



# Partenariats public-privé

Cours du 17 février 2017



# 2. La rédaction des documents du marché

## Section 2 – La définition des critères de sélection et des critères d'attribution

### **§ 1er – Les causes d'exclusion**

#### **Causes d'exclusion obligatoires**

« Sauf exigences impératives d'intérêt général, est exclu de la participation à tout marché public tout candidat ou soumissionnaire ayant fait l'objet d'une condamnation prononcée par une décision judiciaire ayant force de chose jugée dont le pouvoir adjudicateur a connaissance pour participation à une organisation criminelle, corruption, fraude ou blanchiment de capitaux [...] »

(loi du 15 juin 2006, art. 20 → arrêté royal du 15 juillet 2011, art. 61, § 1er)



## 2. La rédaction des documents du marché

### Section 2 – La définition des critères de sélection et des critères d'attribution

#### **§ 1er – Les causes d'exclusion**

##### **Causes d'exclusion facultatives**

(arrêté royal du 15 juillet 2011, art. 61, § 2)

« [...] peut être exclu de l'accès au marché, à quelque stade que ce soit de la procédure, le candidat ou le soumissionnaire »

- 1° faillite, liquidation, cessation d'activités, réorganisation judiciaire ou analogue;
- 2° aveu faillite, procédure de liquidation, de réorganisation judiciaire ;
- 3° condamnation pour délit affectant la moralité professionnelle;
- 4° faute grave en matière professionnelle ;
- 5° défaut paiement des cotisations de sécurité sociale ;
- 6° non-respect des obligations relatives au paiement de ses impôts et taxes ;
- 7° gravement coupable de fausses déclarations...



## 2. La rédaction des documents du marché

### Section 2 – La définition des critères de sélection et des critères d'attribution

#### **§ 1er – Les causes d'exclusion**

- Liste des documents exigibles
- Mécanisme de la déclaration sur l'honneur (implicite) (arrêté royal du 15 juillet 2011, art.61, §§ 3 et 4)



## 2. La rédaction des documents du marché

Section 2 – La définition des critères de sélection et des critères d'attribution

### **§ 2 – La définition des critères de sélection**

Arrêté royal du 15 juillet 2011, art. 67 – 79

Ils visent à évaluer la capacité économique et financière et la capacité technique du candidat / soumissionnaire à mener à bien le marché



## 2. La rédaction des documents du marché

### Section 2 – La définition des critères de sélection et des critères d'attribution

#### **§ 2 – La définition des critères de sélection**

- Définir des critères pertinents et proportionnés par rapport à l'objet et l'ampleur du marché
- Énumérer les documents exigés (+ « simplification administrative »)
- Annoncer des niveaux minima (obligatoires en procédure ouverte)
- Annoncer le nombre min. et éventuellement max. de candidats invités à soumissionner (restreinte)
- Articulation avec l'agréation des entrepreneurs de travaux



## 2. La rédaction des documents du marché

### Section 2 – La définition des critères de sélection et des critères d'attribution

#### **§ 2 – La définition des critères de sélection**

Dans certains cas :

- Possibilité d'établir une liste de candidats sélectionnés (fermée, pour 3 ans)
- Possibilité de mettre en place un système de qualification (ouvert)



## 2. La rédaction des documents du marché

### Section 2 – La définition des critères de sélection et des critères d'attribution

#### **§ 3 – La définition des critères d'attribution** (pas en adjudication !!!)

→ Définir des critères objectifs et pertinents

Appel d'offres

« Ces critères doivent être liés à l'objet du marché et permettre une comparaison objective des offres sur la base d'un jugement de valeur. Les critères sont par exemple la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, des considérations d'ordre social, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution, les garanties en matière de pièces de rechange et la sécurité d'approvisionnement »

(loi du 15 juin 2006, art. 25, al. 2).



## 2. La rédaction des documents du marché

Section 2 – La définition des critères de sélection et des critères d'attribution

**§ 3 – La définition des critères d'attribution** (pas en adjudication !!!)

→ Définir des critères objectifs et pertinents

Procédure négociée

Arrêté royal du 15 juillet 2011, art. 107

Dialogue compétitif

Arrêté royal du 15 juillet 2011, art. 111



## 2. La rédaction des documents du marché

Section 2 – La définition des critères de sélection et des critères d'attribution

**§ 3 – La définition des critères d'attribution**  
(pas en adjudication !!!)

Annoncer les (sous-)critères et leur importance relative (pondération) !

