
LE PLANNING DE PASSATION DES MARCHÉS PUBLICS

**ÉTABLIR UN CALENDRIER D'ATTRIBUTION ET
S'Y TENIR**

MAXIME VANDERSTRAETEN



RÉSUMÉ

La présente contribution examine les causes des retards intervenant dans la passation des marchés publics, et tente d'identifier les remèdes adéquats.

Le pouvoir adjudicateur devrait établir son planning de passation de façon réaliste, en tenant compte d'une période de préparation et de réflexion suffisante avant la publication de l'avis de marché. C'est en effet à ce moment que s'opèrent des choix cruciaux pour le bon déroulement de l'attribution du marché, comme le type de procédure de passation, la définition des besoins, la fixation des délais de réception des offres, l'allotissement, les critères de sélection et les critères d'attribution.

Lors de l'analyse des offres, le pouvoir adjudicateur peut en outre tirer parti des zones de souplesse aménagées par la loi, notamment en matière de sélection qualitative ou de contrôle de la normalité des prix.

Une fois les offres analysées et négociées, la décision d'attribution doit être adoptée promptement et reposer sur une motivation formelle adéquate, apte à dissuader l'introduction de recours.

SAMENVATTING

In deze bijdrage worden de oorzaken van de vertragingen bij de gunning van overheidsopdrachten onderzocht en wordt getracht passende oplossingen te vinden.

De aanbestedende overheid moet zijn aanbestedingsplanning op realistische wijze vaststellen, rekening houdend met een voldoende lange periode van voorbereiding en bezinning vóór de publicatie van de aankondiging van de opdracht. Dit is het moment waarop keuzes worden gemaakt die van cruciaal belang zijn voor een vlotte gunning van de opdracht, zoals het type gunningsprocedure, de omschrijving van de behoeften, de vaststelling van de termijnen voor de ontvangst van de offertes, de percelen, de selectiecriteria en de gunningscriteria.

Bij de analyse van de offertes kan de aanbestedende overheid ook gebruik maken van de door de wet geboden flexibiliteit, met name wat betreft de kwalitatieve selectie of de controle van de normaliteit van de prijzen.

Na de analyse van de offertes en de onderhandelingen moet de gunningsbeslissing snel worden genomen en gebaseerd zijn op voldoende formele redenen die het instellen van beroep kunnen ontmoedigen.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	3
1. Préparation du marché	5
1.1 Centrales d'achats	5
1.2 Choix de la procédure de passation	7
1.3 Rédaction du cahier des charges	8
1.3.1 Définition des besoins	8
1.3.2 Simplification administrative	9
1.3.3 Délais de réception des demandes de participation et des offres	10
1.3.4 Lots	10
1.3.5 Critères de sélection qualitative	11
1.3.6 Critères d'attribution	12
2. Analyse et négociation des offres	13
2.1 Sélection qualitative	13
2.2 Prix anormalement bas	14
2.3 Négociations	15
3. Décision d'attribution du marché et prévention des risques de recours	15
3.1 Processus décisionnel	16
3.2 Motivation formelle et prévention des risques de recours	16
Conclusion	17



Introduction

1. La réglementation des marchés publics impose des procédures, des formes et des délais permettant l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Il est donc vain de déplorer ce qui fait l'essence de cette réglementation, à savoir son formalisme.

Le respect de ces formalités est chronophage, car bien acheter prend inévitablement du temps (y compris, d'ailleurs, hors du contexte des marchés publics).

Il n'en demeure pas moins que certaines procédures de passation essuient des retards qui auraient peut-être pu être évités.

Selon une étude anglaise, le délai d'attribution des marchés passés pendant la période 2009-2016 était en moyenne de 6 mois (de l'avis de marché à la conclu-

sion du contrat¹), et près de la moitié de ces marchés ont été attribués en retard par rapport au planning initial².

Nous n'avons pas connaissance d'étude semblable en Belgique, mais un constat similaire pourrait certainement être posé chez nous.

2. Or, les dérapages dans le planning de passation des marchés publics ont de multiples conséquences :

- (a) la longueur de la procédure présente tout d'abord un coût – en ressources matérielles et humaines – pour le pouvoir adjudicateur et pour les soumissionnaires ;
- (b) la durée de la procédure conduit quelquefois le pouvoir adjudicateur à constater que les besoins initialement décrits au cahier des charges ont changé ou que les solutions techniques qu'il préconisait sont devenues obsolètes. Ceci l'oblige dans le meilleur des cas, si la procédure l'autorise, à solliciter de nouvelles offres adaptées, et dans le pire des cas à relancer la procédure *ab initio* ;
- (c) l'enlisement de la procédure de passation occasionne souvent un retard dans l'exécution du projet (ou des coûts supplémentaires en vue de rattraper ce retard), ce qui est préjudiciable au service public concerné et à ses usagers ;
- (d) les errements et attermolements du pouvoir adjudicateur nuisent à sa réputation et dissuadent les opérateurs économiques de participer à ses marchés.

