

---

# **DE LA RIGUEUR DES SOUMISSIONNAIRES DANS L'ÉTABLISSEMENT DES OFFRES DE MARCHÉ PUBLIC : LES ERREURS À NE PAS COMMETTRE**

**GAUTHIER ERVYN**

---



## RÉSUMÉ

L'établissement d'une demande de participation ou d'une offre, dans le cadre d'une procédure de marché public de travaux, fournitures ou services, est une opération délicate.

La soumission à un marché public est, en effet, régie par diverses contraintes légales justifiées par les principes généraux d'égalité, de transparence et de non-discrimination, qu'il appartient aux pouvoirs adjudicateurs de respecter.

Pour qu'un soumissionnaire puisse être désigné dans le cadre d'un marché public, il convient non seulement que son offre soit avantageuse, mais également qu'elle soit établie en conformité avec les exigences imposées par la réglementation applicable et les documents de marché.

L'expérience démontre que de nombreuses demandes de participation et offres de marché public, déposées par des soumissionnaires aguerris ou non, sont affectées de manquements qui justifient leur écartement.

Ces omissions et irrégularités procèdent souvent d'erreurs évitables.

L'objet de la présente contribution est d'attirer l'attention des opérateurs économiques sur quelques exigences principales de sélection des candidats et régularité des offres, lesquelles doivent être gardées à l'esprit lors de la préparation d'une soumission à un marché public.

## SAMENVATTING

Het opstellen van een aanvraag tot deelneming of een offerte in het kader van een overheidsopdracht voor werken, leveringen of diensten is een delicate opdracht.

Het inschrijven voor een overheidsopdracht wordt immers beheerst door verschillende wettelijke voorschriften, gerechtvaardigd door de algemene beginselen van gelijkheid, transparantie en niet-discriminatie, die door de overheid moeten worden geëerbiedigd.

Opdat een inschrijver aangeduid zou kunnen worden in het kader van een overheidsopdracht dient zijn offerte niet enkel de voordeligste te zijn, maar dient zij tevens te zijn opgesteld in overeenstemming met de voorschriften die door de toepasselijke wetgeving en de opdrachtdocumenten opgelegd worden.

De praktijk leert ons dat talrijke aanvragen tot deelneming en offertes voor overheidsopdrachten, ingediend door zowel onervaren als ervaren inschrijvers, bezwaard zijn met gebreken die tot gevolg hebben dat ze geweerd worden.

Deze vergetelheden en onregelmatigheden zijn vaak het gevolg van vermijdbare vergissingen.

Deze bijdrage strekt ertoe de aandacht van economische actoren te vestigen op enkele belangrijke eisen met betrekking tot de regelmatigheid van offertes, die in het oog moeten worden gehouden bij het voorbereiden van een inschrijving voor een overheidsopdracht.



## I) Introduction

---

1. L'établissement d'une demande de participation ou d'une offre, dans le cadre d'une procédure de marché public de travaux, fournitures ou services, est une opération délicate.

La soumission à un marché public est, en effet, régie par diverses contraintes légales justifiées par les principes généraux d'égalité, de transparence et de non-discrimination, qu'il appartient aux pouvoirs adjudicateurs de respecter.

Pour qu'un soumissionnaire puisse être désigné dans le cadre d'un marché public, il convient non seulement que son offre soit avantageuse, mais également qu'elle soit établie en conformité avec les exigences imposées par la réglementation applicable et les documents de marché.

2. L'expérience démontre que de nombreuses demandes de participation et offres de marché public, déposées par des soumissionnaires aguerris ou non, sont affectées de manquements qui justifient leur écartement.

Ces omissions et irrégularités procèdent souvent d'erreurs évitables. Elles génèrent une frustration importante dans le chef des soumissionnaires, vu le caractère drastique des sanctions qu'elles impliquent, et sont à l'origine d'un contentieux important.

L'objet de la présente contribution est d'attirer l'attention des opérateurs économiques sur quelques exigences principales de sélection des candidats et de régularité des offres, lesquelles doivent être gardées à l'esprit lors de la préparation d'une soumission à un marché public.

## II) Sélection des candidats et régularité des offres : principes

---

3. L'appréciation d'une offre de marché public est traditionnellement réalisée en trois phases successives<sup>1</sup> : d'abord, la vérification de la capacité du soumissionnaire à exécuter le marché, ensuite le contrôle de la régularité de l'offre aux exigences du marché et enfin l'examen de la qualité intrinsèque de l'offre sur base des critères d'attribution du marché.<sup>2</sup>

Il n'est pas rare que l'analyse d'une offre ne soit pas menée jusqu'à terme et se termine par la non-sélection du candidat ou le rejet de son offre pour irrégu-

---

1 Y. CABUY e.a., Le nouveau droit des marchés publics en Belgique, De l'article à la pratique, Larcier, 2013, p. 503.

2 Pour une application, cfr. CE, arrêt n° 212.371 du 1er avril 2011.

larité, sans appréciation de la qualité de la proposition commerciale qui a été formulée.

Le fait qu'un soumissionnaire soit sélectionné pour un marché n'empêche pas que son offre soit déclarée irrégulière.<sup>3</sup>

Seules les offres qui répondent aux exigences de sélection et de régularité, sont prises en compte pour l'attribution du marché.

4. Pour qu'une candidature puisse être sélectionnée, il convient d'abord que le soumissionnaire démontre :

1° remplir les conditions d'accès au marché et;

2° disposer des capacités requises en matière financière, économique et technique.

A l'exception de quelques conditions essentielles d'accès qui s'appliquent obligatoirement à tous les marchés publics<sup>4</sup>, le pouvoir adjudicateur fixe librement dans les documents de marché les conditions d'accès et les critères de sélection qualitative qu'il estime nécessaire pour pouvoir participer à la procédure. Ces exigences doivent toutefois être liées et proportionnées à l'objet du marché.<sup>5,6</sup> Les documents de marché imposent généralement à ce titre, la transmission de divers renseignements et documents démontrant la capacité des candidats et soumissionnaires au marché.

Il n'est pas rare que tout ou partie de ces renseignements ou documents soient absents des offres. Si la réglementation<sup>7</sup> permet au pouvoir adjudicateur de faire préciser ou compléter une telle offre, il s'agit d'une simple faculté que le pouvoir adjudicateur ne doit pas nécessairement appliquer.<sup>8</sup>

Seuls les candidats et soumissionnaires qui démontrent remplir les conditions de sélection sont retenus pour l'appréciation intrinsèque de leur offre.

5. Dès lors que les soumissionnaires « capables » ont été sélectionnés, le pouvoir adjudicateur procède à l'appréciation du contenu des offres.<sup>9</sup>

3 CE, arrêt n°207.360 du 16 septembre 2010; arrêt n°193.294 du 8 juin 2009.

4 Art. 61 § 1<sup>er</sup>, AR 15/07/2011.

5 Art. 58 § 1<sup>er</sup>, 2° AR 15/07/2011.

6 P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP*, Wolters Kluwer, 2015, p.296.

7 Art. 59, 1° AR 15/07/2011.

8 CE, arrêt n° 200.316 du 1<sup>er</sup> février 2010 et n°206.853 du 29 juillet 2010.

9 Pour une application de la distinction entre sélection qualitative et régularité, cfr. CE, arrêt n° 194.625 du 24 juin 2009 : « *Considérant, quant à la deuxième branche dans son ensemble, que la société requérante argue de l'irrégularité de l'offre retenue en confondant deux griefs de nature différente, l'un qui a trait à d'éventuels manquements dans les références fournies par le soumissionnaire retenu, l'autre qui est relatif à l'omission de certains éléments dans l'offre déposée par le même soumissionnaire; que le premier grief a trait à la phase de sélection qualitative alors que le second concerne la régularité de l'offre qui s'opère au stade de la comparaison des offres; que ces deux étapes sont régies, dans l'arrêté royal du 8 janvier 1996, par des dispositions différentes, la première au chapitre II du titre III, la seconde au chapitre IV du titre VI; qu'elles doivent également être soigneusement distinguées en raison de la finalité qui leur est propre: la sélection qualitative comporte une appréciation des aptitudes d'une entreprise en tant que telle, indépendamment du contenu de son offre; la régularité d'une offre sert à déterminer quelles sont, parmi les offres déposées, celles qui pourront être comparées et évaluées; qu'il s'ensuit que les renseignements et les documents qui doivent être annexés à l'offre n'ont pas la même finalité selon qu'ils ont trait à la sélection d'un soumissionnaire ou à la régularité de l'offre.* »

Cette appréciation débute par le contrôle de la régularité des offres, qui est décrite précisément, pour les procédures d'appel d'offres et d'adjudication, à l'article 95 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.<sup>10, 11</sup>

*« Ces dispositions s'appliquent dans le cadre de l'adjudication et de l'appel d'offres. Sous l'empire de la réglementation de 1996, une clause du cahier spécial des charges peut prévoir leur application dans le cadre d'une procédure négociée. À défaut d'une telle clause, une décision concluant à l'irrégularité d'une offre demeure possible dans le cadre d'une procédure négociée en application du principe d'égalité de traitement. La même analyse devrait prévaloir dans le cadre de la nouvelle réglementation, en dépit de l'absence de disposition spécifique à ce sujet. »<sup>12</sup>*

La régularité des offres précède la cotation des offres au regard des critères d'attribution.

