



Mise en œuvre
par les ASBL PO
de la législation
« marchés publics »

JANVIER 2018



ENSEIGNEMENT CATHOLIQUE
SECRETARIAT GÉNÉRAL | SERVICE JURIDIQUE

SERVICE JURIDIQUE

SECRETARIAT GÉNÉRAL DE L'ENSEIGNEMENT CATHOLIQUE ASBL
Avenue E. Mounier, 100 - 1200 Bruxelles - Tél: 02 256 70 44 - Fax: 02 256 70 46 - www.segec.be - segec@segec.be

Contenu

CHAPITRE I Définitions préalables	10
CHAPITRE II Cadre et principes généraux	13
1) ASBL pouvoirs organisateurs de l'enseignement libre = pouvoir adjudicateur : soumis à la législation marchés publics	13
2) Qu'est-ce qu'un marché public ?	14
3) Régime légal et contractuel applicable aux marchés publics.....	14
3.1 Dispositions légales	14
3.2 Dispositions contractuelles	15
4) Principes fondamentaux à respecter dans le cadre du processus marché public.....	15
4.1 Principe d'égalité et de non-discrimination	15
4.2 Principe de concurrence.....	15
4.3 Principe de transparence	16
4.4 Principe de proportionnalité	16
4.5 Principe du forfait.....	16
4.6 Principe du paiement pour service fait et accepté	17
4.7 Principe de confidentialité	17
4.8 Principe du respect du droit social, environnemental et du travail.....	17
5) Les moyens de communication.....	18
5.1 Le principe : la communication électronique.....	18
5.2 Les mesures transitoires.....	18
5.3 Les exceptions possibles et l'utilisation d'une communication écrite	19
5.4 La communication orale.....	19
5.5 Les plateformes d'échange et de communication	20
CHAPITRE III Objet et procédure du marché	21
1) Prospection du marché	21
2) Définir l'objet du marché.....	21
2.1 Marché de TRAVAUX.....	22
2.2 Marché de FOURNITURES	22
2.3 Marché de SERVICES	22
2.4 Marché mixte	23

3)	Définir la valeur du marché	23
3.1	Principes	23
3.2	Estimations par type de marché	24
4)	Choix de la procédure de passation	24
4.1	Choix de la procédure ouverte ou restreinte	24
4.2	Choix de la procédure négociée sans publication préalable (PNSPP) – anciennement procédure négociée sans publicité	25
4.3	Choix de la procédure concurrentielle avec négociation (PCAN) - anciennement la procédure négociée avec publicité	27
4.4	Choix de la procédure négociée directe avec publication préalable (PNDAPP)- anciennement la procédure négociée directe avec publicité	29
4.5	Cas particulier : les marchés d'un montant inférieur à 30.000 € HTVA - les marchés sur simple facture acceptée	31
CHAPITRE IV Elaboration du cahier spécial des charges		33
1)	Principe	33
2)	Mentions à faire figurer dans un cahier spécial des charges.....	33
3)	Quelques précisions importantes relatives à ces mentions	34
3.1	Législation.....	34
3.2	Dérogations aux règles d'exécution de l'Arrêté Royal	35
	du 14 janvier 2013.....	35
3.3	Pouvoir adjudicateur	36
3.4	Objet du marché.....	36
3.5	Mode de détermination des prix	38
3.6	Modalités relatives à l'établissement de l'offre.....	39
3.7	Modalités relatives aux motifs d'exclusion et à la sélection qualitative..	39
3.8	Modalités liées à l'attribution du marché : les critères d'attribution	44
3.9	Modalités relatives au dépôt et à l'ouverture des offres.....	46
3.10	Modalités relatives à l'exécution du marché	47
3.11	Les spécifications techniques	49
3.12	Modèles de Cahier spécial de charges disponibles sur notre	50
	site internet	50
CHAPITRE V Mise en concurrence.....		51
1)	Publicité du marché.....	51
2)	Avis de marché	52
3)	Délais de publicité.....	52

CHAPITRE VI Offres	55
1) Rédaction des offres.....	55
2) Dépôt des offres	56
2.1 En procédure négociée sans publication préalable	56
2.2 Autres procédures.....	56
3) Séance d'ouverture des offres.....	57
3.1 En procédure négociée sans publication préalable	57
3.2 Autres procédures.....	57
 CHAPITRE VII Analyse des offres.....	 59
1) Principes.....	59
2) Examen des motifs d'exclusion et des critères de sélection qualitative	60
2.1 Vérification des motifs d'exclusion	61
2.2 Critères de sélection qualitative : aptitude à exercer l'activité professionnelle	62
.....	62
2.3 Critères de sélection qualitative : capacité économique et financière....	62
2.4 Critères de sélection qualitative : capacité technique et d'expérience	63
professionnelle	63
2.5 Dispense de produire les preuves	63
2.6 Capacité d'un tiers/sous-traitant	63
2.7 En cas d'association momentanée.....	64
2.8 En cas de documents manquants.....	64
3) Examen de la Régularité des offres et des prix.....	64
3.1 Irrégularités	64
Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature :	64
3.2 Conséquences des irrégularités	65
4) Examen des offres en fonction des critères d'attribution	67
4.1 Evaluation.....	67
4.2 Motivation.....	68
4.3 Choix de l'adjudicataire.....	68
4.4 Rapport d'analyse des offres.....	70
4.5 Décision motivée d'attribution	70
4.6 Renonciation à la passation d'un marché	71
 CHAPITRE VIII Devoir d'information et délai d'attente.....	 72
1) En procédure négociée	72
2) Autres procédures	73