3. Les causes des retards dans la passation des marchés publics sont multiples³. Sans prétendre à l'exhaustivité, l'on peut citer :

- le manque de préparation et de réflexion avant le lancement du marché ;
- l'imprécision et les erreurs du cahier des charges ;
- la complexité de l'objet du marché et l'évolution rapide des techniques ;
- la complexité du droit des marchés publics ;
- le manque d'expérience ou de moyens humains du pouvoir adjudicateur ;

1 C'est-à-dire sans compter la phase de préparation de l'appel d'offres.

2 Chusu HE, « Public procurement: award mechanisms and implementation process », thèse de doctorat défendue en 2018 à la Loughborough University, p. 98, disponible à l'adresse suivante : <https://ethos.bl.uk/OrderDetails.do?uin=uk.bl.ethos.763474>.

3 Sur ce sujet, voy. l'étude comparative coordonnée par M. PLÁČEK et al., « The factors causing delays in public procurement: the Czech Republic versus the UK », *Public Money & Management*, 2020, 40(2), pp. 131-139.

- le formalisme excessif et la lourdeur des procédures internes du pouvoir adjudicateur ;
- les recours.

Certaines de ces causes échappent évidemment à la maîtrise du pouvoir adjudicateur, qui ne peut par exemple guère enrayer le processus de complexification du cadre législatif ou technique de ses achats.

En revanche, le pouvoir adjudicateur dispose, à d'autres égards, d'opportunités de limiter les risques de retard. Ce sont ces opportunités que la présente contribution se propose d'identifier.

L'on abordera ainsi :

- la préparation du marché avant son lancement (1) ;
- l'analyse et la négociation des offres (2) ;
- la décision d'attribution du marché et la prévention des risques de recours (3).

Nous ne nous intéresserons qu'aux retards intervenant dans le cours de la passation des marchés publics, à l'exclusion des écueils – non moindres – qui peuvent surgir en cours d'exécution de ceux-ci.

1. Préparation du marché

4. La phase de préparation du marché avant son lancement est cruciale pour le bon déroulement de la procédure de passation.

Un pouvoir adjudicateur peut dans un premier temps s'interroger sur l'opportunité de recourir aux services d'une centrale d'achats, plutôt que de lancer lui-même un marché public (1.1).

S'il organise lui-même son marché, le pouvoir adjudicateur devra ensuite réfléchir à la procédure de passation la plus adéquate (1.2).

Vient enfin la phase de rédaction du cahier des charges, qui consignera des modalités susceptibles d'influer sur la durée de la procédure de passation (1.3).

1.1 Centrales d'achats

5. Le monde des achats publics connaît une tendance lourde à la mutualisation et la centralisation des achats.

Ce phénomène se rencontre dans tous les secteurs et pour tous les types d'achats, qu'il s'agisse de mobilier (SPW, FORCMS,...), d'énergie (IGRETEC,...), d'ICT (ETNIC, IMIO, i-City, CIRB, SMALS,...) ou encore de soins de santé (MercurHosp, ACAH, iris-Achats, Hospilim,...).

6. La centrale d'achats conclut ses marchés en respectant le droit des marchés publics. Elle dispose à cet égard généralement d'un personnel compétent et spécialisé, capable de tirer parti des économies d'échelle permises par la centralisation.

Les pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires, quant à eux, choisissent librement de recourir à la centrale⁴ et sont dispensés d'organiser une procédure eux-mêmes⁵.

Il s'agit donc, pour les adhérents à la centrale, d'une source précieuse de simplification administrative, qui devrait être systématiquement envisagée comme alternative au lancement d'un marché de façon isolée.

7. Les centrales d'achats ne sont néanmoins pas la panacée et les pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires n'échappent pas complètement au formalisme des marchés publics lorsqu'ils y recourent :

- les centrales usent abondamment de la technique de l'accord-cadre. Les pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires doivent à cet égard être « clairement identifiés dans l'appel à la concurrence »⁶ et, une fois conclu, un accord-cadre ne devrait pas être ouvert à de nouveaux pouvoirs adjudicateurs⁷. La centrale ne saurait donc pas, en principe, constituer une solution de repli pour le pouvoir adjudicateur qui, par exemple, se rendrait compte *in extremis* qu'il ne sera pas en mesure d'organiser lui-même une procédure ;
- la Cour de justice a récemment confirmé que la centrale devait annoncer les quantités maximales envisagées de l'accord-cadre⁸, ce qui suppose que les pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires communiquent en temps utile à la centrale leurs besoins estimés ;
- la nécessaire concertation entre la centrale et ses bénéficiaires suppose le plus souvent la conclusion préalable d'une convention d'adhésion détaillant les responsabilités respectives des parties.

8. Enfin, indépendamment des quelques formalités précitées, rappelons que l'agrégation et la mutualisation à l'extrême des achats, sur de longues durées, n'a pas nécessairement que des effets positifs. La concentration excessive du pouvoir d'achat peut emporter une réduction de la diversité de l'offre, des difficultés d'accès pour les PME et éventuellement un risque pour la sécurité d'approvisionnement sur le long terme.

Le recours aux centrales d'achats doit donc demeurer une décision réfléchie, et non une solution de facilité.

4 Il ne faut en particulier pas organiser de marché public pour choisir cette centrale (art. 47, § 4, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics).

