

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

- Sommaire :
- 1 Le projet de loi est déposé
 2. Portée des négociations et motivation formelle
 3. Appel d'offre – Contact avec les soumissionnaires
 4. Association momentanée – Recours en annulation – Décision d'agir de chaque membre de l'association momentanée
 5. Préjudice grave et difficilement réparable – Marché de référence – Notion
 6. Procédure restreinte – Décision relative à la sélection qualitative – Absence de recours contre la décision d'attribution – Perte d'intérêt
 7. Abandon de la procédure – Recomencement d'une nouvelle procédure d'attribution du même marché
 8. Cahier spécial des charges – Acte attaquable

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

1. LE PROJET DE LOI EST DÉPOSÉ

Que des nouveautés en ce début 2006 !

Après une modification des seuils de publicité européenne et un changement des formulaires standard à utiliser, voilà que le projet de loi modifiant le régime de l'actuelle loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics a été déposé à la Chambre, ce 30 janvier.

Le projet transpose les directives 2004-17 et 2004-18. Il compte, à l'heure actuelle 82 articles.

La loi en projet devrait entièrement abroger et remplacer l'actuelle loi du 24 décembre 1993. Sur la proposition de la Commission des marchés publics, il a en effet été jugé opportun d'abroger la législation actuelle afin de maintenir une structure cohérente et une suite logique dans les dispositions de la loi, tout en sauvegardant la distinction entre les régimes classiques et les régimes spéciaux.

Le projet se divise en cinq grandes parties :

- La première partie contient un certain nombre de définitions ;
- La partie deux établit les principes généraux applicables à tous les marchés ainsi que le champ d'application quant à l'objet et aux personnes ; elle établit ensuite les règles et les principales modalités afférentes à la passation des marchés publics, à leur exécution et à leur attribution, ainsi qu'à l'information nécessaire des candidats et soumissionnaires ;
- la troisième partie concerne les secteurs spéciaux (Eau, Énergie, Transport et Services postaux) ;
- la quatrième partie concerne principalement les marchés d'entreprises privées exerçant dans les secteurs spéciaux ;
- enfin, la dernière partie contient des dispositions diverses et finales.

Le projet est donc maintenant discuté devant le Parlement.

2. PORTÉE DES NÉGOCIATIONS ET MOTIVATION FORMELLE

Confirmant sa jurisprudence antérieure (voyez *Mémento des marchés public*, 5^{ème} édition, 2005, p. 316, n° 225), le Conseil d'État rappelle que, dans le cadre d'une procédure négociée le pouvoir adjudicateur est libre de choisir parmi les entreprises qui auront manifesté leur intérêt, celles qu'il consultera. Il jouit, dans cette consultation dépourvue de tout formalisme, de la même liberté que les particuliers et notamment de celle de négocier avec tous ou certains, voire un seul des candidats. Toutefois, le pouvoir largement discrétionnaire dont dispose l'autorité dans le cadre d'une procédure négociée ne peut s'exercer arbitrairement. Le pouvoir adjudicateur est tenu de respecter les exigences de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle de l'acte administratif. Afin d'apprécier la légalité de la décision d'attribution au regard de la loi précitée, il n'y a lieu d'avoir égard qu'aux seuls motifs exprimés dans l'acte lui-même ; les développements relatifs à des critères d'attribution ou à des qualités de telle ou telle offre contenus dans des écrits de procédure contentieuse, constituent de motivation a posteriori de la décision d'attribution, et ne peuvent donc pas être valablement retenus. (C.E., n° 155.076 du 15 février 2006).

