



DLA Piper Public Law Academy – Webinaire 1

Aperçu des arrêts les plus marquants rendus en 2020 par le Conseil d'État, la Cour de cassation et la Cour de justice de l'Union européenne, en matière de marchés publics



Les orateurs: [Bérénice Wathelet](#), [Dounia Benbella](#), [Maëlle Rixhon](#)

Introduction

Ce webinaire vous donnera un précieux aperçu des arrêts les plus marquants rendus en 2020 par le Conseil d'État, la Cour de cassation et la Cour de justice de l'Union européenne, en matière de marchés publics.

Table des matières

- 1. La préparation et la structuration du marché
- 2. La sélection
- 3. L'analyse des offres
 - 3.1 La régularité
 - 3.2 L'attribution
- 4. L'exécution
- 5. Questions choisies en matière de procédure
- 6. Bonus : La COVID-19 et les marchés publics

1. La préparation et la structuration du marché

1. La préparation et la structuration du marché

CJUE, Ordonnance du 6 février 2020, *Rieco SpA contre Comune di Lanciano e.a.*, C-89/19 – C-91/19, ECLI:EU:C:2020:87

- L'article 12, paragraphe 3, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, doit être interprété en ce sens qu'il **ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui subordonne la conclusion d'une opération interne, également désignée «contrat in house», à l'impossibilité de passer un marché public et, en tout état de cause, à la démonstration par le pouvoir adjudicateur des avantages spécifiquement liés, pour la collectivité, au recours à l'opération interne.**

1. La préparation et la structuration du marché

CJUE, Arrêt du 4 juin 2020, *Remondis GmbH contre Abfallzweckverband Rhein-Mosel-Eifel*, C-429/19, ECLI:EU:C:2020:436

- L'article 12, paragraphe 4, sous a), de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, doit être interprété en ce sens **qu'une coopération entre pouvoirs adjudicateurs ne saurait être caractérisée lorsqu'un pouvoir adjudicateur, responsable sur son territoire d'une mission d'intérêt public, n'accomplit pas entièrement lui-même cette mission qui lui incombe seul en vertu du droit national et qui requiert l'accomplissement de plusieurs opérations, mais charge un autre pouvoir adjudicateur, qui ne dépend pas de lui et qui est également responsable de cette mission d'intérêt public sur son propre territoire, d'effectuer l'une des opérations requises contre rémunération.**

1. La préparation et la structuration du marché

CJUE, Arrêt du 11 juin 2020, *Parsec Fondazione Parco delle Scienze e della Cultura contre Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti en Autorità nazionale anticorruzione (ANAC)*, C-219/19, ECLI:EU:C:2020:470

- L'article 19, paragraphe 1, et l'article 80, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, lus à la lumière du considérant 14 de cette directive, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale qui exclut la possibilité pour des entités sans but lucratif de participer à une procédure de passation d'un marché public de services d'ingénierie et d'architecture, alors même que ces entités sont habilitées par le droit national à offrir les services visés par le marché concerné.

1. La préparation et la structuration du marché

RvS, 5 november 2020, nr. 248.836 en 248.837 (raamovereenkomst / duurtijd overheidsopdracht)

- De aanbestedende overheid schrijft een overheidsopdracht uit voor de levering van multifunctionele autopompen voor diverse openbare diensten in de vorm van een **raamovereenkomst** voor een periode van **72 maanden** (of zes jaar).
- De verzoekende partij wijst erop dat op grond van artikel 43, § 2, tweede lid Overheidsopdrachtenwet 2016 de duur van een raamovereenkomst beperkt is tot **vier jaar**, behoudens in uitzonderlijke en behoorlijk gemotiveerde gevallen. Zij betoogt dat in het bestek **niet wordt gemotiveerd** waarom de duur van de opdracht zes jaar zou moeten zijn, zodat enkel voor vier jaar mocht worden gegund.
 - a. Artikel 43, § 2, tweede lid Overheidsopdrachtenwet 2016 lijkt op het eerste gezicht niet te vereisen dat deze motieven uitdrukkelijk dienen te worden hernomen in het bestek.
 - b. Weliswaar dienen de motieven wel te bestaan en aanwezig te zijn in het **administratief dossier** (en dateren van vóór de aankondiging van de opdracht).

1. La préparation et la structuration du marché

CE, 11 décembre 2020, n° 249.203 (accord-cadre / centrale d'achats)

- Le **marché à bons de commande** conclu par la partie adverse peut *prima facie* être qualifié d'accord-cadre, dès lors que l'opération paraît bien entrer dans la définition de ce type de contrat. L'accord-cadre est, en l'espèce, conclu avec un seul opérateur économique par lot et fixe, de manière contraignante, tous les termes relatifs aux commandes futures à passer par les bénéficiaires de la centrale d'achat. Il s'exécutera par l'émission de bons de commande qui préciseront celles des prestations, décrites dans l'accord-cadre, dont l'exécution sera demandée et en détermineront les quantités. C'est donc par le biais d'un **accord-cadre conclu par une centrale d'achat** que les quatre catégories de pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires précitées pourront acquérir les services.
- Par conséquent, application et interprétation de l'arrêt du 19 décembre 2018 de la CJUE (C-216/17) relatif aux accords-cadres par le Conseil d'Etat:
 - a. les **bénéficiaires** de l'accord-cadre sont **clairement identifiés**; et
 - b. les documents ne renseignent, certes, pas le volume et le montant maximaux des prestations, mais les **quantités présumées et les sommes à réserver paraissent *prima facie* suffire**.