5 Art. 47, § 2, de la loi du 17 juin 2016.

6 Art. 43, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016.

7 Exposé des motifs du projet de loi relatif aux marchés publics du 4 janvier 2016, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2015-2016, n° 54-1541/1, p. 88. Sur le caractère fermé de l'accord-cadre, voy. égal. V. Ost et M. VANDERSTRAETEN, « Les centrales d'achats et de marchés », in *La réforme du droit des marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 300-301.

8 C.J.U.E., 19 décembre 2018, C-216/17.

1.2 Choix de la procédure de passation

9. La procédure de passation choisie peut avoir une influence sur le timing d'attribution.

L'on n'envisage ici que les principales procédures, à l'exclusion par exemple du dialogue compétitif, du partenariat d'innovation et d'autres instruments peu usités.

10. Si l'on s'intéresse à la durée de la procédure, en faisant abstraction d'autres considérations, c'est la procédure ouverte qui est *a priori* la plus rapide et la moins susceptible de subir des retards.

Il s'agit en effet d'une procédure en un seul temps, tout opérateur économique intéressé pouvant directement remettre offre en réponse à l'avis de marché. Le délai minimal de remise d'offre est court (30 jours)⁹. Le pouvoir adjudicateur peut encore gagner du temps en ne vérifiant l'absence de motifs d'exclusion et le respect des critères de sélection qu'après l'analyse des offres, uniquement dans le chef du soumissionnaire pressenti à devenir l'adjudicataire du marché¹⁰.

La procédure ouverte devrait notamment être privilégiée pour les marchés ordinaires, susceptibles d'attirer un grand nombre d'offres qu'il ne sera pas utile de négocier.

11. L'usage de la procédure restreinte, quant à lui, semble désormais en berne.

Il est vrai que cette procédure n'a pas grand-chose pour plaire : elle se déroule en deux phases (sélection, puis attribution), ce qui suppose l'aménagement de deux délais minimaux de 25 jours¹¹ pour la réception des demandes de participation et des offres et la rédaction de deux décisions motivées. L'analyse de sélection qualitative doit être réalisée dans le chef de *tous* les candidats.

Cette procédure chronophage n'autorise en outre aucune négociation.

12. La procédure concurrentielle avec négociation a quant à elle le vent en poupe.

Son usage est certes réservé aux cas énumérés par la loi¹², mais ces hypothèses sont désormais décrites de manière plus libérale, de sorte que la procédure concurrentielle n'a plus rien d'exceptionnel – et c'est tant mieux.

La procédure concurrentielle sera en principe utilisée pour les marchés plus complexes.

9 Art. 36 de la loi du 17 juin 2016 (en cas de dépôt électronique des offres).

10 Art. 66, § 2, de la loi du 17 juin 2016 ; art. 75 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Cette faculté ne concerne pas les motifs d'exclusion liés aux dettes fiscales et sociales.

11 Art. 37 de la loi du 17 juin 2016 (en cas de dépôt électronique des demandes de participation et des offres).

12 Art. 38 de la loi du 17 juin 2016.

La variante « directe » de la procédure négociée est néanmoins devenue très populaire, surtout en matière de travaux d'une valeur inférieure à 750.000 euros¹³. La procédure négociée directe combine l'avantage de se dérouler en une seule phase (comme la procédure ouverte) et celui d'autoriser la négociation. Son déroulement peut donc être très bref. Nous verrons en outre ci-dessous que cette négociation n'entraîne pas nécessairement un allongement de la durée de la procédure.

1.3 Rédaction du cahier des charges

13. La phase de rédaction du cahier des charges est à maints égards décisive.

Il s'agit tout d'abord de définir les besoins et de les traduire au moyen de spécifications techniques claires et cohérentes par rapport aux clauses administratives (**1.3.1**).

Dans une optique de simplification administrative, le pouvoir adjudicateur devrait ensuite purger son cahier des charges de toute formalité inutile (**1.3.2**).

La réduction des délais de réception des demandes de participation et des offres n'est pas un moyen satisfaisant de gagner du temps : le pouvoir adjudicateur fixera donc des délais suffisants au regard de la complexité du marché (**1.3.3**).

Le pouvoir adjudicateur doit enfin être attentif à plusieurs modalités qui peuvent impacter la vitesse d'analyse des demandes de participation et des offres : la division en lots (**1.3.4**), les critères de sélection qualitative (**1.3.5**) et les critères d'attribution (**1.3.6**).

1.3.1 Définition des besoins

14. Le rétroplanning de passation doit tenir compte de la phase de définition des besoins, qui suppose au besoin une consultation préalable du marché¹⁴, et en tout cas une concertation étroite entre les responsables de la passation et les utilisateurs finaux. Dans certains cas, un consultant externe assistera le pouvoir adjudicateur sur les aspects juridiques ou techniques du marché, de sorte que sa désignation doit également être intégrée au planning de passation.

15. Le planning de passation de l'acheteur public devrait inclure un temps suffisant pour assurer la coordination des clauses administratives, techniques et des annexes au cahier des charges. Les incohérences entre les différents documents du marché sont en effet triplement problématiques : (i) elles sont sources de confusion pour les soumissionnaires et obligeront le pouvoir adjudicateur à publier des correctifs et des clarifications ; (ii) elles occasionnent parfois des irrégularités ou des contradictions dans les offres ; (iii) elles peuvent être à l'origine de difficultés dans le cadre de l'exécution du marché.

