

Les nouveautés du droit des marchés publics en quelques mots-clés : la sélection qualitative

ANN LAWRENCE DURVIAUX

La sélection des candidats⁽¹⁾ : mots clés

1. LE DROIT D'ACCÈS ET LA SÉLECTION QUALITATIVE

La sélection s'opère⁽²⁾, comme par le passé⁽³⁾, sur la base des dispositions relatives au droit d'accès⁽⁴⁾ – expression qui recouvre les anciennes hypothèses d'exclusion – et des critères de sélection qualitative⁽⁵⁾.

2. LE NIVEAU D'EXIGENCE REQUIS ET LES CRITÈRES DE SÉLECTION

L'arrêté précise désormais que les critères de sélection et leurs niveaux d'exigence doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché⁽⁶⁾. En procédure ouverte et procédure négociée directe avec publicité, la fixation d'un niveau minimum devient obligatoire⁽⁷⁾. Il s'agissait, selon le Rapport au Roi, de donner suite à un arrêt du Conseil d'État⁽⁸⁾ et de tenir compte de la jurisprudence européenne⁽⁹⁾, lors des procédures en une seule phase, le pouvoir adjudicateur doit sélectionner tous les soumissionnaires répondant aux exigences minimales, sans qu'il puisse sur ce plan opérer un choix entre eux⁽¹⁰⁾. Cette précision constitue une interprétation erronée de la jurisprudence. En effet, l'arrêt du Conseil d'État a simplement précisé qu'à défaut d'avoir précisé des exigences minimales dans le

cahier spécial des charges ou l'avis de marché, le pouvoir adjudicateur ne pouvait *a posteriori* insérer celles-ci dans le cours de la procédure de passation⁽¹¹⁾. Le Conseil d'État avait par ailleurs déjà indiqué qu'à défaut d'avoir précisé des exigences minimales dans le régime antérieur, cela n'empêchait pas le pouvoir adjudicateur de considérer que les capacités n'étaient pas manifestement suffisantes pour réaliser l'ensemble des lots pour lesquels un soumissionnaire avait déposé une offre⁽¹²⁾. À notre sens, cette nuance aurait été utile à préserver dans la nouvelle version de l'arrêté : à défaut d'avoir posé des exigences minimales, le pouvoir adjudicateur aura du mal à justifier la non-sélection d'une entreprise sauf si cette dernière ne présente manifestement pas les capacités suffisantes au regard de l'objet du marché. Par souci de transparence également, le pouvoir adjudicateur doit indiquer dans l'avis de marché ou dans l'invitation à présenter une offre quels sont les critères fixés pour la sélection qualitative et quels renseignements et documents nécessaires sont à fournir⁽¹³⁾.

Nouveauté en procédure négociée avec publicité, le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération les candidats déjà sélectionnés lors d'une procédure antérieure (quel que soit le mode de passation) à laquelle il n'a pas été donné suite. Lorsque le marché est soumis à une publicité européenne préalable obligatoire, les noms et adresses

(1) Chapitre 5 de l'arrêté.

(2) En vertu de l'article 58, § 1^{er} de l'arrêté, principes figurant dans les 20 à 22 de la loi du 15 juin 2006, l'article 20 habilitant le Roi à prendre des règles à cet égard.

(3) Articles 16, 42 et 68 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

(4) Articles 61 à 66 de l'arrêté.

(5) Articles 67 à 79 de l'arrêté.

(6) Conformément à l'article 44.2 de la directive 2004/18/CE ; A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, n° 427 ; C.J.C.E., 9 juillet 1987, aff. n° 27/86 à 29/86, *Bellini* ; C.J.C.E., 27 février 2003, n° C-327/00, *Santex*.

(7) Article 58, § 1^{er}, 2° de l'arrêté.

(8) C.E., n° 159.657, 7 juin 2006, *sprl Archi+*.

(9) C.J.U.E., 23 avril 2009, *Commission c/ Belgique*, C-287/09 et C-292/07.

(10) Rapport au Roi.

(11) Dans le même sens, voy. P. FLAMEY et J. BOSQUET, « De selectiebeslissing inzake overheidsopdrachten in het licht van het transparantiebeginsel », *Entr. et droit*, 2010, pp. 345 à 360.

