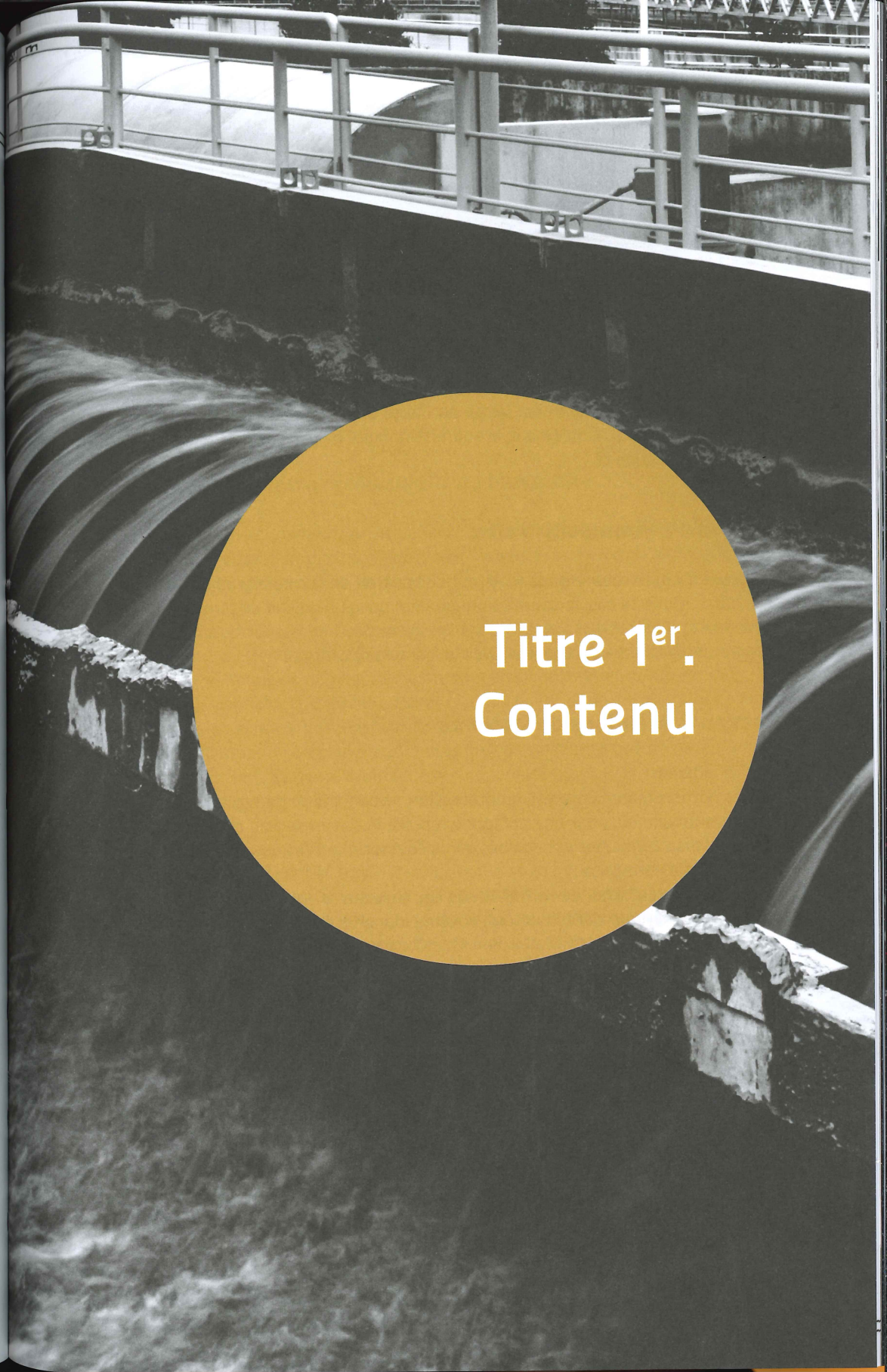

Partie VI. Contenu, régularité et dépôt de l'offre

K. Wauters

L'offre d'un soumissionnaire est un des deux éléments essentiels qui forment le contenu du contrat « marché public ». L'offre est la réponse du soumissionnaire aux demandes et exigences reprises dans le cahier des charges. Elle constitue, au sens du droit des obligations, le consentement du soumissionnaire.

