

Marchés & Contrats Publics

Overheidsopdrachten & -Overeenkomsten

2012/1

Table des matières Inhoudstafel

Doctrine Rechtsleer	5	<i>Chronique de doctrine et jurisprudence publiées en 2011 : droit des marchés et contrats publics</i> ANN LAWRENCE DURVIAUX, THIERRY DELVAUX, D. FISSE ET A. PIRSON
Jurisprudence Rechtspraak	63	<i>Cass. (3e ch.), 5 mars 2011 – Arrêt no S.09.0096.F</i>
	71	<i>C.E., 10 novembre 2011 – Rapport (extraits) et Arrêt (extraits)</i>
	87	<i>C.E., 22 novembre 2011 – Rapport (extraits) et Arrêt (extraits)</i>
Actualités Actualia	105	<i>Jurisprudence communautaire / Europese rechtspraak</i> ANN LAWRENCE DURVIAUX ET KRIS WAUTERS
	113	<i>Jurisprudence Conseil d'État / Rechtspraak Raad van State</i> ERIC THIBAUT ET INGE VOS
	147	<i>Décisions judiciaires récentes / Recente gerechtelijke uitspraken</i> ISABELLE COOREMAN ET PATRICK THIEL
Mots clés Kernbegrippen	155	<i>Les nouveautés du droit des marchés publics en quelques mots-clés</i> ANN LAWRENCE DURVIAUX

Mots clés
Kernbegriffen

Les nouveautés du droit des marchés publics en quelques mots-clés

ANN LAWRENCE DURVIAUX

Marchés à lots

Plusieurs nouveautés sont à signaler pour les marchés à lots en matière de sélection qualitative d'une part, et en matière de comparaison des offres, d'autre part.

En cas de marchés à lots, le pouvoir adjudicateur peut fixer les niveaux d'exigences minimales en termes de critères de sélection qualitative qui sont requis, d'une part, pour chacun des lots séparément et, d'autre part, en cas d'attribution de plusieurs lots à un même soumissionnaire.

Lorsque le pouvoir adjudicateur fait usage de cette dernière faculté, il vérifie, lors de l'attribution des lots concernés, s'il est satisfait aux niveaux d'exigences précités⁽¹⁾. Il s'agit donc de permettre une sélection qualitative en deux étapes : une sélection pour chaque lot et ensuite une sélection en cas d'attribution de plusieurs lots au même soumissionnaire. Cette seconde sélection a lieu au moment de l'attribution du marché, lorsque le classement des différentes offres pour l'ensemble des lots est connu⁽²⁾.

Le principe du droit pour les soumissionnaires de remettre une offre pour tous les lots est réaffirmé dans des termes clairs : lorsque le marché comporte des lots, « le soumissionnaire peut remettre une offre pour un, pour plusieurs ou pour la totalité d'entre eux »⁽³⁾. Toutefois, l'arrêté prévoit désormais que : « lorsque la nature d'un marché déterminé le rend nécessaire, et dans les conditions fixées par le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, les documents du marché peuvent limiter le nombre de lots pour lesquels le soumissionnaire peut faire offre ». Lorsque le pouvoir adjudicateur

fait usage de cette dernière faculté, le soumissionnaire indique dans ses offres pour plusieurs lots son ordre de préférence pour l'attribution de ces lots⁽⁴⁾. À défaut, le pouvoir adjudicateur peut procéder par tirage au sort⁽⁵⁾.

Désormais, dans ses offres pour plusieurs lots, le soumissionnaire peut présenter soit un ou plusieurs rabais en adjudication, soit une ou plusieurs propositions d'amélioration en appel d'offres, pour le cas où ces mêmes lots lui seraient attribués, à condition que les documents du marché ne l'interdisent pas⁽⁶⁾. Auparavant, les rabais ou propositions d'amélioration devaient être autorisés par le cahier spécial des charges⁽⁷⁾. Cette modalité peut être délicate à appliquer en cas d'utilisation d'enchère électronique⁽⁸⁾.

En adjudication, lorsque des soumissionnaires ont proposé des rabais, le soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la plus basse est déterminé, pour tout lot, en tenant compte des rabais qui ont été proposés pour certains groupements de lots et du prix le plus bas pour l'ensemble de tous les lots⁽⁹⁾.

En appel d'offres, lorsque des soumissionnaires ont proposé une amélioration de leur offre, le soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse est déterminé, pour tout lot, en tenant compte à la fois des améliorations qui ont été proposées pour certains groupements de lots et de l'ensemble de tous les lots économiquement le plus avantageux⁽¹⁰⁾.

La règle est nouvelle. Auparavant, le pouvoir adjudicateur devait tenir compte du « groupement des lots » qui formait soit l'offre la plus basse, soit l'offre économiquement la plus avantageuse⁽¹¹⁾.

(1) Article 58, §4 de l'arrêté royal.