Une offre irrégulière ne sera donc pas, sauf si cette irrégularité est couverte, appréciée quant à son contenu et comparée à celle des autres soumissionnaires.

6. Les irrégularités qui peuvent mener au rejet d'une offre sont de nature formelle ou matérielle.<sup>13</sup>

La régularité formelle a trait aux exigences « de forme » des offres déposées, lesquelles doivent être conformes à ce que la réglementation et les documents de marché prescrivent.

La régularité matérielle des offres est, quant à elle, relative au contenu de celle-ci: une offre sera matériellement irrégulière si son contenu déroge aux exigences « de fond » fixées par la réglementation ou par les documents de marché.

7. De plus, que l'irrégularité soit formelle ou matérielle, la réglementation opère une distinction entre les irrégularités substantielles et les irrégularités non-substantielles.

Lorsqu'une irrégularité est substantielle, elle affecte l'offre de nullité absolue. Le pouvoir adjudicateur doit l'écartier et tout intéressé peut l'invoquer.

Une irrégularité substantielle est une irrégularité qui touche un élément essentiel du marché. Ce caractère essentiel dérive soit de la nature de la formalité concernée, soit de l'importance que lui a donnée le pouvoir adjudicateur dans le marché concerné. Le pouvoir adjudicateur est, en effet, libre d'identifier dans les documents de marché certaines formalités auxquelles il donne un caractère essentiel.<sup>14</sup>

10 Dans la suite de cet article, il sera fait référence à « l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 ».

11 Pour une description du cadre général du contrôle de la régularité des offres, cfr. Y. CABUY e.a., Le nouveau droit des marchés publics en Belgique, De l'article à la pratique, Larcier, 2013, p. 531 et suivantes. Voyez également: I. COOREMAN & P. THIEL, « Réflexions autour des éléments constitutifs de la notion d'offre régulière, du point de vue de celui qui conçoit et attribue la commande », MCPOoO, 2012/3, p.325.

12 A-L. DURVIAUX & Th. DELVAUX, La régularité des offres: le point de vue du soumissionnaire, MCPOoO, 2012/3, p.313-314.

13 Cfr. en matière d'adjudication et d'appel d'offres, l'article 95 de l'A.R. du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

14 CE, arrêt n° 210.489 du 18 janvier 2011.

Lorsque la dérogation ne porte que sur un élément non-essentiel du marché, l'irrégularité n'est pas substantielle et l'offre ne doit pas nécessairement être écartée. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur apprécie<sup>15</sup> s'il y a lieu d'accepter l'offre ou de la rejeter. On parle ici d'irrégularité relative.

Si le pouvoir adjudicateur estime qu'il y a lieu d'écarter une offre, son appréciation est souveraine et ne pourra être contestée en justice que si elle procède d'une erreur manifeste d'appréciation.<sup>16</sup>

Le droit des marchés publics ne prévoit pas, sauf pour le cas des prix anormaux, une obligation dans le chef des pouvoirs adjudicateurs de contacter les soumissionnaires pour leur permettre de se défendre sur les irrégularités constatées dans leurs offres<sup>17</sup>, au contraire.<sup>18</sup>

**8.** Parmi les irrégularités matérielles substantielles, figure l'anormalité des prix proposés par un soumissionnaire.

L'article 21 §§ 1 et 2 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 autorise le pouvoir adjudicateur à vérifier les prix contenus dans les offres de marché.

Par ailleurs, dans les procédures d'adjudication, d'appel d'offres et – lorsque les documents de marché le prévoient – négociées, l'article 21 § 3 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 instaure un mécanisme d'interrogation écrit et obligatoire des soumissionnaires, lorsque leurs prix proposés apparaissent anormalement bas ou élevés.<sup>19</sup>

En matière d'adjudication de travaux, le pouvoir adjudicateur sera d'ailleurs obligé de recourir à ce préalable, sauf motivation expresse, lorsqu'une offre est inférieure de plus de 15 % par rapport à la moyenne des offres sélectionnées.<sup>20</sup>

### III) Situation particulière des procédures d'exception

**9.** Le droit de marchés publics connaît, parallèlement aux procédures d'attribution ordinaires<sup>21</sup> que sont l'appel d'offres et l'adjudication, diverses autres procédures d'exception.

Ces procédures d'exception ne peuvent être mises en œuvre que dans des situations limitées, visées par la réglementation des marchés publics.

15 Sous contrôle du juge.

16 CE, arrêt n°200.245 du 29 janvier 2010: « *qu'en-dehors de ces prescriptions essentielles, il prévoit un régime de nullité relative, le pouvoir adjudicateur disposant d'un large pouvoir d'appréciation en la matière; qu'en effet, le pouvoir adjudicateur est libre de retenir ou d'écarter des offres qui contiennent des dérogations aux autres clauses contractuelles pour autant qu'il respecte le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires et que la qualification retenue ne soit pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation; qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat de substituer sa propre appréciation de la gravité d'une non-conformité aux prescriptions non essentielles du cahier spécial des charges à celle du pouvoir adjudicateur* ».

17 CE, arrêts n° 199.434 du 12 janvier 2010 et n° 202.260 du 23 mars 2010.

18 CJUE, arrêt C-599/10 du 29 mars 2012, SAG ELV SLOVENSKO; CE, arrêt n° 220.444 du 10 août 2012.

19 Cfr. S. VAN GARSSE e.a., Commentaire article par article de la nouvelle législation des marchés publics, Politeia, 2012, p.108 et suivantes.

20 Art. 99 § 2 AR 15/07/2011: il convient toutefois qu'au moins quatre offres aient été déposées et sélectionnées, qu'elles soient régulières ou non.

21 En secteurs classiques.

Elles répondent à des modalités de sélection des candidats, de contrôle de la régularité des offres et d'attribution spécifiques.

**10.** La procédure négociée, avec ou sans publicité, est certainement la procédure d'exception<sup>22</sup> la plus courante, dont les modalités de conclusion sont fixées aux articles 106 à 110 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011.

Cette procédure se caractérise par une relative liberté du pouvoir adjudicateur à fixer les règles d'attribution du marché.

Diverses exigences de passation de marché, applicables à l'appel d'offres et à l'adjudication, ne lui sont pas applicables<sup>23</sup>, sauf disposition contraire dans les documents de marché.

Ainsi, les règles en matière de régularité des offres prescrites par l'article 95 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 ne sont pas applicables à la procédure négociée.<sup>24</sup>

Les manquements en matière de sélection qualitative ou de conformité d'une offre déposée en cours de procédure négociée ne recevront donc pas nécessairement le même sort, que s'ils avaient été commis dans une procédure d'appel d'offres ou d'adjudication.

Il n'en reste pas moins que, conformément à l'enseignement de la Cour de justice de l'Union européenne :

*« 36 La Cour a précisé que l'obligation de transparence a essentiellement pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur (arrêt du 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10, point 25).*

*37 Ainsi, bien que le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir de négociation dans le cadre d'une procédure négociée, il est toujours tenu de veiller à ce que les exigences du marché, auxquelles il a attribué un caractère impératif, soient respectées. Si tel n'était pas le cas, le principe selon lequel les pouvoirs adjudicateurs agissent avec transparence serait méconnu et le but rappelé au point précédent du présent arrêt ne saurait être atteint.*

*38 Par ailleurs, le fait d'admettre la recevabilité d'une offre non conforme à des conditions impératives en vue de la négociation priverait de toute utilité la fixation de conditions impératives dans l'appel d'offres et ne permettrait pas au pouvoir adjudicateur de négocier avec les soumissionnaires sur une base commune à ces derniers, constituée desdites conditions, et, partant, de traiter ceux-ci sur un pied d'égalité. »<sup>25</sup>*

**11.** La procédure négociée permet notamment le dépôt de plusieurs offres successives par un soumissionnaire dans une même procédure de marché.<sup>26</sup>

Cette succession d'offres peut permettre, pour autant que les documents de marché ne s'y opposent pas, que la régularité de l'offre soit appréciée au moment de l'offre finale.

