

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Eléments délicats de la décision d'attribution en matière de marchés publics. Contrôle des prix anormaux, variantes, sanction du conflits d'intérêts, publicité des critères d'attributions

Vandeburie, Aurélien; Moises, F

Published in:
Mouv. Comm.

Publication date:
2008

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Vandeburie, A & Moises, F 2008, 'Eléments délicats de la décision d'attribution en matière de marchés publics. Contrôle des prix anormaux, variantes, sanction du conflits d'intérêts, publicité des critères d'attributions', *Mouv. Comm.*, VOL. octobre 2008, p. 490-498.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

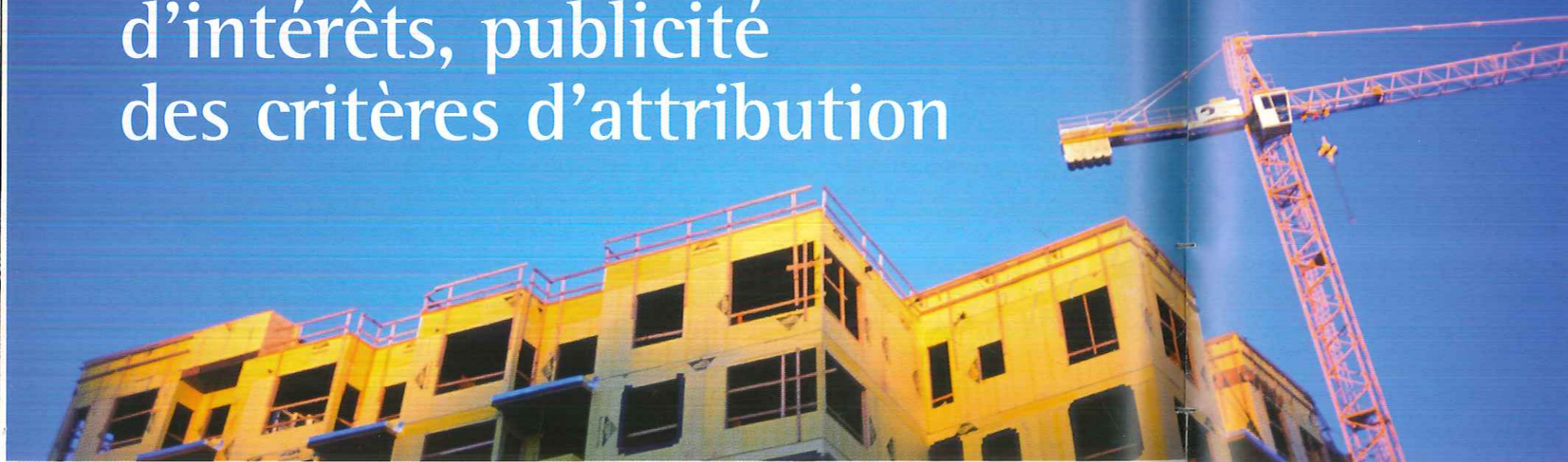
- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Éléments délicats de la décision d'attribution

Contrôle des prix anormaux, variantes, sanction du conflit d'intérêts, publicité des critères d'attribution



La commande publique est un parcours périlleux semé d'embûches. Tous les acteurs des pouvoirs publics, du niveau local aux sphères ministérielles, ne le savent que trop bien. La matière donne lieu à d'innombrables controverses.

F. Moïses et A. Vandeburie
Avocats élegis - Hannequart & Rasir

Les questions fusent de toute part: Comment assurer un exact contrôle des prix anormaux? Peut-on interroger un soumissionnaire dont l'offre paraît affectée d'une irrégularité non substantielle? Qu'est-ce qu'une irrégularité substantielle? Peut-on accepter une offre qui propose une variante lorsque le cahier spécial des charges est muet sur ce point? Quelles sont les conséquences de l'existence d'un conflit d'intérêts si le marché a été attribué? Faut-il annoncer les sous-critères et la méthode d'évaluation des offres? Comment s'assurer une motivation adéquate, que le Conseil d'Etat ne pourra remettre en cause?

Bien souvent le praticien n'a que quelques heures pour prendre position face à l'une de ces questions qui demanderaient chacune des recherches fouillées. Dans cette perspective, nous avons jugé utile de passer en revue quelques unes de ces questions diverses au regard de la jurisprudence actuelle du Conseil d'Etat et de la Cour de Justice.

Comment contrôler les prix anormaux?

Règles applicables à tous les marchés

- Même si le Conseil d'Etat respecte le pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur et n'exerce qu'un contrôle marginal se bornant à censurer l'erreur manifeste d'appréciation, il faut considérer que le pouvoir adju-

dicateur n'a pas seulement le pouvoir, mais a également le devoir de contrôler le caractère normal des prix¹.

L'article 110, par. 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 prévoit qu'avant d'écarter éventuellement une offre en raison du caractère apparemment anormalement élevé ou anormalement bas des prix unitaires ou globaux, le pouvoir adjudicateur doit inviter le soumissionnaire en cause par lettre recommandée à fournir par écrit les justifications nécessaires dans un délai de 12 jours de calendrier, à moins que l'invitation prévoit un délai plus long.

Le pouvoir adjudicateur n'est donc pas, en règle générale, tenu d'interroger les soumissionnaires avant de décider que les prix sont normaux². Par contre, il ne peut écarter automatiquement une offre au motif qu'elle

serait anormalement basse ou élevée ou comporterait des postes à prix anormaux sans avoir suivi la procédure prévue à l'article 110, par. 3.

S'il apparaît qu'un prix unitaire ou global est anormal après examen des justifications fournies, le pouvoir adjudicateur peut considérer l'offre comme irrégulière, mais il n'y est nullement tenu. Il conserve à ce propos un pouvoir d'appréciation, qui lui permet de ne pas écarter une offre dont un prix unitaire anormal ou estimé anormal n'aurait qu'une incidence mineure. Il convient toutefois de motiver sa décision à ce propos, ceci d'autant plus lorsque plusieurs prix unitaires sont jugés anormaux³.

- Le caractère anormal du prix doit s'apprécier non seulement au regard de l'offre dans son ensemble, mais également dans le cadre d'une analyse poste par poste. Une offre peut être considérée comme anormale même si les prix anormaux n'affectent pas le prix global.

Ceci résulte de l'article 96, par. 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 qui prévoit que les prix unitaires et les prix globaux des postes du métré récapitulatif doivent être établis d'une manière qui correspond à la valeur relative de chacun des postes par rapport au montant total de l'offre⁴.

