

15 mars 2003

7^{ème} numéroPériodique d'information du site <http://www.marchespublics.be>

- Sommaire :**
- I. Notion de pouvoir adjudicateur – Organisme satisfaisant des besoins ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial – Condition survenant après la création de l'organisme***
 - II. Sélection qualitative – Définition des critères – Pouvoir discrétionnaire d'appréciation***
 - III. Sélection qualitative – Critères d'exclusion et critères d'appréciation***
 - IV. Sélection qualitative – Publicité de la pondération des critères***
 - V. Soumissionnaire revêtant la qualité d'autorité publique – Impact du financement public – Vérification des prix***
 - VI. Dépôt des offres – Interdiction de modification du groupement***
 - VII. Négociation des prix – Distinction entre la négociée et les autres procédures***

Boulevard Brand Whitlock, 30 B - 1200 Bruxelles

Tél : 32(02)742.12.12 Fax : 32(02)734.14.39 E-mail : <mailto:thiel@debacker.com> – <http://www.debacker.com>

I. NOTION DE POUVOIR ADJUDICATEUR – ORGANISME SATISFAISANT DES BESOINS AYANT UN CARACTERE AUTRE QU'INDUSTRIEL OU COMMERCIAL – CONDITION SURVENANT APRES LA CREATION DE L'ORGANISME

Une entité qui n'a pas été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial mais qui a, par la suite, pris en charge de tels besoins, dont elle assure depuis efficacement la satisfaction, remplit la condition exigée (c'est-à-dire la satisfaction d'un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial), pour pouvoir être qualifiée de pouvoir adjudicateur. Il faut toutefois que cette prise en charge de la satisfaction de ces besoins puisse être constatée objectivement.

[\(C.J.C.E., Affaire C-470-99 du 12 décembre 2002\)](#)

II. SELECTION QUALITATIVE – DEFINITION DES CRITERES – POUVOIR DISCRETIONNAIRE D'APPRECIATION

Il ressort des articles 16 et 18 à 20 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ainsi que du Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 25 mars 1999, que le pouvoir adjudicateur, tenu de procéder à la sélection qualitative des soumissionnaires, dispose de la faculté, mais n'a pas l'obligation, de considérer les conditions minimales de caractère financier, économique et technique prescrites par la législation relative à l'agrégation d'entrepreneurs de travaux comme suffisantes (C.E. n° 86.724 du 7 avril 2000).

III. SELECTION QUALITATIVE – CRITERES D'EXCLUSION ET CRITERES D'APPRECIATION

La sélection qualitative repose sur différents éléments. Il y a, d'une part, les causes d'exclusion prévues à l'article 17 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 concernant les marchés publics de travaux. Dès lors qu'elles sont établies dans le chef d'un soumissionnaire, elles suffisent à l'écarter de la participation au marché.

Il y a, d'autre part, la capacité financière et économique de l'entrepreneur prévue à l'article 18 dudit arrêté royal du 8 janvier 1996, et sa capacité technique prévue à l'article 19 du même arrêté royal.

L'opération de sélection qualitative exige du pouvoir adjudicateur que, après avoir constaté que le soumissionnaire ne se trouve pas dans un cas d'exclusion prévu à l'article 17 précité, il apprécie encore à la fois sa capacité financière et économique et sa capacité technique et pour l'écarter sur cette base (C.E., n° 114.071 du 20 décembre 2002).

Il ne semble pas que cet arrêt puisse s'interpréter comme déniait au pouvoir adjudicateur le pouvoir discrétionnaire d'appréciation relevé dans l'arrêt n° 86.724 du 7 avril 2000.

IV. SELECTION QUALITATIVE – PUBLICITE DE LA PONDERATION DES CRITERES

Si, dans le cadre d'une procédure restreinte, le pouvoir adjudicateur a fixé au préalable des règles de pondération des critères de sélection des candidats qui seront invités à présenter une offre, il est tenu des les indiquer dans l'avis de marché ou dans les documents d'appel d'offres.

