

Webinar Marchés publics

Aperçu de la jurisprudence récente du Conseil d'État



Webinaire Marchés publics

Aperçu de la jurisprudence récente
Conseil d'État



MATHIEU THOMAS
mathieu.thomas@schoups.be



MELISSA OLIVOTTO
melissa.olivotto@schoups.be

29 avril 2021

Avec la collaboration de Karolien Van Butsel

SCHOUPS

APERÇU DE LA JURISPRUDENCE RÉCENTE DU CONSEIL D'ÉTAT

Conseil d'Etat

Marchés publics = phase de passation + phase d'exécution

Conseil d'État = contestation d'une décision adoptée pendant la phase de passation

Approche

Sur la base du déroulement d'une procédure de passation

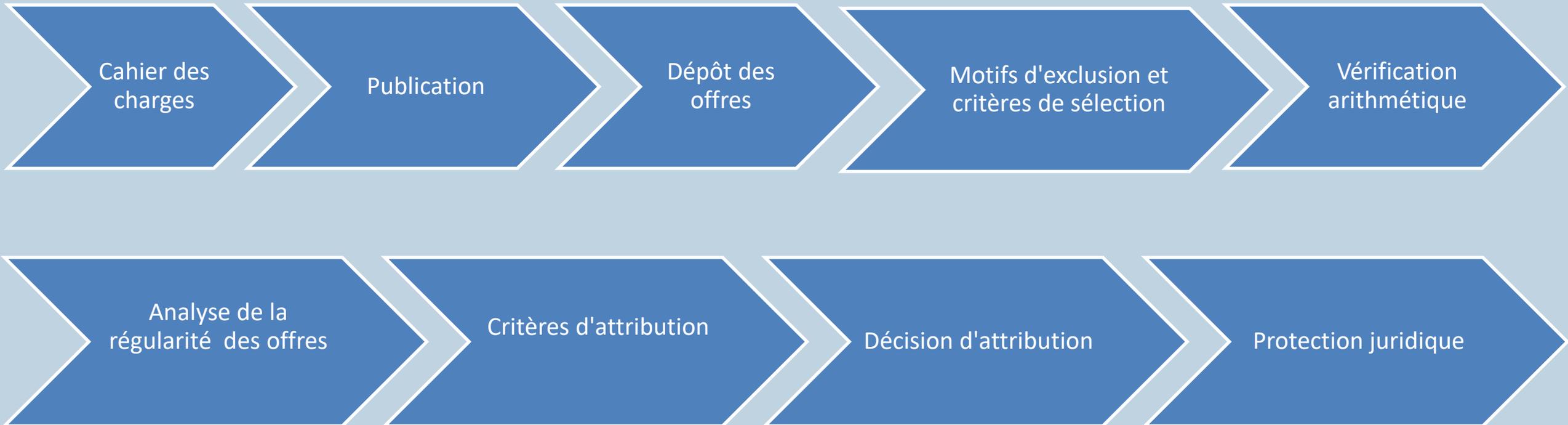
Discussion

- Faits et questions juridiques
- Décisions du Conseil d'État

Questions via la chatbox



DÉROULEMENT D'UNE PROCÉDURE DE PASSATION (PROCÉDURE EN UNE PHASE)





Cahier des charges

SCHOUPS

Cahier des charges

De quoi s'agit-il ?

= comprend les conditions relatives à la passation et l'exécution du marché

Quand contester ?

Immédiatement (décision d'approbation du cahier des charges) ou au moment de la décision d'attribution

→ Question en constante évolution

- Conseil d'État 9 janvier 2020, n° 246.569

- Conseil d'État 27 août 2020, n° 248.179

Principe

Principes de transparence et d'égalité (Conseil d'État, 1er octobre 2020, n° 248.419)

Cahier des charges

Contestation des irrégularités des documents contractuels dans le cadre d'une décision d'attribution (Conseil d'État 9 janvier 2020, n° 246.569)

1. Faits

- Contestation d'une décision d'attribution sur la base d'un critère d'attribution illégal
- Illégalité identifiée dans le premier moyen, mais non retenue - illégalité non identifiée dans le troisième moyen.

2. Évaluation

- Immédiatement contestable - décision d'établir un cahier des charges ou une clause du cahier des charges
 - = décision préparatoire à la décision d'attribution
 - = "décision préliminaire" car effet juridique final pour le soumissionnaire
- Jurisprudence "Labonorm"

Les irrégularités dans le cahier des charges peuvent être contestées de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure de passation de marchés publics.

→ justifier le recours contre la décision d'attribution : invoquer l'illégalité du cahier des charges même si celui-ci n'est pas contesté

Cahier des charges

Contestation des irrégularités des documents contractuels dans le cadre d'une décision d'attribution (Conseil d'État 9 janvier 2020, n° 246.569)

2. Évaluation

- Jurisprudence Neorec
éventuellement différent si le cahier des charges exige du soumissionnaire qu'il informe le pouvoir adjudicateur de *toute objection juridique directement visible* et que le soumissionnaire ne l'a pas fait.

 - Cahier des charges prévoit en l'espèce :
 - Dépôt d'une offre = acceptation inconditionnelle du contenu du cahier des charges
 - Objections à notifier par écrit
- ≠ empêche le recours à des illégalités du cahier des charges qu'ils auraient dû signaler et contester en temps utile
- Il ne revient pas au PA de refuser a priori aux soumissionnaires l'accès au tribunal avec certaines critiques
 - Aucune base juridique pour inclure dans le cahier des charges une disposition régissant la procédure et le contenu de l'accès à la justice
 - Entrave fondamentalement l'accès à la justice

Cahier des charges

Contestation des irrégularités des documents contractuels dans le cadre d'une décision d'attribution (Conseil d'État 9 janvier 2020, n° 246.569)

2. Évaluation

- La non-acceptation par le PA de l'illégalité du cahier des charges signalée par le soumissionnaire n'oblige pas ce dernier à contester immédiatement le cahier des charges (pas de perte d'intérêt si le PA ne tient pas compte de la contestation)
- Le PA estime que le soumissionnaire n'aurait pas agi avec diligence ou aurait été négligent en ne s'opposant pas immédiatement - éventuellement en justice - à l'absence d'un critère de prix jugé obligatoire
 - = pas de contestation de l'illégalité immédiatement visible
 - La critique est largement contestée – pas de nature telle qu'il était pour le soumissionnaire à ce point évident qu'il pourrait lui être reproché de ne pas avoir saisi immédiatement le PA ou le juge

→ les deux moyens sont recevables

Cahier des charges

Contestation des irrégularités des documents contractuels dans le cadre d'une décision d'attribution (Conseil d'État 27 août 2020, n° 248.179)

1. Faits

- Contestation de la décision relative à une irrégularité substantielle : demande de participation basée sur une disposition illégale du guide de sélection
- Directive de sélection : consortium composé d'au moins un expert reconnu en assainissement des sols
- Rapport de sélection : irrégularité substantielle car l'expert reconnu en assainissement des sols ne fait pas partie du consortium mais est un sous-traitant

2. Évaluation

- Jurisprudence Labonorm :

Les irrégularités du cahier des charges (directives de sélection) peuvent être invoquées contre des décisions ultérieures dans le cadre d'une procédure de passation de marché sans obligation légale d'introduire d'abord un recours distinct contre les clauses du cahier des charges/directives de sélection.