CHAPITRE IX Conclusion du marché.....	75
1) Délai d’engagement – délai de validité des offres.....	75
1.1 Principe.....	75
1.2 Dépassement du délai d’engagement	75
2) Notification du marché à l’adjudicataire.....	76
2.1 En procédure ouverte ou restreinte	76
2.2 En procédure négociée sans publication préalable	76
 CHAPITRE X Possibilités de recours quant à l’attribution du marché.....	 77
1) Recours en annulation.....	77
2) Recours en suspension	77
3) Action en dommages et intérêts.....	77
4) Déclaration d’absence d’effets.....	78
5) Sanctions de substitution	78
 CHAPITRE XI Exécution d’un marché public.....	 79
1) Champ d’application de l’AR exécution et dérogations	79
1.1 Application de règles générales d’exécution	79
1.2. Dérogations	79
2) Garanties	80
2.1. Assurances.....	80
2.2. Cautionnement.....	81
3) Direction et contrôle du marché.....	82
4) La responsabilité de l’adjudicataire	83
4.1 Principe.....	83
4.2 En matière de travaux.....	83
4.3 En matière de services	84
4.4 En matière de fourniture :.....	84
5) La sous-traitance	84
5.1 Principes	84
5.2 Désignation de sous-traitant	85
5.3 Capacité du sous-traitant	85
5.4 Chaîne de sous-traitance.....	86
6) Les modifications au marché	87
6.1 Travaux, fournitures ou services complémentaires.....	87
6.2 Evènements imprévisibles dans le chef du pouvoir adjudicateur.....	88
6.3 Remplacement de l'adjudicataire	88

6.4 La règle "de minimis"	88
6.5 Modifications non substantielles	89
6.6 Révision des prix.....	89
6.7 Impositions ayant une incidence sur le montant du marché.....	89
6.8 Circonstances imprévisibles dans le chef de l'adjudicataire	90
6.9 Indemnités suite aux suspensions ordonnées par le pouvoir adjudicateur et incidents durant la procédure	92
6.10 Conditions d'introduction de la demande de réexamen	92
6.11 Publication de la modification.....	93
7) Les paiements.....	93
7.1 Conditions générales de paiement	93
Pour rappel, tout paiement ne peut être réalisé que pour un « service fait ».	93
7.2 Avances	94
7.3 Modalités de paiement relatives aux travaux.....	94
7.4 Modalités de paiement relatives aux services	95
7.5 Modalités de paiement relatives aux fournitures.....	96
7.6 Intérêt pour retard dans les paiements et indemnisation pour frais de recouvrement.....	Erreur ! Signet non défini.
7.7 Interruption ou ralentissement de l'exécution par l'adjudicataire	97
7.8 Compensation	97
8) Réception et garantie	98
8.1 Réception des services	98
8.2 Réception des fournitures.....	98
9) Les défauts d'exécution et sanctions possibles.....	100
9.1 Principes	100
9.2 Amendes pour retard	101
10) Les possibilités de résiliation du marché	103
10.1 Sur base des dispositions de l'AR exécution	103
10.2 Sur base de l'article 1794 du Code Civil	104
10.3 Sur base des dispositions du CSC : clause de résiliation	104
11) Situation de faillite et autres situations similaires	104
11.1 Résiliation sans faute pour situation de faillite ou analogue	105
11.2 Résiliation par mesure d'office pour défaut d'exécution.....	105
12) Quelques dispositions propres aux marchés de travaux	105
12.1 Délais d'exécution	106
12.2 Modifications au marché	107
12.3 Jeu des quantités présumées.....	108

12.4 Journal des travaux	108
12.5 Mesures d'office.....	109
12.6 Réception provisoire et définitive.....	109
13) Actions judiciaires	110
Ressources à votre disposition	112
Personnes-ressources	113

Introduction

Depuis le 1^{er} juillet 2013, les ASBL Pouvoirs organisateurs de l'enseignement libre sont soumis à la législation marchés publics. Ils doivent donc mettre en œuvre un processus complexe pour commander des travaux, des fournitures ou des services qui se concrétise par la conclusion d'un marché public et ce dans le respect des principes essentiels de mise en concurrence, de transparence et d'égalité. Mais il s'agit là aussi d'une opportunité d'optimiser la politique d'achats et de réduire les coûts, tout en se garantissant la qualité du travail/du produit ou de la prestation.

Pour vous aider, le SeGEC met à disposition cette brochure explicative mise à jour suite aux modifications législatives intervenues depuis le 30 juin 2017. En effet, à peine nous sommes nous familiarisés avec la législation de 2013, qu'une nouvelle législation relative aux marchés publics s'impose à nous.