Le présent chapitre examinera comment un soumissionnaire doit établir (titre 1^{er}) et introduire (titre 2) son offre auprès du pouvoir adjudicateur. En outre, le chapitre traitera également des sanctions liées au non-accomplissement de certaines formalités dans le cadre de l'établissement ou le dépôt de l'offre.



Titre 1^{er}. Contenu

Dans un premier temps, le soumissionnaire doit vérifier que son offre répond aux exigences formelles et matérielles (chap. 1^{er}). À défaut, son offre risque d'être irrégulière (chap. 2).

Chapitre 1^{er}. Établissement de l'offre

L'offre est établie sur un formulaire (section 1^{re}). Certaines mentions doivent obligatoirement reprises dans l'offre (section 2). Un métré récapitulatif ou un inventaire accompagne l'offre (section 3). L'offre est signée (section 4). Parfois, le soumissionnaire est invité ou obligé de joindre des documents à son offre (section 5). Finalement, le soumissionnaire ne peut remettre qu'une seule offre (section 6).

Section 1^{re}. Formulaire d'offre

Le pouvoir adjudicataire peut mettre à disposition un formulaire afin d'établir l'offre. Dans ce cas, le soumissionnaire est obligé d'utiliser ce formulaire. Cependant, il lui est possible d'utiliser un autre document pour autant qu'il assure une parfaite concordance avec le formulaire proposé⁶⁷.

Section 2. Mentions obligatoires

L'offre indique:

- 1° les noms, prénoms, qualité ou profession, nationalité et domicile du soumissionnaire ou, pour une personne morale, la raison sociale ou dénomination, sa forme, sa nationalité, son siège social et, le cas échéant, son numéro d'entreprise ;
- 2° a) le montant total de l'offre, s'il y a lieu taxe sur la valeur ajoutée comprise, tel que détaillé le cas échéant dans le métré récapitulatif ou l'inventaire ;
b) les suppléments de prix ;
c) le cas échéant, les rabais ou améliorations pour tout ou partie de l'offre ;
d) les rabais ou améliorations en cas d'application de l'article 89, alinéa 1^{er} ;
e) toute autre donnée relative au prix tel que prévu dans les documents de marché ;

⁶⁷ Art. 80, A.R. 15 juillet 2011 et art. 79, A.R. 16 juillet 2012.

- 3° le numéro et le libellé du compte auprès d'un établissement financier sur lequel le paiement du marché doit être effectué ;
- 4° en ce qui concerne la sous-traitance, les informations éventuelles en application de l'article 12 ;
- 5° pour autant que les documents du marché aient fixé des exigences à ce propos, l'origine des produits à fournir et des matériaux à utiliser originaires de pays tiers à l'Union européenne, avec indication par pays d'origine de la valeur, droits de douane non compris, pour laquelle ces produits ou matériaux interviennent dans l'offre. Si ces produits ou ces matériaux sont à parachever ou à mettre en œuvre sur le territoire de l'Union européenne, seule la valeur des matières est indiquée ;
- 6° en cas d'offres pour plusieurs lots, conformément à l'article 89, alinéa 2, l'ordre de préférence des lots⁶⁸.

Section 3. Métré récapitulatif ou inventaire

Chaque offre contient en principe un récapitulatif des prestations à effectuer. Dans le cadre d'un marché de travaux, il s'agit d'un métré récapitulatif. Pour un marché de fourniture ou de services, un inventaire est rempli.

