

Chapitre 1. Introduction

1. Une des étapes fondamentales de l'analyse des offres est l'étape de la vérification de leur régularité. Bien que le pouvoir adjudicateur dispose d'une certaine marge d'appréciation quant à la qualification qu'il convient de donner à une irrégularité, celle-ci est néanmoins fortement encadrée par la réglementation et l'interprétation qu'en donne la jurisprudence.

Lors de l'analyse d'un rapport d'attribution par un soumissionnaire évincé, celui-ci ne manquera pas de vérifier la validité *soit* de son propre écartement pour cause d'irrégularité substantielle, *soit* de la décision du pouvoir adjudicateur de déclarer régulière l'offre du premier classé. Au fil des recours introduits en la matière, le Conseil d'Etat et les Cours et Tribunaux de l'ordre judiciaire ont pu dessiner les contours de l'examen de la régularité des offres.

2. De nombreux paramètres entrent en ligne de compte lors de cette vérification :

- quand doit-on, chronologiquement, procéder à l'analyse de la régularité des offres ?
- que prévoient les documents du marché ? A l'occasion de cet examen, le principe *patere legem quam ipse fecisti* impose, en effet, au pouvoir adjudicateur le strict respect des exigences et conditions qu'il a lui-même fixées dans les documents du marché ;
- quelle est la marge de manœuvre dont dispose le pouvoir adjudicateur pour qualifier une irrégularité de grave (et donc de « *substantielle* ») ou au contraire de mineure (et donc de « *non substantielle* ») ?
- comment juger de l'impact de cette irrégularité sur la comparabilité des offres, l'égalité de traitement entre les soumissionnaires ou encore l'exécution du marché ?
- quelles sont les conséquences du constat d'irrégularité ?

- comment traiter les irrégularités en procédure négociée ? Peut-on faire régulariser une offre irrégulière ? Si oui, dans quelles circonstances et à quelles conditions ? Toutes les irrégularités sont-elles régularisables ?
- quels liens entre régularité et analyse des prix ?

3. Nous nous attachons, dans le présent ouvrage, à faire le point sur ces différentes questions. Après avoir rappelé dans une première section les principes réglementaires portant sur la régularité des offres, nous les aborderons ensuite de manière plus concrète dans le cadre de questions pratiques liées à la signature de l'offre, la remise du DUME, l'analyse des prix, le traitement des variantes et options, les documents devant accompagner l'offre, etc.

4. Nous tenterons de partager notre expérience, nos points de vue et surtout, l'enseignement tiré de la jurisprudence à cet égard. Le présent ouvrage se veut pragmatique et vise à répondre tant aux questions que se poseraient les pouvoirs adjudicateurs lors de l'analyse des offres qu'à celles que se posent les soumissionnaires lorsqu'ils l'établissent. Chaque section se terminera ainsi par une série de questions pratiques, encadrées, auxquelles les auteurs tenteront de répondre succinctement, afin d'offrir une réponse directe, et, si possible, tranchée au praticien. L'on renverra pour le surplus au corps de l'ouvrage pour de plus longs développements à propos des problématiques spécifiques soulevées.

Chapitre 2. Les principes liés à la régularité des offres

5. La régularité des offres est une des étapes clés de l'analyse des offres par le pouvoir adjudicateur.

Elle est appréhendée, en droit belge, en secteurs classiques, essentiellement par l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (ci-après également « *A.R. Passation* ») qui constitue le siège de la matière. En secteurs spéciaux, la disposition pertinente est l'article 74 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux (ci-après également « *A.R. du 18 juin 2017* » ou « *A.R. Passation secteurs spéciaux* »). L'on notera d'emblée que le régime prévu par l'article 74 est similaire à (et tout aussi contraignant que) celui prévu à l'article 76 de l'A.R. Passation en secteurs classiques.

Nous en détaillerons ci-dessous les principes, avant de l'examiner dans le cadre d'applications plus concrètes.

Section 1. Timing de la vérification de la régularité

§ 1. Principe : après la phase de sélection

6. Une fois passée la première étape de sélection, le pouvoir adjudicateur devra examiner la régularité des offres. Seules les offres régulières seront ensuite comparées au regard des critères d'attribution.