22 En secteurs classiques.

23 Art. 106 AR 15/07/2011.

24 P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP*, Wolters Kluwer, 2015, p.488.

25 CJUE, arrêt n° C-561/12 du 5 décembre 2013, Nordecon AS.

26 Si toutefois le pouvoir adjudicateur le permet.

L'éventuelle irrégularité contenue dans la première offre déposée par un soumissionnaire peut donc être – dans certains cas – couverte en cours de procédure, comme l'a jugé le Conseil d'état.<sup>27</sup>

Certaines irrégularités ne pourront, par contre, pas être couvertes notamment lorsque l'offre est irrégulièrement introduite<sup>28</sup> ou encore, pour les procédures négociées avec publicité, lorsqu'elle n'est pas correctement signée.<sup>29</sup>

## IV) De quelques erreurs évitables dans l'établissement d'une offre de marché public<sup>30</sup>

### A. Dépôt tardif ou incorrect de l'offre

12. Le principe d'égalité des soumissionnaires qui fonde la procédure d'attribution des marchés publics<sup>31</sup> implique qu'un délai identique soit fixé pour tous les soumissionnaires pour le dépôt des demandes de participation et des offres. Seules les demandes de participation et les offres qui sont déposées dans le délai requis peuvent être prises en compte par le pouvoir adjudicateur.

Toute offre qui parvient entre les mains du pouvoir adjudicateur après le commencement de la séance d'ouverture des offres<sup>32</sup> ou au-delà du délai fixé dans les documents de marché doit être, qu'elle qu'en soit la cause, refusée ou conservée sans être ouverte.

Ce principe trouve une exception réglementaire dans le cas, relativement particulier, où l'offre a été envoyée par courrier recommandé au plus tard quatre jours calendrier avant la date de séance d'ouverture des offres, pour autant que le pouvoir adjudicateur n'ait pas encore conclu le marché.

D'autres exceptions furent précédemment parfois admises par la jurisprudence dans des cas très particuliers, notamment lorsqu'il était démontré que le soumissionnaire n'était aucunement responsable du retard et que celui-ci est uniquement dû à des manquements du pouvoir adjudicateur.<sup>33</sup> Le Rapport au Roi de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 prescrit aujourd'hui expressément que toute offre tardive doit être écartée, quelle qu'en soit la cause.<sup>34</sup>

27 CE, arrêt n°218.841 du 10 avril 2012.

28 CE, arrêt n°227.128 du 16 avril 2014.

29 S. VAN GARSSE e.a., Commentaire article par article de la nouvelle législation des marchés publics, Politeia, 2012, art. 51, point 8: l'auteur distingue le cas de la procédure négociée avec publicité, soumis à obligation de signature, et la procédure négociée sans publicité, qui ne l'est pas. Dans le second type de procédure, une régularisation apparaît possible, sauf si les documents de marché prévoient le rejet des offres non signées.

30 Conformément au point III, les situations visées dans cette section sont d'application en appel d'offres et en adjudication. Elles peuvent également concerner les offres déposées d'autres procédures d'attribution de marché, dont la procédure négociée, sous réserve des spécificités inhérentes à ces procédures d'exception.

31 Art. 5 Loi du 15/06/2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, fournitures et de services.

32 Art. 90 § 2 AR 15/07/2011 pour l'appel d'offres et l'adjudication; CE, arrêt n°221.129 du 23 octobre 2012.

33 Pour un exemple, CE, arrêt n°217.989 du 15 février 2012.

34 Rapport au Roi de l'AR 15/07/2011, art. 90 § 2: «A la suite d'une remarque formulée par le Conseil d'Etat, la question de la remise tardive des offres mérite une clarification. Que la cause en soit imputable ou non au soumissionnaire, cette remise tardive donne lieu à la non-acceptation de l'offre concernée.



13. Quant aux modalités de dépôt des offres, à l'exception des cas où les documents de marché autorisent le dépôt d'offres par voie électronique, les offres sont déposées – en appel d'offres et en adjudication – sous format papier, dans une enveloppe scellée (voire dans deux enveloppes lorsqu'elle est envoyée par poste).<sup>35</sup> En procédure négociée sans publicité, les offres peuvent être introduites par un simple courriel.<sup>36</sup>

Ainsi, lorsque le pouvoir adjudicateur impose l'envoi des offres par poste ou par dépôt en mains propres, le soumissionnaire qui envoie son offre par courrier électronique commet une irrégularité substantielle. Ceci a été confirmé par le Conseil d'état<sup>37</sup>, dans un marché par procédure négociée, la haute juridiction estimant en effet que les formalités de dépôt des offres constituent des formalités essentielles du marché, auxquelles il ne peut pas être dérogé.

## B. Identification imprécise du soumissionnaire

14. Pour qu'une offre soit régulière, il convient que, conformément à ce que prescrit l'article 81, al.1<sup>er</sup> 1<sup>o</sup> de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011, elle indique les « *noms, prénoms, qualité ou profession, nationalité et domicile du soumissionnaire ou, pour une personne morale, la raison sociale ou dénomination, sa forme, sa nationalité, son siège social et, le cas échéant, son numéro d'entreprise* ».

Très logiquement, une offre ne pourra être prise en compte par le pouvoir adjudicateur que lorsqu'est clairement définie l'identité du soumissionnaire.

Il n'est pas rare que des difficultés surviennent à cet égard lorsque l'offre fait état de l'intervention de plusieurs personnes physiques ou morales, sans préciser exactement laquelle (ou lesquelles) de ces personnes est (sont) à considérer comme soumissionnaires et laquelle (ou lesquelles) n'intervient (n'ent) qu'en qualité de sous-traitants.

Lorsque l'offre est introduite par un groupement sans personnalité juridique de personnes, l'exigence d'identification visée ci-dessus s'applique à chacun de ses participants.<sup>38</sup>

15. A défaut d'identification précise des personnes physiques et/ou morales qui font offre, il n'est pas possible pour le pouvoir adjudicateur d'admettre cette offre à la comparaison.

---

*C'est précisément en posant une limite absolue que l'égalité de traitement de tous les participants est assurée en la matière, ceux-ci ayant la garantie que toute offre remise tardivement sera refusée. Cette règle de base stricte a aussi été retenue pour éviter les abus et mettre fin à une tendance récente d'une partie de la jurisprudence. Cette tendance portait du principe que les dispositions actuelles de l'article 104 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ne doivent pas nécessairement conduire à une irrégularité si l'égalité des soumissionnaires n'est pas compromise. Il arrive pourtant souvent que la cause soit à la base imputable au soumissionnaire lui-même ou à l'entreprise de transport de courrier à laquelle il a fait appel. Ceux-ci se contentent, en effet, de déposer l'offre au guichet d'accueil du pouvoir adjudicateur, certes dans les temps, mais en méconnaissant la règle selon laquelle l'offre doit être remise à une personne ou à un endroit déterminés. Une offre remise en temps utile à la personne désignée à cet effet devra par contre toujours être considérée comme une offre valablement introduite. Il est désormais précisé que des offres remises tardivement et ne répondant pas aux conditions ci-avant sont soit refusées, dans le cas où l'offre est arrivée en cours de séance, soit conservées sans être ouvertes dans les autres cas. »*

35 Art. 90 § 1<sup>er</sup> AR 15/07/2011.

36 P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP*, Wolters Kluwer, 2015, p.487.

37 CE, arrêt n°217.564 du 26 janvier 2012.

38 Art. 81, al.2.

### C. Offre non signée ou mal signée

16. L'offre qu'un opérateur économique établit dans le cadre d'un marché public, doit être signée par une personne dûment habilitée à représenter le soumissionnaire. Ceci vaut pour les procédures d'appel d'offres et d'adjudication, mais également pour les procédures négociées avec publicité.<sup>39</sup> Les procédures négociées sans publicité peuvent faire l'objet d'offre par fax ou email.<sup>40</sup>

«*La signature valide de l'offre est une condition essentielle de régularité de la soumission*»<sup>41</sup> : un pouvoir adjudicateur ne peut donc pas prendre en considération une offre qui n'a pas été valablement signée. L'absence de signature de l'offre génère en effet «*une incertitude quant à l'engagement du soumissionnaire*».<sup>42</sup>

L'envoi d'un courrier signé, faisant référence à une offre non signée qui est jointe en annexe ne suffit pas, de même qu'un simple paraphe sur une offre.<sup>43</sup> Par ailleurs, une offre qui contient un inventaire signé mais dont le bulletin de soumission ne présente qu'un simple paraphe, est également affectée d'irrégularité substantielle.<sup>44</sup>

L'article 82 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 stipule également, en ce qui concerne les procédures d'adjudication et d'appel d'offres, que le soumissionnaire doit signer non seulement l'offre mais également, s'ils sont requis, le métré récapitulatif (ou inventaire des prix)<sup>45</sup> et les autres annexes à joindre à l'offre. Des signatures complémentaires sont par ailleurs exigées à côté de diverses certaines mentions complémentaires ou modifications<sup>46</sup> figurant sur cette offre. L'absence de signature correcte d'une offre est une irrégularité qui ne peut pas être couverte.<sup>47, 48</sup>

17. La signature de l'offre doit émaner du (des) représentant(s) légal du soumissionnaire. Suivant l'article 82 § 3 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011, «*lorsque l'offre est signée par un mandataire, celui-ci mentionne clairement son (ses) mandant(s). Le mandataire joint à l'offre l'acte authentique ou sous seing privé qui lui accorde ses pouvoirs ou une copie de la procuration.*»

Lorsque le soumissionnaire est une personne morale, le(s) signataire(s) de l'offre doit donc justifier leur pouvoir de représentation du soumissionnaire. Ils joignent donc à l'offre une copie des statuts du soumissionnaire et de la décision qui leur confère pouvoir de signature.