Afin de réduire la charge administrative des écoles et de pouvoir engendrer des économies d'échelle dans un souci de qualité, le SeGEC a aussi mis en place **une centrale de marchés**. La centrale a pour mission soit de conclure des marchés, soit de conclure des accords cadre, chaque P.O. restant libre d'adhérer à un ou plusieurs marchés conclus par la centrale. Dispensé de procéder à une procédure de marché public, le Pouvoir organisateur assure cependant sa commande, la réception et le paiement, la Centrale assurant également la bonne réalisation du marché, notamment en terme de qualité du produit/du service rendu. La centrale de marché a déjà conclu plusieurs types de marchés : les photocopieuses, le papier, le matériel scolaire, le gaz et l'électricité, le matériel de laboratoire, les assurances, la téléphonie etc. permettant aux P.O. des économies substantielles. Tous les renseignements sur la Centrale de marché de l'enseignement catholique, son fonctionnement, ses missions et ses marchés sont disponibles sur le site de l'enseignement catholique : <http://enseignement.catholique.be/segec/index.php?id=2012>.

Cette note concerne tous les types de marchés. Nous attirons cependant votre attention sur le fait que les marchés publics en lien avec des travaux de construction ou de rénovation subventionnés par la Fédération Wallonie Bruxelles, soit dans le cadre du Fonds de garantie, soit dans le cadre d'un programme prioritaire des travaux (PPT) font l'objet d'exigences particulières de la part de la FWB. Nous vous conseillons pour ces marchés soit de prendre contact avec le service des investissements de l'enseignement catholique (SIEC – 02/256.70.61), soit de consulter les pages internet de ce même service repris dans l'extranet du SeGEC.

Nous souhaitons attirer votre attention sur le fait que cette note est rédigée à partir des informations à notre disposition au moment de sa publication. Nous veillerons évidemment à sa mise à jour au regard des évolutions notamment jurisprudentielles et doctrinales. Elle sera en outre complétée prochainement par un chapitre relatif à l'exécution des marchés publics.

Préalablement à la lecture de cette note, nous voudrions enfin attirer votre attention sur les points essentiels de la réforme de la réglementation relative aux marchés publics applicables depuis le 30 juin 2017.

1/ Les procédures de passation :

Outre le changement de nomination des différentes procédures, l'abandon des termes adjudication et appel d'offre, le recours à la procédure négociée est plus souple avec l'élargissement des champs d'application de la procédure concurrentielle avec négociation (la procédure négociée avec publicité) et l'augmentation du seuil de la procédure négociée sans publication préalable (procédure négociée sans publicité) à 144.000 €.

Par ailleurs, le seuil permettant la conclusion d'un marché sur simple facture acceptée passe désormais à 30.000 €.

2 /Utilisation généralisée des moyens électroniques

L'utilisation des moyens électroniques pour toutes les communications à tous les stades des procédures de passation sera obligatoire. La loi prévoit cependant des mesures transitoire et permet de ne pas faire usage des moyens électroniques jusqu'au 17 octobre 2018 pour les marchés dont l'estimation atteint les seuils européens et jusqu'au 30 décembre 2019 pour les marchés dont l'estimation est inférieure à ces seuils.

3/ La division des marchés en lots

La division des marchés en lots devient le principe pour les marchés dont le montant est égal ou supérieur à 144.000 €. Tout pouvoir adjudicateur doit envisager la division en lots du marché et s'ils décident de ne pas le faire, le pouvoir adjudicateur doit mentionner les raisons principales dans les documents du marché.

CHAPITRE I

Définitions préalables

Pouvoir adjudicateur (PA) : la personne qui, quelle que soit sa forme et sa nature, attribue le marché.

Adjudicateur : désigne le pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice.

Soumissionnaire : tout opérateur économique qui fait une offre en vue de se voir attribuer un marché.

Adjudicataire : le soumissionnaire avec lequel le marché est conclu.

Passation : la procédure de lancement d'un marché public, qui, le cas échéant, inclut les aspects suivants : la consultation préalable du marché, la publication, la sélection, l'attribution et la conclusion du marché.

Avis de marché : le formulaire officiel de publication en vue d'informer les opérateurs économiques concernés du lancement d'une procédure de marché.

Seuil de publicité : le seuil à partir duquel un avis de marché doit être publié

- soit au niveau belge si la valeur du marché est supérieure à 144.000 € mais inférieure à 221.000 € pour les marchés de service et de fournitures et à 5.548.000 € pour les marchés de travaux ;
- soit au niveau européen si la valeur du marché atteint au moins 221.000 € pour les marchés de service et de fournitures et 5.548.000 € pour les marchés de travaux.

Attribution du marché : la décision prise par le pouvoir adjudicateur désignant le soumissionnaire retenu comme adjudicataire.

Cahier spécial des charges (CSC) : le document rédigé par le pouvoir adjudicateur qui fixe les clauses contractuelles particulières applicables au marché envisagé.