Cahier des charges

Contestation des irrégularités des documents contractuels dans le cadre d'une décision d'attribution (Conseil d'État 27 août 2020, n° 248.179)

2. Évaluation

- Le PA ne peut pas limiter le droit d'accès au tribunal (Constitution, lois coordonnées sur le Conseil d'État, loi-recours) en prévoyant l'obligation d'introduire un recours immédiatement.
 - Le Conseil d'État est seul juge de l'irrecevabilité et n'est pas tenu par le guide de sélection (dépôt de la demande de participation ou absence d'objection = acceptation de l'illégalité (claire ou non) du guide de sélection)
- La demande est recevable

Cahier des charges

Principes de transparence et d'égalité de traitement - Montant maximal (Conseil d'État, 7 décembre 2020, n° 249.165)

1. Faits

- D&B (procédure concurrentielle avec négociation) : budget maximum de 4,7 millions d'euros - ne figure pas dans le cahier des charges (mentionné dans le cadre des questions-réponses)
- Candidat sélectionné : 270.000 euros au-dessus du budget de 4,7 millions d'euros
- Cahier des charges prévoyait un budget « indicatif » de 3,6 millions d'euros, puis a été modifié en prévoyant un budget « maximal » de 4,7 millions d'euros
- Tant l'étendue (3,6 millions à 4,7 millions) que la nature (indicatif à maximal) du budget a été modifiée

2. Évaluation

- Principes de transparence et d'égalité
"L'égalité et la transparence qui sous-tendent la passation des marchés publics supposent que les personnes souhaitant être prises en considération pour l'attribution du marché doivent savoir à l'avance ce qu'elles doivent faire ou s'abstenir de faire pour y parvenir, et doivent donc être en mesure de prendre en compte toutes les informations jugées cruciales par le pouvoir adjudicateur lors de l'élaboration de leur offre." (traduction libre)
- Budget maximal = donnée essentielle
→ Clarté à l'avance - tenir compte de la formulation de la BAFO
- Incertitude sur l'indicatif ou le maximum = BAFO non comparables
→ Violation des principes d'égalité et de transparence



Motifs d'exclusion et
critères de sélection

SCHOUPS

Motifs d'exclusion et critères de sélection

De quoi s'agit-il?

- Fiabilité du candidat / soumissionnaire (= critères d'exclusion)
- Aptitude du candidat / soumissionnaire (= critères de sélection)

= l'entrepreneur

"Je peux prendre part à la procédure de passation"



Motifs d'exclusion et critères de sélection

Arrêts du Conseil d'État et de la CJUE

Motifs d'exclusion

- Mesures correctrices (Conseil d'Etat 7 mai 2019, n° 244.404, CJUE 14 janvier 2021, C-387/19)
 - = mesures permettant de démontrer la fiabilité malgré la présence d'un motif d'exclusion

Critères de sélection

- Interprétation du critère de sélection (Conseil d'État, 10 décembre 2020, n° 249.180)
- Critère de sélection - niveau approprié (Conseil d'État 4 février 2020, n° 246.940)
- Motivation de l'enquête sur la sélection (Conseil d'État 3 juillet 2020, n° 247.996)

Motifs d'exclusion et critères de sélection

Mesures correctrices (Conseil d'État, 7 mai 2019, n° 244.404 + CJUE 14 janvier 2021, C-387/19)



1. Faits & questions juridiques

- Exclusion fondée sur le motif facultatif de la "faute professionnelle grave".
- Le soumissionnaire n'est pas entendu au préalable et estime que le PA a commis une faute en ne lui permettant pas de s'expliquer
- L'ancienne législation s'applique
- Nouvelle législation (art. 70 Loi de 2016 relative aux marchés publics) : preuve « d'initiative » des mesures correctrices

Question préjudicielle soumise à la Cour de justice :

La directive 2014/24/UE doit-elle être interprétée "en ce sens qu'elle s'oppose à une application qui impose à l'opérateur économique de fournir, de sa propre initiative, la preuve des mesures prises par lui pour démontrer sa fiabilité ?"

Motifs d'exclusion et critères de sélection

Mesures correctrices (Conseil d'État 7 mai 2019, n° 244.404 & Cour de justice 14 janvier 2021, C-387/19)

2. Évaluation par la Cour de justice

- Interprétation de l'article 57, paragraphe 6, de la directive 2014/24/UE (pas l'article 70 de la loi sur les marchés publics).
« Tout opérateur économique se trouvant dans l'une des situations visées aux paragraphes 1 et 4 peut prouver que les mesures prises par lui sont suffisantes pour démontrer sa fiabilité malgré le motif d'exclusion applicable. Si ces preuves sont jugées suffisantes, l'opérateur économique concerné n'est pas exclu de la procédure de passation de marché. »
- Question clé : *« peut-on exiger de l'opérateur économique qu'il apporte la preuve des mesures correctrices de sa propre initiative lors du dépôt de son offre? »*
- La directive prévoit cette possibilité, mais ne précise pas comment ni à quel stade les preuves peuvent être apportées.
→ L'article transposé permet aux États membres de déterminer les conditions de procédure
- Conditions de procédure limitées par :
 - Principes de passation des marchés : égalité de traitement, transparence et proportionnalité
 - Principe du respect des droits de la défense (droit d'être entendu - lorsque l'autorité administrative envisage de prendre une décision faisant grief à une personne = décision d'exclusion).