Le métré récapitulatif reprend en synthèse les différentes prestations (postes) à effectuer. Le soumissionnaire porte au métré récapitulatif les indications requises et effectue les opérations arithmétiques nécessaires. Le soumissionnaire corrige les erreurs qu'il découvre dans les quantités forfaitaires, les erreurs qu'il découvre dans les quantités présumées, à condition que la correction en plus ou en moins qu'il propose atteigne au moins vingt-cinq pour cent du poste considéré, et il répare les omissions du métré récapitulatif⁶⁹. Il joint à son offre une note justifiant ces modifications.

L'inventaire énumère les fournitures et services à effectuer (postes) avec indication de la quantité totale de chacun d'eux. Le soumissionnaire y porte les indications requises et effectue les opérations arithmétiques nécessaires. Il corrige les erreurs qu'il découvre dans les quantités forfaitaires et présumées, si cette possibilité est expressément autorisée dans les documents du marché et il répare les omissions de l'inventaire⁷⁰. Il joint à son offre une note justifiant ces modifications.

Les prix unitaires et les prix globaux de chacun des postes du métré récapitulatif ou de l'inventaire sont établis en respectant la valeur relative de ces postes par rapport au montant total de l'offre. Seuls les éléments qui contri-

⁶⁸ Art. 81, A.R. 15 juillet 2011 et art. 80, A.R. 16 juillet 2012.

⁶⁹ Art. 83, A.R. 15 juillet 2011 et art. 82, A.R. 16 juillet 2012.

⁷⁰ Art. 84, A.R. 15 juillet 2011 et art. 83, A.R. 16 juillet 2012.

buent vraiment à déterminer la valeur réelle sont à prendre en considération. À inclure dans le prix sont les impositions, l'impact des droits intellectuels, les frais de réception. Les prix sont énoncés en euros et le montant total de l'offre, et le cas échéant les prix unitaires, sont exprimés en toutes lettres⁷¹. Tous les frais généraux et financiers divers, ainsi que le bénéfice, sont répartis sur les différents postes proportionnellement à l'importance de ceux-ci (interdiction de *frontloading*)⁷².

Section 4. Signature de l'offre

Le soumissionnaire signe l'offre ainsi que le métré récapitulatif ou l'inventaire éventuels et les autres annexes jointes à l'offre (à la main ou de manière électronique)⁷³. La signature est la preuve ultime que le soumissionnaire a consenti à exécuter le marché public et ceci sur base des conditions reprises dans son offre et conformément aux dispositions du cahier spécial des charges.

Lorsque le soumissionnaire est un individu, c'est l'individu en personne qui signe l'offre. Une personne juridique est représentée par ces organes. L'organe légalement ou statutairement compétent doit signer l'offre. Cependant, le soumissionnaire peut également accorder un mandat à une personne tierce afin de signer l'offre. Dans cette situation, l'offre comporte une preuve de ce mandat (acte authentique ou sous seing privé)⁷⁴. Si l'offre est remise par un groupement sans personnalité juridique, chacun de ses participants (par le biais des organes compétents) doit signer l'offre⁷⁵.

À côté de l'offre, le métré récapitulatif ou l'inventaire qui vont être signées, le soumissionnaire signe également les éventuels suppléments de prix, rabais ou améliorations, et toutes ratures, surcharges, mentions complémentaires ou modificatives de l'offre et de ses annexes qui seraient de nature à influencer les conditions essentielles du marché, concernant notamment les prix, les délais et les conditions techniques⁷⁶.

Section 5. Documents à joindre

Parfois le cahier spécial des charges prévoit que les soumissionnaires doivent joindre à leur offre des documents (informations, modèles, échantillons, ...). Il

⁷¹ Art. 88, A.R. 15 juillet 2011.

⁷² Art. 15, A.R. 15 juillet 2011 et A.R. 16 juillet 2012 et art. 87, A.R. 16 juillet 2012.

⁷³ Art. 82, § 1^{er}, A.R. 15 juillet 2011 et art. 81, § 1^{er}, A.R. 16 juillet 2012.