Suivant une ancienne circulaire ministérielle consacrée comme un usage par la jurisprudence⁵, il est généralement admis de ne pas tenir compte des postes dont le montant est inférieur à 1 % du montant de la soumission. Il ne s'agit cependant pas d'une règle absolue. Il faut également prendre en considération l'incidence du total des postes qui seraient chacun inférieurs à 1 % sur le montant global de la soumission⁶.

- Le caractère marginal des prix anormaux ne constitue pas une justifica-

tion suffisante pour déclarer l'offre régulière⁷. Le Conseil d'Etat a en effet rappelé, à plusieurs reprises, qu'en matière de prix anormaux, la décision d'un pouvoir adjudicateur de considérer des prix comme normaux doit, comme tout acte administratif, reposer sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles, en vertu de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs⁸. L'obligation de motiver formellement, dans la décision d'attribution du marché, le rejet du grief d'anormalité apparente du montant de l'offre n'est donc pas limitée aux adjudications publiques de travaux, ce que pourrait laisser entendre l'article 110, par. 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Le pouvoir adjudicateur peut fonder sa décision sur des éléments étrangers aux justifications fournies par les soumissionnaires ou résultant de la seule analyse des soumissions. Le pouvoir adjudicateur peut notamment recourir à un service tel que le bureau des prix de la direction technique des marchés de la Région wallonne. Cet organisme analyse les offres suivant une méthode statistique spécifique s'appuyant sur une banque de données de prix unitaires régulièrement mise à jour. Le pouvoir adjudicateur peut également s'appuyer sur les offres qu'il a reçues dans le cadre d'un autre marché⁹.

Le pouvoir adjudicateur ne peut conclure à l'irrégularité de l'offre qu'en raison du caractère anormal des prix visés par la demande de justification sans quoi la raison d'être de la procédure d'audition serait ignorée. Cette procédure, imposée par le droit communautaire, constitue une formalité substantielle dont la violation entraîne la nullité de la décision d'attribution¹⁰.

¹ M.-A. Flamme, Ph. Flamme, C. Dardenne, Ph. Matheï et A. Delvaux, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, C.N.C., 1996-1997, 6^e éd., t. IA, n° 46, p. 1004.

² Le Conseil d'Etat a cependant considéré dans certains cas qu'en présence d'un écart très important d'un prix unitaire par rapport à la moyenne des prix remis, ne pas demander de justification relève de l'erreur manifeste d'appréciation (C.E., n° 155.095, 16.2.2006, N.V. Betonac).

³ Circ. n° 44-0-08-02 14.7.2008 du Ministre Daerden unifiant les pratiques en matière de traitement des demandes de participation et des offres dans le cadre des marchés publics, p. 18.

⁴ Le rapport au Roi de l'A.R. 8.1.1996, M.B. 26.1.1996, p. 1547, vise également le contrôle de l'anormalité des prix tant unitaires que globaux.

⁵ La circ. n° 44-0-08-02 14.7.2008 du Ministre Daerden reprend cet usage en réservant le cas où il existe "une sérieuse présomption de prix spéculatifs" (p. 17).

⁶ Liège, 20.11.2001, J.L.M.B., 2004, p. 297.

⁷ C.E., n° 116.961, 12.3.2003, S.A. CIT BLATON.

⁸ C.E., n° 141.115, 23.2.2005, S.A. SOTRAFOUR.

⁹ C.E., n° 90.449, 25.10.2000; *Entr. et dr.*, 2002, p. 53 et extrait du rapport de l'auditeur Thibaut et obs. de M.-A. Flamme.

¹⁰ ESIMPAP, *Les marchés publics, droit belge et européen*, 2000, t. I, n° 584, p. 511.

Règles spécifiques aux adjudications publiques de travaux

En cas de marché public de travaux à passer par adjudication publique ou restreinte et pour autant qu'au moins quatre offres aient été déposées, toute offre dont le montant s'écarte d'au moins 15 % en-dessous de la moyenne des montants des offres déposées par les soumissionnaires sélectionnés est considérée comme une offre exigeant la vérification par le pouvoir adjudicateur de l'éventuelle anomalie de ce montant. L'article 110, par. 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 détermine le mode de calcul de la moyenne des offres déposées.

En présence d'une offre exigeant la vérification de l'éventuelle anomalie de son montant, le pouvoir adjudicateur doit:

- soit motiver formellement dans sa décision d'attribution du marché le rejet du grief d'anomalie apparente du montant de l'offre;
- soit inviter le soumissionnaire à fournir les justifications nécessaires comme prévu au par. 3.

Si le soumissionnaire ne fournit pas les justifications dans le délai imparti ou si le montant de l'offre est retenu comme anormal, le pouvoir adjudicateur ne dispose plus d'un pouvoir d'appréciation. Dans ces deux hypothèses, il doit considérer l'offre comme irrégulière et, partant, comme nulle de plein droit.

Toujours dans le cas des marchés publics de travaux, le pouvoir adjudicateur doit informer la commission d'agrégation des entrepreneurs dans les 15 jours de la conclusion du marché de l'écartement d'une offre du fait de prix anormaux ou du seul fait du défaut de justification nécessaire dans le délai imparti.

Prix anormalement bas, subventions et aides d'Etat

- L'article 110, par. 5, dernier al., de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 a été modifié par l'arrêté royal du 23 novembre 2007. Il prévoit, depuis lors, que: "*Lorsque le montant estimé du marché atteint celui prévu pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur qui, en vertu du paragraphe 3, a rejeté une offre anormalement basse du fait de l'obtention*

d'une aide publique qui n'a pas été octroyée légalement en informe la Commission européenne".

Cette disposition tend à transposer l'article 55, par. 3, de la directive 2004/18. Celle-ci prévoit que: "*Le pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'Etat par le soumissionnaire ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que s'il consulte le soumissionnaire et si celui-ci n'est pas en mesure de démontrer dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur que l'aide en question a été octroyée légalement. Le pouvoir adjudicateur qui rejette une offre dans ces conditions en informe la Commission*".

Seule la règle relative à l'information de la Commission est correctement transposée. L'article 110, par. 5, ne transpose pas correctement l'article 55 de la directive puisqu'il ne consacre pas la charge de la preuve qui incombe au soumissionnaire que l'aide en question a été octroyée légalement et l'obligation de l'interroger à cet égard avant d'écarter son offre.

