

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

- Sommaire :
1. Seuils de publicité européenne
 2. Adjudication – Corruption – Montant de l'indemnisation
 3. Offre – Régularité – Obligation de vérifier complètement l'offre
 4. Variantes libres – Conditions d'admissibilité - Motivation
 5. Nouvelle directive de l'Union européenne en matière de recours
 6. Conseil d'Etat – Suspension – Procédure d'extrême urgence – Recevabilité
 7. Conseil d'Etat – Suspension – Recevabilité – Intérêt à agir
 8. Secteurs spéciaux – Droit de recours des soumissionnaires non retenus – Période de « standstill » – Conditions du référé – Urgence – Forclusion du délai pour agir
 9. Recours en référé – Délai – Recevabilité – Procédure téméraire et vexatoire

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. SEUILS DE PUBLICITÉ EUROPÉENNE

A partir du 1^{er} janvier 2008, les nouveaux seuils de publicité européenne sont les suivants :

	<u>Secteurs classiques</u>		<u>Secteurs spéciaux</u>	
	Nouveaux seuils	Anciens seuils	Nouveaux seuils	Anciens seuils
Travaux	5.150.000 €	5.278.000 €	5.150.000 €	5.278.000 €
Fournitures	206.000 €	211.000 €	412.000 €	422.000 €
Services	206.000 €	211.000 €	412.000 €	422.000 €

La Commission européenne a en effet adopté le 4 décembre 2007 un règlement (n°1422/2007) modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE en ce qui concerne les seuils de publicité. Ces nouveaux seuils ont déjà été adaptés en droit belge par deux arrêtés ministériels du 17 décembre 2007.

2. ADJUDICATION – CORRUPTION – MONTANT DE L'INDEMNISATION

On sait que le principe de l'indemnisation à dix pour cent est d'application de longue date. Voilà que ce principe est désormais complété comme suit :

« Cette indemnité forfaitaire est complétée d'une indemnité en vue de la réparation de l'intégralité du dommage, lorsque celui-ci résulte d'un acte de corruption au sens de l'article 2 de la Convention civile sur la corruption, faite à Strasbourg le 4 novembre 1999. »

L'article 15, alinéa 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services a en effet été modifié par l'article 396 de la loi programme du 22 décembre 2003, afin de consacrer le principe de réparation intégrale du dommage subi à la suite d'un acte de corruption par le soumissionnaire ayant remis l'offre la plus basse. Cette disposition est entrée en vigueur en même temps que la Convention ; cette dernière a été approuvée par la loi du 15 février 2007 et est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2007.

3. OFFRE – RÉGULARITÉ – OBLIGATION DE VÉRIFIER COMPLÈTEMENT L'OFFRE

Le contrôle de la régularité d'une offre oblige le pouvoir adjudicateur à vérifier, dès la première analyse, la conformité de celle-ci à l'ensemble des exigences du cahier spécial des charges. Il s'ensuit que, si une décision déclarant une offre irrégulière vient à être annulée par le Conseil d'Etat, aucune nouvelle non-conformité ne pourra être ensuite invoquée par le pouvoir adjudicateur à l'encontre de cette offre qui ne pourra, dès lors, plus être considérée que comme régulière.

Le pouvoir adjudicateur est donc obligé d'analyser complètement les offres, sous peine de ne plus pouvoir soulever d'autres non-conformités par la suite. (C.E. n°159.604 du 6 juin 2006).

4. VARIANTES LIBRES – CONDITIONS D'ADMISSIBILITÉ - MOTIVATION

Les variantes libres doivent respecter les conditions minimales indiquées dans le cahier spécial des charges et les exigences requises pour leur soumission.

Si le cahier spécial des charges se limite à indiquer que « les variantes libres doivent tenir compte des spécifications techniques du cahier spécial des charges » ou que « l'offre alternative doit garantir une prestation quantitativement équivalente par rapport à celle faisant l'objet du marché », de telles dispositions ne se distinguent pas de la définition du marché et ne peuvent être considérées comme énonçant les exigences minimales s'appliquant aux variantes libres et les

modalités de leur soumission, comme l'impose l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993. (C.E. n°173.711 du 27 juillet 2007).

Lorsque des variantes libres sont autorisées par les documents de marché, il revient au pouvoir adjudicateur, d'abord, d'apprécier leur régularité, ensuite, si elles sont régulières, de les examiner et, enfin, d'énoncer les motifs pour lesquels il décide de ne pas retenir telle ou telle variante. (C.E. n°173.072 du 2 juillet 2007).

5. NOUVELLE DIRECTIVE DE L'UNION EUROPÉENNE EN MATIÈRE DE RECOURS

L'Union européenne a adopté le 11 décembre 2007 une nouvelle directive « recours » 2007/66/CE modifiant les directives 89/665/CEE (secteurs classiques) et 92/13/CEE (secteurs spéciaux) en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours des candidats et des soumissionnaires non retenus, lorsqu'ils jugent déloyale l'attribution d'un marché public.