⁷⁴ Art. 82, § 3, A.R. 15 juillet 2011 et art. 81, § 3, A.R. 16 juillet 2012.

⁷⁵ Art. 82, § 2, A.R. 15 juillet 2011 et art. 81, § 2, A.R. 16 juillet 2012.

⁷⁶ Art. 82, § 1^{er}, A.R. 15 juillet 2011 et art. 81, § 1^{er}, A.R. 16 juillet 2012.

est important pour les soumissionnaires de lire attentivement le cahier spécial des charges dans ce cadre. En effet, leur offre risque d'être écartée si les documents ne sont pas joints. Ceci sera manifestement le cas si le cahier spécial prévoit le dépôt des documents à peine de nullité ou à peine d'irrégularité.

Section 6. Une seule offre

Un soumissionnaire ne peut remettre qu'une seule offre par marché en dehors des variantes éventuelles et sauf en cas de dialogue compétitif⁷⁷ (principe de l'unicité de l'offre). Cette obligation renforce la possibilité d'avoir une comparaison effective des offres.

Chapitre 2. Régularité de l'offre

En premier lieu, il convient de définir la notion « régularité de l'offre ». Ensuite, il faut examiner quelle sorte de sanction est prévue lorsque l'offre est irrégulière. Finalement, il est utile d'expliquer de manière indépendante le système des prix anormaux.

Section 1^{re}. Notion

Avant que le pouvoir adjudicateur puisse comparer les différentes offres soumises par les soumissionnaires, il doit vérifier si elles sont bien comparables. Les différentes offres doivent répondre chacune aux exigences imposées par la réglementation et par les documents du marché. Elles doivent être régulières. L'examen de la régularité des offres est la première étape dans le cadre de leur examen. C'est l'étape dite de la « recevabilité ». Les offres sont examinées dans leur état à leur ouverture.

La régularité de l'offre se présume. Il est au pouvoir adjudicateur de prouver le contraire et de motiver l'écartement d'une offre pour irrégularité. Le pouvoir adjudicateur va, à cet effet, examiner la régularité des offres tant sur le plan formel que sur le plan matériel⁷⁸. Il s'agit d'un examen obligatoire dans le cadre d'une procédure d'attribution ou d'appel d'offres.

Les irrégularités formelles prévues par la réglementation concernent 1) la garantie de l'intégrité et la confidentialité des informations, 2) l'introduction de

⁷⁷ Art. 54, A.R. 15 juillet 2011 et art. 59, A.R. 16 juillet 2012.

⁷⁸ Art. 95, al. 1^{er}, A.R. 15 juillet 2011 et art. 94, al. 1^{er}, A.R. 16 juillet 2012.

l'offre par écrit et la signature, 3) l'utilisation et la garantie des moyens électroniques, 4) l'unicité de l'offre et la limitation du nombre de lots soumissionnés, 5) en procédure restreinte, la limitation de la participation au marché aux seuls soumissionnaires sélectionnés, 6) l'utilisation du formulaire destiné à établir l'offre, 7) les mentions à indiquer dans l'offre, 8) la signature de l'offre, du métré ou de l'inventaire et des annexes, 9) le dépôt de l'offre (voy. titre 2 de la présente partie) et 10) le retrait ou la modification de l'offre. Les documents du marché peuvent également prévoir des formalités accessoires.

Les irrégularités matérielles concernent le contenu de l'offre. En premier lieu, il s'agit de toutes les dispositions concernant le prix, le délai d'exécution et des spécifications techniques. La réglementation les considère comme des éléments essentiels⁷⁹. Ensuite, une offre est matériellement irrégulière lorsqu'elle comporte un prix anormal. En troisième lieu, cela concerne tous les autres éléments pour lesquels une offre n'est pas conforme aux exigences matérielles du cahier spécial des charges. Finalement, la réglementation considère également une réserve comme une irrégularité matérielle⁸⁰. Si un soumissionnaire refuse de se soumettre à une condition du cahier spécial des charges ou il subordonne son accord à une condition, on est face à une réserve.