Cette disposition doit, dès lors, se combiner avec l'article 110, par. 3, précitée:

- soit le pouvoir adjudicateur constate lui-même que le prix se justifie par une aide publique dont la légalité n'est pas contestable et

n'est pas alors tenu d'interroger le soumissionnaire;

- soit le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à justifier le prix anormalement bas. Le soumissionnaire doit alors justifier de la légalité de la subvention.

- Que cela signifie-t-il concrètement pour le pouvoir adjudicateur ou le soumissionnaire?

Le terme "*légalement*" doit être interprété comme une référence au droit interne. Le soumissionnaire doit donc seulement démontrer que la subvention en cause lui a été octroyée dans le respect de la réglementation qui la prévoit.

La directive ne fait en effet pas référence à la notion d'aide compatible avec le droit communautaire et ne vise donc pas l'article 87 du Traité C.E.¹¹.

Il serait, par ailleurs, déraisonnable d'exiger des soumissionnaires qu'ils démontrent que la subvention octroyée licitement sur la base du droit interne respecte toutes les exigences du droit communautaire en matière d'aide d'Etat, ou, lorsqu'il s'agit de compensations pour les obligations de services publics, que les conditions de la jurisprudence "*Altmark*" de la Cour de Justice¹² sont bien remplies¹³.

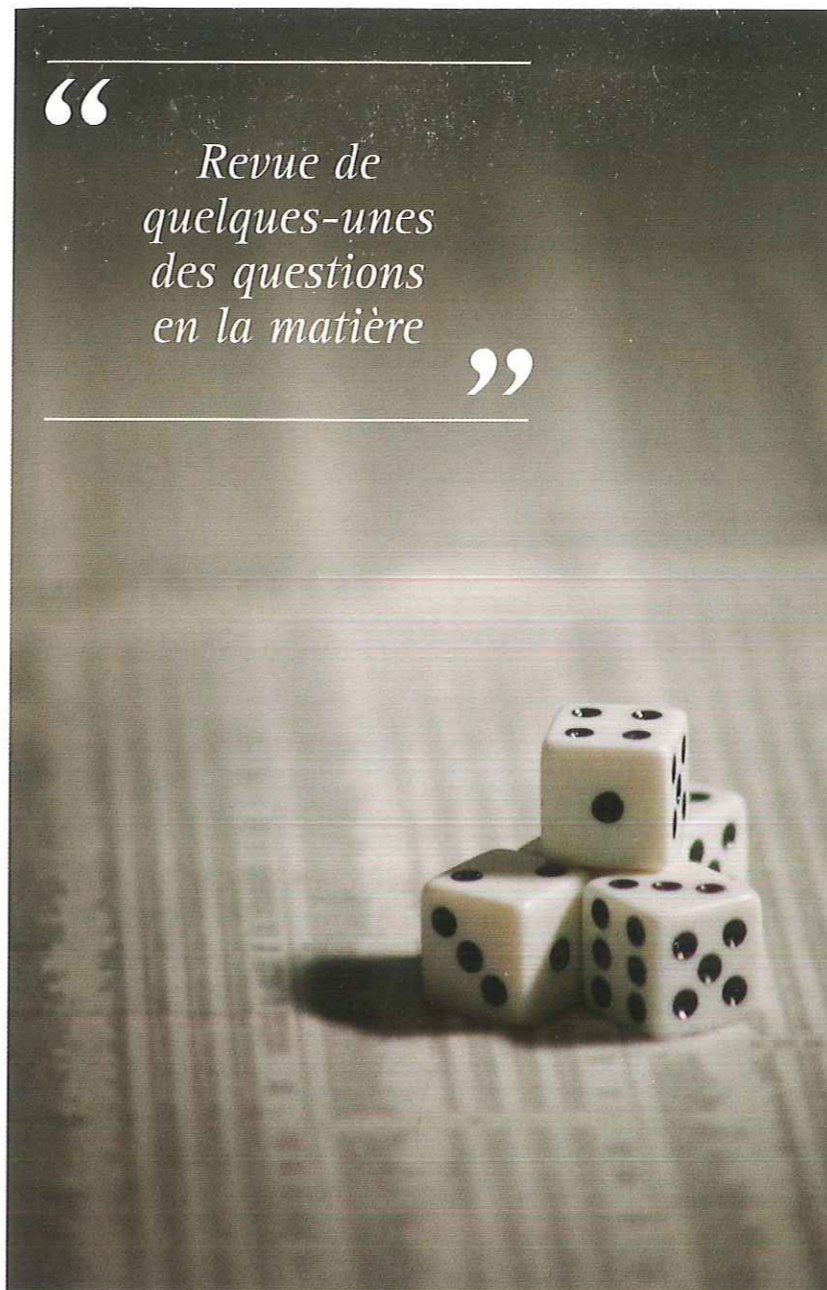
La démonstration de la compatibilité d'une aide d'Etat avec le droit

¹¹ Certes, l'objectif de l'art. 55 est de faire en sorte que les Etats membres veillent "à ce que la participation d'un soumissionnaire, qui est un organisme de droit public, à une procédure de passation de marché public ne cause pas de distorsion de concurrence vis-à-vis de soumissionnaires privés" (dir. 2004/18, 4^e considérant). Suivant la jurisprudence de la Cour de Justice, le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires n'est cependant pas violé au seul motif que le pouvoir adjudicateur admet à participer à une procédure de passation d'un marché public des organismes qui reçoivent de lui-même ou d'autres pouvoirs adjudicateurs des subventions permettant à ces organismes de faire des offres à des prix sensiblement inférieurs à ceux de leurs co-soumissionnaires qui ne bénéficient pas de telles subventions (C.J.C.E., 7.12.2000, ARGE, C-94/99). Cette position est partagée par la Cour d'appel de Liège. Dans un arrêt du 17.11.2005 (R.G. 2005/1266), elle s'est prononcée sur une action poursuivie par une entreprise de voirie publique contre une société à finalité sociale agréée comme entreprise d'insertion par le Ministère de la Région wallonne à laquelle elle reprochait, sur la base de la L. 14.7.1991 sur les pratiques de commerce, une concurrence déloyale et la pratique de prix à perte. Il s'agissait, en l'espèce, de l'attribution par la Région wallonne de marchés relatifs à la collecte des déchets et au nettoyage des parkings et aires de stationnement des autoroutes et routes nationales de la province de

