

Casus pour le cours de droit des marchés publics

CASUS 01 : Un cahier spécial des charges relatif à un marché public de services prévoit le versement d'une tranche de 25% du prix dès la conclusion du marché. Il ne prévoit pas de cautionnement et contient plusieurs dispositions qui s'écartent du libellé du cahier général des charges. Aucune liste ne figure en tête du cahier spécial des charges.

Le pouvoir adjudicateur vous demande de valider ce cahier spécial des charges.

CASUS 02 : Un pouvoir adjudicateur vous transmet *(i)* une déclaration sur l'honneur dans laquelle un soumissionnaire, la société PINOCCHIO, affirme ne pas se trouver « *dans aucune des situations visées par les causes d'exclusion reprises à l'article 17 ou 43 ou 69 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996* » ; et *(ii)* un extrait du casier judiciaire de la société PINOCCHIO. Celui-ci mentionne :

« 01/10/2010 Chambre du Conseil – Namur – ... Faux en écriture – Suspension 3 ans »

Le pouvoir adjudicateur vous pose la question de savoir si l'information reprise sur l'extrait du cahier judiciaire peut entraîner l'exclusion de la société PINOCCHIO de la procédure de passation en cours.

CASUS 03 : Un hôpital public lance un marché public de fournitures pour ses imprimantes. Il estime nécessaire d'obtenir une qualité d'impression parfaite au vu de la nature des documents imprimés (examens médicaux et courbes d'enregistrement). Le cahier spécial des charges applicable contient la disposition suivante :

« *Objet des Fournitures: CONSOMMABLES INFORMATIQUES – produits originaux*

Commentaire: Le marché est composé de quatre lots ayant pour objet la fourniture de divers consommables informatiques pour le pouvoir adjudicateur.

Aucun compatible n'est permis. Seuls des consommables originaux peuvent faire l'objet d'une soumission.

Voir l'inventaire pour les précisions techniques des articles ».

Ces précisions techniques renvoient toutes à des références de produits (cartouches, rubans encreurs, etc.) de la marque XYZ.

Les quatre lots précités couvrent l'ensemble des imprimantes utilisées par l'hôpital.

Le cahier spécial des charges ne contient aucune allusion à la nécessité d'obtenir une impression parfaite.

Vous êtes consultés par une entreprise spécialisée dans la vente de cartouches recyclées (consommables originaux déjà utilisés et rechargés). Elle est une concurrente de l'entreprise XYZ sur le marché (au sens du droit de la concurrence) des consommables pour les imprimantes de la marque XYZ. Le cahier spécial des charges précité est-il licite ?

CASUS 04 : L'A.S.B.L. Haute Ecole X est un établissement d'enseignement du niveau supérieur, qui fait partie du réseau libre subventionné de la Communauté française (« Wallonie-Bruxelles »). Sur le plan du droit administratif, elle est considérée comme née de l'initiative privée. Un ancien étudiant a légué à cette A.S.B.L. un terrain, en exigeant dans son testament que ce terrain serve à la construction d'un nouveau bâtiment comportant des salles de classes

et, éventuellement, les nouveaux bureaux de la direction. Il lui a également légué une somme suffisante – après paiement des droits de succession – pour la construction du bâtiment en question et dont l'A.S.B.L. a grandement besoin. Ce projet doit-il être réalisé en respectant la législation sur les marchés publics ?

CASUS 05 : Dans le cadre d'un marché public de services lancé en appel d'offres par le Parlement flamand pour l'organisation de cours de langues française ou anglaise proposés aux députés flamands et à leurs collaborateurs, le cahier spécial des charges énonçait ce qui suit :

« Le présent marché est un marché à liste de prix [bordereau de prix]. Le soumissionnaire est donc tenu de mentionner dans l'inventaire (dont le modèle est repris à l'annexe D.2 du présent cahier spécial des charges) les prix unitaires des différentes prestations demandées ».