Motifs d'exclusion et critères de sélection

Mesures correctrices (Conseil d'État 7 mai 2019, n° 244.404 & Cour de justice 14 janvier 2021, C-387/19)

2. Évaluation par la Cour de justice

- Principes d'égalité de traitement et de transparence

= Si un Etat membre prévoit qu'un soumissionnaire ne peut fournir les preuves des mesures correctrices prises qu'au stade du dépôt de son offre ou de sa demande de participation, sans possibilité d'apporter lesdites preuves à un stade ultérieur de la procédure de passation, le soumissionnaire doit être informé à l'avance de manière claire, précise et sans ambiguïté de son obligation de fournir des preuves de sa propre initiative :

- Directement sur base des documents du marché
- Référence à la législation nationale pertinente dans les documents du marché

- Principe du respect des droits de la défense

= droit d'être entendu - faire connaître son point de vue de manière utile et efficace

-> nécessite de connaître les motifs d'exclusion qui peuvent être invoqués par le pouvoir adjudicateur (!)

Motifs d'exclusion et critères de sélection

Mesures correctrices (Conseil d'État 7 mai 2019, n° 244.404 & Cour de justice 14 janvier 2021, C-387/19)

2. Évaluation par la Cour de justice

- Proportionnalité

- L'obligation de communiquer d'initiative les mesures correctrices prises ne forme pas un obstacle déraisonnable au règlement desdites mesures correctrices
- L'obligation doit être imposée dans le respect des principes des marchés publics et du droit d'être entendu

➔ Conclusion de la Cour de justice : l'art. 57, §6 de la Directive s'oppose à ce qu'un soumissionnaire soit obligé de prouver les mesures correctrices qu'il a prises, au stade du dépôt de son offre ou de sa demande de participation, malgré l'existence du motif facultatif d'exclusion prévu au §4, si la réglementation nationale ne prévoit pas une telle obligation.

- Attention !

- Un soumissionnaire diligent doit fournir des preuves s'il est très clair qu'il se trouve dans une situation d'exclusion.
- Le pouvoir adjudicateur qui fait preuve de diligence à l'égard d'un soumissionnaire l'interroge et ne l'exclut pas automatiquement du marché.

Motifs d'exclusion et critères de sélection

Interprétation du critère de sélection (Conseil d'État 10 décembre 2020, n° 249.180)

1. Faits et questions juridiques

- Accord-cadre pour le transport et la transformation de bois de qualité B
- Critères de sélection : 3 références avec un niveau de "*minimum 10.000 tonnes par an*".
- Non sélection du candidat car le PA ne pouvait pas déterminer avec certitude que les références présentées concernaient bien les déchets de bois (les références avaient trait à un flux de déchets mixtes)



Le PA a-t-il ajouté une condition en exigeant que les références portent exclusivement sur le bois ?

Violation du principe *patere legem quam ipse fecisti* ?

Motifs d'exclusion et critères de sélection

Interprétation du critère de sélection (Conseil d'État 10 décembre 2020, n° 249.180)

2. Évaluation

- Principe sous-jacent : *"Un pouvoir adjudicateur peut exiger que les opérateurs économiques aient un degré d'expérience suffisant, démontré par des références appropriées concernant des marchés exécutés dans le passé"*
- Expliquer à la lumière de l'objectif, à savoir la vérification de la capacité technique et professionnelle à exécuter le marché en question :
 - Un autre critère de sélection renvoie au bois
 - la quantité concernée correspond à la quantité de déchets de bois communiquée de manière informative en relation avec l'objet du contrat
 - description du marché : "bois"

Motifs d'exclusion et critères de sélection

Interprétation du critère de sélection (Conseil d'État 10 décembre 2020, n° 249.180)

2. Évaluation

- Transparence du critère de sélection : les soumissionnaires ont pu interpréter correctement l'exigence de sélection
 - Autre soumissionnaire : interprété comme "bois"
 - Aucune question posée au pouvoir adjudicateur

Aucune exigence ajoutée au Cahier des charges

Motifs d'exclusion et critères de sélection

Critère de sélection - niveau approprié (Conseil d'État 4 février 2020, n° 246.940)

1. Faits & question de droit

- Tous les critères de sélection qualitative ne sont pas liés à un niveau approprié

2. Évaluation

- Aucun problème si les exigences de sélection peuvent être interprétées :
 - Déterminer le niveau approprié du critère de sélection à partir de la description détaillée et précise du contrat dans le cahier des charges - connaissance de l'objet et de la portée exacts du contrat (aucune possibilité d'interprétation arbitraire).
 - Requérant = fournisseur de services actuel : impact sur l'évaluation de la clarté



Correction des
offres

SCHOUPS

Correction des offres

De quoi s'agit-il ?

- Rectifier les offres
 - Erreurs arithmétiques
 - Erreurs purement matérielles
- > vérifier l'intention réelle
- Le pouvoir adjudicateur n'est pas responsable des erreurs non détectées dans les offres
- Avant la vérification des prix ou des coûts : aptitude du candidat / soumissionnaire (= critères de sélection)



Arrêts du Conseil d'État

- Conseil d'État 28 décembre 2020, n° 249.339
- Conseil d'État 18 février 2020, n° 247.079

Arrêt Conseil d'Etat (Conseil d'État 28 décembre 2020, n° 249.339)

1. Faits et question de droit

- "Clarification des prix (...) conformément à l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 (...)".
- Soumissionnaire :
- erreur purement matérielle -> prix/pièce au lieu de prix/mètre & demande de conversion (diviser par 3,5)
 - référence à d'autres cahier des charges prix/pièce
- Décision : irrégularité substantielle

2. Évaluation

2.1. Analyse arithmétique

La clarification des prix en vue d'améliorer les offres nécessite : la détection d'une erreur de calcul ou d'une erreur purement matérielle + une intention réelle suffisamment claire

Arrêt Conseil d'Etat (Conseil d'État, 28 décembre 2020, n° 249.339)

2. Évaluation

- Clarification des prix dans le cadre de l'article 35 AR Passation = vérification des prix ≠ vérification arithmétique
→ La vérification arithmétique précède la vérification du prix
- Il ressort du rapport d'attribution que le PA n'a pas détecté d'erreur arithmétique ou d'erreur purement matérielle
→ Par conséquent, aucune raison motivée n'est donnée pour expliquer l'absence d'erreur purement matérielle.
- Erreur purement matérielle = erreur ou faute commise dans les opérations matérielles liées à l'élaboration d'une offre, telles que la rédaction, le remplissage et la transmission des données chiffrées - peu de discussions
- Correction d'une erreur matérielle détectée = modification essentielle de l'offre (prix) -> interprétation stricte
- S'agit-il d'une erreur de calcul ou d'une erreur purement matérielle ? = pouvoir discrétionnaire du PA
 - Diligence et caractère raisonnable
 - Repose sur des motifs acceptables

Arrêt Conseil d'État (Conseil d'État 28 décembre 2020, n° 249.339)

2. Évaluation

- Le PA n'a pas été négligent ou déraisonnable en ne considérant pas cela comme une erreur purement matérielle :
 - les Cahiers des charges précédents ne le démontrent pas
 - Il revient en premier lieu au soumissionnaire d'établir correctement son offre
 - Conversion pas évidente – contesté que cela n'implique pas de nouveau prix

2.2. Irrégularité

Le prix de l'offre diffère de la fixation des prix indiquée dans le Cahier des charges.