¹³ Art. 41, § 1^{er}, 2^e, de la loi du 17 juin 2016.

¹⁴ Autorisée par l'article 51 de la loi du 17 juin 2016.

16. Enfin, afin de faciliter l'analyse des offres et leur comparaison, il est loisible au pouvoir adjudicateur de joindre au cahier spécial des charges un formulaire d'offre¹⁵.

1.3.2 *Simplification administrative*

17. La rédaction et l'analyse des offres peut être grandement facilitée si le pouvoir adjudicateur s'abstient d'ajouter une couche inutile de formalisme à celle qu'emporte déjà naturellement l'application de la réglementation des marchés publics.

Citons quelques exemples :

- il est sans intérêt d'exiger des soumissionnaires – comme c'était jadis la pratique – qu'ils joignent à leur offre une copie paraphée du cahier des charges : ce dernier fait nécessairement partie des documents du marché, et donc du contrat liant l'adjudicataire au pouvoir adjudicateur ;
- dans le même ordre idée, les soumissionnaires ne devraient pas être invités à joindre à leur offre des déclarations et attestations sur l'honneur qui n'ont qu'une portée symbolique. Il en va par exemple ainsi, au niveau wallon, de la « Déclaration des entrepreneurs pour une concurrence loyale et contre le dumping social »¹⁶, qui s'apparente à un simple engagement de respecter la loi ;
- lorsqu'un soumissionnaire recourt aux capacités de tiers – par exemple des sous-traitants – en vue de rencontrer un critère de sélection qualitative, il doit joindre à son offre un engagement de ces tiers de mettre leurs capacités à disposition¹⁷. À l'égard des sous-traitants à la capacité desquels il n'est *pas* fait appel, le pouvoir adjudicateur peut demander aux soumissionnaires d'indiquer dans leur offre la part du marché qu'ils ont éventuellement l'intention de sous-traiter ainsi que les sous-traitants proposés¹⁸. Il est en revanche inutilement formaliste d'exiger, alors que cela n'est pas requis par la loi, que le soumissionnaire joigne à son offre un engagement de tous ses sous-traitants, y compris ceux aux capacités desquelles il n'est pas fait appel dans le cadre de la sélection qualitative ;
- l'ampleur et la complexité de certains chantiers ne peuvent être correctement appréciées qu'à la suite d'une visite des lieux. Il n'est néanmoins pas opportun de rendre systématiquement obligatoire une visite des lieux avant la remise des offres : (i) ces visites sont chronophages tant pour le pouvoir adjudicateur que pour les soumissionnaires ; (ii) elles obligent le pouvoir adjudicateur à prévoir un délai de réception des offres supérieur au

15 Art. 77 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ; G. DEREAU, « Les différents documents du marché », in *Le droit des marchés publics en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 597.

16 Voy. la circulaire wallonne « marchés publics » du 30 mars 2017, *M.B.*, 27 avril 2017, p. 53.674 et le guide édité par le SPW à l'adresse suivante : http://developpementdurable.wallonie.be/sites/default/files/2019-05/Dumping_guide_2018.pdf.

17 Art. 73, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

18 Art. 74 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

délai minimal¹⁹ ; (iii) ces visites obligatoires discriminent indirectement les entreprises qui sont éloignées des lieux concernés (en particulier les opérateurs étrangers) ; (iv) lorsque les visites sont organisées séparément pour chaque soumissionnaire, il est difficile de s'assurer que chacun reçoive les mêmes informations ; (v) lorsque les visites sont communes, les entreprises ont précisément connaissance de leurs concurrents, ce qui peut favoriser des comportements d'ententes²⁰.

1.3.3 Délais de réception des demandes de participation et des offres

18. Le *principe*, s'agissant de la fixation des délais de réception des demandes de participation et des offres, est celui de la prise en compte de la complexité du marché et du temps nécessaire pour préparer les offres²¹.

Les délais rappelés ci-dessus à propos des diverses procédures de passation sont des délais *minimaux*, qui ne devraient pas être appliqués de manière systématique sans considération pour les particularités du marché qui requerraient un temps de préparation plus long.

Il faut en outre tenir compte de circonstances propres au secteur concerné, comme les périodes de vacances de la construction²².

19. Par ailleurs, il est illusoire de vouloir gagner du temps en réduisant les délais de réception des demandes de participation et des offres : ces quelques jours ne représentent rien en comparaison avec les retards occasionnés par l'analyse d'offres rédigées dans la précipitation.

20. Enfin, le pouvoir adjudicateur doit prolonger ces délais lorsqu'il fournit tardivement un complément d'information ou qu'il apporte des modifications importantes aux documents du marché²³.

En pratique, ces avis rectificatifs dénotent trop souvent la publication précipitée d'un cahier des charges que le pouvoir adjudicateur savait dès l'origine perfectible. Dans la balance, il devrait au contraire consacrer quelques jours de plus à relire et corriger son cahier des charges *avant* sa publication, ce qui évitera d'émettre des avis rectificatifs à répétition.