Voir C.J.U.E., arrêt Lianakis du 24 janvier 2008, C-532/06 et C.J.U.E., arrêt ATI EAC du 24 novembre 2005, C-331/04



## 2. La rédaction des documents du marché

*« Il convient également de rappeler que, conformément aux [directives] tous les critères retenus doivent être expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, si possible dans l'ordre décroissant de l'importance qui leur est attribuée, afin que les entrepreneurs soient mis en mesure d'avoir connaissance de leur existence et de leur portée [...] ».*

*De même, afin de garantir le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence, il importe que tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et, si possible, leur importance relative soient connus des soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leurs offres [...] ».*

**C.J.U.E., arrêt *Lianakis* du 24 janvier 2008**



## 2. La rédaction des documents du marché

### Section 2 – La définition des critères de sélection et des critères d'attribution

#### **§ 3 – La définition des critères d'attribution**

→ Réception de la jurisprudence dite « *Lianakis* » dans la réglementation belge :

Appel d'offres : loi du 15 juin 2006, art. 25, al. 3 : « Pour les marchés publics atteignant le montant fixé pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur précise la **pondération relative de chacun des critères d'attribution**, celle-ci pouvant éventuellement être exprimée dans une fourchette dont l'écart maximal doit être approprié ».

Procédure négociée : arrêté royal du 15 juillet 2011, art. 107

Dialogue compétitif : arrêté royal du 15 juillet 2011, art. 111, § 2



## 2. La rédaction des documents du marché

### Section 2 – La définition des critères de sélection et des critères d'attribution

#### **§ 3 – La définition des critères d'attribution**

Annoncer la pondération des sous-critères ?

*« Enfin, c'est à la juridiction nationale qu'il appartient d'apprécier, au vu de ces règles et principes, si, dans l'affaire au principal, la commission d'adjudication a enfreint le droit communautaire en prévoyant une pondération des différents sous-éléments du troisième critère d'attribution du marché »*



## 2. La rédaction des documents du marché

### Section 2 – La définition des critères de sélection et des critères d'attribution

#### **§ 3 – La définition des critères d'attribution**

*« [...] il y a lieu, premièrement, de vérifier si, compte tenu de tous les éléments pertinents de l'affaire au principal, la décision prévoyant cette pondération modifie les critères d'attribution du marché définis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché. Si tel devait être le cas, cette décision serait contraire au droit communautaire.*

*Deuxièmement, il convient d'apprécier si ladite décision contient des éléments qui, s'ils avaient été connus au moment de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation. Si tel devait être le cas, cette même décision serait contraire au droit communautaire. Troisièmement, il y a lieu de vérifier si la commission d'adjudication a adopté la décision prévoyant une pondération en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires ».*



## 2. La rédaction des documents du marché

Section 2 – La définition des critères de sélection et des critères d'attribution

### **§ 3 – La définition des critères d'attribution**

Illustration :

C.E., arrêts n°228.988, n°229.009, n°229.075, n°229.109, n°229.174, n°229.175, n°229.176, n°229.225, n°229.226, d'oct-nov 2014 (huissiers de justice de la Région wallonne)



## 2. La rédaction des documents du marché

*« Il n'est pas interdit à un pouvoir adjudicateur de spécifier plus en détail un critère d'attribution préalablement porté à la connaissance des soumissionnaires, de le diviser en "rubriques", "subdivisions", et d'accorder à celles-ci une pondération. Néanmoins lorsqu'il procède de la sorte, le pouvoir adjudicateur doit veiller à assurer le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires et le principe de transparence.*



