutélé est la réalisation de la mission d'intérêt communal en vue de l'accomplissement de laquelle elle a été créée et elle ne poursuit aucun intérêt distinct de celui des autorités publiques qui lui sont affiliées. La Commune d'Uccle constitue également, au sein de Brutélé, un sous-secteur d'exploitation disposant de l'autonomie de décision. Par conséquent, la Cour de justice va déduire que l'intercommunale « *ne jouit pas d'une marge d'autonomie excluant que les communes qui lui sont affiliées exercent sur elle un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services* ». Il en résulte que « *le contrôle exercé, au travers des organes statutaires, par les autorités publiques affiliées à une telle société coopérative intercommunale sur les décisions prises par celle-ci peut être considéré comme permettant à ces autorités d'exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services* » (considérant n°41).

En outre, la Cour s'est prononcée sur la *manière* dont devait être exercé le contrôle pour qu'il puisse être qualifié d'analogue. La question est celle de savoir si le contrôle que les autorités affiliées à l'entité en cause exercent sur celle-ci doit, pour être qualifié d'analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services, être exercé individuellement par chacune de ces autorités publiques.

Selon la jurisprudence de la Cour (arrêt *Parking Brixen*), l'on a vu qu'il importait que le contrôle exercé sur l'entité concessionnaire soit effectif, mais il n'est pas indispensable qu'il soit individuel. Désormais, la Cour considère que la condition de « *contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services* » est satisfaite si le contrôle est exercé conjointement (considéranants n°46 et 54). La Cour précise également que la procédure utilisée pour la prise de décision dans les organes collégiaux de l'entité en cause, notamment l'éventuel recours à la majorité, est sans incidence à cet égard (considérant n°51).

Par conséquent, la Cour de justice a conclu qu'une autorité publique pouvait attribuer, sans appel à la concurrence, une concession de services publics à une société coopérative intercommunale dont tous les affiliés sont des autorités publiques, dès lors que ces autorités publiques exercent sur cette société un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services (1^{ère} condition) et que ladite société réalise l'essentiel de son activité avec ces autorités publiques (2^{ème} condition).

4. OFFRES IRRÉGULIÈRES OU PRIX INACCEPTABLES – PROCÉDURE NÉGOCIÉE SANS PUBLICITÉ – SOUMISSIONNAIRES À CONSULTER

Si seules des offres irrégulières ou des prix inacceptables ont été déposés en réponse à une adjudication ou un appel d'offres, le pouvoir adjudicateur peut, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et qu'il consulte tous les soumissionnaires répondant aux exigences en matière de sélection qualitative et ayant remis une offre formellement régulière lors de la première procédure, recourir à une procédure négociée sans publicité (article 17, §2, 1°, d, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics).

L'arrêté royal du 23 novembre 2007 a précisé cette hypothèse en édictant que **seuls** peuvent être consultés dans le cadre de la procédure négociée les soumissionnaires ayant participé à la procédure d'adjudication ou d'appel d'offres. Ce faisant, la jurisprudence du Conseil d'État en la matière a été transposée dans la réglementation (C.E., n°156.427 du 15 mars 2006).