Luxembourg. La Cour d'appel de Liège a considéré qu'il n'y avait pas de concurrence déloyale du fait de l'établissement de soumissions à un prix résultant de subventions et de la possibilité d'appliquer un taux de TVA réduit, établi en faveur des organismes à caractère social. Se référant à la décision précitée de la Cour de Justice et aux arrêts n° 122/2000 et 133/2000 de la Cour constitutionnelle, elle relève que ces instances se sont clairement prononcées sur l'absence d'atteinte au principe de l'égalité de traitement des concurrents du fait des subsides au regard tant du droit communautaire qu'interne¹². La Cour de Justice a cependant réservé le cas de subventions constituant une aide d'Etat illégale. Un soumissionnaire peut être exclu au cours de la procédure de sélection lorsque le pouvoir adjudicateur considère qu'il a reçu une aide non conforme au Traité et que l'obligation de restituer l'aide illégale mettrait en danger sa santé financière, de sorte que ce soumissionnaire peut être considéré comme n'offrant pas les garanties financières ou économiques requises (pt. 30).

¹² C.J.C.E., arrêt du 24.7.2003, ALTMARK, C-280/00.

¹³ Voy. à cet égard la décision de la Commission du 28.11.2005 sur l'application des dispositions de l'art. 86, par. 2, du Traité C.E. aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de service d'intérêt économique général, J.O.L., 312, du 29.11.2005, p. 67.



“
Revue de quelques-unes des questions en la matière
”

communautaire n'est en effet pas chose aisée. Sauf à invoquer que le montant des subventions en cause, qui peuvent être octroyées à une entreprise déterminée, ne dépasse pas le seuil des aides exemptées par le règlement de la Commission relatif aux aides de *minimis*¹⁴, le bénéficiaire serait en effet obligé de rechercher si les subventions en cause font l'objet d'un règlement d'exemption par catégorie ou ont fait l'objet d'une décision de la Commission européenne constatant la compatibilité de la subvention avec le marché commun.

Une telle obligation ne découle pas de la réglementation interne et ne

semble pas s'imposer sur la base de l'article 55 de la directive.

Les variantes

Comment distinguer les variantes des options?

Les variantes sont des alternatives techniques ou juridiques, à savoir des solutions différentes des exigences de base du cahier spécial des charges sur le plan technique ou quant aux engagements du soumissionnaire¹⁵. La notion de variante ne doit pas se confondre avec celle d'option.

L'option constitue une prestation supplémentaire que le pouvoir adju-

dicateur se réserve de commander ou non, notamment pour des raisons budgétaires. Il semble que le Conseil d'Etat ait condamné cette pratique de l'administration en matière d'adjudication. Sans déclarer le principe même de l'option illicite, le Conseil d'Etat impose de ne pas en tenir compte lors de la détermination de l'offre régulière la plus basse¹⁶.

En toute hypothèse, la régularité des options doit être appréciée de manière stricte car elle constitue une exception au principe de l'interdiction des offres doubles consacrée par l'article 103 de l'arrêté du 8 janvier 1996, dont la violation constitue une irrégularité substantielle¹⁷.

Comment distinguer une variante obligatoire d'une variante libre ou d'une variante autorisée et dirigée?

- En adjudication comme en appel d'offres, le cahier des charges peut prévoir une ou plusieurs variantes imposées ou autorisées et spécifiées par le pouvoir adjudicateur (art. 113, al. 1^{er} de l'A.R. 8.1.1996, pour l'adjudication, et art. 16 de L. 24.12.1993 et 115 de cet arrêté pour les appels d'offres).

S'il s'agit d'une variante obligatoire, le défaut d'offres pour celle-ci constitue une irrégularité substantielle entraînant l'écartement de l'offre de base¹⁸.

Les variantes libres, autrefois appelées "*suggestions*", sont celles proposées spontanément par un soumissionnaire sans que le cahier spécial des charges en spécifie l'objet. Elles ne sont pas permises dans la procédure d'adjudication¹⁹.

¹⁴ Le règlement C.E. n° 1998/2006 de la Commission du 15.12.2006 concernant l'application des art. 87 et 88 du Traité aux aides de *minimis* a porté le plafond de 100.000 € qui a été fixé par le règlement C.E. n° 69/2001 à 200.000 €.

¹⁵ A.-L. Durvieux, *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, Larquier, Bruxelles, 2006, pp. 488-489, n° 444.

¹⁶ C.E., 23.12.2002, n° 114.127, S.A. GOESSENS.

¹⁷ C.E., n° 137.788, 30.11.2004.

¹⁸ C.E., n° 167.577, 8.2.2007.

¹⁹ ESIMAP, op. cit., t. I, n° 159, p. 200, note 3: l'art. 24 de la dir. 2004/18 ne traite des variantes libres que lorsque le critère d'attribution est celui de l'offre économiquement la plus avantageuse; A.-L. Durvieux, op. cit., n° 445, p. 441.

MARCHÉS PUBLICS

- En tant qu'il prévoit "sauf si le cahier spécial des charges en dispose autrement, le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération les éventuelles variantes libres présentées par les soumissionnaires", l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 entre en contradiction avec l'article 24 - 2, de la directive 2004/18, qui prévoit que "les pouvoirs adjudicateurs indiquent dans l'avis de marché s'ils autorisent ou non les variantes; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas autorisées".

Cette contradiction résulte d'une inversion du principe dans la directive 2004/18 par rapport aux directives précédentes²⁰.

Seule la règle prévue par la directive est compatible avec la jurisprudence de la Cour de Justice suivant laquelle les variantes doivent être conformes aux prescriptions minimales énoncées par le cahier spécial des charges²¹. En effet, on ne voit pas comment le pouvoir adjudicateur pourrait ne pas autoriser spécialement les variantes tout en énonçant les prescriptions minimales auxquelles elles devraient répondre dans le cahier spécial des charges. Compte tenu de la primauté du droit communautaire et de l'effet direct de cette disposition de la directive qui aurait dû être transposée depuis le 31 janvier 2006, il convient de faire prévaloir le texte de la directive sur celui de la loi interne.

A défaut d'indication dans l'avis de marché, les variantes ne sont donc pas

autorisées, du moins en ce qui concerne les marchés qui atteignent le seuil européen.

Quelles sont les conditions d'admissibilité des variantes libres?