(12) C.E., n° 212.507 du 7 avril 2011, *BVBA Algemeen Groenbeheer Baart* ; C.E., n° 208.493 du 28 octobre 2010, *NV Tele-net*.

(13) Article 58, § 1^{er}, alinéa 2 de l'arrêté.

MOTS CLÉS • KERNBEGRIFFEN
ANN LAWRENCE DURVIAUX

des candidats déjà sélectionnés sont mentionnés dans l'avis de marché⁽¹⁴⁾.

3. LES NOMBRES MINIMA ET MAXIMA DE CANDIDATS POUR LES PROCÉDURES EN DEUX PHASES

Pour les procédures en deux phases, l'arrêté⁽¹⁵⁾ reprend le système du nombre minimal de candidats sélectionnés⁽¹⁶⁾ : 5 pour les procédures restreintes, 3 pour les procédures négociées avec publicité et le dialogue compétitif. Si le nombre de candidats retenus doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle, il est encore précisé que cela n'est le cas que pour autant qu'il y ait suffisamment de candidats appropriés⁽¹⁷⁾. Pour les marchés soumis à publicité européenne, le pouvoir adjudicateur doit en outre indiquer dans l'avis de marché, le nombre minimal et maximal (le cas échéant) de candidats qu'il envisage de sélectionner⁽¹⁸⁾. Le rapport au Roi précise les modalités d'application de cette disposition en restant au stade des grandes généralités. Il semble, en effet, évident que la logique des procédures en deux phases est de réduire le nombre de candidats invités à remettre une offre, qu'il ne peut inclure des entreprises qui n'ont pas demandé à y participer⁽¹⁾, que le minimum ne peut être un maximum⁽¹⁹⁾, et que le nombre maximum revêt un caractère contraignant, ce que s'empresse de préciser le Rapport au Roi, tout en indiquant que le caractère contraignant ne l'est pas lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de départager les candidats.

4. LA RÉVISION DE LA SÉLECTION QUALITATIVE

Lors de l'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur peut revoir la sélection d'un candidat déjà sélectionné si sa situation personnelle ou sa capacité ne répondent plus à ce moment aux conditions de sélection déterminées (droit d'accès et critères de sélection qualitative)⁽²⁰⁾. Entre le moment où la

sélection qualitative est réalisée et le moment où la décision d'attribution peut être prise, il s'écoule parfois du temps, la situation des entreprises pouvant se détériorer dans l'intervalle. Le texte précise qu'il s'agit d'une faculté, laquelle était d'ailleurs déjà prévue par la circulaire du Premier Ministre du 10 février 1998 relative à la sélection qualitative des entrepreneurs, fournisseurs et prestataires de services. Le rapport au Roi précise que cette révision ne peut en aucun cas conduire à une régularisation d'un candidat ou d'un soumissionnaire qui ne remplissait pas les conditions de sélection quant à la période de référence à prendre en considération pour la sélection et qu'un candidat ne peut plus être repêché à un stade ultérieur pour prendre la place d'un candidat sélectionné qui serait écarté.

5. LES COMPLÉMENTS D'INFORMATION

Comme par le passé, le pouvoir adjudicateur peut exiger des compléments d'informations auprès des candidats et soumissionnaires⁽²¹⁾ relatifs au droit d'accès (situation d'exclusion) et aux critères de sélection qualitative. Il peut en outre exiger la traduction de certains documents « sauf s'il s'agit d'un document officiel émanant d'une autorité publique et rédigé dans une des langues officielles belges ; il peut encore, à quelque stade que ce soit de la procédure de passation, d'une part, s'informer par tous les moyens utiles de la situation des candidats et soumissionnaires⁽²²⁾, et d'autre part, exiger la production des statuts et actes de sociétés (éventuellement traduits), ainsi que « de toute modification des informations relatives à ses administrateurs ou gérants »⁽²³⁾.

Le rapport au Roi indique que le texte consacre une faculté dans le chef du pouvoir adjudicateur et non un droit dans le chef des candidats et soumissionnaires, en ce sens qu'il ne pourrait être reproché au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir procédé à une interrogation⁽²⁴⁾. Cette précision doit être nuancée. Le principe de proportionnalité

(14) Article 58, § 2 de l'arrêté.

(15) Article 58, § 3 de l'arrêté.

(16) Articles 16, 42 et 68 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

(17) Cette disposition fait ainsi écho à : C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Hochtief et Linde*, aff. C-138/08.