Opérateur économique : toute personne physique ou morale, voire tout groupement de ces personnes, qui offre, respectivement, la réalisation de travaux, de services ou de fournitures sur le marché. Il s'agit soit d'un entrepreneur, soit d'un fournisseur, soit d'un prestataire de service.

Procédure ouverte: la procédure de passation dans laquelle tout opérateur économique intéressé peut présenter une offre en réponse à un avis de marché.

Procédure restreinte : la procédure de passation à laquelle tout opérateur économique intéressé peut, dans un premier temps, demander à participer suite à la publication d'un avis de marché mais dans laquelle seuls les candidats sélectionnés peuvent, dans un second temps, présenter une offre.

Procédure concurrentielle avec négociation : la procédure de passation à laquelle tout opérateur économique intéressé peut, dans un premier temps, demander à participer suite à la publication d'un avis de marché mais seuls les candidats sélectionnés peuvent, dans un second temps, présenter une offre, les conditions du marché pouvant ensuite être négociées avec un ou plusieurs de ces soumissionnaires.

Procédure négociée sans publication préalable : la procédure de passation dans laquelle le pouvoir adjudicateur demande une offre aux opérateurs économiques de son choix et peut négocier les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux.

Procédure négociée directe avec publication préalable : la procédure de passation dans laquelle tout opérateur économique intéressé peut présenter une offre en réponse à un avis de marché et dans laquelle le pouvoir adjudicateur peut négocier les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux.

Document unique de marché européen – DUME : la déclaration sur l'honneur des opérateurs économiques servant de preuve a priori en lieu et place des certificats délivrés par les autorités publiques ou autres.

Conclusion du marché : naissance du lien contractuel entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire et qui intervient par la notification de l'approbation de son offre et donc de l'attribution du marché au soumissionnaire retenu comme adjudicataire.

Lot : subdivision d'un marché susceptible d'être attribuée séparément, en principe en vue d'une exécution distincte.

Variante : mode alternatif de conception ou d'exécution du marché qui est introduit soit à la demande du pouvoir adjudicateur, soit à l'initiative d'un soumissionnaire.

Option : un élément accessoire et non strictement nécessaire à l'exécution du marché, qui est introduit soit à la demande du pouvoir adjudicateur, soit à l'initiative d'un soumissionnaire.

Groupements d'opérateurs économiques - association momentanée ou société momentanée : l'association sans personnalité juridique constituée par au moins 2 sociétés qui s'engagent solidairement par leur offre conjointe à réaliser un marché bien défini. La constitution nécessite un contrat d'association qui définit l'objet, la forme, les rapports entre associés et les conditions de collaboration. Les participants au groupement d'opérateurs économiques doivent désigner celui d'entre eux qui représentera le groupement à l'égard du pouvoir adjudicateur.

Marché de services dans un secteur sensible à la fraude : un marché de services passé dans le cadre des activités visées à l'article 35/1 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs qui relèvent du champ d'application de la responsabilité solidaire pour les dettes salariales.

Spécifications techniques : l'ensemble des prescriptions techniques définissant les caractéristiques d'un matériau, d'un produit, d'une fourniture ou d'un service de manière à répondre au besoin du pouvoir adjudicateur selon l'objet du marché précisé dans le CSC.

Délai d'engagement : le délai de validité des offres soit imposé par le pouvoir adjudicateur et donc fixé par les CSC soit proposé par les soumissionnaires dans leur offre si cette faculté est autorisée par le CSC.

TVA : tout montant s'entend hors taxe sur la valeur ajoutée (HTVA), sauf dérogation.

Délai : tout délai est exprimé en jour calendrier, sauf dérogation.

CHAPITRE II

Cadre et principes généraux

1) ASBL pouvoirs organisateurs de l'enseignement libre = pouvoir adjudicateur : soumis à la législation marchés publics

Une ASBL est soumise à la législation marché public et a donc la qualité de pouvoir adjudicateur, si l'ASBL¹ :

- est créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ;
- est dotée d'une personnalité juridique ;
- est financée majoritairement par des autorités publiques pour son activité.

Or, c'est généralement le cas des ASBL Pouvoirs Organisateurs de l'enseignement catholique dans la mesure où l'ASBL PO :

- a pour objet social de satisfaire un besoin d'enseignement qui relève de l'intérêt général ;
- et jouit de la personnalité juridique en vertu de la loi du 27 juin 1921 sur les ASBL ;
- et bénéficie de financement direct et indirect de la Communauté française pour son activité sous la forme de subventions de fonctionnement mais aussi par la prise en charge des salaires des membres du personnel sous forme de subventions de traitement.

Sur base de cette définition, ne sont pas concernés par la réglementation relative aux marchés publics les internats autonomes, à savoir les internats qui sont organisés par une ASBL qui n'est pas, par ailleurs, subventionnée pour des missions d'intérêt général. Par contre, si l'internat est sous la responsabilité d'un Pouvoir organisateur qui comprend également un établissement scolaire subventionné, l'internat sera soumis pour ses achats à la réglementation marchés publics, puisque l'ASBL est qualifiée de pouvoir adjudicateur par cette réglementation.