1. La préparation et la structuration du marché

CE, 13 juillet 2020, n° 248.043 (communication du montant estimé)

- **Accord-cadre** de travaux passé dans les **secteurs spéciaux** par **procédure négociée avec mise en concurrence préalable**.
- Les articles 6 et 7 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux obligent uniquement l'entité adjudicatrice à **estimer le montant total** du marché lors du lancement de la procédure, **pas à communiquer cette information** aux soumissionnaires potentiels.

2. La sélection

2. La sélection

CJUE, Arrêt du 30 janvier 2020, *Tim SpA - Direzione e coordinamento Vivendi SA contre Consip SpA en Ministero dell'Economia e delle Finanze*, C-395/18, ECLI:EU:C:2020:58

- L'article 57, paragraphe 4, sous a), de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, ne s'oppose pas à une réglementation nationale en vertu de laquelle le pouvoir adjudicateur a la faculté, voire l'obligation, d'exclure l'opérateur économique ayant soumis l'offre de la participation à la procédure de passation de marché lorsque le motif d'exclusion visé à cette disposition est constaté à l'égard de l'un des sous-traitants mentionnés dans l'offre de cet opérateur.
- En revanche, cette disposition, lue en combinaison avec l'article 57, paragraphe 6, de cette directive, ainsi que le principe de proportionnalité s'opposent à une réglementation nationale prévoyant le caractère automatique d'une telle exclusion.

2. La sélection

CJUE, Arrêt du 11 juin 2020, *Vert Marine SAS contre Premier ministre en Ministre de l'Économie et des Finances*, C-472/19, ECLI:EU:C:2020:468

- L'article 38, paragraphe 9, de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur l'attribution de contrats de concession, doit être interprété **en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui n'accorde pas à un opérateur économique condamné de manière définitive pour l'une des infractions visées à l'article 38, paragraphe 4, de cette directive et faisant l'objet, pour cette raison, d'une interdiction de plein droit de participer aux procédures de passation de contrats de concession la possibilité d'apporter la preuve qu'il a pris des mesures correctrices susceptibles de démontrer le rétablissement de sa fiabilité.**

2. La sélection

RvS, 27 april 2020, nr. 247.451 (zorgvuldigheid in hoofde van kandidaten en inschrijvers)

- Kandidaat wordt **niet geselecteerd** voor verdere deelname aan de plaatsingsprocedure nu een financieel rapport betreffende de economische en financiële bekwaamheid aantoont dat de kandidaat niet beantwoordt aan de voorwaarden van de selectieleidraad.
- Na de indiening van de aanvraag tot deelneming bezorgt de kandidaat alsnog een **aangepast rapport** aan de aanbestedende overheid waaruit zou blijken dat de kandidaat wel beantwoordt aan de voorwaarden van de selectieleidraad.
 - a. De Raad bevestigt het algemeen principe dat het in de eerste plaats aan de kandidaten en inschrijvers toekomt om bij de opmaak en voorbereiding van de offertedocumenten de nodige zorgvuldigheid aan de dag te leggen en er zelf voor te zorgen, c.q. aan te tonen dat hij beantwoordt aan de voorwaarden opgelegd in de opdrachtdocumenten.
 - b. Het komt geenszins aan de aanbestedende overheid zelf toe om bepaalde informatie in te winnen en/of bijkomende vragen tot verduidelijking te stellen om zelf te gaan aan te tonen dat een kandidaat of inschrijver beantwoorden aan de voorwaarden van de opdrachtdocumenten.

2. La sélection

RvS 28 april 2020, nr. 247.455 (samenwerkingsverband – beroep op draagkracht derde entiteiten)

- Verzoekende partij geeft aan dat de gekozen inschrijver niet mocht worden geselecteerd wegens het niet-voldoen aan het (vermeend) vereiste van het beschikken over een **vergunning als onderneming voor veiligheidsadvies**.
- Offerte werd ingediend door samenwerkingsverband Sweco-G4S.
- Verzoekende partij meent dat elke deelnemer van het samenwerkingsverband over een afzonderlijke, c.q. eigen vergunning dient te beschikken.
- Volgens de Raad van State: elke deelnemer aan een combinatie van ondernemers afzonderlijk zou moeten voldoen aan de selectievoorwaarden en geen beroep zou mogen doen op de draagkracht van deelnemers aan de combinatie van de selectiecriteria betreft.

2. La sélection

CE, 1er octobre 2020, n° 248.416 (références)

- Il suit de l'interprétation qu'appelle ainsi, *prima facie*, l'article I.5 du cahier des charges du marché litigieux, que ne peuvent être considérées comme **services** dignes d'être invoqués pour les besoins de la sélection qualitative des prestations présentées comme relevant de travaux d'installation de chauffage et, *a fortiori*, de sanitaires. La partie adverse **n'a pu**, sans méconnaître cette disposition et, partant, l'article 66, § 1er, alinéa 1er, de la loi du 17 juin 2016, **sélectionner** la société JPAL en prenant en considération des **références** présentées comme portant sur des **travaux** et admises, sans plus, comme **similaires à l'objet du marché**. En outre, l'acte attaqué ne satisfait pas à l'obligation de motivation formelle incombant à la partie adverse, dès lors que celle-ci n'y **explicite pas les raisons** pour lesquelles elle a estimé pouvoir admettre les références contestées, en dépit de l'exigence prescrite et telle qu'elle doit être interprétée.