## 2. La rédaction des documents du marché

*Lorsqu'un pouvoir adjudicateur spécifie un critère d'attribution par exemple en "rubriques" ou "subdivisions" non annoncées dans le cahier spécial des charges ou dans d'autres documents du marché, la question qui se pose, en premier lieu, est de déterminer si celles-ci consistent en de "simples" "éléments d'appréciation" ou en réalité, en des sous-critères d'attribution. Lorsqu'une "rubrique" d'un critère d'attribution est mise en œuvre de manière systématique dans l'analyse de l'ensemble des offres et que de la même manière, une note est donnée pour chaque offre au regard de cette "rubrique", celle-ci doit être qualifiée de sous-critère d'attribution.*



## 2. La rédaction des documents du marché

*L'utilisation de tels sous-critères d'attribution doit se faire, comme il a été rappelé ci-dessus dans le respect des principes d'égalité et de transparence. C'est pourquoi leur légalité n'est admise que s'ils répondent à trois conditions. Premièrement, ils ne peuvent modifier les critères d'attribution définis dans le cahier spécial des charges ou dans les autres documents du marché. En deuxième lieu, ils ne peuvent contenir d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation. Et enfin, ils ne peuvent avoir été adoptés en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires » (extrait du premier arrêt).*



## 2. La rédaction des documents du marché

Section 2 – La définition des critères de sélection et des critères d'attribution

**§ 4 - La distinction entre les critères de sélection et les critères d'attribution**

arrêt *Lianakis*, 24 janvier 2008, C-532/06

*« [...] sont exclus à titre de «critères d'attribution» des critères qui ne visent pas à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, mais qui sont liés essentiellement à l'appréciation de l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché en question ».*



## 2. La rédaction des documents du marché

### Section 2 – La définition des critères de sélection et des critères d'attribution

#### **§ 4 - La distinction entre les critères de sélection et les critères d'attribution**

Cas particulier : les marchés de services intellectuels (avocats, huissiers, architectes, ...)

Assouplissement dans la jurisprudence du Conseil d'État

Assouplissement dans la loi belge, pour les marchés de services non-prioritaires :

*« Dans le cas d'un marché public ou d'un lot, ayant exclusivement pour objet des services visés à l'annexe II, B, de la présente loi, des éléments liés à la capacité technique et professionnelle du soumissionnaire peuvent, à titre exceptionnel, constituer des critères d'attribution. Cette possibilité ne peut être mise en oeuvre que s'il est démontré que cela est rendu nécessaire par les exigences particulières du marché ou du lot concerné »* [...] (loi du 15 juin 2006, art. 33, §3)



## 2. La rédaction des documents du marché

### Section 2 – La définition des critères de sélection et des critères d'attribution

#### **§ 4 - La distinction entre les critères de sélection et les critères d'attribution**

Cas particulier : les marchés de services intellectuels (avocats, huissiers, architectes, ...)

Assouplissement récent dans la jurisprudence de la C.J.U.E.

*« Pour la passation d'un marché de fourniture de services à caractère intellectuel, de formation et de conseil, l'article 53, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, ne s'oppose pas à l'établissement par le pouvoir adjudicateur d'un critère qui permet d'évaluer la qualité des équipes concrètement proposées par les soumissionnaires pour l'exécution de ce marché, critère tenant compte de la constitution de l'équipe ainsi que de l'expérience et du cursus de ses membres »*

(C.J.U.E., arrêt Ambisig du 26 mars 2015, C-601/13).



## 2. La rédaction des documents du marché

### Section 3 – La définition des modalités du marché

#### **Détermination du prix du marché :**

- Marché à prix global
- À bordereau de prix
- À remboursement
- Mixte

(arrêté royal du 15 juillet 2011, art. 2, §1er, 4°, 5°, 6°, 7°)



## 2. La rédaction des documents du marché

### Section 3 – La définition des modalités du marché

#### - Marché à lots

(loi du 15 juin 2006, art 36 et arrêté royal du 15 juillet 2011, art.11)

#### - Admissibilité des variantes

(arrêté royal du 15 juillet 2011, art. 2, § 1er, 10° + art. 9)

#### - Options éventuelles

(arrêté royal du 15 juillet 2011, art.2, § 1er, 11° + art. 10)



## 2. La rédaction des documents du marché

### Section 4 – La rédaction des clauses techniques

Les spécifications techniques (Directive 2004/18, art. 23 - Loi, art. 41 – A.R., art. 8)

Art. 41 « Le pouvoir adjudicateur inclut les spécifications techniques dans les documents du marché.