§ 2. Exception : la vérification anticipée de la régularité

7. La vérification de la régularité des offres ne porte donc, en principe, que sur les offres des soumissionnaires sélectionnés¹. Il existe toutefois deux exceptions à ce principe².

-
1. Art. 75, dernier al., de l'A.R. Passation ; fût-ce avec une possibilité de revoir la décision de sélection dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur constate, en cours de procédure, à la lumière des motifs d'exclusions ou du respect du ou des critère(s) de sélection applicable(s), que le candidat déjà sélectionné ou le soumissionnaire ne répond plus aux conditions. Cf. art. 60 de l'A.R. Passation.
 2. Art. 75 de l'A.R. Passation ; rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, sous l'article 75.

Tout d'abord, comme expliqué dans le rapport au Roi précédant l'A.R. Passation, en cas de recours à une procédure ouverte, en une phase, le pouvoir adjudicateur peut déjà passer à la vérification « *avancée* » des offres avant même d'avoir pris la décision de sélection proprement dite³. Il s'agit de la possibilité prévue à l'article 66, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (ci-après « *loi du 17 juin 2016* » ou « *loi relative aux marchés publics* ») pour les marchés atteignant les seuils fixés pour la publicité européenne. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur pourra passer à l'évaluation des offres sans qu'un contrôle approfondi de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection n'ait été effectué. Le pouvoir adjudicateur devra cependant d'abord vérifier l'absence de dettes fiscales et sociales. Il devra aussi tenir compte des informations reçues sur la base du DUME et donc, le cas échéant, des mesures correctrices visées à l'article 70 de la loi du 17 juin 2016. Le pouvoir adjudicateur qui recourt à cette hypothèse devra ensuite encore vérifier l'absence de motifs d'exclusion (autres que le motif d'exclusion concernant les dettes fiscales et sociales) et le respect des critères de sélection, après l'analyse des offres, dans le chef du soumissionnaire pressenti à devenir l'adjudicataire du marché.

Pour les marchés en dessous du seuil de publicité européenne, le rapport au Roi précédant l'A.R. Passation précise que le pouvoir adjudicateur peut également recourir à cette « *vérification anticipée* » de la régularité des offres mais, au préalable, que ce dernier doit (i) vérifier l'absence de dettes fiscales et sociales et (ii) le cas échéant, évaluer les mesures correctrices⁴. En outre, pour ces marchés, cette possibilité de procéder au contrôle « *anticipé* » de la régularité des offres n'existe pas uniquement dans le cadre des procédures ouvertes (contrairement aux marchés atteignant le seuil de publicité européenne), mais également pour la procédure négociée directe avec publication préalable.

Comme mis en évidence dans le rapport au Roi, la mesure dans laquelle il s'avérera utile de recourir au contrôle « *anticipé* » des offres dépendra du nombre d'offres reçues ainsi que des critères d'attribution utilisés⁵. Dans une situation où il y aurait beaucoup d'offres, il sera probablement plus judicieux de vérifier en premier lieu l'absence de motifs d'exclusion et le respect des critères de sélection.

3. Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, sous l'article 75.

4. *Ibidem*.

5. *Ibidem*. Voir aussi l'ouvrage qui y est référencé : A. SEMPLE, *A practical guide to public procurement*, Oxford university press, p. 73.

Section 2. La régularité des offres dans la réglementation relative aux marchés publics

§ 1. La loi

8. L'article 66 de la loi du 17 juin 2016, qui figure sous le titre « *Principes généraux pour la sélection et l'attribution* », précise, en son paragraphe 1^{er}, ce qui suit :

« Les marchés sont attribués sur la base du ou des critères d'attribution fixés conformément à l'article 81, pour autant que le pouvoir adjudicateur ait vérifié que toutes les conditions suivantes sont réunies :

1° ***L'offre est conforme aux exigences, conditions et critères énoncés dans l'avis de marché et dans les documents du marché, compte tenu, le cas échéant, des variantes ou options ;***