2. La sélection

CE, 13 février 2020, n° 247.056 (autorisation venue à échéance et en cours de renouvellement)

- Autorisation d'exploiter une entreprise de gardiennage (loi d'ordre public) arrivée **à échéance** depuis deux ans, mais en cours de **renouvellement** (tolérance administrative).
- Il résulte des éléments dont disposait la partie adverse que **l'autorité** chargée de délivrer les autorisations et compétente également pour assurer le contrôle de l'application de la loi **autorisait** l'adjudicataire à exercer l'activité de gardiennage. Au stade actuel de la procédure, il paraît pouvoir être considéré que le pouvoir adjudicateur a **valablement procédé aux vérifications utiles** et qu'il a pu constater que ladite société était autorisée à exercer l'activité en cause.
- Certes, l'autorité compétente doit encore se prononcer sur la demande de renouvellement de l'autorisation initiale et cette demande peut se voir opposer un refus. Dans ce cas, le marché ne pourrait plus être exécuté, de la même manière que si une autorisation était retirée en cours d'exécution du marché. Contrairement à ce que soutient la requérante, il ne s'en déduit toutefois pas que l'engagement de l'intervenante serait incertain.

2. La sélection

RvS, 29 november 2020, nr. 248.838 (beoordeling in het licht van andere regeling dan wetgeving overheidsopdrachten) (zie ook: RvS, 28 februari 2019, 243.820)

- Er wordt een overheidsopdracht voor werken uitgeschreven met als voorwerp een raamovereenkomst voor de herziening van sporen en spoortoestellen, *etc.*
- Een van de inschrijvers wordt geweerd vanwege een substantiële onregelmatigheid, met name het ontbreken van een kopie van de nodige vervoersvergunningen bij de inschrijving, zoals dit wordt vereist bij wet. De verzoekende partij geeft aan dat dit een selectiecriterium betreft en geen uitsluitingscriterium.
 - a. De Raad oordeelt dat de verzoekende partij lijkt voorbij te gaan aan het gegeven dat de verplichting om in voorkomend geval over een vervoersvergunning te beschikken, voortvloeit uit de vigerende kwestieuze regelgeving inzake wegvervoer. De omstandigheid dat op die manier bijkomende of meer verregaande vereisten worden gesteld dan in de regelgeving inzake overheidsopdrachten zijn opgenomen, lijkt daarbij niet toe te schrijven aan de aanbestedende overheid, laat staan dat het bestek ten gevolge daarvan als onwettig moet worden aangemerkt.
 - b. Het niet (tijdig) voorleggen van de wettelijk vereiste vervoersvergunning in functie van wegvervoeractiviteiten leidt tot een substantiële onregelmatigheid. De aanbestedende overheid is daarbij gebonden om rekening te houden met verregaande vereisten buiten de regelgeving met betrekking tot overheidsopdrachten. Het gegeven dat de opdrachtdocumenten dit niet op straffe van nietigheid voorschrijven, toont op zich niet aan dat dit geen essentiële bestekbepaling betreft.

2. La sélection

RvS, 7 januari 2020, nr. 246.558 (erkenning van aannemers) (wordt vervolgd door arrest: RvS, 3 juli 2020, nr. 247.997)

- Vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking waarin de verzoekende partij werd geweerd op grond van het **niet beschikken over de gevraagde erkenning**.
- Verzoekende partij stelt dat de aanbestedende overheid als bestekvoorwaarde **ten onrechte een erkenning** voor ondercategorie P1 – klasse 3 **vereist**.
- Verwerende partij stelt dat zij bij het nemen van haar beslissing **gebonden** is door de voorwaarden gesteld in het bestek en niet anders kan dan vaststellen dat de verzoekende partij niet beschikt over de vereiste erkenning.
 - a. Het verweer dat de verwerende partij het bestek onverkort moet toepassen lijkt in het erkenningscontentieux niet absoluut; luidens artikel 3 van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken moeten de erkenningsvoorwaarden vervuld zijn op het ogenblik van de gunning en definitief te worden bepaald door het bedrag van de inschrijving.
 - b. Hieruit volgt dat de aanduiding van de **erkenningsvoorwaarden in het bestek precair** lijkt en dat de uiteindelijk voor de opdracht vereiste erkenning ook dient te worden nagegaan bij de gunning en een herkwalificatie van de besteksvereiste mogelijk moet worden geacht, dit zeker in het licht van een opdracht, zoals te dezen, die naar erkenningscategorieën complex lijkt.

2. La sélection

RvS, 17 maart 2020, nr. 247.331 (ondertekening van de aanvraag tot deelneming)

- Mededingingsprocedure met onderhandeling voor een opdracht voor werken voor een DBFM project.
- In de **selectieleidraad** is voorgeschreven dat de aanvraag tot deelneming **moet worden ondertekend**.
- Verzoekende partijen betwisten de gevolgen die aan de niet-rechtsgeldige ondertekening van de aanvraag tot deelneming door de leden van het samenwerkingsverband worden verbonden en vragen de buiten toepassing verklaring van de verplichting tot ondertekening.
 - a. Artikel 42, § 2, KB Plaatsing 2017 bepaalt dat onder meer met betrekking tot een mededingingsprocedure met onderhandeling, de individuele **handtekening** van de kandidaat, wat betreft de aanvraag tot deelneming, **niet is vereist**.
 - b. Anders dan de verzoekende partijen dit zien, lijken de voormelde bepalingen van het KB Plaatsing 2017 niet uit te sluiten dat een aanbestedende overheid, zoals de verwerende partij in onderhavig geval gedaan blijkt te hebben, in de selectieleidraad alsnog een verplichting opneemt tot ondertekening van de aanvraag tot deelneming.
 - c. Nu de selectieleidraad uitdrukkelijk voorzag in de mogelijkheid voor de verwerende partij om te besluiten tot de onregelmatigheid van de door de kandidaten ingediende documenten en tot uitsluiting van verdere deelname aan de plaatsingsprocedure, was de verwerende partij op het eerste gezicht ook niet verplicht om dienaangaande een regularisatie toe te staan, los van de vraag of dit toelaatbaar zou zijn.