39 S. VAN GARSSE e.a., Commentaire article par article de la nouvelle législation des marchés publics, Politeia, 2012, art. 51, point 8.

40 Art. 106 AR 15/07/2011 et rapport au Roi.

41 CE, arrêt n° 224.458 du 2 août 2013 ; arrêt n°222.690 du 28 février 2013.

42 Y. CABUY e.a., Le nouveau droit des marchés publics en Belgique, De l'article à la pratique, Larcier, 2013, p. 517.

43 CE, arrêt n°223.357 du 2 mai 2013.

44 CE, arrêt n°218.456 du 14 mars 2012.

45 Y. CABUY e.a., Le nouveau droit des marchés publics en Belgique, De l'article à la pratique, Larcier, 2013, p. 518 : «*L'absence de signature du métré récapitulatif ou de l'inventaire rend l'offre tout autant irrégulière, puisque, dans ce cas, il n'y a pas de certitude sur les prix unitaires ou sur les quantités à mentionner par le soumissionnaire.*»

46 Cfr. l'énumération à l'article 82 § 1<sup>er</sup>, al.2 AR 15/07/2011 et, pour une application, CE arrêt n°219.364 du 15 mai 2012.

47 S. VAN GARSSE e.a., Commentaire article par article de la nouvelle législation des marchés publics, Politeia, 2012, art. 51, point 6.

48 CE, arrêt n°201.744 du 9 mars 2010.

En général, le pouvoir d'administration d'une personne morale est exercé par son conseil d'administration et le pouvoir de représentation de celle-ci est dévolu à deux administrateurs.

Le Conseil d'état a déjà jugé à plusieurs reprises que la signature d'une offre de travaux, fournitures ou services n'est pas un acte de gestion journalière.<sup>49</sup>

Le délégué à la gestion journalière n'est donc pas compétent, sur base de ce seul mandat, pour signer une offre de marché public.<sup>50</sup>

**18.** Il arrive fréquemment qu'une offre soit déposée par un groupement d'opérateurs économiques, personnes physiques ou morales.

Dans cette situation, l'offre doit être signée par les représentants légaux de tous les participants à ce groupement.<sup>51</sup>

**19.** Bien entendu, le droit des marchés publics n'interdit pas au représentant légal du soumissionnaire de donner procuration à un tiers, si les statuts du soumissionnaire le permettent.

Par conséquent, que le soumissionnaire soit une personne physique, une personne morale ou un groupement de plusieurs d'entre elles, la signature de l'offre par une personne ayant reçu procuration du représentant légal du (de chaque) soumissionnaire, est autorisée.

Il faut toutefois, dans ce cas de figure, que soit jointe à l'offre la preuve du mandat qui a été donné et signé, en indiquant clairement l'identité du ou des mandant(s) au nom de qui le mandataire agit.<sup>52</sup>

Il convient également que la procuration soit correctement rédigée et démontre clairement que pouvoir est donné au mandataire pour signer l'offre au nom des associés du groupement.<sup>53</sup>

A défaut, l'offre sera frappée d'irrégularité substantielle.<sup>54</sup>

**20.** L'exigence de signature nous apparaît s'appliquer également aux demandes de participation qui sont déposées dans le cadre d'une procédure restreinte.

Le fait que L'article 51 al.1<sup>er</sup> de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 autorise l'introduction de demande de participation par téléphone, n'a pas d'influence à cet égard, dès lors qu'il exige, dans ce cas, une confirmation écrite du candidat avant l'expiration du délai de réception des demandes.

Le rapport au Roi précise qu'au cours du processus de rédaction de cette disposition, «*afin d'établir une meilleure cohérence par rapport à la Directive, a été supprimée la disposition selon laquelle la demande de participation doit toujours être signée puisque le paragraphe 1er, alinéa 2, de L'article 51 permet qu'une telle demande soit effectuée par télécopie, (...)*».

Si, par conséquent, il n'est pas expressément requis par le texte de l'article 51 al.1<sup>er</sup> que la demande de participation porte toujours une signature (au sens d'«*une signature originale*»), vu l'hypothèse où elle est introduite par fax, cela n'exclut pas le fait que toute candidature écrite (ou confirmée par écrit) doit

49 CE, arrêt n°199.434 du 12 janvier 2010.

50 CE, arrêt n° 227.654 du 6 juin 2014.

51 Art. 82 § 2 de l'AR 15/07/2011.

52 CE, arrêt n° 224.458 du 2 août 2013.

53 CE, arrêt n°218.181 du 23 février 2012.

54 CE, arrêt n°217.837 du 9 février 2012.

être valablement signée par des personnes dûment habilitées pour engager le(s) candidat(s).

Le rapport au Roi le confirme d'ailleurs expressément puisqu'il indique que l'exigence de signature mentionnée à l'alinéa 2 en ce qui concerne les offres de groupement sans personnalité juridique, « *s'applique également à toutes les personnes qui introduisent une demande de participation commune et ont l'intention de créer, après leur sélection, un groupement sans personnalité juridique* ».

Certains auteurs considèrent toutefois que l'absence de signature d'une demande de participation n'entraînerait pas nécessairement sa nullité.<sup>55</sup>

#### **D. Absence d'utilisation du formulaire d'offre – bulletin de soumission**

21. Les pouvoirs adjudicateurs joignent généralement, en annexe de leur cahier spécial des charges, un « formulaire d'offre » ou « bulletin de soumission » et demandent au soumissionnaire de le compléter, signer et joindre à leur offre. Afin d'éviter toute difficulté, il doit certainement être recommandé aux soumissionnaires de respecter ces exigences, en joignant à leur offre ce formulaire complété et signé.

22. L'utilisation de ce type de formulaire d'offre est régie par l'article 80 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 qui stipule :

*« Lorsqu'aux documents du marché est joint un formulaire destiné à établir l'offre et à compléter le métré récapitulatif ou l'inventaire, le soumissionnaire en fait usage. A défaut d'utiliser ce formulaire, il supporte l'entière responsabilité de la parfaite concordance entre les documents qu'il a utilisés et le formulaire. »*

Il arrive que certains soumissionnaires omettent, lors du dépôt de leur offre, de joindre ce formulaire dûment complété et signé.

Le fait que ce formulaire ne soit pas complété pourrait être considéré comme une irrégularité par certains pouvoirs adjudicateurs.

23. L'article 80 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 autorise explicitement la non-utilisation d'un formulaire joint, prévoyant toutefois que celle-ci a lieu sous « l'entière responsabilité » du soumissionnaire « *quant à la parfaite concordance entre les documents utilisés et le formulaire* ».

Le fait de ne pas utiliser le formulaire joint au CSC est donc expressément autorisé par la réglementation.

S'il ne s'agit pas d'une irrégularité à proprement parler, le soumissionnaire qui fait usage de cette liberté prend un certain risque, puisqu'il doit assumer la responsabilité de la parfaite concordance de son offre entre les documents utilisés et le formulaire.

Le Rapport au Roi établi lors de l'adoption de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 précise à cet égard :

---

55 S. VAN GARSSE e.a., Commentaire article par article de la nouvelle législation des marchés publics, Politeia, 2012, art. 51, point 4.

«Art. 80. Cet article reformule l'alinéa 1er de L'article 89 de l'Arrêté royal du 8 janvier 1996, traitant de la forme de l'offre.