- Prix = élément essentiel de l'offre - surtout lorsque le prix est le seul critère d'attribution.
- Ajustement (conversion) = modification de l'offre

= irrégularité substantielle

Arrêt du Conseil d'État (Conseil d'État 18 février 2020, n° 247.079)

1. Faits

Vérification arithmétique : constat d'une erreur matérielle - inversion de prix unitaires entre deux postes

- comparaison des deux prix unitaires et des autres soumissionnaires
- justification du prix

2. Évaluation

- S'agit-il d'une erreur de calcul ou d'une erreur purement matérielle ? = pouvoir discrétionnaire du PA
- Erreur purement matérielle = erreur ou faute commise dans les opérations matérielles liées à l'établissement d'une offre, telles que la rédaction, le remplissage et le transfert des données chiffrées – peu de discussion.

Arrêt du Conseil d'État (Conseil d'État 18 février 2020, n° 247.079)

2. Évaluation

- L'erreur matérielle peut en effet être déduite des éléments suivants (application de l'art. 34, § 2, al. 2 AR Passation)
 - Lecture globale de l'offre
 - Comparaison avec d'autres soumissionnaires
- Analyse des prix ≠ vérification arithmétique
 - La vérification arithmétique (correction des offres) précède l'évaluation des prix MAIS l'évaluation des prix peut confirmer une erreur matérielle qui a été constatée

Arrêt du Conseil d'État (Conseil d'État 14 janvier 2021, n°249.494)

1. Faits

- Répartition des tâches entre le soumissionnaire et son sous-traitant : 20% / 80%
- Le PA interroge le soumissionnaire, qui lui indique qu'en complétant son offre, il a inversé ce rapport, car en réalité le sous-traitant n'allait exécuter que 20% du marché
- L'offre du soumissionnaire est corrigée par le PA

2. Évaluation

“Eu égard aux circonstances de l'espèce, il semble que le pouvoir adjudicateur a pu considérer, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, que la mention figurant dans le formulaire d'offre constituait une erreur matérielle qui pouvait donc être corrigée. La circonstance que cette erreur est apparue à l'occasion d'une demande d'explication adressée au soumissionnaire s'avère indifférente à cet égard.”



TECHNICAL BREAK

SCHOUPS



Vérification de la
régularité des
offres

SCHOUPS

Vérification de la régularité des offres



De quoi s'agit-il?

- Contrôle obligatoire de l'offre (forme et contenu)
 - Vérification des prix
 - Différence entre les irrégularités substantielles et non substantielles
 - Irrégularités non substantielles = l'offre n'est pas déclarée nulle
 - Irrégularité substantielle ou plusieurs irrégularités non substantielles qui deviennent substantielles en raison de leur cumul/combinaison :
 - Procédure ouverte (1), procédure restreinte (2) et offres finales dans les procédures permettant une négociation pour les marchés européens (3)
- Offre = nulle

Vérification de la régularité des offres

De quoi s'agit-il?

- Procédures permettant une négociation pour les marchés européens - offres non finales
 - Plusieurs irrégularités non substantielles devenant substantielles en raison de leur cumul/combinaison: PA offre la possibilité de régulariser avant négociations
 - Irrégularité substantielle : nulle, sauf si une régularisation préalable aux négociations est prévue dans les documents du marché (sauf pour les irrégularités qui, selon les documents du marché, ne peuvent pas faire l'objet d'une régularisation)
- Procédures permettant une négociation pour les marchés non-européens
 - Choix du pouvoir adjudicateur : soit déclarer l'offre nulle, soit faire régulariser l'offre

Vérification de la régularité des offres

Arrêts du Conseil d'Etat

- Analyse des prix (Conseil d'État 18 juin 2020, n° 247.827 ; Conseil d'État 10 décembre 2019, n° 246.363, Conseil d'État 25 février 2020, n°247.143 et Conseil d'Etat, 21 février 2020, n° 247.119)
- Documents à communiquer obligatoirement (Conseil d'État 29 septembre 2020, n° 248.383)
- "Minimal" (Conseil d'État 20 janvier 2021, n° 249.530) versus "au moins" (Conseil d'État 14 juillet 2020, n° 248.055).
- Engagement incertain (Conseil d'État 7 octobre 2020, n° 248.501)
- Motivation de la décision d'attribution (Conseil d'Etat 6 octobre 2020, n° 248.484, Conseil d'Etat 3 juillet 2020, n° 247.997 et Conseil d'Etat 16 janvier 2020, n° 246.665).

Vérification de la régularité des offres



A. Vérification des prix - Conseil d'État 10 décembre 2019, n° 246.363

1. Faits et questions juridiques

1. Marché public secteurs classiques

- "*Seulement des prix anormalement bas*" dans le rapport d'attribution - pas de vérification ou d'examen supplémentaire sur les prix dans le dossier administratif

2. Évaluation

- Prix apparemment anormal --> vérification des prix obligatoire
 - Ne semble pas anormal
 - Pas d'obligation de motivation pourquoi le prix proposé ne présente aucun caractère anormal
 - Doit toutefois ressortir du dossier administratif que le PA a bien concrètement procédé à la vérification des prix
- > Intérêt du soumissionnaire évincé au grief car un pouvoir adjudicateur qui ne procède pas au contrôle des prix ne peut attribuer le marché

Vérification de la régularité des offres

B. Vérification des prix - Conseil d'État 18 juin 2020, n° 247.827

1. Faits et questions juridiques

- Marché public secteurs spéciaux
- Prix apparemment anormaux - pas de justification des prix - accepté sur la base d'une argumentation propre du pouvoir adjudicateur

2. Évaluation

- Distinction entre les analyses générales sur des prix ou des coûts (toujours) et les vérifications spécifiques des prix anormaux (s'il ressort d'une vérification générale que les prix semblent anormaux).
- Manifestement anormal -> obligation d'interroger le soumissionnaire sur le prix avec justification écrite.
- Même si le PA est d'avis que l'offre ne doit pas être considérée comme irrégulière et ne doit dès lors pas être écartée -> ne peut se justifier par des "*arguments propres*" qu'après qu'un examen ait eu lieu

Vérification de la régularité des offres

C. Vérification des prix - Conseil d'État 25 février 2020, n° 247.143

1. Faits

- Marché public secteurs classiques - "nouvelle" législation
- Justification du prix + acceptation : connaissance préalable du contrat en cours - expérience propre du pouvoir adjudicateur issue d'une collaboration antérieure