Les variantes non spécialement prévues et spécifiées par le cahier spécial des charges ne sont visées par la directive qu'en ce qui concerne les procédures d'appel d'offres. Suivant la directive, elles doivent répondre aux conditions suivantes:

- elles doivent avoir été autorisées dans l'avis de marché;
- les pouvoirs adjudicateurs qui autorisent les variantes mentionnent dans le cahier des charges les exigences minimales que les variantes doivent respecter, ainsi que les modalités de leurs soumissions;
- le pouvoir adjudicateur ne peut prendre en considération que les variantes répondant à ces exigences minimales requises.

La condition de conformité à des exigences minimales indiquées dans le cahier spécial des charges et à la détermination des modalités des soumissions est reprise dans l'article 16 de la loi. Le droit communautaire enferme donc les variantes "libres" dans un carcan peu compatible avec la recherche de solutions innovantes²².

A défaut pour le cahier des charges de définir concrètement les exigences techniques minimales, les variantes ne peuvent être retenues, même si les variantes libres ont été autorisées par le cahier spécial des charges. Ceci a été précisé par l'arrêt précité de la Cour de Justice du 16 octobre 2003, *Traunfellner*. Pour la Cour de Justice, la spécification des exigences minimales relatives aux variantes touche à l'obligation de transparence visant à garantir le respect du principe

d'égalité de traitement des soumissionnaires auquel doit obéir toute procédure de passation de marché régi par les directives.

Ces conditions minimales doivent être suffisamment précises. Dans un arrêt du 27 juillet 2007, le Conseil d'Etat considère qu'une disposition du cahier des charges qui se limite à énoncer que l'offre alternative doit garantir la fourniture d'une prestation quantitativement équivalente par rapport à celle faisant l'objet de l'offre de base ne se distingue pas de la définition de l'objet du marché et ne peut être considérée comme énonçant des exigences minimales s'appliquant aux variantes libres comme l'impose l'article 16 de la loi. Dès lors, la variante libre proposée par Ecoterre ne pouvait pas être prise en considération pour la classification des offres²³.

Quelles sont les conséquences du dépôt d'une variante non autorisée ou irrégulière sur la régularité de l'offre de base? Illustration au travers de l'examen de l'affaire dite "des menottes à charnières"

Une affaire relative à l'achat par l'Etat belge de menottes à charnières destinées à la police intégrée a donné lieu à deux décisions en sens contraire des chambres francophones et néerlandophones du Conseil d'Etat.

Un soumissionnaire croit déposer, en plus de l'offre de base, une variante consistant dans des menottes à charnières bloquantes qui présentent "l'avantage pour l'utilisateur d'avoir une force de type bras de levier supplémentaire". Le système se débloquent avec la clé de menotte.

En réalité, le cahier des charges ne distinguait pas entre système de charnières bloquantes et non bloquantes, en sorte que ce que le soumissionnaire

MARCHÉS PUBLICS

croyait être une variante ne présentait aucune dérogation aux spécifications techniques du cahier des charges prévu pour l'offre de base.

Par un arrêt du 7 mars 2007, n° 168.573, la chambre francophone du Conseil d'Etat saisie considère qu'il n'y a pas lieu de considérer que la demanderesse a illégalement, en violation de l'article 103 de l'arrêté, déposé deux offres de base. Son intention était en effet bien de présenter une variante libre. L'irrégularité de cette variante libre n'entraîne donc pas l'irrégularité de l'offre de base.

Par contre, dans son arrêt du 6 mars 2007, n° 168.570, la chambre néerlandophone saisie considère comme irrégulière la variante libre qui ne s'écarte pas des spécifications techniques du cahier des charges. Il s'avère donc que la partie requérante n'a pas introduit de variante, mais bien deux offres de base, ce qui amène à conclure à l'irrégularité de sa soumission²⁴.

La solution retenue par la chambre néerlandophone ne semble pas conforme à une application correcte de l'article 103 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (interdiction de déposer deux offres) combinée avec les articles 113 et 115 organisant à certaines conditions la possibilité pour les soumissionnaires en adjudication et en appel d'offres de déposer des variantes. Si l'intention du soumissionnaire est bien de déposer une variante et non de déposer deux offres, la circonstance que la variante est irrégulière ne peut être abusivement assimilée par le pouvoir adjudicateur au dépôt d'une offre double. L'article 103, qui interdit les

offres doubles, ne peut être appliqué que si un soumissionnaire dépose une offre suivie d'une offre modificative ou différente sans respecter les modalités prévues par l'article 105 en cas de modification ou de retrait d'offre.

Ainsi que le précise le rapport au Roi, précédant l'arrêté royal du 8 janvier 1996, qu'elles soient libres ou dirigées, les variantes ne sont pas visées par le concept d'offre unique²⁵. L'essentiel est donc d'examiner la volonté de l'auteur de l'offre. Soit le soumissionnaire entend déposer une véritable variante se rapportant à un objet distinct du marché, tel type de produit, un procédé ou un élément de construction différent et son offre ne peut être considérée comme une offre double. Soit son intention est de faire une contre-proposition, une contre-offre par rapport à sa propre offre de base sans en modifier l'objet et se trouve alors en contradiction avec le principe de l'unicité de l'offre prescrit par l'article 103²⁶.

Comment procéder au classement unique des offres de base et des variantes en adjudication?

En adjudication, les variantes imposées ou autorisées doivent faire l'objet d'un classement unique avec les offres de base. Cela signifie que dans le rapport d'analyse des offres, les variantes sont traitées comme des offres distinctes.

Le pouvoir adjudicateur n'a donc aucune liberté de choix entre la variante imposée et l'offre conforme, même dans le cas où le même soumissionnaire a remis les offres les plus

basses ou les plus intéressantes, tant pour la solution de base que pour les variantes. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur doit retenir celle des deux offres (offre de base ou variante) qui est la plus basse ou la plus intéressante²⁷.

Faut-il une décision motivée de retenir ou non telle ou telle variante en appel d'offres?

Dans un arrêt du 21 mai 2008, n° 183.174, le Conseil d'Etat a souligné la différence existant entre le régime des variantes en adjudication et en appel d'offres. Ainsi, "à la différence de l'article 113 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, qui n'est applicable qu'à la procédure d'adjudication, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu, en appel d'offres, de procéder à un classement unique des offres de base et des variantes; l'article 115 du même arrêté royal, applicable à la procédure d'appel d'offres, comporte, comme seule prescription, de tenir compte des variantes imposées, des variantes autorisées et des variantes libres lorsqu'elles ne sont pas interdites; il revient dès lors au pouvoir adjudicateur... de les examiner et d'énoncer les motifs pour lesquels il décide de retenir ou de ne pas retenir telle ou telle variante".