2. La sélection

Autres arrêts intéressants *anno* 2020

- RvS, 25 februari 2020, nr. 247.137 (zorgvuldigheid in hoofde van kandidaten en inschrijvers);
- CE, 5 juin 2020, n° 247.720 (absence de seuil d'exigence pour les références);
- CE, 2 septembre 2020, n° 248.196 (imprécision des critères de sélection qualitative);
- CE, 23 octobre 2020, n° 248.728 (niveau d'exigence du critère de sélection qualitative disproportionné).

3. L'analyse des offres

3. L'analyse des offres – la régularité

CJUE, Arrêt du 10 septembre 2020, *Tax-Fin-Lex d.o.o. contre Ministrstvo za notranje zadeve*, C-367/19

- L'article 2, paragraphe 1, point 5, de la directive 2014/24 ne saurait constituer une base juridique susceptible de fonder le rejet d'une offre proposant un prix de zéro euro. Dès lors, cette disposition ne permet pas d'écarter automatiquement une offre soumise dans le cadre d'un marché public, telle qu'une offre au prix de zéro euro, par laquelle un opérateur propose de fournir au pouvoir adjudicateur les travaux, les fournitures ou les services que celui-ci souhaite acquérir sans demander de contrepartie.
- Dès lors qu'une offre au prix de zéro euro peut être qualifiée d'offre anormalement basse, au sens de l'article 69 de la directive 2014/24, lorsqu'un pouvoir adjudicateur est confronté à une telle offre, il doit suivre la procédure prévue à cette disposition, en demandant au soumissionnaire des explications quant au montant de l'offre. Il résulte, en effet, de la logique sous-jacente à l'article 69 de la directive 2014/24 qu'une offre ne saurait automatiquement être rejetée au seul motif que le prix proposé est de zéro euro.

3. L'analyse des offres – la régularité

RvS, 30 december 2019, nr. 246.539 (ondertekening offertedocumenten)

- Alle offertedocumenten zijn afzonderlijk ondertekend door de **gedelegeerd bestuurder** (die bevoegd is), maar het indieningsrapport zelf is niet ondertekend door de gedelegeerd bestuurder.
- Verzoekende partij stelt dat deze persoon over een **mondelinge bijzondere volmacht** beschikt, verstrekt door een gedelegeerd bestuurder (**bevestigd door een verklaring op eer (achteraf)**).
 - a. Een volmacht tot ondertekening van een offerte mag niet *post factum* en buiten de termijn voor het indienen van de offertes worden gegeven omdat er dan geen enkele verbintenis van de inschrijver vaststaat op het ogenblik van de indiening van de offerte.
 - b. Het lijkt aan de verzoekende partij toe te komen om aan te tonen dat haar offerte rechtsgeldig werd ondertekend. De verklaring op eer lijkt de bewijslast van het al dan niet bestaan van een mondelinge volmacht niet in de schoenen van de verwerende partij te kunnen schuiven en de verwerende partij er aldus niet toe te dwingen het bewijs van valsheid van de verklaring op eer te leveren.

3. L'analyse des offres – la régularité

CE, 9 novembre 2020, n° 248.853 (prix anormalement haut)

- Lorsqu'est vérifié un prix anormalement haut, la question de l'égalité entre les soumissionnaires et celle de la libre concurrence ne se posent pas avec la même acuité. Dans cette hypothèse, il semble qu'une attitude plus flexible du pouvoir adjudicateur dans l'acceptation des justifications de prix puisse être autorisée et, dans la foulée, une **motivation plus succincte** des raisons qui l'ont déterminé à décider que certains prix qui apparaissent **anormalement hauts** sont finalement tenus pour normaux.

3. L'analyse des offres – la régularité

Autres arrêts *anno* 2020 intéressants ayant trait à la vérification des prix

- RvS, 14 januari 2020, nr. 246.615 (artikel 86, § 2, van het KB plaatsing van 18 april 2017);
- CE, 18 mai 2020, n° 247.577 (motivation par simple référence à des réductions sur les prestations du sous-traitant);
- RvS, 28 mei 2020, nr. 247.663 (abnormale prijzen);
- RvS, 18 juni 2020, nr. 247.827 (motivatie van het abnormale karakter van de prijzen);
- CE, 23 juillet 2020, n° 248.077 (violation de l'obligation de motivation formelle);
- CE, 23 octobre 2020, n° 248.729 (pas d'explication sur l'inadmissibilité de la justification apportée par la partie requérante).

3. L'analyse des offres – la régularité

RvS, 27 november 2020, nr. 249.082 (ontbrekende of onvolledige documenten)

- De offerte van de verzoekende partij wordt substantieel onregelmatig verklaard doordat deze gepaard ging met onvolledige en onleesbare UEA's.
 - a. Overeenkomstig artikel 76, § 1, KB Plaatsing 2017 wordt de niet-naleving van de vereiste bedoeld in artikel 38, § 1, KB Plaatsing 2017, namelijk het **voorleggen van het UEA**, overeenkomstig artikel 73 Overheidsopdrachtenwet 2016, “*op het ogenblik van de indiening van de offerte*”, beschouwd als een **substantiële onregelmatigheid**, in welk geval de offerte steeds nietig moet worden verklaard. Dit lijkt aldus te gelden in de gevallen waarbij een UEA ontbreekt.
 - b. Uit de bestreden beslissing en uit het dossier blijkt dat de verzoekende partij wél een UEA, in twee formaten, heeft gevoegd bij haar offerte, en dat deze in de bestreden beslissing ook als dusdanig worden geïdentificeerd.
 - c. De Raad stelt vast dat mag worden aangenomen dat de aanbestedende overheid een nader onderzoek had moeten doen naar de onvolledigheid en onleesbaarheid van de UEA's alvorens te beslissen omtrent de regelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij, en dat een dergelijk nader onderzoek de gelijkheid tussen de inschrijvers niet in het gedrang zou brengen.