2. Évaluation

- Acceptation de la justification du prix = large marge d'appréciation
- Peuvent être inclus dans l'évaluation de la justification du prix :
 - Informations non fournies par le soumissionnaire
 - Motifs issus des propres investigations du pouvoir adjudicateur

Vérification de la régularité des offres

C. Vérification des prix – Conseil d'État 25 février 2020, n° 247.143

2. Évaluation

- Peuvent être inclus dans l'évaluation de la justification du prix (suite) :
 - Certificats de bonne exécution de marchés similaires pour d'autres pouvoirs adjudicateurs (élément rassurant quant à la normalité des prix).
 - Informations provenant de l'expérience propre du pouvoir adjudicateur provenant d'une collaboration antérieure dans le cadre d'un projet global
 - Démontrer l'impact favorable spécifique de l'expérience antérieure du soumissionnaire sur son prix pour le marché actuel
 - p. ex. expertise technique et expérience professionnelle élevées - bonne connaissance des conditions de travail, connaissance approfondie du terrain, connaissance approfondie des exigences du cahier des charges

Vérification de la régularité des offres

D. Vérification des prix - Conseil d'État 21 février 2020, n° 247.119

1. Faits

- Coordinateur-projet a indiqué qu'il faudra interroger l'attributaire lors de la réunion préparatoires des travaux pour s'assurer qu'il mettra en œuvre les mesures exigées par les plans de sécurité et de santé
- Soumissionnaire évincé reproche au PA de ne pas avoir interrogé l'attributaire sur ses prix apparemment anormaux concernant les moyens financiers prévus pour la sécurité et la santé

2. Évaluation

- Moyens financiers consacrés au respect des mesures de sécurité et de santé ne sont pas soumis aux règles relatives à la vérification des prix
- Coûts générés par les mesures résultant de l'application du plan de sécurité et de santé sont en principe inclus dans les prix (art.32 AR Passation)
- PA a analysé les prix de l'offre et n'a pas considéré que les prix étaient anormaux --> décision d'attribution non censurée

Vérification de la régularité des offres

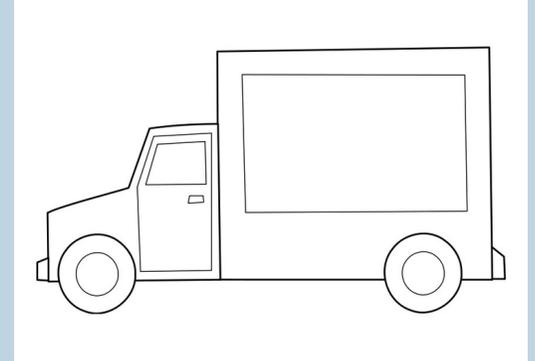
E. Documents à ajouter – Conseil d'État 29 septembre 2020, n° 248.383

1. Faits

- Cahier des charges exige de joindre à l'offre un permis de transport
- Offre substantiellement irrégulière en raison de l'absence du permis

2. Évaluation

- Point de départ : le Cahier des charges qualifie lui-même ou non l'exigence de substantielle :
 - Le PA évalue
 - Principes de transparence et d'égalité
 - Pas à peine de nullité ≠ preuve que l'obligation ne peut pas être considérée comme une exigence essentielle des documents du marché



Vérification de la régularité des offres

E. Documents à ajouter – Conseil d'Etat 29 septembre 2020, n° 248.383

2. Évaluation

- Cahier des charges détermine comme "*documents à joindre*" : permis de transport
 - Non joint de sorte que le PA pouvait déclarer cette omission comme une irrégularité substantielle
- Demander le permis de transport? = possibilité ≠ obligation
 - Pas de demande, pas de motivation expresse
- Obtention d'informations écrites de nature technique ou financière ≠ obligation de demander les documents manquants de la même manière
- Attention : certains documents ne peuvent pas être demandés :
 - aucune modification d'un élément essentiel de l'offre
 - principe d'égalité et de transparence

Vérification de la régularité des offres

F. "minimal" (Conseil d'État 20 janvier 2021, n° 249 530)

1. Faits

- Procédure négociée directe avec publication préalable - marché non-européen
- Spécifications techniques - description du filtre à eau pour une fontaine à eau : « *le filtre (actif) assure une filtration "minimale" des impuretés/sédiments à partir de 0,5 micron* »
- Décision d'attribution : " *aucune irrégularité constatée. Les offres sont régulières*"
 - Le requérant conteste la régularité des autres offres sur la base de sa connaissance du marché
 - Le PA reconnaît la dérogation et déclare que l'exigence relative à la taille des pores du filtre (0,5 micron) s'est avérée trop stricte pour répondre à l'utilisation d'un environnement de bureau.
 - BAFO demandées même s'il avait été dérogé à l'exigence reprise dans le Cahier des charges (créant l'impression que cela était autorisé).

2. Évaluation

- Point de départ = définition de l'exigence : « minimale » + soulignée par l'utilisation d'une ligne sous le mot
→ Soutient l'interprétation de la partie requérante selon laquelle il s'agit d'une exigence minimale.



Vérification de la régularité des offres

F. "minimal" (Conseil d'État 20 janvier 2021, n° 249 530)

2. Évaluation

- Article 76, § 5 AR Passation: « *Le pouvoir adjudicateur décide soit de déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, soit de faire régulariser cette irrégularité.* »
- Violation de l'obligation formelle de motivation :
 - Fournir une explication suffisante de la raison pour laquelle l'exigence substantielle ne pose pas de problème.
- Violation de l'obligation substantielle de motivation :
 - en ne supposant pas que l'exigence est substantielle (motifs inadéquats)

Vérification de la régularité des offres

F. "minimal" (Conseil d'État 20 janvier 2021, n° 249 530)

2. Évaluation

- Violation de l'égalité de traitement :

→ Les changements d'idées en fonction des besoins n'ont pas été communiqués en temps utile et de manière égale à tous les soumissionnaires (seulement implicitement en demandant une BAFO aux soumissionnaires dont les offres ne répondaient pas à l'exigence) :

- Confiance versus incomparabilité des offres et impact des offres de prix
- Distorsion de concurrence (= critère de l'irrégularité substantielle) : la confiance ne prévaut pas

Vérification de la régularité des offres



G. " au moins " (Conseil d'État 14 juillet 2020, n° 248.055)

1. Faits

- Procédure négociée directe avec publication préalable - contrat non européen
- Spécifications techniques : "*programme de besoins (...) un grand parking (...) pour au moins 100 voitures*".
- Décision d'attribution : "*96 places de stationnement, soit un peu moins que ce qui était demandé. Toutefois, cela n'est pas considéré comme une irrégularité substantielle*".