*Il est fréquent que le pouvoir adjudicateur prévoise parmi les documents du marché un formulaire destiné à établir l'offre et à compléter le métré récapitulatif ou l'inventaire. En vertu de l'article 89, alinéa 1er, précité, lorsque le soumissionnaire établit son offre sur d'autres documents que le formulaire prévu, il doit attester sur chacun de ceux-ci qu'ils sont conformes audit formulaire. Désormais, L'article 80 du projet se limite à préciser que le soumissionnaire supporte dans ce cas la responsabilité de la parfaite concordance entre les documents qu'il utilise et le formulaire. L'objectif de cette modification est de rendre la mesure plus efficace que la formalité abrogée de l'attestation de conformité.»<sup>56</sup>*

De plus, le Rapport au Roi ajoute encore, concernant l'article 95 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011, ce qui suit :

*«Selon l'alinéa 2, une offre doit toujours être considérée comme étant formellement irrégulière lorsqu'elle déroge aux formalités essentielles prescrites par les articles 6, § 1er, 51, § 2, 52, 54, § 2, 55, 80, 81, 82, 90 et 91 et dans les documents du marché. La référence à L'article 80 ne signifie cependant pas que le soumissionnaire ne peut plus user de la faculté d'utiliser un autre formulaire que celui joint aux documents du marché. Sous cette réserve, après avoir déterminé le caractère substantiel de l'irrégularité constatée, le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'écarter l'offre concernée, s'agissant de cas sanctionnés par une nullité absolue de celle-là.»*

La non-utilisation d'un formulaire d'offre ne constitue donc pas, en soi, une irrégularité de l'offre, pour autant que le soumissionnaire assure la parfaite concordance de son offre avec toutes les mentions contenues dans le formulaire d'offre.

**24.** Si, par contre, l'offre déposée par un soumissionnaire ne contient pas, de manière parfaitement concordante, les mentions reprises dans le formulaire d'offre joint au cahier spécial des charges, il y a un risque significatif que cette offre soit déclarée irrégulière et écartée.<sup>57</sup>

*«En substance, le pouvoir adjudicateur devra examiner in concreto si la non-conformité observée dans le formulaire utilisé est de nature à créer un doute quant à l'engagement du soumissionnaire ou à compromettre le respect du principe d'égalité des soumissionnaires ou la comparabilité des offres. Dans l'affirmative, le pouvoir adjudicateur devra considérer que l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle et l'écarter. (...) En revanche si, en utilisant un document autre que le formulaire d'offre joint au cahier spécial des charges, le soumissionnaire devait omettre, dans l'offre, certaines informations demandées, comme par exemple, le numéro de compte sur lequel le paiement du marché*

56 L'article 89 qui régissait avant cette matière dans l'arrêté royal du 8 janvier 1996, était plus strict puisque ce dernier imposait l'utilisation du formulaire, sauf à intégrer dans l'offre une formule de conformité : « Le soumissionnaire établit son offre et remplit le métré récapitulatif ou l'inventaire sur le formulaire éventuellement prévu dans le cahier spécial des charges. S'il les établit sur d'autres documents que le formulaire prévu, le soumissionnaire atteste sur chacun de ceux-ci que le document est conforme au modèle prévu dans le cahier spécial des charges. ».

57 Pour un exemple, cfr. CE, arrêt n°207.360 du 16 septembre 2010.

*doit être effectué ou encore l'origine des produits à fournir originaires de pays tiers à l'Union européenne, l'absence de ces informations pourrait ne pas constituer une irrégularité substantielle affectant l'offre d'une nullité absolue.»<sup>58</sup>*

## **E. Respect des consignes de présentation de l'offre**

**25.** Le pouvoir adjudicateur impose parfois également diverses modalités de présentation de l'offre.

Il est important que les soumissionnaires s'y soumettent, au risque de voir leur offre déclarée irrégulière et, éventuellement, écartée.

**26.** Lorsque le marché est scindé en plusieurs lots, les soumissionnaires doivent ainsi déposer *«une offre distincte pour chacun des lots choisis, à moins que les documents du marché n'autorisent la consignation de plusieurs offres dans un document unique»*.<sup>59</sup>

Si le pouvoir adjudicateur ne précise rien dans le cahier spécial des charges, il convient donc qu'autant d'offres que de lots auxquels le soumissionnaire répond, soient déposées.

Si le soumissionnaire introduit une seule offre pour plusieurs lots sans que les documents de marché ne le lui aient autorisé, ceci constitue une irrégularité. Le pouvoir adjudicateur pourrait, par conséquent, décider d'écartier une telle offre.

**27.** De même, lorsque le pouvoir adjudicateur impose ou autorise l'introduction de variante, il doit préciser, suivant l'article 9 § 2, al.2 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011, si ces variantes doivent être introduites dans une offre distincte ou dans une partie séparée de l'offre.

Si le soumissionnaire ne respecte pas les consignes données par le pouvoir adjudicateur, ceci constitue une irrégularité, laquelle pourrait être considérée comme substantielle. Le pouvoir adjudicateur pourrait, par conséquent, être tenu d'écartier une telle offre.

## **F. Absence de dépôt des documents relatifs au droit d'accès**

**28.** La réglementation des marchés publics est mue par le souci de limiter l'accès de ces marchés aux seuls soumissionnaires qui respectent des conditions minimales de probité professionnelle, sociale et fiscale.

L'article 61 § 1<sup>er</sup> de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 interdit ainsi aux entreprises qui ont été pénalement condamnées pour diverses infractions graves, de participer à un marché public. Ces conditions d'accès sont qualifiées d'obligatoires et sont applicables à tous les marchés.

L'article 61 § 2 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 prévoit, quant à lui, diverses autres causes facultatives d'exclusion des marchés publics, lesquelles peuvent être imposées aux soumissionnaires à la discrétion du pouvoir adjudicateur.

**29.** Afin d'obtenir la preuve du respect de ces conditions minimales d'accès au marché, le pouvoir adjudicateur exige généralement des soumissionnaires une

58 B. LOMBAERT e.a., La passation des marchés publics dans les secteurs classiques, Kluwer, 2014, n°443.

59 Art. 54 § 2 al.2, AR 15/07/2011.

attestation sur l'honneur et/ou des attestations émanant des autorités compétentes.<sup>60</sup>

Ainsi, le pouvoir adjudicateur demande souvent la production d'attestations officielles qui confirment l'absence de dettes à l'ONSS, à l'INASTI, à la TVA ou encore aux impôts.<sup>61</sup>

Lorsque l'offre est déposée par un groupement d'entreprises, tous ses participants sont tenus de transmettre ces documents.<sup>62</sup>

**30.** Il est fréquent que l'un ou l'autre candidat ou soumissionnaire omette, dans un marché public de joindre, ces attestations à l'appui de sa demande de participation ou de son offre.

Un tel manquement peut conduire au rejet de l'offre ou de la demande de participation par le pouvoir adjudicateur. La doctrine mentionne toutefois l'existence d'un jugement du Tribunal de première instance de Bruxelles qui a considéré que l'exclusion d'un candidat qui n'a pas joint une attestation ONSS n'est pas automatique, le pouvoir adjudicateur disposant d'une marge d'appréciation.<sup>63</sup>

L'article 59 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 autorise toutefois le pouvoir adjudicateur à inviter les candidats ou soumissionnaires à « compléter ou expliciter » les renseignements et documents présentés relativement à l'accès au marché. Cette faculté<sup>64</sup> est spécifique au droit d'accès (et à la sélection qualitative) et ne peut pas être mise en œuvre dans le cadre de l'appréciation de la régularité des offres, qui est une phase d'analyse distincte.

Il s'agit d'une faculté dans le chef du pouvoir adjudicateur, qui n'y est pas tenu.<sup>65</sup>

A cet égard, la Cour de justice de l'Union européenne juge que « *de façon générale, dans l'exercice du pouvoir d'appréciation dont il dispose en ce qui concerne la faculté de demander aux candidats de clarifier leur offre, le pouvoir adjudicateur doit traiter les candidats de manière égale et loyale, de telle sorte qu'une demande de clarification ne puisse pas apparaître, à l'issue de la procédure de sélection des offres et au vu du résultat de celle-ci, comme ayant indûment favorisé ou défavorisé le ou les candidats ayant fait l'objet de cette demande* ». <sup>66</sup>

A cet égard, « *l'usage de la faculté ainsi laissée au pouvoir adjudicateur, dans le cadre de la sélection qualitative des soumissionnaires, ne peut toutefois amener celui-ci à assouplir les critères de sélection qualitative énoncés dans le cahier spécial des charges, ni permettre aux soumissionnaires concernés de modifier le contenu de leur offre.* » <sup>67</sup>

60 Lorsque, conformément à l'article 60 § 1<sup>er</sup> al.1 de l'AR 15/07/2015, le pouvoir adjudicateur a accès gratuitement et par voie électronique à certains documents, il ne peut pas en exiger la production par le soumissionnaire.