3. L'analyse des offres – la régularité

RvS, 13 november 2020, nr. 248.901 (heropening dialoog wegens onregelmatigheid offertes)

- Overheidsopdracht middels een concurrentiedialoog.
- Nadat de dialoogfase is afgerond, worden de twee resterende inschrijvers uitgenodigd een eindofferte in te dienen.
- Beide ingediende offertes bevatten evenwel **substantiële onregelmatigheden**, vanwege afwijkingen van technische specificaties, waardoor de offertes niet vergelijkbaar zijn. De aanbestedende overheid besluit om de dialoogfase te heropenen.
 - a. Zolang de concurrentiedialoog niet wordt heropend, lijken de eindoffertes slechts te kunnen worden beoordeeld binnen de toepasselijke wetgeving (KB Plaatsing). Het KB Plaatsing laat toe dat de aanbestedende overheid de deelnemers verzoekt de eindoffertes toe te lichten, te verduidelijken of aan te vullen, maar deze toelichtende, verduidelijkende of aanvullende gegevens mogen de essentiële elementen van de offerte en het beschrijvend document niet wijzigen, wanneer dit de mededinging kan verstoren of een discriminerend effect kan hebben.
 - b. De Raad merkt op dat het **enige alternatief** voor de bestreden heropening, gelet op de substantiële onregelmatigheden, erin bestaat de voorliggende gunningsprocedure **stop te zetten** en een geheel nieuwe procedure **op te starten**.
 - c. Heropening van de dialoog wordt aanvaard (weliswaar impliciet omdat de verzoekende partij geen belang had bij haar vordering tot schorsing en nietigverklaring van de beslissing tot heropening).

3. L'analyse des offres – la régularité

CE, 23 juillet 2020, n° 248.074 (la régularité suite à un retrait d'acte)

- Nouvelle décision d'attribution suite à un retrait d'acte en raison d'un arrêt de suspension (CE, 21 février 2020, n° 247.111).
- Dans le cadre d'une procédure ouverte, à l'occasion du nouvel examen auquel elle a procédé à la suite du retrait de sa première décision, l'autorité a constaté que sa première analyse relative à la régularité d'une offre était lacunaire ou erronée, il lui incombait de la **refaire**.
- En déclarant l'offre de la requérante irrégulière alors qu'elle l'avait considérée comme régulière dans sa première décision, la partie adverse n'a méconnu ni les principes relatifs à la sélection et à l'attribution, ni l'obligation d'agir de manière transparente et proportionnée, contenue dans l'article 4 de la loi du 17 juin 2016, ni les principes de bonne administration et de sécurité juridique, de protection de la confiance légitime et de motivation formelle et matérielle.
- La procédure d'attribution d'un marché public procède de **l'action unilatérale de l'administration**. Le principe de transparence n'impose pas au pouvoir adjudicateur d'agir en concertation avec les soumissionnaires. En particulier, il appartient à l'autorité - et à elle seule - de décider de la manière dont elle exécute l'arrêt de suspension, d'adopter la nouvelle décision et, ensuite, d'en informer les soumissionnaires.
- Par ailleurs, aucune disposition de la loi du 17 juin 2013 n'interdit de communiquer la décision la veille d'un week-end prolongé.

3. L'analyse des offres – la régularité

Cass. (1e ch.) AR C.18.0299.N, 4 juin 2020 (GARAGE DIAS EN ZONEN nv / GEMEENTE BEVEREN)

- De beoordeling of een afwijking een essentiële bestekbepaling betreft zodat zij de substantiële onregelmatigheid van de offerte tot gevolg heeft, vergt uitsluitend een juridische interpretatie van het wettelijk begrip essentiële bepaling en van de betrokken bestekbepalingen waarvan in de offerte wordt afgeweken, zodat de aanbestedende overheid ter zake **niet over een discretionaire beoordelingsvrijheid beschikt maar het in de eerste plaats wel aan die overheid** staat om vast te stellen of een afwijking een essentiële bestekbepaling betreft, waarbij de rechter op basis van alle elementen van het dossier die doorgevoerde juridische interpretatie mag toetsen.

3. L'analyse des offres – la régularité

Autres arrêts intéressants *anno* 2020

- CE, 3 janvier 2020, n° 247.300 (dérogation au CSC – violation de l'obligation de motivation formelle);
- CE, 20 avril 2020, n° 247.427 (absence de motivation permettant de comprendre les raisons pour laquelle l'offre de l'adjudicataire serait régulière alors qu'elle n'est manifestement pas conforme aux prescriptions techniques du CSC);
- RvS, 20 augustus 2020, nr. 248.159 (verbetering van de offerte door de aanbestedende overheid);
- RvS, 7 september 2020, nr. 248.216 (rekenfouten en zuiver materiële vergissingen);
- RvS, 21 september 2020, nr. 248.311 (voorbehoud in prijsopgave).

3. L'analyse des offres – l'attribution

CE, 18 décembre 2020, n° 249.291 (incompétence de l'auteur de l'acte attaqué)

- Moyen soulevé d'office par l'auditeur.
- Selon une jurisprudence constante du Conseil d'État, un vice de compétence ne peut être couvert *a posteriori* par une ratification.

Autres arrêts anno 2020 ayant trait à l'incompétence de l'auteur de l'acte dans le contentieux relatif aux marchés publics:

- CE, 3 mars 2020, n° 247.196 (incompétence du collège des bourgmestre et échevins);
- CE, 24 juin 2020, n° 247.892 (absence de décision de délégation de pouvoirs);
- CE, 30 juin 2020, n° 247.974 (signataire du courriel incompétent).