2° *l'offre provient d'un soumissionnaire qui n'est pas exclu de l'accès au marché sur la base des articles 67 à 70 et qui répond aux critères de sélection fixés par le pouvoir adjudicateur et, le cas échéant, aux règles et critères non discriminatoires visés à l'article 79, § 2, alinéa 1^{er}.*

Sans préjudice du paragraphe 2, lorsque le pouvoir adjudicateur constate que l'offre du soumissionnaire auquel il se propose d'attribuer ne respecte pas les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social ou du travail et mentionnées à l'article 7, il décide de ne pas attribuer le marché au soumissionnaire qui a remis ladite offre, pour autant qu'il s'agit d'une obligation dont le non-respect est également sanctionné pénalement. Dans les autres cas où il constate que cette offre ne satisfait pas aux obligations susmentionnées, il peut procéder de la même manière. » (nous surlignons).

9. L'article 83 de la loi du 17 juin 2016 stipule, quant à lui, ce qui suit :

« Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres. Le Roi peut fixer les modalités additionnelles à cette fin. »

Cette habilitation a été mise en œuvre, en secteurs classiques, par l'article 76 de l'A.R. Passation (cf. *infra*).

10. Aucune disposition similaire n'a été prévue dans la loi en matière de secteurs spéciaux, le législateur estimant que :

« Contrairement à ce qui est prévu aujourd'hui à l'article 94 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012, cette vérification de la régularité n'est pas plus détaillée. En d'autres mots, tout est calqué sur ce qui est actuellement applicable auxdits secteurs spéciaux privés (règles reprises au titre 4 de la loi du 15 juin 2006 et dans l'arrêté royal du 24 juin 2013, qui prévoient de façon succincte qu'en ce qui concerne le contrôle de la régularité, seul l'article 57 de la loi du 15 juin 2006 est applicable). Pour les entités adjudicatrices actuellement soumises au titre 3 de la loi du 15 juin 2006, il s'agit d'un assouplissement important. Cette modification est inspirée par le fait qu'il est désormais donné priorité à une correspondance étroite avec les dispositions de la directive et de ne pas imposer d'autres formalismes. Par rapport aux entreprises publiques cet assouplissement s'accorde avec un certain nombre d'autres modifications déjà réalisées dans le cadre législatif relatif à ces entreprises publiques autonomes, conformant une série de règles à celles qui sont normalement d'application pour les entreprises. »⁶ (nous surlignons).

Pourtant, en secteurs spéciaux, le Roi a malgré tout détaillé les règles encadrant l'analyse de la régularité des offres, d'une manière très similaire à ce qui a été prévu par l'article 76 de l'A.R. Passation en secteurs classiques, au moyen de l'article 74 de l'A.R. du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux.

On peut donc se demander à quel titre le Roi a outrepassé la volonté pourtant clairement exprimée du législateur de ne pas détailler la vérification de la régularité en secteurs spéciaux, et ce afin de se rapprocher de ce qui se fait dans le secteur privé. Curieusement, le rapport au Roi précédant l'A.R. Passation en secteurs spéciaux ne souffle mot de cette incongruité et, *a fortiori*, ne l'explique nullement. Il est permis de s'interroger sur la légalité de la disposition prévue par l'A.R. Passation en secteurs spéciaux, en dehors de toute habilitation légale.

§ 2. *L'arrêté royal Passation en secteurs classiques*

11. Comme déjà précisé ci-dessus, la régularité des offres a été appréhendée par le Roi en secteurs classiques dans l'article 76 de l'A.R. Passation en secteurs

6. Exposé des motifs de la loi du 17 juin 2016, *Doc. parl.*, Chambre, session 2015-2016, doc. 54 1541/001, p. 187.

classiques⁷, qui constitue le siège de la matière. Cette disposition prévoit ce qui suit :

« Art. 76. § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres.

L'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle.

Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :

- 1^o le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement ;*
- 2^o le non-respect des exigences visées aux articles 38, 42, 43, § 1^{er}, 44, 48, § 2, alinéa 1^{er}, 54, § 2, 55, 83 et 92 du présent arrêté et par l'article 14 de la loi, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires ;*
- 3^o le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché.*

§ 2. L'offre qui n'est affectée que d'une ou de plusieurs irrégularités non substantielles qui, même cumulées ou combinées, ne sont pas de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, n'est pas déclarée nulle.

§ 3. Lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle. Ceci est également le cas pour l'offre qui est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3.

§ 4. Sans préjudice de l'article 39, § 7, alinéa 2, de la loi, le présent paragraphe s'applique à la vérification de la régularité des offres autres que les offres finales, pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d'une procédure permettant une négociation. Lorsqu'il s'agit d'une offre finale, le paragraphe 3 s'applique.

Lorsqu'une offre comporte plusieurs irrégularités non substantielles qui du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, le pouvoir adjudicateur offre au soumissionnaire la possibilité de régulariser ces irrégularités avant d'entamer les négociations.

Le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, sauf disposition contraire dans les documents du marché. Dans ce dernier cas, il donne la possibilité au soumissionnaire de régulariser cette irrégularité avant d'entamer les négociations, à moins que le pouvoir adjudicateur n'ait indiqué à propos de ladite irrégularité qu'elle ne peut faire l'objet d'une régularisation.

7. La régularité des offres était appréhendée, sous la réglementation antérieure, par l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

§ 5. Sans préjudice du paragraphe 2 et de l'article 39, § 7, alinéa 2, de la loi, le présent paragraphe s'applique à la vérification de la régularité des offres, pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d'une procédure permettant une négociation. Le pouvoir adjudicateur décide soit de déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, soit de faire régulariser cette irrégularité. Il en va de même si l'offre est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles lorsque celles-ci, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3. »

On notera d'emblée que l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur, de vérifier la régularité des offres a été fondamentalement remaniée dans la réglementation de 2017 et vaut désormais pour toutes les procédures, y compris pour les procédures permettant une négociation (ce qui n'était pas le cas sous la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services antérieurement en vigueur). Comme le relève le rapport au Roi précédant l'A.R. Passation, l'article 76 précité approfondit tout d'abord la doctrine relative à l'irrégularité mais, surtout, innove en consacrant la possibilité de régulariser une irrégularité dans les procédures permettant une négociation⁸.

A. Les principes consacrés par l'article 76, §§ 1^{er} et 2, de l'A.R. Passation en secteurs classiques

12. Tout d'abord, contrairement à l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques antérieurement en vigueur (ci-après « *A.R. du 15 juillet 2011* »), il n'est plus fait de distinction entre les irrégularités matérielles et les irrégularités formelles dans l'article 76 de l'A.R. Passation.

Les irrégularités formelles étaient des irrégularités de forme : problème de signature, erreurs dans les documents à transmettre, etc. Les irrégularités matérielles concernaient plutôt le contenu de l'offre (prix, méconnaissance de spécifications techniques, délais, etc.).

Si cette distinction a désormais été abandonnée par le Roi dans la disposition propre à la régularité, elle revêt malgré tout encore une importance lorsque toutes les offres sont déclarées irrégulières dans une procédure ouverte ou restreinte. En effet, dans ce cas, le pouvoir adjudicateur peut recourir à la procédure concurrentielle avec négociation sur la base de l'article 38, § 1^{er}, 2^o, de la loi du 17 juin 2016. Pour les marchés atteignant les seuils européens, il peut le faire sans procéder à une nouvelle publication d'un avis de marché à la condition qu'il ne négocie

8. Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, sous l'article 76.

qu'avec tous les soumissionnaires qui étaient, dans le cadre de la première procédure, sélectionnés et *formellement* réguliers. Le pouvoir adjudicateur devra donc dans ce cas uniquement opérer une distinction entre les soumissionnaires formellement irréguliers, qui seront définitivement écartés, et les soumissionnaires matériellement irréguliers, qui auront à nouveau l'occasion de remettre une offre lors de la procédure concurrentielle avec négociation à venir. Pour les marchés n'atteignant pas le seuil européen de publication, cette spécificité n'est pas de mise puisque dans ce cas, le pouvoir adjudicateur peut décider librement d'adjoindre des soumissionnaires à ceux qui étaient initialement formellement réguliers et sélectionnés sans pour cela qu'il ne soit tenu de republier un avis de marché.