2. Évaluation

- Point de départ = il revient en premier lieu au PA de déterminer et d'interpréter les spécifications techniques dans les documents du marché.
- La spécification technique est-elle essentielle ?
réponse *in concreto* - à la lumière du dossier

Vérification de la régularité des offres

G. "Au moins" (Conseil d'État 14 juillet 2020, n° 248.055)

2. Évaluation

- Les limites de la marge discrétionnaire n'ont pas été dépassées – pas d'exigence essentielle en ce sens que 4 places de parking de moins devrait être considéré comme une irrégularité substantielle :
 - Exigence du Cahier des charges:
 - Non imposé à peine de nullité
 - Pas explicitement identifié comme une exigence essentielle
 - Écart = 4 % - "*légèrement inférieur à ce qui est demandé*"
 - Aucune preuve :
 - ≠ avantage concurrentiel
 - Cela ne rend pas plausible le fait que le PA aurait conçu son projet différemment
- Critique de l'arrêt : pour qualifier une non-conformité d'irrégularité substantielle ou d'irrégularité non substantielle, travail de qualification juridique ≠ pouvoir discrétionnaire d'appréciation qui permet au PA de choisir, entre plusieurs solutions légalement admissibles et dans les limites de la loi, celle qu'il juge opportune

Vérification de la régularité des offres



H. Engagement incertain (Conseil d'État 7 octobre 2020, n° 248.501)

1. Faits

- Contrat-cadre pour la fourniture de matériaux de construction - inventaire avec 230 postes
- Correction de l'offre (impact très limité : 853,30 € sur 459 842,10 €) : le soumissionnaire retenu donne des dimensions différentes pour 14 postes.
"ces écarts sont non essentiels. Afin de maintenir la comparabilité des offres soumises, ces éléments ont été recalculés"
- Offre du requérant substantiellement irrégulière : pas de réserve autorisée
"L'entreprise de matériaux de construction De Rocker nv fait une remarque sur l'article 36 "sable du Rhin 0/2", avec une quantité prévue de 56.000 kg. L'entreprise fait ainsi remarquer qu'il doit y avoir un achat minimum de 10 tonnes. Cependant, étant donné que le cahier des charges indique que la quantité attendue est en kilogrammes et que le prix indiqué doit être indépendant de la quantité achetée, l'administration ne peut que conclure que l'entreprise effectue ici une réserve interdite [...]. Le pouvoir adjudicateur devrait également pouvoir effectuer des achats de quantités inférieures à 10 000 kg par commande s'il le souhaite."

Vérification de la régularité des offres

H. Engagement incertain (Conseil d'État 7 octobre 2020, n° 248.501)

2. Évaluation

Offre du demandeur = substantiellement irrégulière

- Achat minimum de 10 tonnes = irrégularité substantielle
 - En cas d'achat moins important : administrations contraintes de ne pas acheter en gros (par 25 kg/40kg/1500kg)
 - Si moins de 10.000 kg en vrac : prix flou = incertain
- = imposer des conditions générales, l'engagement n'est à tout le moins pas clair
- Sans importance si la réserve ne concerne qu'une petite partie du marché -> il suffit que l'engagement soit incertain - pas de marge en fonction de la part d'incertitude dans la totalité du marché

Vérification de la régularité des offres

H. Engagement incertain (Conseil d'État 7 octobre 2020, n° 248.501)

2. Évaluation

Offre du soumissionnaire = substantiellement irrégulière

- L'offre s'écarte sans équivoque des documents du marché et contient des irrégularités : dimensions
- Évaluation ou comparaison avec d'autres offres impossible = offre substantiellement irrégulière
→ Le rapport d'attribution mentionne que les dimensions différentes affectent la comparaison
- Motivation à tout le moins contradictoire :
→ dérogation "non essentielle" ⇔ amélioration et recalcul nécessaires pour la comparaison
- Recalcul impossible : le PA n'est pas en mesure de déterminer le prix correct de l'offre à la place du soumissionnaire
- Conditions ajoutées qui s'écartent des spécifications et rendent incertaine la possibilité d'exécuter le marché dans les conditions prévues

Vérification de la régularité des offres

I. Obligation de motivation dans le cadre de la vérification de régularité (Conseil d'État 6 octobre 2020, n° 248.484, Conseil d'État 3 juillet 2020, n° 247.997 et Conseil d'État 16 janvier 2020, n° 246.665).

1. Évaluation

- Motivation si pas de problème particulier suite à la vérification de la régularité
 - Ne pas reproduire intégralement l'examen de régularité
 - Il ressort clairement de la décision - ou il peut à tout le moins l'être déduit – qu'il a été tenu compte de la régularité pour la décision d'attribution -> trace dans le dossier administratif
 - Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de motiver en détail pour chaque aspect possible de la régularité de l'offre toutes les raisons positives pour lesquelles l'offre n'est pas irrégulière
 - Art. 5, 8° Loi "recours" : noms des soumissionnaires irréguliers + motifs juridiques et factuels de leur exclusion



Critères
d'attribution

SCHOUPS

Critères d'attribution

De quoi s'agit-il?

Évaluation des offres sur la base de critères d'attribution : critères établis à l'avance sur la base desquels l'offre économiquement la plus avantageuse est sélectionnée

Évaluation des offres (↔ motifs d'exclusion et critères de sélection : entrepreneur)

“Mon offre est la meilleure”

Critères d'attribution

Arrêts du Conseil d'État

- Comment évaluer le critère d'attribution ? (Conseil d'État, 28 mai 2020, n° 247.662)
- Éléments d'évaluation ⇔ sous-critères d'attribution (Conseil d'État 14 décembre 2020, n° 249.215)
- Méthode d'évaluation (Conseil d'Etat 14 janvier 2020, n° 246.617)

Critères d'attribution

A. Comment évaluer le critère d'attribution ? (Conseil d'État, 28 mai 2020, n° 247.662)

1. Faits

- Cahier des charges prévoit 3 critères d'attribution : (i) prix, (ii) service et qualité du service et (iii) partenariat et orientation client
- Évaluation : les deux critères d'attribution qualitatifs sont équivalents - l'attribution est basée sur le prix

2. Évaluation

- Point de départ : lié par le cahier des charges - tous les critères sont testés et évalués dans la pratique
- Vérification de la conformité aux exigences du Cahier des charges - pas d'évaluation substantielle par la suite
- Une évaluation soigneuse et prudente ne se limite pas à vérifier que les offres sont conformes aux conditions des documents du marché en termes d'éléments d'évaluation à traiter :
 - Critères d'attribution
 - ≠ les spécifications techniques qui doivent être respectées
 - = des normes d'évaluation ou des critères de référence permettant de mesurer et de comparer +/- systématiquement les offres

A. Comment évaluer le critère d'attribution ? (Conseil d'État, 28 mai 2020, n° 247.662)

2. Évaluation

- Faible probabilité que toutes les offres atteignent un niveau de qualité totalement identique pour les deux critères d'attribution qualitatifs.
- Conclusion : pas de motivation appropriée
 - Critères d'attribution (contrairement au cahier des charges) non appliqués ou du moins insuffisamment différenciés en termes de contenu.