1.3.4 Lots

21. La division en lots favorise une plus large concurrence, notamment au profit des PME. Elle alourdit néanmoins sensiblement la charge administrative du pouvoir adjudicateur, vu la complexité de certaines règles applicables en la matière

19 Art. 59, § 2, de la loi du 17 juin 2016.

20 Voy. R. SIMAR et M. VANDERSTRAETEN, « Sanction des ententes faussant la concurrence en droit des marchés publics », *Actualités des marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 9-55, spéc. p. 31.

21 Art. 59, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016.

22 Avis de la Commission des marchés publics du 22 novembre 2019, www.publicprocurement.be. La Commission recommande que, lorsque la date de réception tombe pendant la période comprise entre le 1^{er} juillet et le 15 août, le délai soit prolongé.

23 Art. 59, § 3, de la loi du 17 juin 2016 ; art. 9 et 81 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

(appréciation des seuils minima en matière de sélection qualitative²⁴, limitation du nombre de lots pouvant être attribués à un seul soumissionnaire²⁵, identification de l'offre économiquement la plus avantageuse en cas de rabais²⁶, etc.).

22. La loi impose à cet égard, dans les secteurs classiques, d'*envisager* l'allotissement pour tout marché atteignant 139.000 euros, et d'exposer les raisons de la non-division en lots²⁷. Selon le considérant 78 de la directive 2014/24/UE, le pouvoir adjudicateur demeure à cet égard « *libre de prendre sa décision de façon autonome sur la base de tout motif qu'il juge pertinent, sans faire l'objet d'un contrôle administratif ou judiciaire* ».

La loi n'oblige en outre pas le pouvoir adjudicateur à diviser en un *maximum* de lots : diviser en 2 ou 3 lots peut suffire à tirer tous les bénéfices de l'allotissement, sans fragmenter à l'excès l'objet du marché.

Enfin, si le pouvoir adjudicateur peut théoriquement prévoir des règles différentes entre chacun des lots, il aura à cœur de tendre à la plus grande homogénéité possible.

1.3.5 Critères de sélection qualitative

23. Les critères de sélection qualitative doivent être proportionnés à l'objet du marché²⁸. Ils ne devraient donc pas être conçus comme une opportunité de réduire drastiquement le nombre de candidats sélectionnés, et donc le nombre d'offres à examiner.

24. Dans le cadre des procédures restreintes et concurrentielles avec négociation, le pouvoir adjudicateur peut limiter le nombre de candidats respectant les critères de sélection qu'il invitera à remettre offre, tout en respectant le nombre minimal prévu par la loi (5 en procédure restreinte ; 3 en procédure concurrentielle)²⁹.

Cette réduction du nombre de candidats n'emporte néanmoins pas nécessairement un gain de temps dans la procédure de passation, car le pouvoir adjudicateur doit prévoir les critères ou règles objectifs de réduction du nombre de candidats, et devra motiver sa décision de sélection sur ce point, ce qui s'apparente à une « pré-attribution » particulièrement chronophage.

25. Il convient d'éviter les critères de sélection qui font double emploi et qui augmentent donc la charge administrative pour les soumissionnaires et pour le pouvoir adjudicateur.

24 Art. 49 et 87 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

25 Art. 58, § 2, de la loi du 17 juin 2016.

26 Art. 50 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

27 Art. 58, § 1^{er}, al. 2, de la loi du 17 juin 2016 ; il s'agit du seuil de la publicité européenne applicable aux marchés de fournitures et de services des pouvoirs adjudicateurs fédéraux (art. 11, 2^o, de l'arrêté royal du 18 avril 2017).

28 Art. 71 de la loi du 17 juin 2016. En particulier, le chiffre d'affaires exigé ne peut en principe pas excéder le double de la valeur estimée du marché (art. 67, § 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017).

29 Art. 79 de la loi du 17 juin 2016.

Il n'est par exemple généralement pas utile de prévoir à la fois un critère « chiffre d'affaires suffisant » et un critère « agréation », l'agréation incluant déjà une exigence de capacité économique et financière. L'agréation peut valablement constituer l'unique critère de sélection qualitative d'un marché de travaux.

26. Le Document unique de marché européen (DUME) n'a jusqu'à présent pas été source de simplification pour les pouvoirs adjudicateurs et les soumissionnaires. Si les pouvoirs adjudicateurs s'y sont peu à peu habitués, cet outil demeure confus pour les soumissionnaires qui ne sont pas familiers des marchés publics européens.

Afin de ne pas ajouter à leur confusion, il est vivement recommandé aux pouvoirs adjudicateurs de joindre à l'avis de marché un DUME pré-rempli au format XML, qui inclut déjà les coordonnées du marché et ne comprend que les critères de sélection pertinents. De cette manière, les soumissionnaires n'ont aucun doute par rapport aux champs à remplir et à la nature des informations à fournir.