13. Comme précisé à l'article 76, § 1^{er}, al. 2, de l'A.R. Passation, l'offre peut être affectée d'une **irrégularité substantielle** ou **non substantielle**. Les éventuelles conséquences de cette distinction diffèrent selon la procédure et sont abordées dans les sections qui suivent.

Concernant cette disposition, le rapport au Roi précise ce qui suit :

« La notion de 'régularité' de l'offre comprend la 'conformité' de l'offre aux exigences, conditions et critères mentionnés dans l'avis de marché ou dans les documents du marché visés à l'article 66, § 1^{er}, 1^o, de la loi. La régularité constitue cependant une notion plus large, étant donné que cette vérification porte également sur le respect des prescriptions de la loi et du présent projet, ainsi que sur le respect du droit du travail, du droit social et du droit environnemental. (...) »⁹ (nous surlignons).

14. Le § 1^{er}, troisième alinéa de l'article 76, précise que l'offre est substantiellement irrégulière lorsqu'elle est « *de nature i) à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, ii) à entraîner une distorsion de la concurrence, iii) à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou iv) à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues* ». Le législateur est venu consacrer, dans l'A.R. Passation, cette définition de l'irrégularité substantielle qui avait été élaborée par le Conseil d'Etat dans sa jurisprudence¹⁰.

9. Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, sous l'article 76.

10. Ces différents « critères » permettant de déterminer le caractère substantiel d'une irrégularité avaient donc, sous la réglementation précédemment en vigueur (à défaut de définition dans l'A.R. du 15 juillet 2011), été mis en évidence par le Conseil d'Etat dans sa jurisprudence et « compilés » dans le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 7 février 2014 modifiant plusieurs arrêtés royaux d'exécution de la loi du 15 juin 2006 (M.B. 21 février 2014), sous l'article 21. C'est cet arrêté royal du 7 février 2014 qui avait intégré, en vertu de son article 21, l'article 95 précité de l'A.R. du 15 juillet 2011.

C'est au pouvoir adjudicateur qu'il revient d'apprécier si une irrégularité est substantielle ou non. Dans certains cas, le pouvoir adjudicateur n'aura pas le choix et sera obligé de déclarer l'offre irrégulière car l'irrégularité sera nécessairement substantielle. En effet, le § 1^{er}, quatrième alinéa de l'article 76, énumère une série d'irrégularités considérées d'office comme substantielles.

Il s'agit plus précisément des cas où :

- l'offre méconnaît le droit du travail, le droit social ou le droit environnemental, pour autant qu'il s'agisse du non-respect de dispositions sanctionnées pénalement ;
- l'irrégularité découle du non-respect des exigences imposées par l'article 14 de la loi du 17 juin 2016 et par les articles 38, 42, 43, § 1^{er}, 44, 48, § 2, 54, § 2, 55, 83 et 92 de l'A.R. Passation, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires ;
- l'offre méconnaît les exigences minimales et les exigences annoncées comme substantielles dans les documents du marché (l'offre méconnaît une disposition essentielle du Cahier spécial des charges – ci-après aussi « CSC » ou « *cahier des charges* » –, soit une clause qualifiée par le pouvoir adjudicateur, dans son cahier des charges, d'« *obligatoire* », d'« *essentielle* » ou prévue « *à peine d'irrégularité* » ou « *à peine de nullité* » de l'offre¹¹).

15. L'article 76, § 2, de l'A.R. Passation précise que ne peut être déclarée nulle, l'offre qui contient une ou plusieurs irrégularités non substantielles qui, même cumulées ou combinées, n'ont pas les effets visés au § 1^{er}, alinéa 3, c'est-à-dire ne répondent pas à la définition d'irrégularité substantielle reprise ci-dessus. Cette disposition est applicable à tous les marchés.