3. L'analyse des offres – l'attribution

RvS, 28 mei 2020, nr. 247.662 (beoordeling gunningscriteria)

- Overheidsopdracht voor diensten, op basis van **prijs-kwaliteitverhouding**.
- Uit het gunningsverslag blijkt dat de aanbestedende overheid is nagegaan of de inschrijvers alle elementen hebben opgenomen in hun offerte en of ze voldoen, maar niet dat ze ook het voorwerp hebben uitgemaakt van een **daadwerkelijke vergelijking** tussen de offertes, waarbij inhoudelijke verschillen, hoe miniem ook, aanleiding kunnen geven tot een verschil in quoterings. De verwerende partij beoordeelt al de offertes op de gevraagde elementen als even “goed”, “mooi uitgewerkt en gedetailleerd”, “concreet” en “gedegen”, kortom als gelijkwaardig.
- De aanbestedende overheid is gehouden de offertes op basis van de beoordeling ervan onder de gunningscriteria daadwerkelijk te vergelijken. Een **zorgvuldige en deugdelijke beoordeling** dient verder te gaan dan enkel na te gaan of de offertes voldeden aan de besteksvoorwaarden wat de te behandelen beoordelingselementen betreft. Gunningcriteria zijn geen technische besteksbevestigingen waaraan moet worden voldaan, maar wel beoordelingsnormen of toetsstenen waaraan wordt afgemeten en op grond waarvan de inschrijvingen min of meer stelselmatig worden vergeleken.

3. L'analyse des offres – l'attribution

CE, 21 février 2020, n° 247.115 (sous-critères d'attribution)

- Marché public de fourniture dans les secteurs classiques passé par procédure ouverte avec publication européenne.
- Le recours à des sous-critères d'attribution n'est pas en soi prohibé pour autant que les principes d'égalité de traitement et de transparence soient respectés. À défaut d'annonce dans les documents du marché, il n'est pas interdit à une autorité adjudicatrice de spécifier plus en détail un critère préalablement porté à la connaissance des soumissionnaires et de lui accorder une pondération. Il faut toutefois que ces **sous-critères** d'attribution correspondent en substance aux critères connus des soumissionnaires et répondent à trois conditions, étant:
 - a. que les **critères d'attribution** préalablement définis ne soient **pas modifiés**,
 - b. qu'il n'y ait **aucun élément** qui, connu lors de la préparation des offres, **aurait pu influencer** celles-ci et, enfin,
 - c. que ces sous-critères d'attribution n'aient **pas** été déterminés dans des conditions telles que soit provoqué un effet **discriminatoire** envers un des soumissionnaires.

3. L'analyse des offres – l'attribution

RvS, 19 oktober 2020, nr. 248.649 (eigen ervaring aanbestedende overheid)

- Bij de **beoordeling en puntentoekening van een van de gunningscriteria** heeft de aanbestedende overheid niet **enkel rekening gehouden met de offerte van de inschrijver**, maar ook met de eerdere overheidsopdracht die zij voor de aanbestedende overheid uitvoerde (het gunningsverslag bevatte volgende opmerking: “eigen ervaring met controle en aanmelding van poetspersoneel was niet altijd positief”).
 - a. Een toetsing van de offertes aan de gunningscriteria veronderstelt dat een afdoende vergelijking van de offertes plaatsvindt, waarbij het aangeboden wordt getoetst aan de verwachtingen van de overheid, met vermelding en vergelijking van de respectieve sterke en zwakke punten van elk van de ingediende offertes. De aanbestedende overheid dient bij de beoordeling van de offertes elke offerte te vergelijken met elk van de andere offertes en tot een rangschikking te komen tussen de offertes rekening houdend met de voor- en nadelen van elke offerte ten opzichte van en in verhouding tot elk van de andere offertes.
 - b. Gegevens die verband houden met de uitvoering van de lopende opdracht behoren op het eerste gezicht dan ook niet tot de toetsing van de offertes aan de gunningscriteria. Die eigen ervaring mag niet in de plaats worden gesteld van een vergelijking van de offertes.

3. L'analyse des offres – l'attribution

RvS 23 april 2020, nr. 247.438 (motivering gunningsbeslissing)

- Vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking voor een overheidsopdracht voor diensten.
- In de gunningsbeslissing wordt weliswaar verwezen naar het gunningsverslag, maar dit gunningsverslag wordt niet integraal bijgevalen door de verwerende partij.
 - a. Hoewel de verwerende partij aldus in de bestreden gunningsbeslissing gebruik maakt van een **motivering door verwijzing** naar het gunningsverslag dat het verslag van de jury mede omvat, blijkt op het eerste gezicht niet dat het gunningsverslag en de motivering ervan in de uiteindelijke beslissing integraal werden bijgevalen door de beslissende overheid.
 - b. Aangezien het college van burgemeester en schepenen zich in de bestreden beslissing zelf de vraag stelt of de referenties en uitvoeringsattesten zoals aangehaald in het gunningsverslag volledig geverifieerd werden en vervolgens zonder meer overgaat tot gunning van de opdracht, louter onder verwijzing naar datzelfde gunningsverslag waarvan zij het onderzoek in twijfel trekt en zonder dat blijkt dat dit nader werd onderzocht, blijkt aldus op het eerste gezicht evenmin dat de verwerende partij haar beslissing op **zorgvuldige wijze** heeft voorbereid.