27. Sous les seuils européens prévaut l'application d'une déclaration implicite sur l'honneur. Par défaut, celle-ci ne vise cependant que les situations d'exclusion pour lesquelles les documents ou certificats sont gratuitement accessibles pour le pouvoir adjudicateurs. Les documents du marchés peuvent néanmoins rendre cette déclaration implicite applicable aux autres motifs d'exclusion³⁰, en particulier ceux qui dépendent d'un extrait de casier judiciaire (ce dernier document n'étant pas encore accessible via Télémarché).

1.3.6 Critères d'attribution

28. Certains critères d'attribution laissent une large marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur, par exemple lorsqu'il s'agit d'évaluer l'approche méthodologique du soumissionnaire, la pertinence de son expérience, ou la qualité de sa réponse à un cas pratique.

L'appréciation de tels critères suppose une motivation formelle plus étendue, qui prend davantage de temps à établir.

D'un autre côté, la motivation relative à ces critères plus « subjectifs », lorsqu'elle est adéquate, est moins susceptible de recours, car l'instance de recours limitera son examen à l'existence d'une erreur *manifeste* d'appréciation.

Il n'est donc pas toujours avantageux de recourir à des critères susceptibles d'une appréciation « mathématique », car l'instance de recours sanctionnera alors n'importe quelle erreur – même non manifeste – commise dans l'évaluation d'un tel critère.

En outre, l'utilisation d'un critère « prix » unique ou prépondérant donne lieu à l'application – laborieuse et sujette à litiges – de règles particulières relatives aux prix apparemment anormaux³¹.

30 Art. 39, § 1^{er}, al. 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

31 Art. 36, § 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

29. Le pouvoir adjudicateur fera par ailleurs en sorte d'anticiper un maximum ses besoins afin d'éviter la publication *in extremis* d'un cahier des charges portant sur des travaux ou services à réaliser dans des délais trop brefs. L'anticipation des besoins permettra d'éviter l'ajout ou la surpondération d'un critère « délai d'exécution », lequel présente deux inconvénients majeurs :

- ce critère favorise la spéculation : un soumissionnaire n'hésitera pas à s'engager à des délais très courts pour gagner des points, tout en sachant qu'en phase d'exécution, il imputera tout retard à des circonstances qui lui sont étrangères (comportement du pouvoir adjudicateur, circonstances imprévues, etc.). Encore plus cyniquement, le soumissionnaire peut anticiper et intégrer le coût des amendes et pénalités de retard à son offre de prix, la perte de points sur le critère financier étant compensée par un gain sur le critère (surpondéré) du délai d'exécution ;
- le pouvoir adjudicateur devra apprécier le caractère réaliste des délais offerts, un tâche laborieuse dont l'exécution doit ressortir du dossier administratif. Si le pouvoir adjudicateur rencontre une difficulté particulière, la décision d'attribution devra expliquer pourquoi l'offre a néanmoins été déclarée régulière³².

En somme, un critère « délai d'exécution » ne se justifie que si le pouvoir adjudicateur voit un réel avantage à ce que le marché soit terminé plus vite que prévu. Si ce n'est pas le cas, mieux vaut ne pas utiliser ce critère et imposer une date finale d'exécution réaliste assortie de pénalités dissuasives.

2. Analyse et négociation des offres

30. Il a déjà été souligné que le choix de certaines modalités (critères d'attribution, allotissement, etc.) dans le cahier des charges influe sur la lourdeur du processus d'analyse des offres.

Nous nous intéressons ci-après davantage à la *manière* dont le pouvoir adjudicateur met en œuvre cette analyse, au stade de la sélection qualitative (2.1), du contrôle de la normalité des prix (2.2) et des négociations (2.3).

2.1 Sélection qualitative

31. En procédure ouverte au-dessus des seuils européens, le pouvoir adjudicateur peut évaluer les offres avant la sélection qualitative (sauf la vérification des dettes fiscales et sociales)³³. La même faculté existe sous les seuils européens, en procédure ouverte et en procédure négociée directe³⁴.

L'on ne vérifie donc la sélection qualitative que dans le chef de l'adjudicataire pressenti, ce qui constitue en principe une économie de temps appréciable.

32 C.E., 27 juin 2019, n° 245.000, *DXC Technology Belgium* ; C.E., 27 février 2019, n° 243.819, *Bureau Vers plus de bien-être*.

33 Art. 66, § 2, de la loi du 17 juin 2016 ; art. 75 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

34 Art. 75 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

32. La loi exige au-dessus des seuils européens de vérifier l'existence d'éventuels motifs d'exclusion obligatoires dans le chef des membres de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance du soumissionnaire, et de toute personne détenant un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein³⁵.

Cette obligation étant déjà suffisamment chronophage et controversée³⁶, nous suggérons de ne pas pousser le vice jusqu'à opérer une vérification similaire sous les seuils européens³⁷, ou au regard des motifs d'exclusion facultatifs³⁸.

2.2 Prix anormalement bas

33. Le régime du contrôle des prix anormaux astreint le pouvoir adjudicateur à un degré de formalisme tout aussi hors normes. Les litiges en la matière forment par ailleurs une part substantielle du contentieux des marchés publics.

Le pouvoir adjudicateur serait donc bien inspiré de tirer parti des rares zones de flexibilité aménagées par cette réglementation.