61 Art. 62 et 63 de l'AR du 15 juillet 2011.

62 Art. 66 de l'AR du 15 juillet 2011.

63 P. THIEL, Mémento des marchés publics et des PPP, Wolters Kluwer, 2015, p.313 et référence infrapaginale 848.

64 B. LOMBAERT e.a., La passation des marchés publics dans les secteurs classiques, Kluwer, 2014, n°336.

65 CE, arrêt n°217.512 du 24 janvier 2012.

66 CJUE, arrêt du 29 mars 2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko e.a., points 40 à 44.

67 CE, arrêt n° 219.396 du 16 mai 2012. Dans cette affaire, le Conseil d'état a estimé que la transmission a posteriori, par un soumissionnaire, d'une attestation d'engagement d'un sous-traitant modifiait l'offre déposée, dès lors que la mission visée par cette attestation n'avait pas été prévue dans l'offre initiale. L'envoi de l'attestation permettait donc de corriger cette lacune.

Par ailleurs, cette faculté de « repêchage » ne pourra pas être mise en œuvre lorsque « *les documents du marché imposaient la communication de la pièce ou de l'information manquante sous peine d'exclusion. En effet, il incombe à un pouvoir adjudicateur d'observer strictement les critères qu'il a lui-même fixés* »<sup>68</sup>

## G. Absence de dépôt des documents relatifs à la sélection qualitative

31. Les pouvoirs adjudicateurs imposent généralement des critères de sélection qualitative aux candidats et soumissionnaires qui veulent participer à un marché. Les références dont doivent justifier les candidats ou soumissionnaires pour remplir les exigences de sélection qualitative doivent généralement être démontrées sur base d'attestations écrites, officielles ou sur l'honneur.<sup>69</sup>

Le pouvoir adjudicateur fixe librement les critères de sélection qualitative et cette décision souveraine n'est contestable devant le Conseil d'état s'il y a erreur manifeste d'appréciation.<sup>70, 71</sup>

Le pouvoir adjudicateur peut préciser dans les documents de marché le mode de preuve admissible des capacités qu'il requiert pour le marché.<sup>72</sup> A défaut, la preuve peut avoir lieu par toutes voies de droit.

32. Il est fréquent que l'un ou l'autre candidat ou soumissionnaire dans un marché public omette de joindre ces attestations à sa demande de participation ou à son offre.

Un tel manquement peut conduire au rejet de la demande de participation ou de l'offre par le pouvoir adjudicateur.

L'article 59 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 autorise toutefois le pouvoir adjudicateur à inviter les candidats ou soumissionnaires à « compléter ou expliciter » les renseignements et documents présentés relativement à l'accès au marché. Cette faculté est spécifique à la sélection qualitative (et au droit d'accès) et ne peut pas être mise en œuvre dans le cadre de l'appréciation de la régularité des offres, qui est une phase d'analyse distincte.<sup>73</sup>

Il s'agit d'une faculté dans le chef du pouvoir adjudicateur, qui n'y est pas tenu.<sup>74, 75</sup> Il doit toutefois, lorsqu'il fait usage de cette faculté, assurer le même traitement à tous les soumissionnaires.<sup>76</sup>

68 CJUE, arrêt du 10 octobre 2013, C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser contre Manova A/S, point 40.

69 P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP*, Wolters Kluwer, 2015, p.316.

70 P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP*, Wolters Kluwer, 2015, p.335.

71 Lorsque, conformément à l'article 60 § 1<sup>er</sup> al.1 de l'AR 15/07/2015, le pouvoir adjudicateur a accès gratuitement et par voie électronique à certains documents, il ne peut pas en exiger la production par le soumissionnaire.

72 CE, arrêt n°200.316 du 1<sup>er</sup> février 2010. Cfr. aussi CE, arrêt n° 210.160 du 28 décembre 2010 : si le pouvoir adjudicateur n'a pas précisé ce mode de preuve, le soumissionnaire peut librement recourir aux moyens qu'il juge approprié, telle une attestation sur l'honneur.

73 CE, n° 223.170 du 16 avril 2013.

74 Pour un cas dans lequel le pouvoir adjudicateur a refusé de laisser un délai supplémentaire, cfr. CE, arrêt n°222.840 du 13 mars 2013.

75 Cfr. toutefois CE arrêt n° 210.160 du 28 décembre 2010 : dans cet arrêt, le Conseil d'état a estimé que le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas exclure automatiquement un soumissionnaire qui avait déposé une attestation sur l'honneur, dès lors que le cahier spécial des charges ne déterminait pas avec précision le mode de preuve admis pour la sélection qualitative.

76 B. LOMBAERT e.a., *La passation des marchés publics dans les secteurs classiques*, Kluwer, 2014, n°336. Cfr. aussi CE, n° 223.170 du 16 avril 2013 et les références jurisprudentielles visées au point 30.



Par ailleurs, il ne peut pas exécuter cette faculté lorsqu'il a prescrit la transmission d'un document à peine d'exclusion ou de nullité.<sup>77</sup>

**33.** Parfois, les soumissionnaires transmettent bien les informations de sélection qualitative exigées, mais sous une forme différente de celle requise par les documents de marché.

Dans ce cas de figure, si la modification de forme ne justifie pas en tant que telle la non-sélection du soumissionnaire<sup>78</sup>, ce dernier prend le risque que ce changement formel entraîne des modifications de contenu, qui peuvent s'avérer fatales pour son offre.

## **H. Absence d'engagement écrit et signé des sous-traitants ou associés**

**34.** L'article 74 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 contient une exigence qui est particulièrement importante et souvent oubliée par les candidats et soumissionnaires à un marché.

Cette disposition impose que la demande de participation, lors des procédures restreintes, ou l'offre, lors des procédures ouvertes, contienne un engagement signé de chaque entité dont les capacités sont invoquées pour la sélection qualitative :

*« Un candidat ou un soumissionnaire peut, pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il prouve, dans ce cas, au pouvoir adjudicateur que, pour l'exécution du marché, il disposera des moyens nécessaires par la production de l'engagement de ces entités de mettre de tels moyens à la disposition du candidat ou du soumissionnaire. Ces entités sont soumises à l'application de l'article 61.*

*Dans les mêmes conditions, un groupement de candidats ou de soumissionnaires peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou d'autres entités. »*

Si en effet, le soumissionnaire a totale liberté pour faire référence, dans son offre, aux capacités techniques, financières ou économiques des participants au groupement sans personnalité juridique qui soumissionne ou de divers sous-traitants renseignés dans l'offre, il ressort de cette disposition réglementaire que chacune de ces entités doit s'être formellement engagée à mettre les moyens nécessaires à la disposition du soumissionnaire.<sup>79</sup>

77 B. LOMBAERT e.a., La passation des marchés publics dans les secteurs classiques, Kluwer, 2014, n°336. Cfr. également CE, arrêt n°224.337 du 11 juillet 2013 et les références jurisprudentielles visées au point 30.

78 CE, arrêt n° 164.090 du 25 octobre 2006 : « Considérant, tout d'abord, que celui-ci exige de présenter les attestations sur les formulaires requis, à savoir l'annexe 5; qu'aucune des attestations produites par la société D.I. AMIANTE n'est produite sous cette forme; qu'il est toutefois raisonnable d'admettre les attestations et certificats produits par cette société sous une autre forme que celle prévue par l'annexe 5 pour autant que les renseignements prévus par cette annexe s'y retrouvent, (...) ».

79 Pour une application, cfr. CE, arrêt n°210.658 du 25 janvier 2011 ou CJUE, arrêt C-218/11 du 18 octobre 2012, Hochtief solutions AG.

En ce qui concerne les participants à un groupement, la preuve de cet engagement résultera de la signature de l'offre par chacun de ses derniers ou par un mandataire ayant procuration.

Pour les sous-traitants, cet engagement sera généralement prouvé au moyen d'une attestation écrite, signée par le représentant légal du sous-traitant et jointe à l'offre, qui confirme la mise à disposition des moyens du sous-traitant en vue de l'exécution du marché public concerné.<sup>80</sup>

35. Il n'est pas rare de constater qu'une offre, qui fait référence aux capacités de sous-traitants, ne contient pas une telle preuve écrite d'engagement. Ceci empêche le pouvoir adjudicateur de considérer que le soumissionnaire remplit les conditions de sélection qualitative imposée par le marché.<sup>81</sup>

L'article 74 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 doit d'ailleurs être lu en combinaison avec l'article 12 du même texte, lequel impose que pour les sous-traitants dont la capacité est évoquée par un soumissionnaire, la demande de participation et l'offre mentionnent « *toujours pour quelle part du marché il fait appel à cette capacité et quelles autres entités il propose* ».