Par ailleurs, ont également la qualité de pouvoir adjudicateur les associations composées de plusieurs pouvoirs adjudicateurs. Ainsi, se trouvent soumis à la réglementation en matière de marchés publics les centres de gestions (sous forme d'ASBL), les CODIEC, le SeGEC, etc.

Notons enfin que lorsqu'une entité juridique a la qualité de pouvoir adjudicateur, elle est soumise à la réglementation marchés publics pour toute opération qu'elle accomplit, et cela quelle que soit la source du financement. Autrement dit, le fait de disposer de moyens « hors subventions » pour financer une opération d'achat, par exemple, n'exonère pas le pouvoir organisateur de la bonne application de la réglementation en matière de marché public.

¹ Conditions cumulatives.

2) Qu'est-ce qu'un marché public ?

Un marché public se définit comme « un contrat à titre onéreux conclu entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services. »²

Un marché public implique donc :

- une relation contractuelle entre un pouvoir adjudicateur et un adjudicataire ;
- une contrepartie évaluable en argent : soit un prix, soit une contreprestation en nature. Si une ASBL PO bénéficie d'une prestation gratuitement (ex : don), cela ne constitue pas un marché public puisque la prestation n'a pas de contrepartie ;
- soit l'exécution de travaux (marché de travaux), soit la fourniture de produits (marché de fournitures), soit la prestation de services (marché de services).

Certains contrats, bien que répondant à ces conditions, ne constituent cependant jamais des marchés publics, notamment :

- les contrats immobiliers : location, achat, vente, emphytéose, ... ;
- les contrats de travail des membres du personnel ;
- les emprunts auprès des organismes bancaires ;
- certains services juridiques, notamment la représentation en justice et les services de certification et d'authentification de documents réalisés par notaire ;
- les services de transport par train-métro.

3) Régime légal et contractuel applicable aux marchés publics

3.1 Dispositions légales

Les conditions de passation et d'exécution d'un marché public sont régies par les dispositions légales suivantes :

1° La réglementation spécifique aux marchés publics³ :

- La loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux de travaux, de fournitures et de services ;
- La loi du 17 juin 2013⁴ relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics ;
- L'Arrêté Royal (AR) du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics ;
- L'Arrêté Royal du 14 janvier 2013⁵ établissant les règles générales d'exécution des marchés publics.

² Article 2 de la loi du 17 juin 2016.

³ Ces textes se trouvent dans la gestion documentaire reprise sur le site du SeGEC.

⁴ Tel que modifié par la loi du 16 février 2017.

⁵ Tel que modifié par l'AR du 22 juin 2017.

2° Le cas échéant, la réglementation spécifique à la nature et à l'objet du marché

Il faudra veiller à combiner l'application de cette réglementation spécifique au marché envisagé de manière complémentaire ou dérogatoire à la législation relative aux marchés publics.

Il s'agit par exemple de la législation relative à l'agrément pour les marchés de travaux.

3.2 Dispositions contractuelles

Les conditions de passation et d'exécution d'un marché public sont régies par les dispositions contractuelles suivantes :

1° le cas échéant, l'avis de marché publié au Journal Officiel de l'Union Européenne et/ou au Bulletin des Adjudications.

2° Le cahier spécial des charges

Ce document contient toutes les clauses contractuelles particulières applicables à un marché déterminé.

3° L'offre approuvée de l'adjudicataire

Ce document contient les propositions contractuelles de l'adjudicataire en réponse à la demande du pouvoir adjudicateur.

4) Principes fondamentaux à respecter dans le cadre du processus marché public

Quelle que soit la procédure, un marché public implique le respect des principes fondamentaux, et ce tout au long de la procédure d'attribution du marché.

4.1 Principe d'égalité et de non-discrimination

Ce principe implique de traiter tous les soumissionnaires, sur un pied d'égalité et de manière non discriminatoire aussi bien dans la phase de passation du marché qu'au moment de la comparaison et de l'évaluation de offres.

En vertu de ce principe, il est notamment interdit de créer un monopole en faisant référence, dans la description de l'objet du marché, à une fabrication ou une provenance déterminée, ni à des procédés particuliers, ni à une marque, un brevet, une origine ou une production déterminée, sauf si cela est justifié par l'objet du marché⁶.

Ce principe garantit un accès équitable aux marchés publics.

4.2 Principe de concurrence

Ce principe implique la consultation, au moyen d'une publicité adéquate, de plusieurs entreprises soumissionnaires potentielles et ce chaque fois que cela est possible. Le cas

⁶ Voir le point 3.11 du Chapitre IV.

échéant, l'impossibilité d'en consulter plusieurs doivent être motivée légitimement (par exemple : situation de monopole).

Combiné au principe de transparence, ce principe se traduit par l'obligation de publier notamment un avis de marché au Journal officiel de l'union européenne ou/et au Bulletin des Adjudications. En cas de procédure négociée sans publication préalable, ce principe se concrétise par l'émission de demandes écrites de remise d'offre.