B. La régularité des offres selon la procédure mise en œuvre

16. Les paragraphes suivants de l'article 76 traitent du régime applicable à la régularité des offres dans chaque procédure :

- le § 3 est relatif à l'examen de la régularité dans les procédures ouvertes et restreintes (il ne correspond plus que partiellement à l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 antérieurement en vigueur) ;
- le § 4 est relatif à l'examen de la régularité dans les procédures permettant une négociation.

Ces aspects sont détaillés ci-dessous.

11. Voir C.E., 16 janvier 2017, n° 237.039.

§ 3. *L'arrêté royal Passation en secteurs spéciaux*

17. Comme indiqué ci-dessus, le Roi détaille les modalités de la vérification de la régularité dans l'article 74 de l'A.R. du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux.

Le régime prévu par l'article 74 est tout aussi contraignant que celui prévu à l'article 76 de l'A.R. Passation en secteurs classiques. Comme relevé plus haut (cf. point n° 10), ceci est particulièrement étonnant dans la mesure où le Législateur avait clairement exprimé le souhait de ne pas détailler les modalités de vérification de la régularité en secteurs spéciaux, afin de se rapprocher pour ces secteurs de ce qui se fait dans le privé. C'est donc en dehors de toute habilitation légale (telle celle prévue à l'article 83 de la loi pour les secteurs classiques) que le Roi a adopté l'article 74 en secteurs spéciaux. Il y aurait de quoi mettre en doute la régularité d'une décision d'une entité adjudicatrice prise sur la base de cette disposition...

18. Pour le surplus, le régime prévu en secteurs spéciaux étant quasi identique à celui applicable en secteurs classiques, on renverra aux développements propres à l'article 76 applicable en secteurs classiques.

Section 3. Les critères de détermination de la régularité ou de l'irrégularité d'une offre

19. Il est primordial, dans le cadre de l'analyse de la régularité, de pouvoir déterminer si une offre est ou non affectée d'une irrégularité substantielle.

A cet égard, l'article 76, § 1^{er}, de l'A.R. Passation détermine les critères devant présider à cette qualification.

20. Selon la disposition :

- **soit**, l'on se trouve dans une situation où l'irrégularité est « *réputée* » substantielle ;
- **soit**, l'irrégularité est substantielle car elle implique que l'on se situe dans une des hypothèses énumérées par la disposition (avantage discriminatoire, distorsion de concurrence, problème d'évaluation ou de comparaison des offres, risque de difficulté quant à l'engagement à exécuter le marché dans les conditions prévues), ce qui implique une faculté d'appréciation plus importante de la situation par le pouvoir adjudicateur ;
- **soit**, enfin, l'on se situe dans le cadre d'une irrégularité non substantielle.

Le raisonnement, mis en oeuvre par la doctrine et la jurisprudence, est à cet égard le suivant :

- soit l’offre est réputée substantiellement irrégulière car :
 - elle méconnaît une exigence minimale ou indiquée comme substantielle dans les documents du marché ;
 - elle méconnaît une disposition de droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement ;
 - elle méconnaît les exigences visées aux articles 38, 42, 43, § 1^{er}, 44, 48, § 2, alinéa 1^{er}, 54, § 2, 55, 83 et 92 de l’A.R. Passation ou à l’article 14 de la loi du 17 juin 2016, pour autant que ces dispositions contiennent des obligations à l’égard des soumissionnaires ;
- soit l’irrégularité entraîne une des situations suivantes :
 - elle donne un avantage discriminatoire au soumissionnaire ;
 - elle engendre une distorsion de concurrence, elle empêche l’évaluation de l’offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres ; ou
 - elle rend inexistant, incomplet ou incertain l’engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues, et elle doit également être qualifiée de substantielle.