Lors de l'examen des offres, il est constaté que l'offre de la société ASSIMIL contient un inventaire lacunaire : aucun prix n'est mentionné pour le poste « *test linguistique préalable au cours de langue proposés aux collaborateurs des députés* ». La question se pose cependant de savoir si la société ASSIMIL n'entend pas par là proposer un prix égal à zéro euro pour ce poste.

Le pouvoir adjudicateur peut-il prendre cette offre en considération, sachant qu'en l'état, elle est celle qui propose le prix le plus bas ?

CASUS 06 : L'Etat fédéral a lancé une procédure d'appel d'offres restreint ayant pour objet la réalisation d'un audit de la consommation énergétique et de la sécurité d'un ensemble d'immeubles. Les critères d'attribution sont définis comme suit par le cahier spécial des charges :

« Le pouvoir adjudicateur examinera les offres au regard des éléments suivants :

- 1. le prix proposé pour l'ensemble des services demandés : 35 points ;*
- 2. la qualité et la précision de la méthodologie proposée : 35 points ;*
- 3. le délai de réalisation : 30 points ».*

Le cahier spécial des charges énonce que l'ensemble d'immeubles compte près de 40 unités. Il stipule en outre qu'« *Il ne sera admis aucune variante* ».

Le marché est finalement attribué à celui des trois soumissionnaires qui a obtenu la meilleure note globale à l'issue de l'évaluation des critères d'attribution. Toutefois, un des deux soumissionnaires évincés constate, en consultant le dossier administratif, que le prix remis par l'attributaire couvre seulement les 10 bâtiments « *les plus énergivores* » (selon l'offre), le reste des bâtiments faisant l'objet d'une « *proposition optionnelle de trente jours supplémentaires, pour un supplément de prix de 15.500 EUR hors T.V.A.* ». Dispose-t-elle là d'une information lui permettant de demander la suspension et l'annulation de la décision d'attribution ?

CASUS 07 : Dans le cadre d'un appel d'offres général relatif à un marché de services, le cahier spécial des charges énonce que :

« Documents à joindre : Les documents suivants font obligatoirement partie de la soumission : (i) une déclaration sur l'honneur signée, attestant que le soumissionnaire ne se trouve pas dans une des situations d'exclusion visée à l'article 43 de l'A.R. du 8 janvier 1996 ; (ii) l'offre détaillée et signée, avec la documentation requise en français ; (iii) le formulaire de liste de prix (ou tout document similaire) complété et

signé ».

Une société momentanée a remis un dossier de soumission. Celui-ci contient (i) une déclaration sur l'honneur signée par les deux associés de la société momentanée ; (ii) une offre détaillée non signée ; (iii) une liste de prix signée uniquement par un des deux associés. Toutes les pages du dossier sont paraphées par ce même associé. Cette soumission est-elle régulière ?

CASUS 08 : Le cahier spécial des charges applicable stipulait que la date limite pour le dépôt des offres était le 5 juillet 2010. Il énonce en outre que :

« - L'offre ne peut être établie ni envoyée par des moyens électroniques.

- L'offre est glissée sous pli définitivement scellé, portant l'indication de la date de la séance d'ouverture des offres, la référence au cahier spécial des charges et, éventuellement aux numéros des lots visés.

- En cas d'envoi par la poste sous pli recommandé ou ordinaire, ce pli scellé est glissé dans une seconde enveloppe fermée portant comme indication l'adresse indiquée ci-dessous et la mention « offre ».

- Les offres doivent être envoyées ou remise à l'adresse suivante : (...) »

Le 24 juin 2010, un soumissionnaire, la S.A. X, remit son offre en main propre au pouvoir adjudicateur, un agent délivrant à cette occasion à la S.A. X un récépissé signé et portant le cachet du pouvoir adjudicateur (une commune).

Le 5 juillet 2010, une séance d'ouverture publique des offres eut lieu.

Le 6 juillet 2010, la S.A. X adressa un courrier électronique au pouvoir adjudicateur pour s'excuser de n'avoir pu se faire représenter à l'ouverture des offres et pour demander la liste des prix proclamés lors de la séance d'ouverture des offres.