En vertu du principe de concurrence, un pouvoir adjudicateur ne peut pas concevoir un marché public dans l'intention de le soustraire au champ d'application de la législation marché public ou de limiter artificiellement la concurrence. La concurrence est considérée comme artificiellement limitée lorsqu'un marché est conçu dans l'intention de favoriser ou de défavoriser indûment certains opérateurs économiques.

Les opérateurs économiques, quant à eux, ne peuvent poser aucun acte, conclure aucune convention ou entente de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.

Par ailleurs, le non-respect de ces principes est désormais assorti de sanctions⁷ ; tant que le marché n'est pas conclu, le soumissionnaire devra être évincé du marché ou le pouvoir adjudicateur devra annuler la procédure. Par ailleurs, si le marché est déjà conclu, il devra être résilié.

4.3 Principe de transparence

Ce principe implique d'assurer une publicité suffisante des conditions du marché afin que les soumissionnaires potentiels puissent juger de l'opportunité de remettre offre. Ce principe implique également une obligation d'information à l'égard de tous les soumissionnaires quant aux résultats de la procédure.

4.4 Principe de proportionnalité

Ce principe implique d'être attentif à faire une application proportionnelle des motifs d'exclusion facultative. En vertu de ce principe, de petites irrégularités ne peuvent entraîner l'exclusion d'un soumissionnaire que dans des circonstances exceptionnelles. Cependant, si de petites irrégularités devaient se répéter, ceci pourrait mettre en doute la fiabilité du soumissionnaire et justifier ce faisant l'exclusion.

4.5 Principe du forfait

Les marchés publics sont attribués et exécutés sur la base d'un prix forfaitaire. Ainsi, sous réserve des possibilités de révision, les prix offerts par les soumissionnaires sont définitifs et ne peuvent faire l'objet de modifications considérées comme substantielles en cours d'exécution.

⁷ Article 5 de la loi du 17 juin 2016.

Deux mécanismes de révision des prix sont possibles :

- en fonction de facteurs déterminés d'ordre économique ou social, à condition qu'une clause de réexamen soit prévue dans les documents du marché ;
- en cas de bouleversement de l'équilibre contractuel au détriment de l'adjudicataire, qui résulte de circonstances imprévisibles.

4.6 Principe du paiement pour service fait et accepté

Tout paiement au profit de l'adjudicataire d'un marché ne peut avoir lieu que si des travaux ont été effectivement réalisés, des services effectivement prestés ou des produits effectivement livrés. Le pouvoir adjudicateur doit donc vérifier et confirmer que les travaux, les services ou les produits ont été exécutés conformément aux conditions du marché, avant de procéder au paiement.

Ce principe ne fait pas obstacle au paiement d'acompte pour toute exécution du marché et approuvé par l'adjudicataire.

Des avances, en principe interdites, sont néanmoins payables dans les conditions de fond et de forme définies par la législation^{8 9}.

4.7 Principe de confidentialité

Aussi longtemps que le pouvoir adjudicateur n'a pas pris de décision au sujet de la sélection, de la régularité des offres, de l'attribution du marché ou de la renonciation à la passation du marché, les soumissionnaires et les tiers n'ont aucun accès aux documents relatifs à la procédure de passation.

En vertu de ce principe, le pouvoir adjudicateur ne peut divulguer les renseignements que tout soumissionnaire lui communique à titre confidentiel, y compris, les éventuels secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels de l'offre. Le CSC peut alors inviter les soumissionnaires à mentionner explicitement ce qui est couvert par la confidentialité.

Durant les négociations, il peut être dérogé à ce principe moyennant l'accord écrit du soumissionnaire participant aux négociations en ce qui concerne uniquement les informations confidentielles communiquées.

Ce principe de confidentialité s'applique également à toute personne qui, en raison de ses fonctions ou des missions qui lui ont été confiées, a connaissance de tels renseignements confidentiels.

4.8 Principe du respect du droit social, environnemental et du travail

Les opérateurs économiques sont tenus de respecter et de faire respecter par toute personne agissant en qualité de sous-traitant et par toute personne mettant du personnel à disposition pour l'exécution du marché, toutes les obligations applicables

⁸ Article 67 de l'AR exécution du 14 janvier 2013.

⁹ Voir le point 3.10 du Chapitre IV.

dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établi par le droit de l'Union européenne, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales.

Sans préjudice d'autres sanctions, les manquements constatés par le pouvoir adjudicateur peuvent donner lieu, si nécessaire, à l'application des mesures prévues en cas de manquement aux clauses du marché.

5) Les moyens de communication

5.1 Le principe : la communication électronique

Les communications et les échanges d'informations entre le pouvoir adjudicateur et les opérateurs économiques, y compris la transmission et la réception électronique des offres, doivent, à tous les stades de la procédure de passation, être réalisés par des moyens de communication électronique, sauf dans les cas repris ci-dessous.

Les outils, les dispositifs et caractéristiques techniques de ces moyens de communication répondent aux conditions suivantes :

- non discriminatoires,
- communément disponibles et compatibles avec les TIC généralement utilisées,
- ne limitent pas l'accès des opérateurs économiques à la procédure de passation.