Ce raisonnement est confirmé dans de nombreux arrêts du Conseil d’Etat qui le synthétise comme suit dans un arrêt du 14 juin 2023 :

« Suivant l’article 76, paragraphes 1^{er} à 3, de l’arrêté royal du 18 avril 2017, ‘le non-respect des exigences minimales et des exigences indiquées comme substantielles dans les documents du marché’ présume l’existence d’une irrégularité substantielle, laquelle ne laisse aucune marge d’appréciation au pouvoir adjudicateur qui doit constater la nullité de l’offre. Les spécifications techniques fixées par le pouvoir adjudicateur dans les documents du marché constituent des exigences minimales ou substantielles lorsqu’elles revêtent un caractère essentiel dans le cadre du marché envisagé. Hormis les hypothèses où les documents du marché indiquent expressément qu’il s’agit d’une exigence minimale ou substantielle, une disposition a ce caractère lorsque son auteur a voulu lui attacher une telle portée, notamment parce que sa méconnaissance éventuelle peut avoir pour effet de porter atteinte à l’égalité de traitement entre les soumissionnaires, d’affecter la comparabilité des offres, de modifier le classement de celles-ci ou de compromettre la bonne exécution du marché. »¹².

Ainsi, lorsque l’offre est réputée irrégulière, notamment pour cause de non-respect d’une exigence substantielle, elle doit être exclue, le pouvoir adjudicateur ne

12. C.E., 14 juin 2023, n° 256.774.

disposant d'aucune marge de manœuvre à cet égard. En revanche, lorsque l'offre n'est pas *réputée* irrégulière, l'appréciation du pouvoir adjudicateur (et donc son obligation corrélative de motivation) est plus importante quant à la question de savoir si on se trouve dans une des situations visées ci-dessus.

§ 1. Les cas d'offres réputées irrégulières

21. Dans certains cas, l'offre sera réputée substantiellement irrégulière¹³ et donc déclarée d'office nulle¹⁴. Ces cas prévus expressément par l'A.R. Passation sont détaillés ci-dessous.

A. L'offre qui méconnaît une disposition des documents du marché qualifiée de substantielle

22. Le cas le plus fréquent d'offre *réputée* irrégulière substantiellement est le cas de l'offre méconnaissant une disposition « substantielle » ou, pour éviter le doublon, « essentielle » des documents du marché.

1. L'écartement d'une offre méconnaissant une disposition essentielle des documents du marché

23. Lorsque le pouvoir adjudicateur a lui-même qualifié certaines exigences de « *substantielles* », ou, plus justement, d'« *essentielles* » dans les documents du marché, il ne peut plus s'écarter de cette qualification et **doit** écarter toute offre qui ne serait pas conforme à la prescription en question.

Ce principe a été affirmé dès l'introduction de l'article 95 dans la réglementation belge relative aux marchés publics en 2014. Le rapport au Roi relatif à l'arrêté royal du 7 février 2014 (qui a intégré, en vertu de son article 21, l'article 95 précité de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 antérieurement en vigueur) précisait en effet déjà, à ce propos, ce qui suit :

*« Les documents du marché peuvent également ériger l'une ou l'autre **formalité** comme étant **essentielle** pour l'examen de l'offre. Il peut s'agir d'une **annexe technique** à joindre à l'offre. Cette caractéristique de la formalité pourra apparaître grâce à la mention '**sous peine de nullité absolue**' dont le pouvoir adjudicateur devra **user avec justesse**. »*

(...)

13. Art. 76, § 1^{er}, al. 3, de l'A.R. Passation.

14. Art. 76, § 3, de l'A.R. Passation.

*Le nouveau paragraphe 4, qui, pour éviter tout malentendu, est **applicable tant aux irrégularités formelles que matérielles**, traite des conséquences des irrégularités affectant une offre. L'offre est nulle, et en conséquence est écartée, si elle est affectée d'une irrégularité substantielle. **Le pouvoir adjudicateur n'a pas de pouvoir d'appréciation quant à la sanction de l'irrégularité commise**. La violation d'une disposition qualifiée d'essentielle par la réglementation doit être considérée comme une irrégularité substantielle emportant la nullité absolue de l'offre. **Si la nature essentielle de la disposition violée a été fixée par le pouvoir adjudicateur dans les documents du marché, il doit en tirer les conséquences en cas de violation sans ne plus pouvoir à nouveau exercer de pouvoir d'appréciation**. Frappée d'une irrégularité substantielle, l'offre est nulle et devra être écartée.*