Ce n'est qu'alors que le pouvoir adjudicateur réalisa que l'offre de la S.A. X avait été malencontreusement oubliée dans le bureau de l'agent administratif en charge du dossier et n'avait pas été présentée à l'ouverture publique des offres du 5 juillet 2010.

Le 12 juillet 2010, le pouvoir adjudicateur décida de procéder à une nouvelle séance d'ouverture publique des offres et attribua le marché à la S.A. X.

Le pouvoir adjudicateur a rendu la décision suivante. Vous paraît-elle critiquable ?

« Considérant le procès-verbal de l'ouverture des soumissions opérée le 05/07/2010 pour les lots 1 et 2 ;

Vu l'offre de la S.A. X, déposée le 24/06/2010, soit largement dans les délais, mais malencontreusement oubliée dans le bureau de l'agent administratif lors de l'ouverture des offres du 05/07/2010 pour les lots 1 et 2 ;

Vu la décision du Collège communal du 12/07/2010 de procéder à une nouvelle séance d'ouverture des offres dans le but de remédier à l'erreur purement administrative en application de l'article 108 de l'A.R. du 08/01/1996 sur avis des Autorités de Tutelle ;

Considérant qu'une deuxième séance d'ouverture des offres a eu lieu, pour le lot 2, le 09/08/2010, à laquelle tous les soumissionnaires ont été invités à participer ;

Considérant qu'ont été à nouveau exposés, au cours de cette séance, les motifs pour lesquels l'Administration communale procédait à une nouvelle séance d'ouverture des

offres pour le lot 2 ;

Que ces motifs ont été actés dans le procès-verbal ;

Considérant que l'offre de la S.A. X ne figurait par sur le bureau du président de la séance lors de l'ouverture publique organisée le 05/07/2010 ;

Que, cependant, elle se trouvait, depuis le 24/06/2010, dans le bureau de l'agent administratif en charge du dossier, le récépissé délivré par [un autre agent de l'administration], en faisant foi ;

Que n'ayant pas été ouverte en séance du 05/07/2010, elle ne pouvait apparaître dans le procès-verbal établi à cette occasion ;

Qu'ayant été déposée en temps utile, conformément au cahier spécial des charges, cette offre devait être ouverte en présence de tous les soumissionnaires (ou du moins en les ayant tous convoqués) en application de l'article 108 de l'A.R. du 08/01/1996) ;

Que le délai de quatre jours (minimum) prévu à l'article 104 de l'A.R. du 08/01/1996 est parfaitement respecté, la soumission ayant été réceptionnée douze jours avant la séance ;

Que si l'utilisation du recommandé postal est prévue par la réglementation, le dépôt par porteur avec délivrance d'un récépissé par l'Administration n'est pas interdit ;

Que toutes les autres offres ont ainsi été reçues juste avant la séance d'ouverture, le jour même ;

Que le rejet des offres reçues tardivement s'explique aisément par le risque de collusion ou d'entente entre soumissionnaires et le risque d'une rupture de l'égalité de traitement entre ceux-ci ;

Qu'aucune remarque n'a été formulée par les soumissionnaires présents lors de cette deuxième séance ;

(...)

DECIDE :

- *de déclarer adjudicataire des travaux de chauffage, la S.A. X qui a remis l'offre régulière la plus basse pour le montant contrôlé de 542.364,29 € H.T.V.A. ou 656.260,79 € T.V.A.C. ».*

CASUS 09 : Les statuts de l'A.S.B.L. Caisse de Retraite de Députés précisent notamment ce qui suit :

« L'association a pour but, en dehors de tout but lucratif, toute activité se rapportant directement ou indirectement à l'organisation et à la gestion d'une caisse de retraite pour les anciens députés, membres du Gouvernement [¹], leurs époux survivants et leurs orphelins, ainsi que pour toutes les autres personnes qui en application du règlement de la caisse de retraite sont considérées comme bénéficiaires »

Dans le cadre de la réalisation de cet objet statutaire, l'A.S.B.L. dispose de fonds importants et

¹ D'un niveau de pouvoir en Belgique (Etat fédéral ou entité fédérée, peu importe ici).

doit les investir (placements boursiers, etc.) pour pérenniser les retraites des personnes précitées. La gestion administrative de cette A.S.B.L. est assurée par les services du Parlement concerné, mais l'A.S.B.L. envisage de confier la gestion de son portefeuille d'investissements à un gestionnaire externe et spécialisé (banque, assurance, etc.). Doit-elle se conformer à la réglementation sur les marchés publics ?