(2) Rapport au Roi.

(3) Article 54, §2, alinéa 2 de l'arrêté.

(4) Article 89, alinéa 2 de l'arrêté.

(5) Articles 100, §2, alinéa 5 et 101, §2, alinéa 5 de l'arrêté.

(6) Article 89, alinéa 1^{er} de l'arrêté.

(7) Article 101, alinéa 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

(8) Rapport au Roi.

(9) Article 100, §2, alinéa 4 de l'arrêté.

(10) Article 101, §2, alinéa 4 de l'arrêté.

(11) Articles 113, alinéa 2 et 115, alinéa 1^{er} de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Emploi des langues

L'article 102 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996⁽¹²⁾ énonce que, dans le cas où le cahier spécial des charges est rédigé en plus d'une langue (nationale), le soumissionnaire indique la langue qu'il choisit pour l'interprétation du contrat. Comme le soulignent B. Schutyser et T. Villé⁽¹³⁾, faute de s'en être exprimé, il est censé avoir choisi la langue dans laquelle il a rédigé son offre, pour autant que cette langue soit l'une de celles dans laquelle le cahier spécial des charges est rédigé. Toutefois, le pouvoir adjudicateur pouvait exiger que l'offre soit rédigée dans une des langues nationales, une telle exigence n'étant pas incompatible avec le droit européen⁽¹⁴⁾, pour autant que le pouvoir adjudicateur n'aille pas jusqu'à exiger une traduction intégrale de toutes les annexes souvent rédigées en anglais.

La nouvelle disposition en matière d'emploi des langues est plus précise. Elle dispose que : « sans préjudice de l'application des lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative, le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis de marché ou, en son absence, dans les autres documents du marché, la ou les langues dans lesquelles les candidats ou les soumissionnaires peuvent introduire leur demande de participation ou leur offre »⁽¹⁵⁾. « Dans le cas où les documents du marché sont rédigés en plus d'une langue, l'interprétation des pièces a lieu dans la langue de la demande de par-

ticipation ou de l'offre, pour autant que les documents du marché soient établis dans cette langue »⁽¹⁶⁾.

En vertu de la législation en matière d'emploi des langues, coordonnées le 18 juillet 1966, **l'avis de marché** et les **cahiers spéciaux des charges** doivent être considérés soit comme des « communications adressées au public » (procédures avec publicité), soit comme des « rapports avec un particulier » (procédures sans publicité)⁽¹⁷⁾. Les documents doivent donc être établis dans la ou les langues prévues par ces lois⁽¹⁸⁾. La commission permanente de contrôle linguistique a admis une nuance pour les avis et communication destinés à l'étranger ou effectués à l'étranger. Ces derniers peuvent être rédigés dans une autre langue que les langues employées en Belgique, à condition toutefois que le nom et l'adresse des services concernés soient mentionnés dans les langues officielles que ces services sont supposés utiliser⁽¹⁹⁾. Les dispositions régissant l'emploi des langues s'imposant aux services des administrations⁽²⁰⁾, elles s'appliqueront donc dans le **traitement des offres**, pour les soumissionnaires nationaux⁽²¹⁾ et non pour les soumissionnaires étrangers, ceux-ci sortant du champ d'application de la législation sur l'emploi des langues⁽²²⁾.

Le Conseil d'État a jugé que la décision d'attribution motivée ne peut être considérée comme un « document interne » au sens des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, de sorte

(12) Ainsi que l'article 90 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996.

(13) « Het voorbereiden en indienen van een aanvraag tot deelneming of een offerte door ondernemingen », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, La Chartre, Bruges, 2009, n° 1332, p. 745.

(14) M.F. MARTIN, « Implementation of the EC Public Procurement Rules in Spain : a note on Case C-71/92 », *PPLR*, 1994, CS82.

(15) Article 53, §1^{er} de l'arrêté.

(16) Article 53, §2 de l'arrêté.

(17) Rapport au Roi.

(18) Voy. la « jurisprudence » constante de la Commission permanente de contrôle linguistique (avis n° 973 du 6 mai 1965, n° 2.040 du 15 février 1968, n° 3.838 du 8 janvier 1976). Voy. également M.A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, 1A, Bruxelles, Confédération de la Construction, 1996-97, 6^e éd., 1011 ; F. GOSSELIN, *L'emploi des langues en matière administrative*, Bruxelles, Kluwer, 2003, 68 ; T. DE PELSMAEKER, L. DERIDDER, F. JUDO, J. PROOT et F. VANDENDRIESSCHE, *Taalgebruik in bestuurszaken*, Bruges, La Chartre, 2004, 43, n° 103, cités par L. SCHELLEKENS, « De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, La Chartre, Bruges, 2009, n° 893, p. 508, note 351.