Par contre, lorsque l'irrégularité de l'offre n'est pas substantielle car elle ne concerne pas la violation d'une disposition ou formalité essentielle, le pouvoir adjudicateur peut déclarer cette offre nulle. Il conserve donc un pouvoir d'appréciation pour couvrir ou non la nullité relative de l'offre affectée d'une ou plusieurs irrégularités non substantielles. S'il décide de couvrir les irrégularités commises, l'offre est réputée régulière au regard des articles 24 et 25 de la loi du 15 juin 2006. Il use de ce pouvoir dans les limites des principes d'égalité de traitement, de proportionnalité, de comparabilité des offres, Par ailleurs, il convient de rappeler l'hypothèse de plusieurs non-respects de dispositions ou de formalités non essentielles qui ne peuvent de manière isolée mais bien une fois combinés, être considérés comme une irrégularité substantielle et, par conséquent, entraîner la nullité et le rejet de l'offre. »¹⁵ (nous soulignons et surlignons).

Il est également rappelé par le rapport au Roi relatif à l'article 76 de l'A.R. Passation aujourd'hui applicable ce qui suit :

« Il faut également entendre par 'irrégularité substantielle', le non-respect des exigences minimales et des exigences annoncées comme substantielles dans les documents du marché. »

*Et « En cas d'irrégularité substantielle, l'offre **doit toujours** être déclarée nulle et le pouvoir adjudicateur **ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation**. »¹⁶ (nous surlignons).*

15. Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 7 février 2014.

16. Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, sous l'article 76.

Le Conseil d'Etat en déduit que « Une seule irrégularité substantielle justifie et impose l'écartement d'une offre. »¹⁷.

La jurisprudence du Conseil d'Etat est en réalité constante sur le sujet et rappelle que le pouvoir adjudicateur est définitivement lié par la qualification qu'il a lui-même donnée à une disposition :

- « Selon le § 1^{er} de l'article 76 précité, sont réputées substantielles, les irrégularités portant sur le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché. Dans un tel cas, le paragraphe 3 ne laisse aucune marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur, qui doit constater la nullité de l'offre. Le caractère substantiel n'étant pas défini, il y a lieu conformément au sens que donne le langage commun à ces termes, de considérer qu'une exigence est substantielle lorsque son auteur a voulu lui attacher une telle portée, notamment parce que sa méconnaissance éventuelle aura pour effet de porter atteinte à l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, d'affecter la comparabilité des offres, de modifier le classement de celles-ci ou de compromettre la bonne exécution du marché. »¹⁸.
- « (...) Le pouvoir adjudicateur ne peut pas attribuer le marché à une offre dérogeant à une disposition du cahier spécial des charges qui est essentielle, soit par détermination expresse par le pouvoir adjudicateur dans les documents du marché, soit par nature. »¹⁹.
- « La requérante soulève (...) que, si l'article 6, e), du cahier spécial des charges prévoit que les offres sont accompagnées, à peine de nullité, d'une documentation technique, la précision du mètre récapitulatif rendait inutile la production de cette documentation, que le mètre est très précis dans la description des matériaux à mettre en œuvre, que l'irrégularité n'est pas substantielle et ne justifiait pas d'écarter l'offre. (...) Constatant que la requérante n'avait pas produit la documentation requise, à peine de nullité, par l'article 6, 1, e) du cahier spécial des charges relatif au marché litigieux, la partie adverse a pu, sans méconnaître les dispositions visées au moyen ni commettre un excès de pouvoir, décider que l'offre de la requérante était irrégulière et qu'elle devait, en conséquence, être écartée. »²⁰.

La doctrine rappelle également de son côté que :

« Le pouvoir d'appréciation est limité par les indications contenues, tantôt dans la réglementation, tantôt – et surtout – dans les documents du

17. C.E., 23 juillet 2020, n° 248.074.

18. C.E., 12 mai 2021, n° 250.589 ; C.E., 31 juillet 2018, n° 242.166 ; voir aussi C.E., 22 juin 2022, n° 254.069.

19. C.E., 9 janvier 2018, n° 240.369.

20. C.E., 19 décembre 2011, n° 216.929.