Le Roi fixe les autres modalités ayant trait à la formulation des spécifications techniques, des normes et des agréments techniques. Celles-ci doivent être formulées :

- 1° soit par référence à des spécifications techniques;
- 2° soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles;
- 3° soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles visées au 2° se référant aux spécifications visées au 1° comme un moyen de présomption de conformité à ces performances ou exigences fonctionnelles;
- 4° soit par une référence aux spécifications visées au 1° pour certaines caractéristiques et aux performances ou aux exigences fonctionnelles visées au 2° pour d'autres caractéristiques ».



## 2. La rédaction des documents du marché

### Section 4 – La rédaction des clauses techniques

Arrêté royal du 15 juillet 2011, art. 8

« § 1er. *Les spécifications techniques permettent l'accès égal des soumissionnaires et ne peuvent pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à la concurrence.*

§ 2. *Les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'une fabrication ou d'une provenance déterminée ou d'un procédé particulier, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, à une origine ou à une production déterminée qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits.*

*Cette mention ou référence n'est autorisée, à titre exceptionnel, que : 1° lorsqu'il n'est pas possible de donner une description de l'objet du marché au moyen de spécifications suffisamment précises et intelligibles pour tous les intéressés par application de l'article 7, §§ 2 et 3. Une telle mention ou référence est accompagnée des termes " ou équivalent ", ou 2° lorsqu'elle est justifiée par l'objet du marché. »*



## 2. La rédaction des documents du marché

### Section 5 – L'élaboration des formulaires et des annexes

- Le formulaire de soumission
- Les métrés, inventaires, bordereaux de prix, ...
- Les modèles d'attestations
- Le plan particulier de sécurité et santé (P.P.S.S.),
- Les annexes techniques...



## 2. La rédaction des documents du marché

### Section 6 – L'adoption des actes administratifs

→ Il appartient à l'autorité compétente :

- d'adopter la décision de lancer le marché
- de choisir la procédure (et de motiver ce choix s'il s'agit d'une procédure d'exception)
- d'approuver le cahier spécial des charges

→ Dans le respect de l'emploi des langues en matière administrative



## 2. La rédaction des documents du marché

### Section 6 – L'adoption des actes administratifs

Loi, art. 74. « Dans les limites de ses attributions, chaque ministre est compétent pour prendre les décisions relatives à la passation et à l'exécution des marchés de l'autorité fédérale et des organismes qui relèvent de son autorité hiérarchique.

Pour les personnes de droit public autres que celles visées à l'alinéa 1er, les pouvoirs relatifs à la passation et l'exécution des marchés sont exercés par les autorités et organes compétents, en vertu des dispositions d'une loi, d'un décret, d'une ordonnance, d'une disposition réglementaire ou statutaire les régissant.

Les pouvoirs conférés en vertu des alinéas 1er et 2 peuvent, pour les autorités et organes compétents visés auxdits alinéas et relevant de l'autorité fédérale, être délégués dans les limites fixées par le Roi, sauf lorsqu'une disposition légale particulière règle cette délégation ».



## 2. La rédaction des documents du marché

### Section 6 – L'adoption des actes administratifs

Illustration : C.E., arrêt n° 163.472 du 11 octobre 2006, AXA Belgium

« Considérant que le pouvoir adjudicateur choisit librement, entre les procédures déterminées par la loi, la procédure de passation à appliquer un marché; qu'il n'en va pas de même de la procédure négociée avec publicité à laquelle il ne peut être recouru que dans les cas limitativement énumérés à l'article 17, § 3, de la loi du 2 décembre 1993 et à l'article 30 de la directive 2004/18/CE; qu'en raison du fait que cette procédure déroge au principe de concurrence, les hypothèses autorisant d'y recourir doivent faire l'objet d'une interprétation stricte et c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement;