5.2 Les mesures transitoires

Pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil fixé pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur peut jusqu'au 17 octobre 2018, choisir de ne pas faire usage, ou de ne pas exclusivement faire usage des moyens de communication électroniques dans une procédure de passation.

Pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur peut choisir jusqu'au 31 décembre 2019 de ne pas faire usage, ou de ne pas exclusivement faire usage des moyens de communication électroniques dans une procédure de passation.

Dans un tel cas, il indique dans les documents du marché quel moyen de communication sera utilisé pour l'échange d'information, à savoir :

- la poste ou tout autre porteur approprié ;
- le fax ;
- la communication électronique, autre que celle des plateformes électroniques visées par la loi relative aux marchés publics ;
- une combinaison de ces moyens.

Dans ce cas, les dispositions de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics concernant les formalités relatives au dépôt et à l'ouverture des offres¹⁰

¹⁰ Articles 90 et suivants de l'AR du 15 juillet 2011 relative à la passation des marchés publics.

continuent de s'appliquer, de même que le principe selon lequel la date ultime de dépôt des offres est déterminée par la date et l'heure de la séance d'ouverture des offres.

5.3 Les exceptions possibles et l'utilisation d'une communication écrite

Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'imposer l'usage de moyens de communication électroniques dans les cas suivants :

- il s'agit d'un marché public passé selon la procédure négociée sans publication préalable dont le montant estimé est inférieur au seuil de publicité européenne ;
- en raison de la nature spécialisée du marché, si l'utilisation de moyens de communication électroniques nécessiterait des outils, des dispositifs ou des formats de fichiers particuliers qui ne sont pas communément disponibles ou pris en charge par des applications communément disponibles ;
- lorsque les applications, prenant en charge les formats de fichiers adaptés à la description des offres, utilisent des formats de fichiers qui ne peuvent être traités par aucune autre application ouverte ou communément disponibles, ou sont soumises à un régime de licence propriétaire et ne peuvent être mises à disposition par téléchargement ou à distance par le pouvoir adjudicateur ;
- l'utilisation de moyens de communication électroniques nécessiterait un équipement de bureau spécialisé dont le pouvoir adjudicateur ne dispose pas communément ;
- les documents du marché exigent la présentation de maquettes ou de modèles réduits qui ne peuvent être transmis par voie électronique.

Le pouvoir adjudicateur qui impose ou autorise l'usage d'autres moyens de communication que les moyens électroniques, en indique les raisons. Les communications pour lesquelles il n'est pas fait usage de moyens électroniques sont transmises par voie postale ou par tout autre service de portage approprié ou en combinant les 2 méthodes de communication.

Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'imposer l'usage de moyens électroniques, dans la mesure où l'utilisation d'autres moyens de communication est nécessaire en raison soit d'une violation de la sécurité des moyens de communication électroniques, soit du caractère particulièrement sensible des informations qui exigent un degré de protection extrêmement élevé ne pouvant être assuré convenablement par les outils dont disposent communément les opérateurs économiques.

5.4 La communication orale

La communication orale est permise pour la transmission d'autres communications que celles concernant les éléments essentiels de la procédure de passation¹¹, à condition de garder une trace suffisante du contenu de la communication orale.

¹¹ Sont notamment considérés comme faisant partie des éléments essentiels précités:

1° les documents du marché

2° les demandes de participation

En ce qui concerne la communication orale avec les soumissionnaires, susceptible d'avoir une incidence importante sur le contenu et l'évaluation des offres, l'obligation de garder une trace suffisante se fait à l'aide de notes écrites ou d'enregistrements audio, d'un résumé des principaux éléments de la communication ou d'un autre moyen adéquat.

Ceci permet que des sessions d'informations soient organisées, durant lesquelles la communication d'informations relatives aux documents du marché a lieu oralement, à condition de garder une trace suffisante du contenu de cette communication orale et qu'aucune information complémentaire nouvelle ne soit communiquée. Le PV de la session d'information est diffusé auprès de tous les intéressés.

Le pouvoir adjudicateur veille à préserver l'intégrité des données et la confidentialité des offres lors de toute communication et de tout échange et stockage d'informations. Il ne prend connaissance du contenu des offres qu'à l'expiration du délai ultime prévu pour le dépôt.

5.5 Les plateformes d'échange et de communication

Les plateformes électroniques, outils et dispositifs de réception électronique des offres, doivent au moins garantir :

- la détermination précise de l'heure et de la date exactes de la réception des offres ;
- l'assurance que personne ne peut avoir accès aux données transmises avant les dates limites spécifiées ;
- que seules les personnes autorisées peuvent fixer ou modifier les dates de l'ouverture des données reçues ;
- qu'aux différents stades du marché, seules les personnes autorisées peuvent avoir accès, en totalité ou en partie, aux données soumises ;
- que seules les personnes autorisées donnent accès aux données transmises et uniquement après la date spécifiée ;
- les données reçues et ouvertes ne demeurent accessibles qu'aux personnes autorisées à en prendre connaissance ;
- l'assurance que les violations ou tentatives de violation sont clairement détectables ;
- la mise à disposition des informations relatives aux spécifications liées à la soumission des offres par voie électronique, y compris le cryptage et l'horodatage.