Critères d'attribution

B. Éléments d'évaluation ⇔ sous-critères d'attribution (Conseil d'État 14 décembre 2020, n° 249.215)

1. Faits

- Spécifications : critère d'attribution qualitatifs - 4 éléments d'évaluation
- Rapport d'attribution : évaluation sur la base des 4 éléments + aperçu complet des points positifs et négatifs à la lumière des 4 éléments.

2. Évaluation

- Principes de transparence et d'égalité : savoir à l'avance ce qu'il faut faire ou ne pas faire pour que le marché puisse être attribué au soumissionnaire - pouvoir prendre en compte toutes les informations considérées comme essentielles par le pouvoir adjudicateur
- Sous-critères d'attribution = informations permettant de distinguer l'offre - critère d'appréciation d'un critère d'attribution
- Sous-critères d'attribution ≠ dans le cadre de l'obligation formelle de motivation, tenu de mentionner les éléments favorables ou moins favorables
 - Comparaison systématique ou examen systématique

B. Éléments d'évaluation ⇔ sous-critères d'attribution (Conseil d'État 14 décembre 2020, nr. 249.215)

2. Évaluation

- Ce que constate le Conseil d'État :
 - Schéma d'évaluation:
 - Chaque élément a une pondération distincte et différente en points.
 - Chaque élément est ensuite subdivisé en plusieurs éléments ayant une pondération distincte et différente.
 - Chaque offre est évaluée en fonction de chacun de ces 4 éléments = caractère systématique et systématique de l'évaluation
 - Score total à deux décimales = schéma de confirmation avec pondération séparée
 - Explication du score total avec la mention « scores »
- Évaluation du critère d'attribution "qualité" sur la base des sous-critères d'attribution.
- La mention d'éléments dans le cahier des charges n'implique pas que le soumissionnaire savait qu'ils étaient utilisés comme sous-critères d'attribution

Critères d'attribution

B. Éléments d'évaluation ⇔ sous-critères d'attribution (Conseil d'État 14 décembre 2020, nr. 249.215)

2. Évaluation

- Si les sous-critères d'attribution et leur pondération individuelle ne sont pas connus au moment de la préparation : influence sur la rédaction de l'offre
- Offres évaluées en fonction des (sous-) critères d'attribution ne figurant pas dans les documents du marché = violation des principes d'égalité de traitement et de transparence.

Critères d'attribution

C. Méthode d'évaluation des offres (Conseil d'État 14 janvier 2020, n°246.617)

1. Faits

- 3 critères d'attribution : critère économique (20), critère relatif aux heures de prestation (50), critère relatif aux dispositions prises pour remplir des tâches d'encadrement et d'interventions d'urgences (30)
- 3 sous-critères pour le 3^{ème} critère, mais pas de description des tâches à accomplir
- Renvoi à des clauses non existantes du Cahier des charges
- Pas d'explication de la valeur des cotations

2. Évaluation

Si le PA dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour choisir la méthode d'évaluation des offres à l'aune des critères d'attribution fixés dans les documents du marché, il est cependant requis que la méthode d'évaluation des offres :

- ne revête pas un caractère arbitraire ou incohérent,
- n'ait pas pour effet de dénaturer les critères annoncés dans les documents du marché,
- soit appliquée de la même manière à l'ensemble des offres



SCHOUPS

Cadre juridique

Loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions (recours divers)

Devant quel juge ?

Conseil d'Etat ou juge judiciaire selon le pouvoir adjudicateur concerné

→ Conseil d'État = autorité administrative

Procédures du Conseil d'Etat

- Suspension
- Annulation
- Dommages et intérêts
- Pas : contrat (exécution)

Arrêts du Conseil d'État

- Point de départ du délai

Conseil d'Etat 7 octobre 2020, n°248.491

- Confidentialité

Conseil d'Etat 11 décembre 2019, n°246.374

- Dommmages et intérêts

Conseil d'État 15 octobre 2020, n° 248.6060: €136.174,31

Conseil d'État 24 novembre 2020, n° 248.999: €12.551

A. Point de départ du délai (Conseil d'Etat 7 octobre 2020, n°248.491)

1. Faits

- Courrier de notification envoyé par le pouvoir adjudicateur via le service "Collect & Stamp"
- Récépissé généré automatiquement par le service "Collect & Stamp" porte la date du 27 août
- Cachet apposé sur le pli remis au soumissionnaire évincé porte la date du 29 août
- Soumissionnaire évincé a introduit son recours le 14 septembre en prenant comme point de départ du délai le 29 août
- PA invoque tardiveté du recours car le point de départ du délai est le 27 août
- Décision d'attribution est-elle communiquée à la date de son enlèvement ou à la date de son traitement par les services de BPost?

2. Evaluation

- Un pli recommandé enlevé par le service "Collect & Stamp" doit, comme tout autre envoi recommandé, être considéré comme ayant été remis au service postal au jour indiqué sur le récépissé de dépôt de cet envoi recommandé.
- Toutefois, dans le chef du soumissionnaire évincé, erreur invincible constitutive d'un cas de force majeure tenant en échec l'irrecevabilité ratione temporis du recours invoquée car les mentions figurant sur le courrier qui lui a été communiqué ont pu légitimement lui donner croire que le point de départ du délai était le 29 août

B. Confidentialité (Conseil d'Etat 11 décembre 2019, n° 246.374)

1. Faits

- Soumissionnaire évincé sollicite levée de la confidentialité des offres, le cas échéant en supprimant les passages qui pourraient relever du secret des affaires, au motif que le marché a été attribué et qu'il n'y a aucun motif lié au maintien de la concurrence qui justifierait la confidentialité
- PA s'y oppose

2. Evaluation

- Lorsqu'elle constate qu'est en jeu un secret d'affaires, l'instance de recours est tenue de procéder à la mise en balance des exigences d'une protection juridique effective avec celles déduites du droit au respect des secrets, laquelle mise en balance repose sur son appréciation in concreto des données de l'espèce, telles les prétentions des parties, la configuration procédurale du recours dont l'instance est saisie ou toute circonstance propre à la cause. Au contraire, à défaut de pouvoir constater qu'un secret d'affaires est en jeu, la pondération imposée par l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 est sans objet et il ne peut, en conséquence, être fait obstacle à la divulgation des pièces déposées par les parties, en particulier de celles qui constituent le dossier de l'autorité adjudicatrice.