Section 2. Sanction

L'irrégularité d'une offre, qu'elle soit formelle ou matérielle, entache sa validité. Cependant, une distinction doit être faite entre une irrégularité substantielle et une irrégularité relative. Cette distinction trouve sa source dans la jurisprudence du Conseil d'État relative à la réglementation antérieure. Cette même distinction a été reprise dans l'actuelle réglementation⁸¹.

On est face à une irrégularité substantielle lorsque l'offre n'est pas conforme à un de ces éléments : 1) la garantie de l'intégrité et la confidentialité des informations, 2) l'introduction de l'offre par écrit et la signature, 3) l'utilisation et la garantie des moyens électroniques, 4) l'unicité de l'offre et la limitation du nombre de lots soumissionnés, 5) en procédure restreinte, la limitation de la participation au marché aux seuls soumissionnaires sélectionnés, 6) l'utilisation du formulaire destiné à établir l'offre, 7) les mentions à indiquer dans l'offre, 8) la signature de l'offre, du métré ou de l'inventaire et des annexes, 9) le dépôt de l'offre (voy. titre 2 de la présente partie), et 10) le retrait ou la modification de l'offre⁸². En outre, l'offre est entachée d'une irrégularité substantielle lorsqu'un document du marché le considère ainsi. Finalement, l'offre

⁷⁹ Art. 95, al. 3, A.R. 15 juillet 2011 et art. 94, al. 3, A.R. 16 juillet 2012.

⁸⁰ Art. 95, al. 3, A.R. 15 juillet 2011 et art. 94, al. 3, A.R. 16 juillet 2012.

⁸¹ Art. 95, al. 2 et 3, A.R. 15 juillet 2011 et art. 94, al. 2 et 3, A.R. 16 juillet 2012.

⁸² Art. 95, al. 2, A.R. 15 juillet 2011 et art. 94, al. 2, A.R. 16 juillet 2012.

est substantiellement irrégulière si elle ne respecte pas les dispositions de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ou des documents de marché concernant notamment les prix, les délais et les spécifications techniques dans la mesure où ces dispositions sont essentielles. Une irrégularité substantielle rend l'offre d'office nulle. Le pouvoir adjudicateur n'a pas un autre choix (nullité absolue).

L'irrégularité est relative si l'offre n'est pas conforme à des formalités prescrites autres que celles mentionnées dans le cadre de l'irrégularité substantielle⁸³. La même sanction vaut également quand le soumissionnaire a exprimé des réserves ou si l'offre ne correspond pas à la réalité⁸⁴. Dans cette situation, le pouvoir adjudicateur a la possibilité de déclarer l'offre nulle (nullité relative). Si le pouvoir adjudicateur déclare l'offre nulle, il doit de manière expresse motiver cette décision.

Section 3. Prix anormaux

Durant l'examen des offres, le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix⁸⁵. Lors de cette vérification, le pouvoir adjudicateur doit toujours vérifier si un prix n'est pas anormal par rapport aux prestations à effectuer. Ceci vaut pour les différentes catégories de marché, pour un prix global et les prix unitaires. Le système des prix anormaux ne vaut pas pour la procédure négociée, sauf disposition contraire⁸⁶. Dans le cadre de l'appréciation de l'anormalité du prix, le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir discrétionnaire.

Après la première étape de la vérification des prix, le pouvoir adjudicateur doit décider si le prix est anormal ou non. Si tous les prix (global et unitaire) sont normaux, le pouvoir adjudicateur prend en compte l'offre lors de la comparaison des offres. Dans cette hypothèse, le pouvoir adjudicateur n'a pas une obligation étendue de motivation. L'anormalité du prix peut ressortir de deux façons lors de la vérification des prix, soit sur la base d'une appréciation concrète soit sur de manière automatique. Pour chaque cas de figure, la réglementation prévoit une procédure différente.