Par ailleurs, le fait de faire référence aux capacités des sociétés d'un groupe d'entreprises auquel appartient le soumissionnaire ne suffit pas, si ces sociétés ne se sont pas formellement engagées par écrit à mettre leurs capacités à disposition du soumissionnaire.<sup>82</sup>

36. Enfin, lorsque le soumissionnaire fait état de références dans le cadre de la sélection qualitative, celles-ci ne peuvent appartenir à des tiers, qui ne sont pas juridiquement liés par l'offre.

Ainsi, une société commerciale qui soumissionne à un marché, ne peut pas faire référence dans son offre, aux capacités personnelles de son administrateur-délégué, lequel a une personnalité juridique distincte de la personne morale dont il est l'organe.<sup>83</sup>

Ces capacités ne peuvent être purement et simplement assimilées à celle de la personne morale qui fait offre.

37. Indépendamment de la question de l'engagement des sous-traitants dont le soumissionnaire fait valoir la capacité dans son offre, le pouvoir adjudicateur peut également, sur base de l'article 12 al.1<sup>er</sup> de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011, imposer au soumissionnaire de mentionner dans son offre « *la part du marché qu'il a l'intention de sous-traiter ainsi que les sous-traitants opposés* ».

Le pouvoir adjudicateur n'est pas obligé de demander ces précisions, c'est une faculté.<sup>84</sup>

80 Cfr., pour exemples, CE, arrêt n°225.329 du 4 novembre 2013; CE, arrêt n°221.508 du 26 novembre 2012.

81 CJUE, arrêt du 10 octobre 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2 SpA et Mannocchi Luigino DI contre Provincia di Fermo; CE, arrêt n°217.835 du 9 février 2012.

82 CE, arrêt n°206.853 du 29 juillet 2010; arrêt n°217.835 du 9 février 2012. B. LOMBAERT e.a., La passation des marchés publics dans les secteurs classiques, Kluwer, 2014, n°422 et les références citées.

83 CE, n° 221.600 du 30 novembre 2012.

84 Cela ne devient une obligation que lorsque les capacités du sous-traitant sont utilisées pour la sélection qualitative: cfr. art. 12 al 2 AR 15/07/2011.

Dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur demande ces précisions et que le soumissionnaire ne les communique pas, certains auteurs considèrent que cela frappe l'offre d'irrégularité relative.<sup>85</sup>

Le Conseil d'état a rendu un arrêt<sup>86</sup> dans ce sens, dans le cadre d'un marché de services où un soumissionnaire a omis les coordonnées des sous-traitants en charge de deux postes, sur les six cents postes que totalisait l'inventaire des prix. D'autres auteurs enseignent qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de définir dans les documents de marché la sanction qu'il entend appliquer en cas de non-respect de cette obligation.<sup>87</sup>

## I. Réserves ou dérogation par rapport au contenu des documents de marché<sup>88</sup>

38. En adjudication et en appel d'offres, la réglementation<sup>89,90</sup> prescrit que toute réserve ou dérogation qui est exprimée dans l'offre d'un soumissionnaire par rapport aux exigences des documents de marché, constitue une irrégularité.

Cette irrégularité sera tantôt frappée de nullité absolue, si elle affecte un élément essentiel du marché, et tantôt frappée de nullité relative.

Le Conseil d'état a notamment considéré qu'une offre contenait une irrégularité substantielle lorsque le soumissionnaire propose un prix unitaire fondé sur une unité de mesure différente de celle retenue par le pouvoir adjudicateur, pour un poste du marché.<sup>91</sup>

39. Parmi les erreurs évitables dans l'établissement d'une offre de marché public, figure également la communication par le soumissionnaire de ses conditions générales de vente à l'appui de son offre.

Il arrive fréquemment que ces conditions générales, qui ne sont pas adaptées au marché, dérogent à l'une ou l'autre disposition de celui-ci.

Si la dérogation affecte un élément essentiel du marché, tel le prix, l'irrégularité qui en découle est substantielle et oblige le pouvoir adjudicateur à écarter l'offre dans son ensemble.<sup>92</sup>

85 B. LOMBAERT e.a., *La passation des marchés publics dans les secteurs classiques*, Kluwer, 2014, n°84.

86 CE, arrêt n°194.625 du 24 juin 2009.

87 Y. CABUY e.a., *Le nouveau droit des marchés publics en Belgique*, De l'article à la pratique, Larcier, 2013, p. 422-423.

88 Sur le sujet, cfr. notamment I. VOS, *De rol van de rechter bij de beoordeling van afwijkingen van technische besteksbepalingen*, MCPOoO, 2012/3, p. 351; T. BRUYNINCKX, *De raadpleging van inschrijvers in geval van een voorbehoud in de offerte*, MCPOoO, 2013/1, p.5.

89 Art. 95, AR 15/07/2011.

90 Comme indiqué aux points 9 à 11 de la présente note, la situation est plus contrastée pour les autres types de procédure d'attribution. Reste toutefois que, suivant la CJUE (arrêt n° C-561/12 du 5 décembre 2013, *Nordecon AS*): « *bien que le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir de négociation dans le cadre d'une procédure négociée, il est toujours tenu de veiller à ce que les exigences du marché, auxquelles il a attribué un caractère impératif, soient respectées. Si tel n'était pas le cas, le principe selon lequel les pouvoirs adjudicateurs agissent avec transparence serait méconnu et le but rappelé au point précédent du présent arrêt ne saurait être atteint. Par ailleurs, le fait d'admettre la recevabilité d'une offre non conforme à des conditions impératives en vue de la négociation priverait de toute utilité la fixation de conditions impératives dans l'appel d'offres et ne permettrait pas au pouvoir adjudicateur de négocier avec les soumissionnaires sur une base commune à ces derniers, constituée desdites conditions, et, partant, de traiter ceux-ci sur un pied d'égalité.* ».

91 CE, arrêt n°223.916 du 14 juin 2013; CE arrêt n°221.928 du 28 décembre 2012.

92 CE, arrêt n°203.753 du 6 mai 2010.

Il est donc essentiel pour le soumissionnaire, soit de s'abstenir de joindre ses conditions générales, soit de vérifier précisément la portée de ces conditions et leur conformité aux documents de marché.

40. De même, il arrive que les soumissionnaires fixent dans leur offre une clause de révision des prix, alors que le marché n'en prévoit pas l'application ou que les documents de marché impose une formule différente. Une telle divergence entre l'offre et les documents de marché justifiera généralement, s'agissant d'une dérogation à l'élément « prix » du marché, l'écartement de l'offre pour irrégularité substantielle.

41. Le Conseil d'état<sup>93</sup> a par ailleurs confirmé qu'une réserve formulée sur le délai d'exécution du marché arrêté par les documents de marché, affecte un élément essentiel du marché et rend l'offre nulle de nullité absolue. Une même sanction s'applique lorsque le soumissionnaire déroge au délai de validité des offres fixé par le cahier spécial des charges.<sup>94</sup> Il s'agit en effet d'une prescription essentielle du marché.<sup>95</sup>

## J. Omission d'un prix, prix nul ou anormal

42. L'article 15 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 stipule que « *Les prix unitaires et les prix globaux de chacun des postes du métré récapitulatif ou de l'inventaire sont établis en respectant la valeur relative de ces postes par rapport au montant total de l'offre. Tous les frais généraux et financiers divers, ainsi que le bénéfice, sont répartis sur les différents postes proportionnellement à l'importance de ceux-ci.* »

43. Il peut arriver qu'un soumissionnaire oublie de compléter le prix d'un poste du métré ou de l'inventaire.

Dans ce cas, l'article 97 autorise expressément le pouvoir adjudicateur dans les procédures d'adjudication et d'appel d'offres, soit à déclarer l'offre irrégulière, soit à la corriger.

La jurisprudence judiciaire<sup>96</sup> considère que l'omission d'un prix unitaire dans une offre ne constitue pas une irrégularité substantielle, dès lors que cette omission n'influence pas le montant total de l'offre et que son omission n'affecte pas l'égalité entre les soumissionnaires. Tel peut être le cas lorsque le prix unitaire omis est relatif à un poste de peu de valeur.