Considérant qu'en l'espèce, il ne résulte d'aucun document du dossier administratif que, préalablement au lancement de cette procédure ou lors du lancement de cette procédure, une décision aurait été prise pour faire application d'un des cas énumérés par l'article 17, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 et à l'article 30 de la directive 2004/18/CE que la seule référence à la procédure négociée résulte du passage suivant de l'avis de marché : « [...] » que, comme l'admet la partie adverse, cette justification a trait à la réduction des délais et non à une des hypothèses prévues par l'article 17, § 3, et par l'article 30 précités; qu'en l'absence de décision et de justifications dans les pièces du dossier administratif, le Conseil d'Etat est dans l'impossibilité de vérifier, au regard des conditions de stricte interprétation prévues par les dispositions précitées, la légalité de la décision de recourir à une telle procédure; que le moyen est sérieux »



## 2. La rédaction des documents du marché

### Section 6 – L'adoption des actes administratifs

Loi, art. 74. « Dans les limites de ses attributions, chaque ministre est compétent pour prendre les décisions relatives à la passation et à l'exécution des marchés de l'autorité fédérale et des organismes qui relèvent de son autorité hiérarchique.

Pour les personnes de droit public autres que celles visées à l'alinéa 1er, les pouvoirs relatifs à la passation et l'exécution des marchés sont exercés par les autorités et organes compétents, en vertu des dispositions d'une loi, d'un décret, d'une ordonnance, d'une disposition réglementaire ou statutaire les régissant.

Les pouvoirs conférés en vertu des alinéas 1er et 2 peuvent, pour les autorités et organes compétents visés auxdits alinéas et relevant de l'autorité fédérale, être délégués dans les limites fixées par le Roi, sauf lorsqu'une disposition légale particulière règle cette délégation ».



## 2. La rédaction des documents du marché

**Illustration : C.E., arrêt n°226.429, du 13 février 2014, S.A. BULL**

« Le cahier spécial des charges du marché litigieux doit être considéré comme une communication faite au public, au sens de cette disposition, de sorte qu'il devait être rédigé en néerlandais et en français. Il apparaît toutefois que plusieurs documents, formellement présentés comme constituant des annexes au cahier spécial des charges, n'ont pas été rédigés dans ces deux langues, mais uniquement en anglais, de sorte que l'illégalité du cahier spécial des charges au regard de la disposition précitée pourrait, à tout le moins "prima facie", être tenue pour établie. [...] »

### **Quant à la justification de l'usage de la langue anglaise**

Il n'est pas raisonnablement permis de faire preuve de tolérance à l'égard du manquement dénoncé, au motif que celui-ci ne concerneait que trois des dix-huit annexes au cahier spécial des charges, alors que le "corps" de celui-ci aurait été rédigé exclusivement en français et en néerlandais. S'agissant notamment du document intitulé "Operationele en Technische specificaties. Spécifications opérationnelles et techniques" et identifié comme étant l'"Annexe C", il énonce les conditions techniques du marché, lesquelles doivent être considérées comme des prescriptions essentielles du cahier spécial des charges en vertu des articles 89 et 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics. La circonstance que la partie adverse ait choisi de présenter ces prescriptions essentielles dans ce qu'elle appelle une "annexe" ne permet pas de leur reconnaître une simple valeur documentaire autorisant à déroger à l'exigence légale de rédaction en néerlandais et en français.



## 2. La rédaction des documents du marché

Illustration : C.E., arrêt n°226.429, du 13 février 2014, S.A. BULL

Par ailleurs, ne justifie pas davantage l'illégalité dénoncée, le fait que, dans le domaine de l'informatique, l'anglais serait la langue véhiculaire. On n'aperçoit, en effet, pas comment un usage, tel celui qu'invoque la partie adverse, primerait la loi, particulièrement lorsque celle-ci revêt un caractère d'ordre public, au point d'en justifier la violation.

Enfin, les parties adverse et intervenante ne peuvent être suivies lorsqu'elles laissent entendre qu'une rédaction des annexes en français et en néerlandais n'était pas possible en raison de la terminologie technique. Outre que bien des clauses concernées ne comportent pas la moindre terminologie technique, il apparaît, à la lecture des documents concernés, qu'il était possible de décrire les prescriptions techniques en néerlandais et en français, le cas échéant en faisant usage de la terminologie anglaise usuelle pour les termes techniques consacrés et des abréviations anglaises convenues ».