B. Confidentialité (Conseil d'Etat 11 décembre 2019, n° 246.374)

2. Evaluation

- En persistant, malgré la demande de levée de confidentialité, formulée dans le mémoire en réplique, et malgré l'invitation de l'auditeur, dans son rapport, à déposer officiellement l'offre de l'adjudicataire, le cas échéant en masquant les éléments précis qu'il jugerait couverts par le secret des affaires, à ne pas exposer en quoi l'offre de l'adjudicataire devrait être intégralement couverte par la confidentialité qui doit garantir le secret des affaires et à ne pas même identifier, à tout le moins, les éléments de cette offre qui relèveraient d'un tel secret et devraient donc bénéficier de cette confidentialité, le pouvoir adjudicateur a adopté une attitude qui dément l'existence d'un secret d'affaires justifiant qu'il soit fait obstacle, dans une mesure à déterminer par le Conseil d'Etat conformément à l'article 26 de la loi du 17 juin 2013, à la divulgation des pièces du dossier administratif dont il demande le maintien de la confidentialité. Il s'ensuit que la demande de maintien de confidentialité soumise au Conseil d'Etat par le pouvoir adjudicateur doit être rejetée. Il y a lieu de rouvrir les débats.

C. Dommages et intérêts (Conseil d'État 23 juillet 2020, n° 248.081 et Conseil d'État 24 novembre 2020, n° 248.999).

1. Indemnisation

= concept autonome - le Conseil d'État définit progressivement les modalités dans sa jurisprudence

2. Conditions d'indemnisation (art. 11bis LCCE)

- Illégalité constatée par un arrêt du Conseil d'État (60 jours après la notification de l'arrêt)
- Dommages non encore indemnisés / aucune action en responsabilité civile devant une autre juridiction
- Lien de causalité entre l'illégalité et le désavantage -> le désavantage n'aurait pas eu lieu sans l'illégalité établie.

2.1. Domage

= Perte d'une chance

Dommmages et intérêts (Conseil d'État 23 juillet 2020, n° 248.081 et Conseil d'État 24 novembre 2020, n° 248.999)

2. Conditions d'indemnisation (art. 11bis LCCE)

2.2. Lien de causalité

- Les illégalités sont de nature à modifier le classement des offres si elles n'avaient pas été commises.
= lien de causalité entre les illégalités et la perte d'une chance
 - Dommage pour le coût de préparation de l'offre
= coûts inhérents à la participation - coûts également perdus car c'est à tort qu'un soumissionnaire a obtenu le marché
- Le dommage (frais d'établissement de l'offre) s'est également produit sans l'illégalité commise par les autorités publiques = aucun lien de causalité entre le dommage et les actes illégaux

Dommmages et intérêts (Conseil d'État 23 juillet 2020, n° 248.081 et Conseil d'État 24 novembre 2020, n° 248.999).

2. Conditions d'indemnisation (art. 11bis LCCE)

2.3. Ampleur de l'indemnisation

- ***Indemnisation forfaitaire de 10%***

- Procédure ouverte ou restreinte - uniquement sur la base du prix (article 16 Loi recours)
- Pas de charge concrète de la preuve du dommage et du lien de causalité

Dommmages et intérêts (Conseil d'État 23 juillet 2020, n° 248.081 et Conseil d'État 24 novembre 2020, n° 248.999).

2. Conditions d'indemnisation (art. 11bis LCCE)

2.3. Ampleur de l'indemnisation

- ***Indemnisation forfaitaire de 10% (suite)***

- Attention ! preuve : l'offre régulière la plus basse
- Aucune preuve de l'offre régulière la plus basse ≠ aucun droit à une indemnisation forfaitaire.
 - Si le résultat d'une étude de prix diligente est incertain et si un prix unitaire anormalement élevé est constaté dans l'offre du candidat sélectionné (donc si le prix suppose une demande de justification) : pas de preuve de l'offre régulière la plus basse.
 - Si le requérant ne démontre pas qu'il était impossible pour l'adjudicataire de fournir une justification acceptable de ses prix : pas de preuve de l'offre régulière la plus basse.

Dommmages et intérêts (Conseil d'État 23 juillet 2020, n° 248.081 et Conseil d'État 24 novembre 2020, n° 248.999)

2. Conditions d'indemnisation (art. 11bis LCCE)

2.3. Ampleur de l'indemnisation

- ***Calcul des probabilités - évaluation des dommages (si pas d'indemnisation forfaitaire)***

- Estimation du dommage : par analogie avec la règle de l'indemnisation forfaitaire de 10 % - Dispense de la charge de la preuve
 - La charge de la preuve pour un dommage économique concret peut être considérée comme difficile en raison de l'absence d'une feuille de route pour le calcul des éléments du dommage tels que :
 - perte de bénéfices
 - la perte d'une référence
- Probabilité = forte probabilité de remporter le marché si aucune illégalité n'avait été commise.
 - Fraction du forfait, sauf s'il est prouvé qu'en tout état de cause, le marché devait être attribué au requérant.

Domages et intérêts (Conseil d'État 23 juillet 2020, n° 248.081 et Conseil d'État 24 novembre 2020, n° 248.999)

2. Conditions d'indemnisation (art. 11bis LCCE)

2.3. Ampleur de l'indemnisation

- ***Calcul des probabilités - évaluation des dommages (si pas d'indemnisation forfaitaire)***

- Éléments pris en compte par le Conseil d'État dans le calcul de la probabilité

Exemples de jurisprudence 2020 (+/- étape par étape)

- Conseil d'État 23 juillet 2020, n° 248.081

Différence entre le 2e et le 3e rangs - si grande différence : 50% de chance

→ les autres soumissionnaires ne pouvaient raisonnablement être pris en considération pour l'attribution du marché

Si le requérant ne devait être pris en considération qu'après justification du prix : probabilité réduite à 25%.

- Conseil d'État 24 novembre 2020, n° 248.999

Deuxième soumissionnaire régulier le plus bas : 50% de chance



MATHIEU THOMAS
mathieu.thomas@schoups.be



MELISSA OLIVOTTO
melissa.olivotto@schoups.be