²⁴ Dans le même sens, C.E., n° 120.103, 3.6.2003.
²⁵ M.B. 26.1.1996, pp. 1546 et 1665.
²⁶ En ce sens, ESIMAP, op. cit., vol. 1, n° 606, p. 524.
²⁷ En ce sens, M.-A. Flamme et alii, op. cit., t. I, n° 16, p. 258.



Espace? D'urgence?



En manque d'espace? A la recherche d'une solution rapide et flexible? Une offre détaillée endéans les 48h? Une qualité vérifiable, en Belgique et dans le monde entier? Frisomat dessine, produit et construit déjà depuis 30 ans des bâtiments innovatifs en acier galvanisé laminé à froid. Un prix correct et un délai de livraison prompt pour chaque projet. Just in time, en conformité avec les normes statiques locales. Besoin d'espace, contactez-nous. www.frisomat.be

FRISOMAT
 Innovators in steel buildings

Cette décision doit cependant être motivée de façon circonstanciée en s'appuyant sur les éléments du dossier remis aux soumissionnaires. Dans un arrêt du 2 juillet 2007, n° 173.072, le Conseil d'Etat a considéré que l'obligation de prendre en compte les variantes régulières et conformes au cahier des charges n'était pas respectée dès lors que le pouvoir adjudicateur avait considéré comme non conforme "à la philosophie développée par le cahier spécial des charges" une proposition consistant à regrouper sur un lot tous les logements moyens et les logements libres sur un second lot. La Commune de Woluwe-Saint-Lambert avait considéré ce regroupement contraire à l'objectif de mixité des logements et au souci de ne pas créer des ghettos. Selon le Conseil d'Etat, cette motivation s'apparente à une clause de style et ne trouve aucun appui dans le dossier administratif.

Si la variante est retenue, l'égalité de traitement implique qu'elle puisse être comparée aux offres de base et évaluée sur la base des mêmes critères d'attribution²⁸.

Degré de publicité préalable des critères d'attribution, des sous-critères, des coefficients de pondération et de la méthode d'évaluation

Les critères d'attribution doivent, bien entendu, être mentionnés dans les documents de marché (avis de marché et cahier spécial des charges). Seuls échappent à cette obligation pour les secteurs classiques, les marchés passés par procédure négociée sans publicité n'atteignant pas la publicité européenne²⁹.

L'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 prévoit en effet que le pouvoir adjudicateur mentionne dans le cahier spécial des charges et éventuellement dans l'avis de marché tous les critères d'attribution, si possible dans l'ordre décroissant de l'importance qui leur est attribuée, ce dont le cahier spécial des charges fait dans ce cas mention. A défaut, les critères d'attribution ont la même valeur. Le pouvoir adjudicateur est toutefois sujet à une

obligation de pondération des critères qu'il emploie pour les marchés publics atteignant les montants fixés pour la publicité européenne. Il doit en effet alors préciser la pondération relative de chacun des critères d'attribution, celle-ci pouvant éventuellement être exprimée dans une fourchette dont l'écart maximal doit être approprié. Si une telle pondération n'est pas possible pour des raisons démontrables, les critères sont mentionnés dans un ordre décroissant d'importance. Une pondération qualitative du type très important, important, peu important, ... est également permise³⁰.

L'autorité est-elle tenue également d'annoncer dans les documents de marché la méthode d'évaluation ou de notation des offres qu'elle compte employer? Dans un arrêt du 16 décembre 2005, le Conseil d'Etat s'était prononcé par la négative à propos de cette question³¹. De la même manière, la Haute juridiction administrative a admis que le pouvoir adjudicateur pouvait faire état pour leur évaluation de sous-critères déterminés après le dépôt des offres, mais avant leur ouverture. Ceci pour autant que ces critères déterminés a posteriori présentent un lien avec le critère auquel ils se rapportent, de sorte que l'on n'aboutisse pas à une dénaturation de ces derniers, qu'ils soient suffisamment prévisibles, c'est-à-dire qu'ils couvrent l'ensemble des aspects compris dans le critère annoncé et qu'ils ne rompent pas le principe d'égalité et de non-discrimination³².

Cette problématique doit être examinée aujourd'hui à la lumière d'un arrêt de la Cour de Justice du 24 janvier 2008³³. La Cour y décide en effet qu'un pouvoir adjudicateur ne saurait appliquer des règles de pondération ou des sous-critères pour les critères d'attribution qu'il n'a pas

préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires (pt 38), ceci au motif que tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et leur importance relative doivent être connus des soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leurs offres (pt 36).

Dans un arrêt du 5 juin dernier, le Conseil d'Etat a suivi cette décision dans une affaire où était critiquée l'application de sous-critères et sous-sous-critères³⁴.

L'on remarquera toutefois que la Cour ne se départit pas de sa jurisprudence suivant laquelle elle admet, sous certaines conditions, une pondération a posteriori des sous-critères pourtant annoncés³⁵.

La Cour rappelle expressément à ce propos que le droit communautaire ne s'oppose pas à une telle façon de procéder sous trois conditions très précises, à savoir qu'elle:

- ne modifie pas les critères d'attribution du marché définis dans le cahier de charges ou dans l'avis de marché;
- ne contienne pas d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation, et;
- n'ait pas été adoptée en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires.

Sauf cette exception particulière que le Conseil d'Etat continue également à appliquer³⁶, il semble qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour de Justice que le principe de transparence impose que les critères d'attribution, leur pondération, leur méthode d'évaluation, ainsi que leurs sous-critères soient annoncés dans les documents de marché. Leur

énumération devra, sauf indication contraire dans ces documents, être jugée exhaustive³⁷.

Conséquences de la violation des règles ayant pour objet de prévenir les conflits d'intérêts sur l'attribution du marché

De nombreuses dispositions ont pour objet de prévenir les conflits d'intérêts dans le cadre de l'attribution de marchés publics³⁸. La question de la sanction de leur violation reste entière. Le CDLD, la nouvelle loi communale, la loi sur les intercommunales et la loi du 8 juillet 1976 organique des CPAS n'emportent, en effet, dans les conditions qu'ils fixent, qu'une interdiction de siéger aux membres des organes compétents pour en délibérer lorsque sont évoqués des dossiers dans lesquels ces membres ont un intérêt, ainsi qu'une interdiction de participer à un marché public passé par une commune, une intercommunale, une province ou un CPAS. L'article 10 de la loi sur les marchés publics du 24 décembre 1993 impose seulement au fonctionnaire, ainsi qu'à toute personne chargée d'un service public qui aurait un intérêt dans une entreprise soumissionnaire de se récuser. Quant à l'article 245 du Code pénal, il permet seulement l'infliction d'une sanction pénale.

