

Les mécanismes de liste fermée de candidats sélectionnés et de pré-qualification pour les marchés publics nationaux (secteur classique)

1. La liste de candidats sélectionnés et le système de qualifications

Pour les marchés similaires nationaux¹, en cas de procédure restreinte ou négociée avec publicité, et sans préjudice (pour les marchés de travaux) de la législation relative à l'agrément, les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à un système de liste de candidats sélectionnés² ou à un système de qualification³, sans que la mise en place de ces deux systèmes n'empêche l'attribution d'un marché en dehors de ceux-ci, moyennant des modalités de sélection qualitative plus classiques⁴.

Ces modes spécifiques de sélection qualitative, qui simplifient le travail administratif pour les pouvoirs adjudicateurs, ne sont pas inconnus. Le premier était déjà prévu aux articles 14, §2, 40, §2 et 66, §2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Le second était déjà pratiqué dans les secteurs spéciaux⁵. Dans les deux systèmes, le mode de passation doit être déterminé au plus tard au moment de l'invitation à remettre une offre⁶.

2. Les modalités de mise en œuvre : nouveautés

Les modalités de leur mise en œuvre ont cependant évolué.

La liste de candidats sélectionnés, dont la validité passe à trois ans⁷ est désormais fermée à de nouveaux candidats. Si le Rapport au Roi précise que la sélection doit s'opérer en tenant compte de la nature et de l'objet du marché, il ne précise pas comment gérer l'absence de précision sur le volume des prestations censées être confiées dans le cadre de ce système alors que cette donnée est très souvent prise en considération lors de l'élaboration des critères de sélection qualitative. Lorsqu'il est fait usage de la liste, le pouvoir adjudicateur doit inviter tous les candidats sélectionnés à remettre une offre⁸.

Le système de qualification reste, quant à lui ouvert, en ce sens que les opérateurs économiques peuvent à tout moment demander à y être repris. Il fait l'objet d'une publication annuelle ou après chaque actualisation des critères et règles du système, conforme au chapitre 5 de l'arrêté (relatif à la sélection et au droit d'accès). Seconde différence, le pouvoir adjudicateur peut en outre opérer une seconde sélection, sur base des articles 67 à 79 de l'arrêté, à l'intérieur du système, pour choisir les candidats auxquels il va demander de remettre une offre, en tenant compte des minimas imposés⁹ (5 pour les procédures restreintes, 3 pour la procédure négociée).

Le système doit répondre à plusieurs conditions¹⁰ : « 1° le pouvoir adjudicateur ne peut imposer à certains demandeurs des conditions administratives, techniques ou financières qui n'auraient pas été exigées pour d'autres, ni exiger des essais ou des justifications si des preuves objectives sont déjà disponibles ; 2° les règles et critères concernant le droit d'accès visés aux articles 61 à 66 et les critères de sélection qualitative visés aux articles 67 à 79 ainsi que les renseignements et documents demandés à ce sujet sont communiqués aux entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services

¹ Article 41 de l'arrêté du 15 juillet 2011.

² Le modèle d'avis figurant à l'annexe 9 de l'arrêté.

³ Le modèle d'avis figurant à l'annexe 10 de l'arrêté.

⁴ L'arrêté ne le précise pas, le Rapport au Roi indiquant qu'il n'a pas donné lieu à la suggestion du Conseil d'Etat de le préciser de manière expresse, puisque "cela allait de soi". A notre sens, cela ne va pas de soi, puisqu'il pourrait être plaidé que la logique du système est d'offrir aux candidats sélectionnés dans la liste, la possibilité d'être sollicité régulièrement. S'il est important de simplifier les formalités administratives, il semble tout aussi important de permettre aux opérateurs économiques de gérer leurs affaires avec une certaine prévisibilité, en ajustant leur décision de remettre ou pas des offres en fonction de leurs ressources.

⁵ Article 49 et 53 de la directive 2004/17/CE.

⁶ Article 41, §1er, alinéa 3 de l'arrêté.

⁷ Au lieu d'un an dans le régime antérieur.

⁸ Article 41, §2 de l'arrêté.

⁹ Par l'article 58 de l'arrêté.

¹⁰ Article 41, §3, 1^{er} à 5[°].

intéressés ; le pouvoir adjudicateur procède de la même façon après une éventuelle actualisation de ces éléments ; 3° le pouvoir adjudicateur prend sa décision quant à la qualification dans un délai de quatre mois à compter de l'introduction de la demande ; 4° la décision motivée d'acceptation ou de rejet d'une demande de qualification est fondée sur les critères et règles de qualification visés au 2° et est immédiatement communiquée au demandeur ; 5° en cas de retrait d'une qualification, celui-ci est fondé sur les critères et règles de qualification visés au 2°. L'intention motivée de retrait est communiquée préalablement par écrit à l'intéressé, qui peut introduire une réclamation écrite dans les quinze jours, après quoi une décision est prise ».

Ces nouvelles modalités de sélection qualitative ont été vivement critiquées par la Confédération de la Construction qui défendait la thèse selon laquelle les deux systèmes faisaient double emploi avec l'agrération des entrepreneurs de travaux et qui redoutait l'émergence de systèmes de qualification régionaux concurrents, tout en critiquant le caractère fermé de la liste de candidats sélectionnés.