(19) Commission permanente de contrôle linguistique, avis n° 23.038 du 13 juin 1991, n° 27.169 du 18 avril 1996, n° 28.104 du 20 mars 1997, cité par L. SCHELLEKENS, « De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, La Chartre, Bruges, 2009, n° 894, p. 508, note 352.

(20) Article 10 (pour les services locaux établis dans la région linguistique néerlandaise, française ou allemande), article 17 (pour les services locaux établis dans la Région de Bruxelles-Capitale), articles 23 et s. (pour les services locaux établis dans les communes de la périphérie), articles 32 et s. (pour les services régionaux) et articles 39 et s. (pour les services dont le champ d'activité s'étend à l'ensemble du pays) des lois sur l'emploi des langues en matière administrative.

(21) Article 12 (pour les services locaux établis dans la région linguistique néerlandaise, française ou allemande), article 19 (pour les services locaux établis dans la Région de Bruxelles-Capitale), article 25 (pour les services locaux établis dans les communes de la périphérie), article 33, §1^{er}, alinéa 3, article 34, §1^{er}, alinéa 4, article 35, §1^{er} et article 36, §1^{er} (pour les services régionaux) et articles 41, 44, 46 et 47 (pour les services dont le champ d'activité s'étend à l'ensemble du pays) des lois sur l'emploi des langues en matière administrative.

(22) Commission permanente de contrôle linguistique, avis n° 29.188 du 10 décembre 1998.

qu'elle doit être notifiée dans la langue du territoire où les candidats ont leur siège. Le Conseil d'État estime que la lettre de notification de la décision motivée est communiquée et la décision motivée doivent être traitées de la même manière, étant entendu que la langue que les candidats ont utilisée (ou la langue du territoire où ils sont établis) est déterminante pour désigner la langue que l'administration doit utiliser⁽²³⁾.

L'offre, et par extension **les demandes de participation**, lorsqu'elles sont rédigées par des entreprises, n'entrent pas dans le champ d'application de la loi sur l'emploi des langues en matière administrative (au sens de l'article 52)⁽²⁴⁾. La Commission permanente avait cependant admis que le pouvoir adjudicateur exige l'emploi d'une langue déterminée. Cette solution est désormais reprise dans le §1^{er} de l'article 53, le rapport au Roi indiquant en outre, que la langue peut également être imposée pour les annexes de l'offre. En vertu de l'article 59, 1^o de l'arrêté, le pouvoir adjudicateur peut également, s'il l'estime nécessaire, leur

demande une traduction des documents sauf s'il s'agit d'un document officiel émanant d'une autorité publique et rédigé dans une des langues officielles belges, l'alinéa 2 du §1^{er} de l'article 53 permettant également au pouvoir adjudicateur de demander la traduction des annexes établies dans une langue autre que celle de l'avis de marché, ou en son absence, des autres documents du marché.

Un décret du Parlement flamand du 30 juin 1981 impose aux soumissionnaires établis dans une commune flamande sans facilités d'utiliser le néerlandais dans la rédaction de leur offre et demande de participation⁽²⁵⁾.

Le §2 de l'article 53 porte sur **l'interprétation «des pièces»**⁽²⁶⁾ **en cas de pluralité de langue**. Doctrine et Commission permanente du contrôle linguistique estiment que les contrats conclus par les pouvoirs publics avec des entreprises privées (des particuliers) tombent dans le champ d'application de la législation en matière d'emploi des langues⁽²⁷⁾.

(23) C.E., 30 avril 1996, n° 59.456, *Euro Trading Company*; C.E., 28 février 2008, n° 180.177, *Mewaf International*; F. JUDO, «Overheidsopdrachten, openbaarheid en taalwetgeving: de meubelen gered?» (note sous C.E., 28 février 2008, n° 180.177, *Mewaf International*), *R.A.B.G.*, 2008, 1008-1012, cité par L. SCHELLEKENS, «De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht», in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, La Chartre, Bruges, 2009, n° 900, p. 510.

(24) Rapport au Roi.

(25) Décret du 30 juin 1981 complétant les articles 12 et 33 des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées par l'arrêté royal du 18 juillet 1966, en ce qui concerne l'emploi des langues dans les rapports entre les services administratifs de la région linguistique néerlandaise et les particuliers, *M.B.*, 10 novembre 1981.

(26) Le rapport au Roi indique qu'il s'agit du contrat, des demandes de participation (et par extension de l'offre et de ses annexes).

(27) Commission permanente de contrôle linguistique, avis n° 26.116 du 22 décembre 1994; T. VAN SANTEN, *Het taalprobleem in België*, Bruges, Vanden Broele, 2002, 26; F. GOSSELIN, *L'emploi des langues en matière administrative*, Bruxelles, Kluwer, 2003, 80; cité par L. SCHELLEKENS, «De vaststelling van de voorwaarden voor de gunning van de opdracht», in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, La Chartre, Bruges, 2009, n° 901, pp. 510-511.