Aucune de ces dispositions ne frappe donc expressément de nullité le marché qui serait passé en violation des règles qu'elles énoncent.

La jurisprudence reste divisée quant au sort qu'il convient de réserver à un marché passé, notamment, en violation de l'article 10 de la loi sur les marchés publics du 24 décembre 1993.

Ainsi, certaines décisions n'hésitent pas à annuler ce marché³⁹. Dans un arrêt du 10 juillet 1990, le Conseil d'Etat a toutefois indiqué que "du même texte de l'article 6 (de la loi du 14 juillet 1976) et des travaux préparatoires de cet article il ressort que le législateur est parti de l'idée qu'une infraction à l'interdiction contenue dans l'article 6 doit être sanctionnée dans la personne de ceux à qui s'adresse l'interdiction, c'est-à-dire les fonctionnaires, les officiers publics et toute autre personne chargée d'un service public, et qu'il n'est jamais entré dans l'intention du législateur d'assurer le respect de cette interdiction par la prise d'une sanction contre le soumissionnaire, à savoir le rejet de son offre"⁴⁰. A suivre cette jurisprudence, la nullité du marché ne pourrait être prononcée⁴².

La loi du 15 juin 2006, si elle reprend ce régime d'interdiction⁴³, ne précise pas non plus quelle sanction il convient de lui appliquer.

Nous sommes, pour notre part, d'avis que la sanction de la violation des

règles qui ont pour objet de prévenir toute confusion d'intérêts trouve sa réponse dans le respect des principes qui en constituent le fondement. Ces règles trouvent leur source dans le principe d'égalité entre soumissionnaires⁴⁴, ainsi que dans le principe d'impartialité. Erigé au rang de principe fondamental du droit communautaire par la Cour de Justice, le principe d'égalité est étroitement lié à la réalisation d'une concurrence effective⁴⁵. La question sera donc de savoir si le libre jeu de la concurrence peut se trouver faussé par les qualités respectives des différents intervenants d'un marché public. S'agissant plus particulièrement d'un conflit d'intérêt, l'on se demandera, par exemple, si la simple présence d'un administrateur d'un candidat ou soumissionnaire au sein de l'organe de décision du pouvoir adjudicateur est de nature à favoriser l'un ou l'autre candidat et donc, à fausser la libre-concurrence. L'on peut, à cet égard, déduire de la jurisprudence de la Cour de Justice qu'une personne qui se trouve dans une situation dans laquelle elle est susceptible d'influencer les conditions d'un marché public dont elle est elle-même soumissionnaire se trouve dans le cas d'un conflit d'intérêts. Une telle situation est de nature à fausser la concurrence entre les soumissionnaires⁴⁶. Par ailleurs, tous les soumissionnaires doivent disposer des mêmes chances

²⁸ A.-L. Durviaux, op. cit., n° 441, p. 491.

²⁹ A.R. 8.1.1996, art. 121.

³⁰ C.E., n° 170.589, du 26.4.2007, T.H.V. SORESMA-EGEMIN.

³¹ C.E., n° 152.843, du 16.12.2005, S.A. MODAL VOICE NETWORKS. Voy. aussi C.E., n° 155.094, du 16.2.2006, N.V. STRUKTON DE MEYER ET N. V. BETONAC; C.E., n° 166.770, du 17.1.2007, S.A. SOCOGETRA.

³² C.E., n° 171.270, du 16.5.2007, SPRL ARCHITECTURE ET URBANISME F. HAULOT ET S. A. TRACTEBEL DEVELOPMENT ENGINEERING.

³³ C.J.C.E., 24.1.2008, LIANAKIS, C-532/06.

³⁴ C.E., n° 183.809, du 5.6.2008, NV SV INTERIOR PROJECTS.

³⁵ C.J.C.E., 24.11.2005, ATI EAC, C-331/04, pt 32.

³⁶ C.E., n° 185.195, du 7.7.2008, S.A. COMPUTER LAND; C.E., n° 180.337, du 3.5.2008, S.A. S.B.M.I. et autres. Cette dernière décision est critiquable, puisque le pouvoir adjudicateur n'avait pas fait état d'une méthode d'évaluation non annoncée pour évaluer des sous-critères, mais bien d'éléments non prévus par le cahier spécial des charges et destinés à expliciter les critères fixés par celui-ci. L'enseignement de l'arrêt Lianakis aurait donc dû trouver à s'appliquer.

³⁷ Comp. avec C.E., n° 166.770, du 17.1.2007, S.A. SOCOGETRA. La Haute juridiction administrative y indique que l'autorité n'est pas tenue d'indiquer dans le cahier spécial des charges la méthode d'analyse des critères, ainsi p. ex. des éléments d'appréciation d'un sous-sous critère prévu par le cahier des charges.

³⁸ Pour un rappel, voy. la circ. du Ministre des Affaires intérieures et de la Fonction publique de la Région wallonne du 22.5.2008.

³⁹ C.E., arrêt n° 26.545 du 16.5.1986, SINTRA; C.E., arrêt n° 35.909, du 29.11.1990, FABRICOM AIR CONDITIONNING-AIR & CHALEUR.

⁴⁰ Disposition au contenu identique à celui de l'art. 10 de la L. 24.12.1993.

⁴¹ C.E., arrêt n° 35.443, du 10.7.1990, ROEGIER-SNOBELS, Entr. & dr., 1990, p. 305. Dans ce sens également: C.E., arrêt n° 46.858, du 8.4.1994, MOTOROLA-SAIT-FABRICOM, Entr. & dr., 1994, p. 177; avis conforme sur ce point de Monsieur l'auditeur J. Stevens (pp. 187-188).

⁴² Dans ce sens, à propos de cette décision: P. Thiel, *Mémento des marchés publics*, Kluwer, Bruxelles, 2006, p. 256.