Ainsi, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de demander des justifications des prix de postes négligeables³⁹. Il bénéficie à cet égard d'un pouvoir d'appréciation⁴⁰.

Ensuite, lorsque le prix n'est pas le seul critère d'attribution, mais qu'il est pondéré à au moins 50 %, le pouvoir adjudicateur peut prévoir que la présomption d'anormalité sera enclenchée à partir d'un pourcentage plus élevé que celui de 15 % en dessous de la moyenne des offres⁴¹. Ceci permet d'éviter que les prix soient trop souvent présumés anormaux, avec les conséquences qui s'attachent à ce constat (demande de justification, etc.).

Enfin, lorsque le pouvoir adjudicateur invite un soumissionnaire à justifier ses prix, cette justification doit en particulier porter sur le respect des obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail⁴². Il s'agit d'un champ normatif particulièrement large⁴³, de sorte que l'on conseille au pouvoir adjudicateur de cantonner ses investigations aux principales infractions, en s'abstenant de tout excès de zèle.

35 Art. 67, § 1^{er}, al. 5, de la loi du 17 juin 2016.

36 A. MECHÉLYNCK et M. VANDERSTRAETEN, « La lutte contre le dumping social dans la passation des marchés publics », *M.C.P.*, 2018/1, pp. 31-32.

37 Art. 67, § 1^{er}, dernier al., de la loi du 17 juin 2016.

38 Art. 69, dernier al., de la loi du 17 juin 2016.

39 Art. 36, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

40 C.E., 14 août 2019, n° 245.302, *Hemmis*.

41 Art. 36, § 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

42 Art. 36, § 2, al. 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

43 À ce propos, en matière de droit social, voy. A. MECHÉLYNCK et M. VANDERSTRAETEN, *op. cit.*, pp. 25-27.

2.3 Négociations

34. Contrairement à une idée reçue, les négociations ne sont pas toujours une cause d'enlisement de la passation du marché. Outre que bien négocier dans des délais raisonnables est une question d'expérience, il faut souligner les points suivants.

Premièrement, l'usage d'une procédure négociée n'emporte pas d'obligation de négocier : le pouvoir adjudicateur peut se réserver le droit d'attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation⁴⁴.

Deuxièmement, la négociation peut se dérouler en phases successives afin de limiter le nombre d'offres à négocier⁴⁵. Si le pouvoir adjudicateur s'est réservé cette possibilité, il n'est donc pas obligatoire de mener une négociation chronophage avec *tous* les soumissionnaires. Le pouvoir adjudicateur devra cependant être attentif au respect de l'égalité dite « procédurale » entre les soumissionnaires qui suppose de correctement documenter les négociations⁴⁶, notamment les raisons pour lesquelles l'autorité décide de poursuivre des négociations exclusives avec certains soumissionnaires tout en laissant d'autres dans la « salle d'attente » (*wachtkamer*)⁴⁷.

Troisièmement, la procédure négociée permet, à certaines conditions, de régulariser les offres, y compris celles affectées d'une irrégularité substantielle⁴⁸. Cette régularisation prend certes du temps, mais elle favorise une plus large concurrence et simplifie ensuite considérablement la rédaction de la décision motivée, qui ne devra pas se prononcer sur la délicate distinction entre les irrégularités substantielles et non-substantielles. Les risques de recours en seront par la même occasion réduits.

3. Décision d'attribution du marché et prévention des risques de recours

35. Une fois les offres analysées et négociées, la décision d'attribution doit être adoptée promptement (**3.1**) et reposer sur une motivation formelle adéquate, apte à dissuader l'introduction de recours (**3.2**).

44 En ce qui concerne la procédure concurrentielle avec négociation : art. 38, § 5, de la loi du 17 juin 2016.

45 Art. 38, § 7, de la loi du 17 juin 2016.

46 Récemment, voy. C.E., 23 octobre 2018, n° 242.755, *Fedimmo* (à propos de l'absence de procès-verbaux des négociations) et C.E., 11 septembre 2019, n° 245.398, *P&V* (à propos de l'absence de courrier démontrant qu'un soumissionnaire avait reçu, comme son concurrent, l'opportunité d'améliorer son offre).

47 À propos du pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur quant aux soumissionnaires invités à négocier, voy. F. MOISES et D. SPROCKEELS, « Marchés publics de conception et de conception-réalisation – Procédure négociée avec publicité (PNAP) – Procédure concurrentielle avec négociation (PCN) – Cadre législatif actuel et législation future », *Chronique des marchés publics 2014-2015*, Bruxelles, EBP, 2015, pp. 634-636.

48 Art. 76, § 4 (au-dessus des seuils européens) et § 5 (sous les seuils) de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

3.1 Processus décisionnel

36. Indépendamment du droit des marchés publics, le processus décisionnel du pouvoir adjudicateur répond à un certain formalisme qu'il convient évidemment de respecter.

Il faut néanmoins veiller à ne pas inutilement alourdir ce processus en prévoyant par exemple – sans que le pouvoir adjudicateur y soit légalement contraint – l'intervention de multiples instances d'avis.