4. L'exécution

4. L'exécution

CJUE, Arrêt du 14 mai 2020, *T-Systems Magyarország Zrt. et BKK Budapesti Közlekedési Központ Zrt. contre Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság*, C-263/19, ECLI:EU:C:2020:373

- (...) l'article 1er, paragraphe 2, et l'article 89 de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation nationale qui, dans le cadre d'une procédure de recours enclenchée d'office par une autorité de contrôle, permet **d'imputer une infraction et d'imposer une amende non seulement au pouvoir adjudicateur mais également à l'attributaire du marché**, dans le cas où, à l'occasion de la modification d'un contrat de marché public en cours d'exécution, les règles de passation des marchés publics ont été irrégulièrement écartées.
- Toutefois, lorsqu'une telle possibilité est prévue par la réglementation nationale, la procédure de recours doit respecter le droit de l'Union, y compris les principes généraux de celui-ci, dans la mesure où le marché public concerné relève lui-même du champ d'application matériel des directives sur les marchés publics, que ce soit *ab initio* ou à la suite de sa modification illégale.

4. L'exécution

RvS, 18 februari 2020, nr. 247.072 (verlenging overheidsopdracht)

- Algemene offerteaanvraag in 2013 voor een opdracht voor de levering van tankwagens.
- Het contract werd voor 3 percelen verlengd met één jaar onder dezelfde voorwaarden van het bestaande contract. De aanbestedende overheid steunt de verlenging op motieven die betrekking hebben op de lange duur van het gunningsproces en de omvang en complexiteit van de markt zodat de verandering van opdrachtnemer een aanzienlijk ongemak of een aanzienlijk kostenplaatje met zich mee zou brengen en beroept zich op **artikel 38/1 KB Uitvoering 2013** (aanvullende levering).
 - a. Artikel 38/1 KB Uitvoering 2013 betreft de hypothese van aanvullende leveringen, waarvan de noodzaak of het nut pas blijkt na de toewijzing van de hoofdopdracht maar noodzakelijkerwijze wel nog tijdens de uitvoering van die opdracht. Een loutere verlenging van dezelfde hoofdopdracht gedurende één jaar is niet te beschouwen als een dergelijke aanvullende levering.
 - b. Artikel 38/1 KB Uitvoering 2013 laat toe de bestaande overheidsopdracht in zekere mate aan te vullen met bijkomende werken, leveringen of diensten zonder een nieuwe plaatsingsprocedure door te voeren maar enkel voor aanvullende werken, diensten of leveringen die niet in de gegunde oorspronkelijke opdracht en overeenkomst waren opgenomen en die *“noodzakelijk zijn geworden”*.
- Het middel is gegrond.

5. Questions choisies en matière de procédure

5. Questions choisies en matière de procédure

RvS, 18 februari 2020, nr. 247.073 (vaststelling onregelmatigheid in opdrachtdocumenten)

- Onderhandelingsprocedure met bekendmaking voor een overheidsopdracht voor diensten.
- Verzoekende partijen beroepen zich bij het aanvechten van de gunningsbeslissing nog op de onwettigheid van een bestekbepaling.
 - a. De mogelijkheid om onmiddellijk een beroep tot nietigverklaring in te stellen tegen de beslissing om het bestek vast te stellen, neemt niet weg dat de onrechtmatigheden die een inschrijver aan een besteksbepaling verwijt, ook nog op ontvankelijke wijze mogen worden ingeroepen tegen latere beslissingen in het kader van de plaatsingsprocedure. Een verzoekende partij mag aldus in haar beroep tegen de gunningsbeslissing de onwettigheid inroepen van het bestek, zelfs indien zij de beslissing tot vaststelling van het bestek als zodanig niet heeft aangevochten bij de Raad van State.
 - b. Weliswaar kan één en ander anders zijn indien het bestek bijvoorbeeld ertoe zou hebben verplicht om meteen zichtbare wettigheidsbezwaren onverwijld te melden aan de aanbestedende overheid en verzoekende partij aan deze verplichting was voorbijgegaan.
- **Contra: RvS, 30 januari 2020, nr. 246.926.**

5. Questions choisies en matière de procédure

Cass. (1e ch.) AR C.19.0144.N, 12 mars 2020 (VLAAMS GEWEST / VDC AANNEMINGEN bvba)

- Wanneer bij een openbare aanbesteding een opdracht niet aan de laagste regelmatige inschrijver is toegewezen, heeft deze inschrijver alleen recht op een **forfaitaire schadevergoeding van 10%** op zijn inschrijvingsbedrag. Het toekennen van een bijkomende schadevergoeding rekening houdend met het aantal jaren waarvoor de opdracht door de aanbestedende overheid eventueel kon worden verlengd, is strijdig met de wet.
- Het forfaitair karakter van de schadevergoeding waarop de ten onrechte geweerde laagste regelmatige inschrijver aanspraak kan maken was bedoeld om lange, dure en ingewikkelde gerechtelijke procedures over de omvang van de schade te vermijden en staat er bijgevolg aan in de weg dat de onterecht geweerde inschrijver op grond van de **artikelen 1382 en 1383 BW** aanspraak kan maken op een hogere vergoeding.

5. Questions choisies en matière de procédure

CE, 27 janvier 2020, 246.852 (demande d'indemnité réparatrice)

- Selon la *ratio legis*, l'indemnité réparatrice constitue une **notion autonome** qui se distingue de la réparation du dommage sur la base des articles 1382 à 1386 du Code civil et dont il convient de laisser au Conseil d'État le soin de dégager progressivement les modalités au travers de sa jurisprudence.
- L'obligation pour le Conseil d'État de tenir compte de **toutes les circonstances d'intérêt public et privé** implique que l'indemnité ne doit pas réparer l'intégralité du préjudice.
- L'évaluation du préjudice subi par la requérante nécessite, d'une part, de quantifier la **chance** qu'elle avait d'obtenir le marché (cette chance peut être évaluée à 1/6) et, d'autre part, d'évaluer le **bénéfice escompté** de celui-ci (10 % du montant de l'offre).
- Le montant de l'offre de la requérante s'élevant à 116.160 euros, le montant de l'indemnité pouvant lui être accordée s'élève à 11.616/6, soit 1.936 euros.
- La **constitution d'une offre** est un investissement effectué par un soumissionnaire. En conséquence, la réparation du préjudice que le demandeur lie à cet investissement doit, en règle, être considérée comme **couverte** au titre de l'indemnisation de la **perte de chance**.
- Le Conseil d'État peut accorder la **capitalisation des intérêts**, mais celle-ci doit être demandée par la partie requérante et cette demande doit comporter des éléments de nature à la **justifier**.