[\(C.J.C.E., affaire C-470/99 du 12 décembre 2002\).](#)

V. SOUMISSIONNAIRE REVETANT LA QUALITE D'AUTORITE PUBLIQUE – IMPACT DU FINANCEMENT PUBLIC – VERIFICATION DES PRIX

On se rappelle que le Conseil d'État de Belgique a admis le principe de voir un marché attribué à un pouvoir public (Mémento des marchés publics, Ed. 2002, p. 46 à 54), et que la Cour de Justice des Communautés européennes ne voit pas d'objection au niveau du principe d'égalité à ce que le marché soit attribué à un soumissionnaire bénéficiant de subventions publiques (Mémento des marchés publics, Ed. 2002, p. 164).

On rapprochera de ce point de vue l'analyse du Conseil d'État français, qui considère que pour que soient respectées les exigences de l'égal accès aux marchés publics et le principe de liberté de la concurrence, l'attribution d'une commande publique à un établissement administratif suppose trois choses. Il faut, d'une part, que le prix proposé par cet établissement public soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation faisant l'objet du contrat. Il faut ensuite que cet établissement public n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public. Il faut enfin qu'il puisse, si nécessaire, le justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié. (C.E. français, avis du 8 novembre 2000). Le tribunal administratif de Dijon devrait faire application de ces principes dans une affaire en cours, ce qui ne manquera pas de soulever de délicates questions dont nous vous tiendrons informés.

VI. DEPOT DES OFFRES – INTERDICTION DE MODIFICATION DU GROUPEMENT

La directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, ne s'oppose pas à une réglementation nationale interdisant la modification de la composition d'un groupement d'entrepreneurs qui participe à une procédure de passation d'un marché public de travaux ou d'une concession de travaux publics, intervenue après la soumission des offres.

[\(C.J.CE. affaire C-57/01 du 23 janvier 2003\).](#)

VII. NEGOCIATION DES PRIX – DISTINCTION ENTRE LA PROCEDURE NEGOCIEE ET LES AUTRES PROCEDURES

Dans les procédures ouvertes ou restreintes, on sait que toute négociation est exclue avec les candidats ou les soumissionnaires portant sur des éléments fondamentaux des marchés dont la variation est susceptible de fausser le jeu de la concurrence, et notamment sur les prix. Cependant, il peut y avoir des discussions avec les candidats ou les soumissionnaires pour faire préciser ou compléter la teneur de leurs offres, ainsi que les exigences des entités adjudicatrices, pour autant que ceci n'ait pas un effet discriminatoire.

Dans le cadre d'une procédure négociée avec mise en concurrence, ce principe d'offres essentiellement non modifiables n'est pas applicable parce que la procédure autorise précisément des modifications substantielles des offres lors des négociations.

Étant donné que les directives CE ne contiennent pas de dispositions spécifiques concernant la conduite d'une procédure négociée, il convient d'évaluer si les principes sous-jacents d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence ont été respectés avant de déterminer ce qui est possible ou non. Cela implique, par exemple, que toute modification ou nouvel élément doit respecter les paramètres de l'avis et des documents du marché, tels qu'ils ont été définis par l'entité adjudicatrice. En outre, les soumissionnaires doivent bénéficier du même traitement. Le pouvoir adjudicateur ne doit pas, par exemple, favoriser certains soumissionnaires en leur fournissant des informations ou en leur accordant une plus grande latitude lorsqu'il propose des modifications. En dernier lieu, le contrat à signer ne doit pas présenter de caractéristiques fondamentalement différentes de celles initialement publiées. Il convient donc d'évaluer si ces principes ont été respectés, en tenant compte des particularités de chaque cas individuel. Il n'est par conséquent pas possible d'établir, de manière abstraite, si chaque modification apportée au prix ou à d'autres éléments convenus avec le soumissionnaire retenu dans une procédure négociée constitue une violation de ces principes, mais doit être analysé dans chaque cas d'espèce. (Réponse donnée au nom de la Commission européenne le 29 octobre 2002 à la question écrite E-2798/02).

Me Patrick THIEL

Les informations qui précèdent ne constituent pas des avis ou recommandations.

Si vous souhaitez obtenir une information complémentaire, contactez :

Me Patrick THIEL au + 32 (02) 742.12.12.