En outre, lorsque de tels jurys ou comités d'avis sont instaurés à l'initiative du pouvoir adjudicateur, il n'est pas nécessaire d'en formaliser l'intervention au moyen d'une clause dédiée du cahier des charges. En effet, dans un tel cas, le pouvoir adjudicateur s'engage vis-à-vis des soumissionnaires à solliciter l'avis d'une instance avant de décider, de sorte que le non-respect de cette formalité risque d'offrir aux soumissionnaires un moyen de contester la validité de la décision d'attribution. Rien n'empêche en revanche l'organe investi du pouvoir de décision de solliciter volontairement l'avis d'une personne ou d'une instance sans conférer à cette faculté un caractère contraignant dans les documents du marché.

37. Le pouvoir adjudicateur devrait par ailleurs prévoir des délégations de compétences adéquates afin que les décisions de moindre importance – comme les décisions de sélection qualitative, ou les décisions relatives à des marchés de faible valeur – puissent être prises rapidement, sans avoir à convoquer, par exemple, un conseil d'administration.

3.2 Motivation formelle et prévention des risques de recours

38. Lorsque le délai d'attente est d'application, la simple introduction d'un recours en suspension, indépendamment de son bien-fondé, perturbe fortement le planning de passation.

Réduire les risques de recours devrait donc être une préoccupation permanente pour tout responsable de la passation de marchés publics.

39. Agir dans la légalité est évidemment de nature à réduire les risques, mais cela ne suffit pas : il faut en outre limiter les *incitants* à introduire un recours, surtout lorsque le marché présente une forte valeur économique ou stratégique pour les opérateurs économiques concernés.

Un exemple : une offre est signée par un administrateur-délégué sans procuration suffisante. Selon une jurisprudence constante, ce motif suffit à écarter l'offre pour substantiellement irrégulière⁴⁹. Le pouvoir adjudicateur peut donc légalement s'en tenir à ce constat, sans aller plus loin dans l'analyse de l'offre. Néanmoins, ce motif formel d'écartement de l'offre est incompréhensible pour le profane et ne répond à aucune logique commerciale. Bien que légale, la déci-

49 Parmi beaucoup d'autres : C.E., 27 février 2019, n° 243.817, *Larcin* ; C.E., 3 août 2018, n° 242.177, *SOCATRA* ; C.E., 24 juillet 2018, n° 242.136, *Venturis*.

sion du pouvoir adjudicateur est génératrice d'une profonde frustration, surtout lorsque le soumissionnaire a dû consentir d'importants investissements pour préparer son offre.

Dans de telles circonstances, il peut être utile de recourir à la technique des motifs surabondants⁵⁰. À titre principal, l'offre est écartée pour irrégulière ; à titre surabondant, cette offre est néanmoins comparée aux autres, le pouvoir adjudicateur arrivant à la conclusion qu'elle n'est en tout état de cause pas la mieux classée. Ceci permet au soumissionnaire de comprendre la décision sur le fond et de la faire accepter en interne.

De manière générale, établir une décision mieux motivée prend certes plus de temps, mais cet effort supplémentaire est celui qui a l'impact le plus direct sur les risques de recours.

Conclusion

40. *Établir un planning de passation doit se faire façon réaliste, en tenant compte d'une période de préparation et de réflexion suffisante avant le lancement du marché.*

C'est en effet à ce moment que tout (ou presque) se joue :

- le choix de la procédure de passation adaptée ;
- la définition des besoins en concertation avec les parties prenantes et la rédaction des clauses techniques ;
- la rédaction des clauses administratives. Si rien n'interdit de partir d'un canevas précédemment utilisé, ce modèle doit nécessairement être adapté aux circonstances de l'espèce, notamment en ce qui concerne les délais de réception des demandes de participation et des offres, l'allotissement, les critères de sélection et les critères d'attribution : non seulement ces choix ont un impact significatif sur le déroulement et la durée de la procédure de passation, mais ils sont déterminants pour l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse ;
- la relecture et la coordination des documents du marché, afin notamment d'éviter la publication d'avis rectificatifs après le lancement du marché et la réception d'offres irrégulières, contradictoires ou incomparables.

41. Si les principes qui précèdent ont été respectés, *tenir* le calendrier de passation ainsi établi ne devrait poser aucune difficulté.

Le pouvoir adjudicateur peut en outre gagner du temps en faisant usage des zones de souplesse aménagées par la loi, comme le contrôle de la sélection

⁵⁰ Au contentieux administratif, un moyen dirigé contre un motif surabondant est irrecevable, même s'il relève de l'ordre public (en matière de marchés publics, voy. par ex. C.E., 4 août 2015, n° 232.023, *Delens*).

qualitative uniquement dans le chef de l'adjudicataire pressenti (en procédure ouverte) ou l'augmentation du seuil de présomption d'anormalité des prix.

Après d'éventuelles négociations – qui ne sont pas nécessairement synonymes de dérapage du planning – le pouvoir adjudicateur ne devrait pas précipiter la phase cruciale de l'élaboration de sa décision d'attribution, dont les motifs ne doivent pas seulement être exacts, pertinents et admissibles, mais surtout convaincants et empreints de bon sens pour ses destinataires, dont les velléités de recours seront ainsi désamorcées.