CASUS 10 : La Ville de X décide de lancer un marché public de travaux pour la reconstruction de la salle des fêtes. Le cahier spécial des charges prévoit une passation en adjudication publique pour les différents lots composant le marché. Trois soumissionnaires remettent une offre et proposent les prix suivants :

- la société A : 5.700.750 EUR (hors T.V.A.) ;
- la société B : 5.280.400 EUR (hors T.V.A.) ; et
- la société C : 6.220.100 EUR (hors T.V.A.).

Outre le prix précité remis pour l'offre de base, la société B. propose sous forme d'option libre des travaux complémentaires d'une valeur de 600.000 EUR (hors T.V.A.). L'examen de l'offre de B conduit le pouvoir adjudicateur à considérer que ces travaux sont nécessaires ; ils ne sont toutefois pas prévus dans le budget initial.

Le pouvoir adjudicateur vous consulte pour savoir comment classer les offres : faut-il ou non tenir compte de l'option libre proposée par la société B ?

CASUS 11 : Un pouvoir adjudicateur écarte l'offre d'un soumissionnaire pour le motif que son prix est anormal, sans avoir donné à ce dernier la possibilité de s'expliquer. Son attitude est-elle licite ?

CASUS 12 : Une intercommunale ayant adopté la forme d'une société coopérative à responsabilité limitée fournit des services d'assistance à la maîtrise d'ouvrage à celles de ses communes associés qui le désirent. Ce type de service consiste à conseiller le maître de l'ouvrage dans la préparation, la conclusion et l'exécution d'un contrat d'entreprise de construction. L'autorité de tutelle de ces différents pouvoirs publics, la Région wallonne, considère qu'une convention de services d'assistance à la maîtrise d'ouvrage conclue entre une intercommunale et une de ses communes associées remplit les conditions du « in house » et n'est donc pas un marché public. Le contrat de service conclu entre l'intercommunale précitée et la commune associée est donc passé sans appel à la concurrence. C'est dans l'optique d'un tel contrat que l'intercommunale est contactée par une de ses communes associées pour la construction d'une maison de repos. Celle-ci sera exploitée sous la supervision du C.P.A.S. de ladite commune. En cours de négociation concernant la convention de services d'assistance, les parties se demandent si le maître d'ouvrage supervisant les travaux ne devrait pas être le C.P.A.S. plutôt que la commune. Dans ce cas, la convention précitée serait uniquement conclue entre l'intercommunale et le C.P.A.S. Toutefois, ce dernier ne possède aucune part dans le capital de l'intercommunale et n'a donc pas lui-même qualité d'associé de la société coopérative. Le C.P.A.S. concerné peut-il conclure avec l'intercommunale la convention précitée en se prévalant d'une relation « in house » malgré tout ?

CASUS 13 : Une personne morale de droit public chargée de l'entretien des voies navigables intérieures lance un marché public de travaux relatif à la réfection d'un quai en bordure d'un fleuve. Le cahier spécial des charges stipule que la consolidation et le rehaussement du quai doivent être réalisés au moyen de pieux d'acier. Un soumissionnaire remet une offre proposant

un système différent de celui prévu par le cahier spécial des charges, à savoir l'ajout de pieux de béton supplémentaires à ceux qui existent déjà. Cette solution est sensiblement moins chère que celle envisagée par le pouvoir adjudicateur.

Cette offre peut-elle être prise en compte ? Envisagez le cas où le cahier spécial des charges interdit la remise de variantes, celui où il l'autorise et celui où il est muet sur la question.