Sous-section 1^{re}. Appréciation concrète

En principe, un pouvoir adjudicateur doit de manière concrète apprécier s'il y a ou non un prix anormal (global ou unitaire) dans l'offre. S'il estime que c'est éventuellement le cas, il doit procéder à la deuxième étape.

⁸³ Art. 95, al. 3, A.R. 15 juillet 2011 et art. 94, al. 3, A.R. 16 juillet 2012.

⁸⁴ Art. 95, al. 4, A.R. 15 juillet 2011 et art. 94, al. 4, A.R. 16 juillet 2012.

⁸⁵ Art. 21, § 1^{er}, A.R. 15 juillet 2011 et A.R. 16 juillet 2012.

⁸⁶ Art. 21, § 3, al. 1^{er}, A.R. 15 juillet 2011 et A.R. 16 juillet 2012.

Le pouvoir adjudicateur doit alors inviter le soumissionnaire à fournir des justifications avant de pouvoir écarter l'offre. Il s'agit d'une formalité essentielle et obligatoire. Cette invitation est envoyée par lettre recommandée⁸⁷. Le soumissionnaire doit, en principe, fournir ces justifications dans un délai de 12 jours calendriers, à moins que l'invitation ne prévoie un délai plus long⁸⁸. Le soumissionnaire doit apporter des justifications précises, concrètes, étayées et fondées sur des éléments établis. Il le fait de manière écrite. Si le pouvoir adjudicateur n'est pas satisfait des justifications, il peut interroger le soumissionnaire une deuxième fois.

La réglementation prévoit une liste non exhaustive de justifications :

- 1° l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services ;
- 2° les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services ;
- 3° l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire ;
- 4° le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser ;
- 5° l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement⁸⁹.

Lors d'une troisième étape, le pouvoir adjudicateur vérifie les justifications fournies, s'il y en a. Deux décisions sont possibles. S'il n'y a pas de réponse du soumissionnaire ou si le prix apparemment anormal est confirmé ou n'est pas démenti, le pouvoir adjudicateur déclare l'offre irrégulière. Une motivation plus étendue de la décision est alors nécessaire. Si les justifications sont acceptées par le pouvoir adjudicateur, l'offre est déclarée régulière.

Sous-section 2. Vérification d'office

Dans le cas d'un marché de travaux passé par adjudication, pour autant qu'au moins quatre offres aient été déposées par des soumissionnaires sélectionnés, toute offre dont le montant total s'écarte d'au moins quinze pour cent en dessous de la moyenne des montants des offres déposées par ces soumissionnaires, qu'elles soient régulières ou non, est considérée comme une offre exigeant la vérification par le pouvoir adjudicateur de l'anormalité présumée de son montant total⁹⁰.

⁸⁷ Art. 21, § 3, al. 2, A.R. 15 juillet 2011 et A.R. 16 juillet 2012.

⁸⁸ Art. 21, § 3, al. 2, A.R. 15 juillet 2011 et A.R. 16 juillet 2012.

⁸⁹ Art. 21, § 3, al. 4, A.R. 15 juillet 2011 et A.R. 16 juillet 2012.

⁹⁰ Art. 99, § 2, al. 1^{er}, A.R. 15 juillet 2011 et art. 98, § 2, A.R. 16 juillet 2012.

Un pouvoir adjudicateur est d'office obligé de vérifier le montant total d'une offre quant à son caractère apparemment anormal lorsque les conditions suivantes sont remplies :

- en présence d'un marché de travaux⁹¹
- un marché passé par adjudication
- au moins quatre offres ont été déposées par des soumissionnaires sélectionnés
- le montant total de l'offre s'écarte d'au moins quinze pour cent en dessous de la moyenne des montants des offres déposées par ces soumissionnaires, qu'elles soient régulières ou non.