Bonus : La COVID-19 et les marchés publics

Bonus : La COVID-19 et les marchés publics

CE, 3 juillet 2020, n° 247.995 (sélection et choix de la procédure)

- Affaire des masques en tissu.
- Absence de dettes sociales et fiscales:
 - a. Vu l'urgence à conclure le marché, la partie adverse n'était, de toute façon, pas en mesure d'appliquer les procédures et de respecter les délais visés à l'article 68 de la loi. Compte tenu de ces circonstances particulières, il faut considérer *prima facie* que la partie adverse a respecté l'obligation de vérification, imposée par l'article 66, §1er, alinéa 1er, 2°, de la loi du 17 juin 2016, qui renvoie à l'article 68, en constatant que la deuxième requérante a, avec le **DUME**, **déclaré expressément sur l'honneur qu'elle respecte ses obligations fiscales et sociales** et a, par ailleurs, produit la **preuve** que les attestations ont été **demandées** auprès des autorités luxembourgeoises compétentes.
- Procédure négociée sans publication préalable:
 - a. Il ressort des pièces du dossier que la partie adverse a procédé à une consultation préalable très large du marché et qu'elle a invité un grand nombre de soumissionnaires potentiels à introduire une offre. **Quarante et une firmes** ont, en effet, été invitées à déposer une offre pour le 4 mai, à 15h00. La décision de recourir à une procédure négociée sans publication préalable n'a pas été décidée pour déroger au principe de concurrence, mais, comme il vient d'être exposé, pour satisfaire **le plus rapidement possible** le besoin immédiat de doter l'ensemble de la population belge de masques pour lutter contre la propagation du Covid-19 lors de la phase de déconfinement.

Bonus : La COVID-19 et les marchés publics

CE, 8 juin 2020, n° 247.727 (procédure de délibération du conseil d'administration)

- La décision attaquée a été adoptée au terme d'une procédure écrite électronique, en application de l'article 15, dernier alinéa, des statuts de la partie adverse.
- Il ressort de cette disposition que le recours à la **procédure écrite électronique requiert une situation exceptionnelle** et la nécessité de décider, sans attendre une réunion (physique), en raison de **l'urgence et de l'intérêt social**.
- La procédure de décisions au sein d'un conseil d'administration est en principe collégiale et cet organe fonctionne comme une assemblée délibérante. La procédure écrite électronique réduisant le principe délibératif à sa plus simple expression, elle ne peut s'envisager que dans le respect strict des conditions auxquelles est subordonnée sa mise en œuvre. Vu **l'ampleur du marché concerné et le faible écart de points**, dans le classement final, entre les offres de la première société classée et des parties requérantes, l'intérêt de ces dernières à la tenue d'un débat « en présentiel » ou, à tout le moins, à un débat organisé dans le strict respect des conditions autorisant le cas échéant sa tenue par procédure écrite électronique paraît évident.
- Comparer l'enseignement de cet arrêt avec les articles 5:75, 6:63, 7:95, 9:9 et 11:10 du nouveau CSA.

Bonus : La COVID-19 et les marchés publics

CE, 3 juin 2020, n° 247.703 (lien entre la procédure en suspension d'extrême urgence et la procédure en annulation)

- La demande de suspension est **l'accessoire** de la requête en annulation.
- Au contentieux des marchés publics, comme dans les autres contentieux, la demande de suspension d'extrême urgence doit être déclarée irrecevable, dès lors qu'elle n'est pas **accompagnée ou suivie** d'une requête en annulation introduite dans le délai légal.
- L'article 1er de **l'arrêté royal n° 12** du 21 avril 2020 concernant la prorogation des délais de procédure devant le Conseil d'État et la procédure écrite a, dans le prolongement des mesures de lutte contre la prorogation du Covid-19, prorogé les délais applicables à l'introduction et au traitement des procédures devant la section du contentieux administratif qui arrivent à échéance pendant la période s'étendant du 9 avril au 3 mai 2020 inclus.
- En l'espèce, le délai pour introduire le recours en annulation a commencé à courir le 17 mars 2020, et est venu à échéance 60 jours plus tard, soit le vendredi 15 mai 2020.
- Le jour de l'échéance du délai de 60 jours étant le 15 mai, le **recours en annulation**, introduit le 25 mai est **tardif**, ce que le Conseil d'État peut déjà constater, au provisoire, pour ce qui concerne les **conséquences** à tirer sur la recevabilité de la **demande de suspension**. Il résulte de ce qui précède que la présente demande de suspension, introduite selon la procédure d'extrême urgence, est **irrecevable**.

Les orateurs



Bérénice Wathelet

Counsel

T: [+32 2 500 15 93](tel:+3225001593)

berenice.wathelet@dlapiper.com

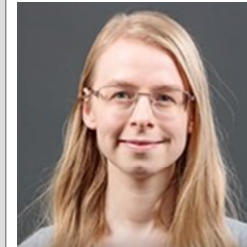


Dounia Benbella

Lawyer

T: [+32 2500 1558](tel:+3225001558)

dounia.benbella@dlapiper.com



Maëlle Rixhon

Lawyer

T: [+32 2 500 15 47](tel:+3225001547)

maelle.rixhon@dlapiper.com

Merci