Le Conseil d'état a, quant à lui, jugé que l'omission d'un prix qui ne résulte pas d'une erreur matérielle conduit à l'irrégularité absolue de l'offre.<sup>97</sup> Ainsi, lorsqu'un soumissionnaire corrige un prix qui a été omis dans son offre, il modifie celle-ci, ce qui rompt l'égalité entre soumissionnaires, et son offre est irrégulière.<sup>98</sup>

44. Il n'est pas rare qu'un soumissionnaire, voulant proposer une offre concurrentielle, décide de réduire drastiquement le prix d'un poste du marché, voire

93 CE, arrêt n°222.852 du 14 mars 2013.

94 CE, arrêt n°203.933 du 18 mai 2010.

95 Y. CABUY e.a., *Le nouveau droit des marchés publics en Belgique, De l'article à la pratique*, Larcier, 2013, p. 491.

96 Gand, 8 octobre 2010, MCP0oO, 2013/02.

97 CE, arrêt n°213.459 du 25 mai 2011 et 212.298 du 29 avril 2011.

98 CE, arrêt n°203.348 du 29 avril 2010.

de ne pas donner de prix pour un poste jugé secondaire ou de le mettre à zéro parce que son coût est inclus dans d'autres postes du marché.<sup>99</sup>

Un tel procédé n'est pas admissible en marché public, puisque chaque poste d'une offre doit être fourni à un prix de marché, incluant une marge bénéficiaire et une part proportionnelle des frais généraux.

Faire autrement s'assimile à déposer un prix anormal, ce qui est présumé constituer un danger pour l'exécution du marché et un acte de concurrence déloyale.<sup>100</sup>

Lorsque le pouvoir adjudicateur détecte un prix anormal, il doit<sup>101</sup> inviter le soumissionnaire à s'en expliquer par écrit.<sup>102</sup>

«*Le soumissionnaire interrogé sur son prix anormalement bas doit le justifier de manière acceptable, précise, concrète et étayée en faits*».<sup>103</sup> Il lui sera toutefois souvent difficile de pouvoir justifier la composition<sup>104</sup> de ce prix anormal.

Dans l'hypothèse où les justifications données ne sont pas suffisantes, le pouvoir adjudicateur est contraint de rejeter l'offre pour irrégularité matérielle substantielle.<sup>105</sup>

L'anormalité d'un prix affecte, en effet, un élément essentiel de l'offre et la nullité qui s'en suit est absolue.<sup>106</sup>

Si le soumissionnaire ne structure pas ses prix suivant les différents postes qui ont été créés dans les documents de marché, il prend donc un risque majeur de voir son offre rejetée.

De même, lorsqu'un soumissionnaire propose un prix indicatif, qui varie en fonction d'une grille tarifaire, son offre est irrégulière.<sup>107</sup>

## K. Catalogue d'objets et de prix

45. L'article 54 § 2 al. 1<sup>er</sup> de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 prescrit qu'un soumissionnaire ne peut déposer, sauf les cas de variante ou d'application de la procédure du dialogue compétitif, qu'une seule offre par marché.<sup>108</sup>

Si une telle affirmation peut paraître évidente, force est de constater que certains soumissionnaires s'en écartent en déposant à l'appui de leur offre un « catalogue » de produits et de prix.

Ces soumissionnaires pensent ainsi donner au pouvoir adjudicateur plus de flexibilité et de choix quant aux produits ou services proposés.

99 CE, 8 mars 2013, n° 222.782; CE, arrêt n°217.640 du 31 janvier 2012; CE, arrêt n°218.447 du 13 mars 2012.

100 Cfr. CE, arrêt n° 222.635 du 26 février 2013: «*Le contrôle des prix apparemment anormaux, ainsi organisé, a essentiellement pour objet de vérifier si le prix offert permet d'exécuter les obligations qui résultent du cahier des charges tant au point de vue de la qualité technique qu'au point de vue du délai, et d'exclure toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux du pouvoir adjudicateur et des deniers publics.*».

101 En appel d'offres et en adjudication.

102 Art. 21 § 3 AR 15 juillet 2011.

103 CE, arrêt n° 218.223 du 28 février 2012.

104 Art. 21 § 3, al.2 AR 15 juillet 2011.

105 Art. 95 al. 3 AR 15 juillet 2011.

106 Cfr. CE, arrêt n° 198.368 du 30 novembre 2009 et n° 209.794 du 16 décembre 2010.

107 CE, arrêt n°203.725 du 6 mai 2010.

108 Pour une application avec deux offres déposées individuellement, d'une part, et en groupement, d'autre part, cfr. CE n° 222.340 du 31 janvier 2013.

Ils commettent malheureusement, ce faisant, une violation du principe d'unicité de l'offre<sup>109</sup> qui obligera le pouvoir adjudicateur à constater que l'offre n'est pas unique et qu'elle ne peut être utilement comparée avec celle des autres soumissionnaires.<sup>110</sup>

En effet, il appartient au soumissionnaire et à lui seul de proposer au pouvoir adjudicateur les travaux, les fournitures ou les services qu'il estime les plus avantageux, sans que le pouvoir adjudicateur soit contraint d'opérer lui-même le choix de celui qu'il souhaite parmi une liste ouverte d'objets et de prix.

Contrevient donc au principe d'unicité de l'offre, le soumissionnaire qui introduit dans son offre une alternative de prix pour un poste concerné.<sup>111</sup>

Dans l'hypothèse où le soumissionnaire souhaite vraiment proposer plus d'une offre au pouvoir adjudicateur, il devra éventuellement introduire une variante, dans les conditions prescrites par la réglementation et pour autant qu'elle soit autorisée.<sup>112</sup>

## L. Offre incomplète

46. Il arrive également que le pouvoir adjudicateur sollicite, indépendamment des exigences de sélection qualitative, que certaines informations ou documents soient joints dans l'offre. Ces documents permettront de pouvoir apprécier la qualité intrinsèque de l'offre, sur base des critères d'attribution du marché.

L'absence de transmission de ces documents constitue une irrégularité, qui pourra être couverte ou non, en fonction de son caractère non-substantiel ou substantiel.<sup>113</sup>

Le caractère substantiel de l'information manquante sera notamment apprécié sur base de ce que le pouvoir adjudicateur a précisé dans les documents de marché. Si le pouvoir adjudicateur a prescrit la transmission d'un document à peine « d'exclusion », « de rejet de l'offre » ou « de nullité », son absence entachera l'offre d'irrégularité substantielle.<sup>114</sup>

Dans une affaire soumise à la Cour d'appel de Gand<sup>115</sup>, il a ainsi été jugé que l'absence de jonction du plan de sécurité-santé prévu par l'Arrêté royal du 25 janvier 2001, constitue une irrégularité substantielle qui justifie le rejet de l'offre, lorsque le cahier spécial des charges mentionne que ce plan doit être joint car il contient des éléments essentiels à l'appréciation de l'offre.

De même, le Conseil d'état a jugé que la non-transmission d'informations requises par le cahier spécial des charges, suivant la même structure que l'annexe qui y est jointe, rend impossible la comparaison des offres, dès lors que ces in-

109 P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des PPP*, Wolters Kluwer, 2015, p.505; S. VAN GARSSE e.a., *Commentaire article par article de la nouvelle législation des marchés publics*, Politeia, 2012, art. 54, point 2.:

110 CE, arrêt n°195.256 du 14 juillet 2009.

111 Y. CABUY e.a., *Le nouveau droit des marchés publics en Belgique*, De l'article à la pratique, Larcier, 2013, p. 487.

112 Cfr. rapport au Roi de l'AR 15/07/2011, art. 54.

113 CE arrêt n°221.473 du 22 novembre 2012.

114 CE arrêt n°222.409 du 7 février 2013; CE, arrêt n°218.263 du 1<sup>er</sup> mars 2012.

115 Gand, 8 juin 2012, MCPoO 2013/01. Cfr. sur le même sujet, les arrêts du Conseil d'état n° 202.194 du 22 mars 2010 et n°220.565 du 11 septembre 2012.

formations sont nécessaires à l'appréciation d'un des critères d'attribution. Ce faisant, l'offre est irrégulière et est frappée de nullité absolue.<sup>116</sup>

## **V) Prudence, donc!**

---

47. L'établissement d'une demande de participation ou d'une offre dans le cadre d'un marché public doit être réalisé avec beaucoup de prudence.

La réglementation des marchés publics, ainsi que les documents de marché rédigés par les pouvoirs adjudicateurs, imposent de nombreuses exigences auxquelles il convient que le candidat et le soumissionnaire répondent, afin de pouvoir passer les différentes étapes d'attribution d'un marché public.

Ces exigences sont de nature formelle et matérielle. Elles ont trait tant à la capacité des soumissionnaires qu'à la régularité des offres qu'ils déposent.

Il n'est certainement pas inutile pour les opérateurs économiques qui soumissionnent aux marchés publics, de se faire conseiller par des professionnels.

La jurisprudence foisonnante en matière de marchés publics démontre que l'excès de prudence est loin d'être inutile!

---

116 CE, arrêt n°213.602 du 31 mai 2011. Cfr. également B. LOMBAERT e.a., La passation des marchés publics dans les secteurs classiques, Kluwer, 2014, n°449.