CASUS 14 : Un pouvoir adjudicateur vous pose la question suivante :

« Dans le cadre d'un marché public de services d'hiver [= épandage de fondants chimiques et déneigement de routes, principalement], l'adjudicataire peut-il se prévaloir de l'article 16, § 2 du Cahier général des charges pour obtenir indemnisation d'un préjudice survenu suite au manque de neige pendant la durée du contrat ? »

Le préjudice étant pour la société la différence entre la quantité de services réellement commandée par l'administration vu les conditions météorologiques relativement douces et les quantités de services présumées mentionnées au contrat ».

Il vous a remis le cahier spécial des charges applicable. Celui-ci ne prévoit pas de quantités minimales de commandes garanties, mais précise que :

- « *Le marché de base comprend trois périodes hivernales* », chacune d'elle s'étendant du 15 octobre au 15 avril de l'année suivante – sous réserve de modification par le pouvoir adjudicateur « *si les circonstances climatiques l'exigent* » (art. I.A du C.S.Ch.) ;
- Le marché, « *[d]u point de vue de la détermination des prix, ... est un marché mixte sujet à commandes* » (art. I.A du C.S.Ch.). En effet, le cahier spécial des charges précise par ailleurs que « *Toutes les interventions sont à exécuter sur ordres verbaux du fonctionnaire dirigeant ou son délégué au responsable de la permanence et seules ces opérations seront portées en compte* » (art. 69.4 du C.S.Ch.). Il est même précisé à propos des interventions d'épandage avec préavis (uniquement) que « *Lorsque les conditions météorologiques évoluent de façon favorable et que l'épandage commandé perd son utilité, le fonctionnaire dirigeant peut annuler son ordre d'intervention* » (art. 69.4 lettre a) *in fine* du C.S.Ch.) ;
- Sous la rubrique « *Engin de manutention ou de chargement en inactivité en dépôt* », le cahier spécial des charges prévoit « *Il est octroyé, par engin une indemnité forfaitaire par journée complète d'inactivité considérée entre 0h00 et 24h00* » (art. 4, lettre e) des articles additionnels relatifs aux modalités d'exécution et aux paiements – Partie III du C.S.Ch.) ;
- « *L'offre de prix est établie sur base des quantités fixées au mètre à titre indicatif établies sur base d'un hiver de rigueur moyenne* » (art. 89 a) du CGC, tel que modifié par l'art. 2.C du C.S.Ch.).

CASUS 15 : Une disposition de droit national énonce que :

« En cas d'adjudication de travaux, le pouvoir adjudicateur évalue le caractère normal de toute offre présentant un rabais égal ou supérieur à la moyenne arithmétique des pourcentages de rabais de toutes les offres admises, à l'exclusion de 10 %, arrondis à l'unité supérieure, des offres présentant respectivement un rabais plus élevé ou moins »

élevé, augmentée de l'écart arithmétique moyen des pourcentages de rabais qui dépassent la moyenne précitée.

En ce qui concerne les seuls marchés publics de travaux d'une valeur inférieure au seuil prévu pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur procède à l'exclusion automatique des offres qui présentent un pourcentage de rabais égal ou supérieur au pourcentage établi conformément au premier alinéa du présent paragraphe. La procédure d'exclusion automatique ne s'applique pas lorsque le nombre des offres valides est inférieur à cinq ».

Le cahier spécial des charges applicable énonce que cette disposition ne sera pas appliquée, le marché devant être attribué sur la base du critère du rabais le plus important. Il s'agit d'un marché présentant un intérêt transfrontalier, mais dont la valeur estimée est inférieure au seuil prévu pour la publicité européenne. Le pouvoir adjudicateur se conforme à son cahier spécial des charges. Un soumissionnaire évincé proteste, estimant que la disposition précitée est une disposition impérative et impose en l'occurrence l'exclusion de l'offre de l'attributaire. Le droit européen peut-il venir au secours du pouvoir adjudicateur ?

*

*

*