La directive impose aux pouvoirs adjudicateurs d'observer un délai suspensif de dix jours (*période de « standstill »*) à la suite de l'annonce de l'attribution, avant de procéder à la passation du marché. Ce délai suspensif est destiné à donner aux soumissionnaires le temps d'examiner la décision, et d'évaluer s'il y a lieu d'engager un recours. Lorsque ce délai n'est pas respecté, les tribunaux nationaux devraient pouvoir annuler, sous certaines conditions, un marché conclu en le déclarant « sans effet ». Les Etats membres ont 24 mois à partir de la publication de la directive pour la transposer en droit national.

6. CONSEIL D'ÉTAT – SUSPENSION – PROCÉDURE D'EXTRÊME URGENCE - RECEVABILITÉ

L'article 21bis §2 de la loi du 24 décembre 1993 *relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services* permet aux candidats et aux soumissionnaires d'introduire un recours devant le Conseil d'Etat par une procédure d'extrême urgence, lorsque le marché public atteint le montant estimé fixé par le Roi pour la publicité européenne lors du lancement de la procédure.

Le Conseil d'Etat rejette la demande en suspension de l'exécution par une procédure d'extrême urgence, lorsque les seuils européens ne sont pas atteints et qu'il n'apparaît pas que la procédure ordinaire de suspension interviendrait trop tard pour empêcher l'exécution de l'acte attaqué. (C.E. n°173.622 du 24 juillet 2007).

7. CONSEIL D'ÉTAT – SUSPENSION – RECEVABILITÉ – INTÉRÊT A AGIR

Le soumissionnaire qui n'a pas remis une offre régulière a un intérêt à agir, en invoquant un moyen dont il ressortirait que l'offre de l'adjudicataire serait, elle-même, entachée d'une irrégularité substantielle, en manière telle que plus aucune offre régulière ne subsisterait et que l'ensemble des soumissionnaires retrouverait une chance de se voir attribuer le marché. (C.E. n°173.988 du 14 août 2007).

8. SECTEURS SPÉCIAUX – DROIT DE RECOURS DES SOUMISSIONNAIRES NON RETENUS – PÉRIODE DE « STANDSTILL » – CONDITION DU RÉFÉRÉ – URGENCE – FORCLUSION DU DÉLAI POUR AGIR

L'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993 qui prévoit un délai de « *standstill* » de 10 jours minimum ne s'applique pas aux secteurs spéciaux. Il n'appartient dès lors pas aux pouvoirs adjudicateurs de l'appliquer de manière unilatérale, étant donné qu'il édicte un délai de forclusion impératif. Toutefois, ce délai de 10 jours établi par la loi a été considéré par les autorités européennes et nationales comme raisonnable et suffisant dans le cadre des marchés du secteur classique. Il n'existe donc aucun motif de ne pas le considérer tel pour les marchés spéciaux. L'action en référé doit par conséquent être considérée comme ayant été diligentée en urgence si elle est introduite dans un délai sinon identique à tout le moins similaire.

La différence se situe au niveau de la computation des délais. Le délai court, non pas à partir du lendemain de la date d'envoi de la notification de l'attribution du marché (comme le prévoit l'article 21bis), mais à partir de sa connaissance par le soumissionnaire, éventuellement augmenté sur base de la force majeure ou diminué en raison d'une faute dans la prise de connaissance ; il est donc fait application du droit commun. (C. Appel Liège, 24 avril 2006).

9. RECOURS EN RÉFÉRÉ – DÉLAI – RECEVABILITÉ - PROCÉDURE TÊMÉRAIRE ET VEXATOIRE

L'action en référé devant le Président du Tribunal de première instance du soumissionnaire évincé, après qu'il ait introduit un recours en extrême urgence devant le Conseil d'Etat dans le délai de « *standstill* » prévu à l'article 21bis, est recevable, même si l'action en référé devant le juge judiciaire intervient après le délai de « *standstill* ».

En effet, l'article 21bis ne comprend pas un délai de déchéance de l'action ; le soumissionnaire évincé a toujours le droit d'introduire une procédure en référé devant le juge judiciaire, conformément à l'article 584 du Code judiciaire.

Toutefois, le fait d'agir en référé sur la base de l'article 584 C.Jud. et pour les mêmes motifs, après que le Conseil d'Etat ait expressément rejeté la demande en suspension dans le cadre d'un recours en extrême urgence, revient à faire appel de la décision du Conseil d'Etat. Pour cette raison, l'action introduite est téméraire et vexatoire (T.P.I. Bruxelles (réf.), 28 juillet 2005).

Patrick Thiel, avec le concours d'Isabelle Van Kruchten