La moyenne des montants se calcule de la manière suivante :

- 1° lorsque le nombre des offres est égal ou supérieur à sept, en excluant à la fois l'offre la plus basse et les offres les plus élevées formant un quart de l'ensemble des offres déposées. Si ce nombre n'est pas divisible par quatre, le quart est arrondi à l'unité supérieure ;
- 2° lorsque le nombre d'offres est inférieur à sept, en excluant l'offre la plus basse et l'offre la plus élevée⁹².

En présence d'une offre exigeant la vérification de son montant total, le pouvoir adjudicateur :

- 1° soit motive dans la décision d'attribution du marché que le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal ;
- 2° soit invite le soumissionnaire à fournir les justifications nécessaires comme prévu dans sous-section 1^{re}. Si, après examen de ces justifications, le montant total de l'offre est effectivement considéré comme anormal ou en l'absence de justifications dans le délai imparti, l'offre est alors déclarée irrégulière⁹³.

Cependant, lorsque le pouvoir adjudicateur ne souhaite pas écarter l'offre, il n'est pas obligé de demander une justification. C'est la situation dans laquelle un pouvoir adjudicateur dispose d'éléments suffisants afin de retenir l'offre.

⁹¹ Les documents du marché peuvent rendre le présent paragraphe applicable à l'appel d'offres et aux marchés de fournitures ou de services : art. 99, § 2, al. 4, A.R. 15 juillet 2011 et art. 98, § 2, al. 4, A.R. 16 juillet 2012.

⁹² Art. 99, § 2, al. 2, A.R. 15 juillet 2011 et art. 98, § 2, al. 2, A.R. 16 juillet 2012.

⁹³ Art. 99, § 2, al. 3, A.R. 15 juillet 2011 et art. 98, § 2, al. 3, A.R. 16 juillet 2012.



Titre 2. Dépôt de l'offre

Les documents du marché fournissent les modalités relatives au dépôt des offres : le moment, le lieu et la manière. Le dépôt de l'offre constitue une des exigences essentielles pour assurer l'égalité de traitement des soumissionnaires.

Une offre est soit envoyée (par la poste ou de manière électronique), soit déposée sur place.

L'offre établie sur papier est glissée sous pli définitivement scellé mentionnant la date de la séance d'ouverture, le numéro du cahier spécial des charges ou l'objet du marché et éventuellement les numéros des lots⁹⁴. En cas d'envoi par service postal, ce pli définitivement scellé est glissé dans une seconde enveloppe fermée portant clairement la mention « offre ». L'ensemble est envoyé à l'adresse mentionnée dans les documents du marché⁹⁵. Le porteur remet l'offre à la personne désignée à cet effet par le pouvoir adjudicateur ou dépose cette offre dans la boîte prévue à cette fin⁹⁶.

Toute offre doit parvenir au président de séance avant qu'il ne déclare la séance ouverte⁹⁷. Toutefois, une telle offre est acceptée pour autant que le pouvoir adjudicateur n'ait pas encore conclu le marché et que l'offre ait été envoyée sous pli recommandé, au plus tard le quatrième jour de calendrier précédant la date de l'ouverture des offres⁹⁸.

⁹⁴ Art. 90, § 1^{er}, al. 1^{er}, A.R. 15 juillet 2011 et art. 89, § 1^{er}, al. 1^{er}, A.R. 16 juillet 2012.

⁹⁵ Art. 90, § 1^{er}, al. 2, A.R. 15 juillet 2011 et art. 89, § 1^{er}, al. 2, A.R. 16 juillet 2012.

⁹⁶ Art. 90, § 1^{er}, al. 3, A.R. 15 juillet 2011 et art. 89, § 1^{er}, al. 3, A.R. 16 juillet 2012.

⁹⁷ Art. 90, § 2, al. 1^{er}, A.R. 15 juillet 2011 et art. 89, § 2, al. 1^{er}, A.R. 16 juillet 2012.

⁹⁸ Art. 90, § 1^{er}, al. 3, A.R. 15 juillet 2011 et art. 89, § 1^{er}, al. 3, A.R. 16 juillet 2012.