(18) Article 58, § 3, *in fine* de l'arrêté.

(19) Cette disposition fait ainsi écho à : C.J.C.E., 26 septembre 2000, *Commission c/ République française*, aff. C-225/08.

(20) Article 58, § 5 de l'arrêté ; voy. également l'article 41, § 2 pour la liste de candidats sélectionnés et l'article 41, § 3 pour le système de qualification.

(21) Articles 20, § 3, 46, § 3, 72, § 4 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ; articles 17bis, § 3, 43bis, § 3, 69bis, § 3 et 92, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

(22) Sans préjudice de l'article 60, voy. point suivant. Auparavant, ce n'était prévu que pour les obligations en matière de sécurité sociale.

(23) Article 59 de l'arrêté.

(24) Rapport au Roi.

en droit communautaire et, du reste, les principes de bonne administration en droit interne, semblent imposer aux pouvoirs adjudicateurs une certaine pro-activité dans la recherche des documents afin de ne pas multiplier les rejets de candidatures (et des offres). Aussi, ils ne pourraient se contenter de rester passifs lorsqu'une simple précision suffirait à permettre une sélection. C'est du reste ce que préconise le rapport au Roi dans le cas où certains documents ou renseignements sont manquants⁽²⁵⁾ lorsqu'il précise que le pouvoir adjudicateur en tenant compte des principes fondamentaux de concurrence, de bonne gestion et d'égalité, « devra, pour ce qui concerne la capacité financière et économique, vérifier si le candidat ou le soumissionnaire a justifié qu'il n'était pas en mesure de présenter les références demandées pour prouver sa capacité et s'il demande de pouvoir prouver celle-ci par tout autre document considéré comme approprié » par lui et « pourra, pour ce qui concerne les causes d'exclusion et les capacités financières, économiques, techniques et professionnelles, demander les renseignements ou documents non remis et inviter les candidats ou soumissionnaires à compléter ou expliciter ceux déjà en sa possession, en vue d'élargir la concurrence ».

Une telle demande ou invitation aura nécessairement lieu à l'égard de tous les candidats ou soumissionnaires se trouvant dans une situation similaire et, en procédure ouverte, ne peut porter atteinte au caractère intangible des offres. En outre, des exigences supplémentaires par rapport à celles initialement prévues ne pourraient être fixées⁽²⁶⁾.

6. MESURES DE SIMPLIFICATION ADMINISTRATIVE

Comme par le passé⁽²⁷⁾, le pouvoir adjudicateur qui a accès gratuitement par des moyens électroniques à des renseignements ou des documents émanant d'autorités publiques lui permettant de vérifier la situation des candidats ou des soumissionnaires concernés, dispense ceux-ci de la communication desdits renseignements ou de la présentation desdits documents. Le pouvoir adjudicateur doit mentionner dans les documents du marché, les renseignements ou documents qu'il va demander par voie électronique. Il procède lui-même à la collecte de ces renseignements ou documents et en consigne les résultats dans le dossier administratif⁽²⁸⁾.

Nouveauté introduite par l'arrêté⁽²⁹⁾, sauf disposition contraire dans les documents du marché, le candidat ou le soumissionnaire est dispensé de produire les renseignements et documents exigés s'il les a déjà fournis au cours d'une autre procédure organisée par le même pouvoir adjudicateur, à condition d'identifier cette procédure dans sa demande de participation ou dans son offre et pour autant que les renseignements et documents mentionnés répondent aux exigences requises ; il incombe donc au candidat ou au soumissionnaire de respecter ces deux conditions ou, à défaut, d'en assumer la responsabilité.

7. MESURES DIVERSES

En matière de sélection qualitative proprement dite⁽³⁰⁾, il n'y a guère de nouveautés. Signalons, le modèle de déclaration bancaire figurant en annexe 3 de l'arrêté et certains assouplissements pour les marchés en dessous des seuils européens⁽³¹⁾.

(25) Rapport au Roi.

(26) Rapport au Roi.

(27) Articles 20, § 4, 46, § 4 et 72, § 4 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

(28) Article 60, § 1^{er} de l'arrêté.

(29) Article 60, § 2 de l'arrêté.

(30) Articles 67 à 79 de l'arrêté.

(31) Article 73 de l'arrêté.