- 3. APPEL D'OFFRE – CONTACT AVEC LES SOUMISSIONNAIRES**
- Un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de mettre en œuvre les dispositions que l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 qui lui permettent de prendre contact avec les soumissionnaires pour faire préciser le contenu de leur offre. S'il le fait, il doit alors respecter le principe d'égalité entre les candidats. À défaut, la décision d'attribution est entachée d'illégalité (C.E., n° 154.364 du 31 janvier 2006).
- 4. ASSOCIATION MOMENTANÉE – RECOURS EN ANNULATION – DÉCISION D'AGIR DE CHAQUE MEMBRE DE L'ASSOCIATION MOMENTANÉE**
- La directive 89/665 relative à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux s'oppose pas à ce que, selon le droit national, seul l'ensemble des membres d'une association momentanée sans personnalité juridique ayant participé une procédure d'attribution de marché public et ne s'étant pas vu attribuer ledit marché, puissent former un recours à l'encontre de la décision d'attribution, et non seulement l'un de ses membres à titre individuel. (CJCE, affaire C-129/04 du 8 septembre 2005).
- Lorsqu'un recours en annulation est introduit par une association momentanée sousmissionnaire à un marché, chaque membre de l'association doit valablement décider d'agir en annulation. Le fait, pour l'un des membres, de ne pas avoir légalement décidé d'agir en annulation rend l'ensemble de la requête irrecevable (C.E., n° 154.363 du 31 janvier 2006).
- 5. PRÉJUDICE GRAVE ET DIFFICILEMENT RÉPARABLE – MARCHÉ DE RÉFÉRENCE - NOTION**
- Un marché de références est celui dont la rareté, l'ampleur, la complexité de conception ou d'exécution, la mise en œuvre de techniques particulières aux nouvelles, sont susceptibles de conférer à son attributaire une réputation toute particulière. (C.E., n° 153.075 du 21 décembre 2005).
- 6. PROCÉDURE RESTREINTE – DÉCISION RELATIVE À LA SÉLECTION QUALITATIVE – ABSENCE DE RECOURS CONTRE LA DÉCISION D'ATTRIBUTION – PERTE D'INTÉRÊT**
- Aux termes d'un arrêt rendu en assemblée générale, la partie qui attaque la décision qu'il écarte de la sélection qualitative, dans le cadre d'une procédure restreinte, mais qui reste en défaut d'attaquer ultérieurement la décision d'attribution du marché, perd son intérêt à agir. La requête en annulation introduite contre la seule décision l'écartant de la sélection qualitative est alors irrecevable (C.E. ass. gén., n° 152.174 du 2 décembre 2005).
- 7. ABANDON DE LA PROCÉDURE – RECOMMENCEMENT D'UNE NOUVELLE PROCÉDURE D'ATTRIBUTION DU MÊME MARCHÉ**
- La partie qui attaque la décision d'abandonner la première procédure, mais qui omet d'introduire une requête en annulation à l'encontre de la décision d'attribution du marché à la suite de la nouvelle procédure l'attribution perd son intérêt à agir en annulation devant le Conseil d'État. L'intérêt à attaquer une décision portant renonciation à une procédure d'attribution disparaît si le requérant se désintéresse de la nouvelle procédure, soit qu'il néglige d'y participer, soit qu'il s'abstient de contester une décision qui attribue le marché à un concurrent. La seconde procédure n'est pas tout à fait distincte, autonome et indépendante juridiquement de la première, dès lors que c'est par une seule et même décision que la partie adverse a, en l'espèce, renoncé à la première procédure et engagé la seconde, et que les travaux qui font l'objet des deux procédures sont les mêmes de sorte qu'il existe ainsi un lien entre les deux procédures. Les requérantes qui n'ont pas entrepris en annulation la décision d'attribution du marché ont ainsi perdu toute chance d'obtenir le marché et, partant, leurs intérêts au présent recours. (C.E. ass. gén., n° 152.172 du 2 décembre 2005)
- 8. CAHIER SPECIAL DES CHARGES – ACTE ATTAQUABLE**
- Un soumissionnaire potentiel ou effectif à un marché public peut former un recours en annulation et, le cas échéant, une demande en suspension contre la décision d'arrêter un cahier spécial des charges ou des prescriptions de celui-ci. Cette décision du pouvoir adjudicateur, bien que préparatoire à la décision définitive d'attribution de ce marché, n'apparaît plus à l'égard de ce soumissionnaire comme une décision purement préparatoire, mais comme une « décision préalable », parce qu'elle emporte des effets juridiques définitifs pour celui-ci. Tel est le cas, notamment, si la décision prive ce soumissionnaire de toute possibilité de participation au marché et, partant, de toute possibilité d'attribution et, en ce qui le concerne, lui fait alors directement grief. La faculté d'introduire immédiatement un recours en annulation et une demande en suspension contre la décision d'adapter le cahier spécial des charges n'empêche pas que les irrégularités qu'un sousmissionnaire reproche à une prescription de ce cahier puisse encore être invoqué de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure de passation. À l'appui de son recours contre la décision d'attribution, la partie requérante peut, dès lors, invoquer l'illégalité du cahier spécial des charges, même si devant le Conseil d'État, elle n'a pas attaqué en tant que telle la décision d'adopter le cahier spécial des charges. (C.E. ass. gén., n° 152.173 du 2 décembre 2005).

Maître Patrick Thiel