

# Le pouvoir adjudicateur est tenu de proposer une possibilité de remplacement du sous-traitant non approprié pendant la procédure de passation

Lorsqu'un pouvoir adjudicateur constate, lors de la procédure de passation, qu'une entité dont le soumissionnaire ou le candidat invoque la capacité, ne satisfait pas aux critères de sélection qui lui sont applicables, le pouvoir adjudicateur a non pas simplement la possibilité mais bien l'obligation d'exiger de ce soumissionnaire ou de ce candidat qu'il remplace l'entité en question. C'est ce qu'a précisé la Cour de Justice dans un [arrêt du 6 octobre 2021](#), à la suite d'une question préjudicielle du Conseil d'État.

La question préjudicielle s'inscrivait dans le cadre d'un recours en annulation introduit devant le Conseil d'État par un soumissionnaire qui n'avait pas été retenu au motif que deux des trois sous-traitants qu'il avait renseignés et à la capacité desquels il souhaitait faire appel, ne répondaient pas aux critères de sélection applicables en matière de diplômes et de références. Bien que la réglementation belge relative aux marchés publics prévoit dans un tel cas le remplacement des sous-traitants en question, le pouvoir adjudicateur avait décidé qu'il n'était pas tenu d'offrir cette possibilité au soumissionnaire. Il décida par conséquent de ne pas retenir le soumissionnaire concerné sans lui donner l'opportunité de remplacer ses sous-traitants.

Devant le Conseil l'État, le soumissionnaire argumenta toutefois qu'un pouvoir adjudicateur est toujours tenu de proposer une possibilité de remplacement et qu'il ne pouvait donc pas être exclu sans plus. Le Conseil a ensuite soumis la question à la Cour de Justice.

La Cour de Justice suit le soumissionnaire dans son argumentation. La Cour considère que la Directive 2014/24/UE – sur laquelle est fondée la réglementation belge relative aux marchés publics [\[I\]](#) –, ne laisse aucune marge d'appréciation au pouvoir adjudicateur. Il est dès lors tenu d'exiger

d'un soumissionnaire qu'il remplace l'entité à la capacité de laquelle il souhaite faire appel si cette entité ne répond pas à un ou plusieurs critères de sélection. La Cour se réfère notamment aussi, à ce propos, au principe de proportionnalité.

Dans le même temps, la Cour de Justice précise que le remplacement en question d'une ou de plusieurs entités ne peut entraîner une modification substantielle de la soumission de l'entreprise concernée et dans, les faits, le dépôt d'une nouvelle offre, ce qui aurait pour conséquence de compromettre l'égalité de traitement entre les soumissionnaires. La Cour semble par conséquent laisser malgré tout une certaine latitude face à des situations où un remplacement n'est pas envisageable. Le pouvoir adjudicateur devra à tout le moins confronter le remplacement (qu'il a initié) proposé par le soumissionnaire au principe d'égalité et de transparence.

Kris Lemmens, Sophie Bleux, Cédric Vandekeybus ou Ine Verbelen se tiennent à votre disposition pour davantage d'informations concernant cette thématique.

---

[\[I\]](#) Il s'agit en l'espèce de l'article 63, § 1er, alinéa 2 de la directive 2014/24/EU, telle que transposée par l'article 73, §1er, alinéa 2 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

---

Mechelsesteenweg 127A, b1 - 2018 Anvers

t. +32 3 260 98 60 | +32 2 790 44 44

Rue de la Régence 58 boîte 8 - 1000 Bruxelles

[info@schoups.be](mailto:info@schoups.be)

[www.schoups.com](http://www.schoups.com)