⁴³ L'art. 8 de la nouvelle loi organique des marchés publics du 15.6.2006 est, toutefois, plus sévère que l'art. 10 de la L. 24.12.1993. Cette dernière disposition interdit en effet seulement d'intervenir dans la passation et la surveillance de l'exécution d'un marché public, alors que la L. 15.6.2006 interdit toute participation dans la passation et l'exécution d'un marché public. La nouvelle loi est également plus complète: le champ d'application du régime d'incompatibilité est en effet étendu aux entreprises candidates et non plus seulement aux entreprises soumissionnaires, ceci pour les cas où la procédure se déroule en deux phases. Dans la nouvelle loi, la notion de "personne chargée d'un service public" est également remplacée par celle, jugée plus claire par le Gouvernement, de "personne liée à un pouvoir adjudicateur de quelque manière que ce soit". Enfin, la notion "d'intérêt" est remplacée par celle de "conflit d'intérêts".

⁴⁴ M.-A. Flamme, *Favoritisme et confusion d'intérêts dans les marchés publics*, Entr. et dr., 2006, p. 323.

⁴⁵ Voy., p. ex.: C.J.C.E., arrêt du 17.9.2002, CONCORDIA BUS FINLAND, C-513/99, pt 81. Adde: A.-L. Durviaux, op. cit., p. 380, n° 356.

⁴⁶ C.J.C.E., 3.3.2005, FABRICOM, C-21/03 et C-34/03, pts 29 et 30.

MARCHÉS PUBLICS

dans la formulation des termes de leurs offres. Par conséquent, le principe d'égalité peut être violé lorsqu'il est établi qu'une personne se trouve favorisée pour formuler son offre en raison des informations qu'elle a pu obtenir au sujet du marché public en cause.

Il n'importe donc pas tant de savoir si l'article 10 de la loi sur les marchés publics a été ou non violé, ou si telle ou telle disposition du CDL Da été ou non respectée. Il convient encore - et surtout - de se demander si, dans les circonstances de la cause, les principes d'égalité et de non-discrimination, ainsi que le principe d'impartialité ont bien été respectés. Dans la négative, l'annulation de l'attribution du marché devra être prononcée.

C'est dans ce sens que se prononce un arrêt du Conseil d'Etat du 12 juillet 2007⁴⁷. Celui-ci confirme, tout d'abord, que la violation de l'article 10 de la loi du 24 décembre 1994 ne conduit pas nécessairement à l'annulation de la décision d'attribution du marché. La sanction s'apprécie, comme le législateur l'a lui-même voulu, au cas par cas⁴⁸. Après avoir rappelé que cette disposition a pour but de garantir l'indépendance et l'impartialité des autorités publiques concernées par l'attribution du marché, le Conseil d'Etat décide d'annuler la décision querellée vu les circonstances dans lesquelles la décision a été adoptée⁴⁹. De la même manière, la Haute juridiction administrative a annulé, pour contrariété au principe d'égalité, le marché passé avec le soumissionnaire qui contenait un membre du personnel du pouvoir adjudicateur⁵⁰.

Les mêmes principes devraient trouver à s'appliquer lorsqu'une situation donnée ne tombe pas sous le champ d'application des dispositions précitées. L'on pense, par exemple, aux situations de conflits d'intérêts des organes des organismes d'intérêts publics, des asbl publiques, etc. Il en est ainsi également lorsqu'un marché est attribué à un soumissionnaire présentant un rapport structurel avec le pouvoir adjudicateur⁵¹.



⁴⁷ C.E., arrêt n° 173.479, NV GENERAL INDUSTRIAL ASSISTANCE CATARO.

⁴⁸ D.-B. FLOOR, *Incompatibilités et interdictions dans le nouveau droit des marchés publics, La nouvelle réglementation des marchés publics*, C.D.V.A., Liège, 1997, p. 418, n° 22.

⁴⁹ Dans cette affaire, le fonctionnaire qui avait rédigé le rapport d'analyse des offres n'était autre que le frère de l'administrateur de la société requérante, au sein de laquelle il avait lui-même exercé des fonctions avant de rejoindre l'administration de la Ville de Gand. Le Conseil d'Etat considère que cette situation est visée par l'art. 10 de la L. 24.12.1993. Ledit fonctionnaire aurait donc dû se récuser. Le Conseil d'Etat refuse d'annuler la décision d'attribution pour cette seule raison. La Haute juridiction administrative épingle également la circonstance que les motifs de non-sélection retenus n'avaient pas abouti à une solution identique dans des marchés précédents à une époque où le frère de l'administrateur de la société requérante n'était pas au service du pouvoir adjudicateur. Le Conseil relève également que le départ du fonctionnaire rapporteur était motivé par une discordance de vue entre les deux frères de l'entreprise familiale.

⁵⁰ C. E., n°131.828 du 27.5.2004, BVBA ACS & A.

⁵¹ Il semble en effet découler d'un arrêt du Conseil d'Etat du 4.6.1997 (n° 66.538, N.V. KUMPEN et N.V. BETONAC. Sur cet arrêt, voy. T. Nuyens et W. Smismans, *Onverenigbaarheden bij overheidsopdrachten*, T.B.P., 1999, pp. 33- 49) que l'art. 10 de la L. 24.12.1993 ne s'applique pas dans l'hypothèse de liens structurels entre deux personnes publiques. De l'avis du Professeur Flamme, les principes d'égalité, de transparence et d'impartialité trouvent bien, par contre, à s'appliquer. Avec cette conséquence que des mesures de sauvegardes devraient être prises notamment pour garantir une séparation stricte des personnes qui préparent la mise en concurrence et décident de l'attribution du marché, d'une part, de celles qui assurent la gestion du soumissionnaire public, d'autre part, pour empêcher toute transmission d'informations confidentielles du pouvoir adjudicateur au soumissionnaire (Ph. Flamme, *L'application concrète du droit des marchés publics à la problématique concernée, Les modes de coopération des services publics locaux au regard du droit européen*, Kluwer, Waterloo, 2008, p. 227).

Nouveau Berlingo. Heureux au boulot.



2 europalettes



Jusqu'à 3,7 m³ de volume utile

850 kg



Jusqu'à 850 kg de charge utile

3,25 m



Jusqu'à 3,25 m de longueur intérieure de chargement

Le nouveau Citroën Berlingo est votre associé le plus performant : volumes, charges, puissance, économie, sécurité et confort. La nouvelle cabine modulable Extensio® permet d'offrir jusqu'à 3 places à l'avant. Au choix aussi, 1 ou 2 portes latérales coulissantes. Venez le découvrir en détail dans le réseau Citroën et vous comprendrez le succès de cette nouvelle expression: «Citroën Berlingo. Heureux au boulot!»

citroenfleet.be



CITROËN