En Belgique, la plateforme de référence est celle mise à disposition de tous les soumissionnaires et tous les pouvoirs adjudicateurs par l'administration fédérale, à savoir e-Procurement. Ce point sera approfondi dans le Chapitre V de la présente note consacré à la mise en concurrence.

3° les offres

CHAPITRE III

Objet et procédure du marché

1) Prospection du marché

Avant d'entamer une procédure de passation, le pouvoir adjudicateur peut réaliser des consultations en vue de s'informer sur le marché et d'informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences. Ces consultations peuvent se faire à condition qu'elles n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et d'entraîner une violation des principes de non-discrimination et de transparence.

Dans ce cadre, le pouvoir adjudicateur peut, par exemple, demander l'avis d'experts indépendants, d'organismes publics/privés ou d'acteurs du marché.

Lorsqu'un soumissionnaire a donné son avis au pouvoir adjudicateur ou a participé d'une autre façon à la préparation de la procédure de passation, le pouvoir adjudicateur prend des mesures appropriées pour veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée par la participation de ce soumissionnaire.

Ces mesures consistent notamment à communiquer aux autres soumissionnaires les informations utiles échangées et à fixer des délais adéquats pour la réception des offres.

Le soumissionnaire concerné n'est exclu de la procédure que s'il n'existe pas d'autres moyens d'assurer le respect du principe de l'égalité de traitement.

Toutefois, avant d'exclure, le pouvoir adjudicateur demande, par écrit, au soumissionnaire concerné de prouver au moyen d'une justification écrite, que sa participation préalable n'est pas susceptible de fausser la concurrence et ce dans un délai d'au moins douze jours.

2) Définir l'objet du marché

Selon que l'école envisage la rénovation de ses châssis, d'acquérir des bancs et des chaises ou de faire réaliser le nettoyage de ses locaux, il faudra déterminer l'objet du marché et donc sa qualification dans la mesure où cela influencera les règles juridiques applicables à la passation (élaboration, procédure, publicité) et à l'exécution du marché.

La loi distingue trois types de marchés :

- Marché de travaux ;
- Marché de fournitures ;
- Marché de services.

2.1 Marché de TRAVAUX

Le marché de travaux est un contrat conclu entre un pouvoir adjudicateur et un entrepreneur ayant pour objet :

- soit l'exécution / la conception et l'exécution de travaux relatifs à l'une des activités mentionnées à l'annexe 1 de la loi ;
- soit l'exécution / la conception et l'exécution d'un ouvrage ;
- soit la réalisation par quelque moyen que ce soit d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le Pouvoir adjudicateur.

La notion d'"ouvrage" est définie comme "le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique".

Pour ces marchés, il y a également lieu de se référer aux activités reprises dans l'Arrêté Royal du 26 septembre 1991 pris en exécution de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux.

Relève de cette catégorie : la rénovation des châssis, la rénovation de la toiture, la construction de classes, ...

2.2 Marché de FOURNITURES

Le marché de fourniture est un contrat conclu entre un pouvoir adjudicateur et un fournisseur ayant pour objet la mise à disposition¹² de produits par un fournisseur. Il peut comporter accessoirement des travaux de pose et d'installation.

Relève de cette catégorie : l'achat de mobilier scolaire, l'achat de mazout, l'achat de diverses fournitures scolaires, ...

2.3 Marché de SERVICES

Le marché de services est un contrat conclu entre un prestataire de services et un pouvoir adjudicateur et ayant pour objet une prestation de services. Il peut comporter accessoirement des travaux de pose et d'installation.

Relève de cette catégorie : les prestations de nettoyage, la mission d'architecte, les services de transport par bus, ...

¹² Acquisition, location

La réglementation ne prévoit plus de liste des services, mais établit un régime particulier plus souple pour les « services sociaux et spécifiques »^{13 14} dont notamment :

- les services culturels ;
- les services d'hôtellerie et de restauration¹⁵.

Par ailleurs, pour les marchés de services dans un secteur sensible à la fraude à savoir certains services à caractère manuel comme le nettoyage ou le gardiennage, la législation prévoit quelques règles qui se calquent sur le régime applicable aux marchés de travaux.

2.4 Marché mixte

Les marchés qui ont pour objet des éléments de plusieurs types de marchés sont passés conformément aux dispositions applicables au type de marché qui constitue l'objet principal du marché.

En ce qui concerne les marchés mixtes portant à la fois sur des services et sur des fournitures, l'objet principal est déterminé en fonction de la valeur la plus élevée des valeurs estimées respectives des fournitures ou des services.

Un marché public ayant pour objet la fourniture de produits ou la prestation de services et, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation, est respectivement considéré comme un marché public de fournitures ou de services.

3) Définir la valeur du marché

3.1 Principes

L'estimation de la valeur du marché correspond au montant total payable et prend en considération la durée totale et la valeur totale (globalité du projet), en ce compris les options obligatoires, les lots, les tranches, les répétitions, les reconductions, les révisions (clauses de réexamen), les primes et indemnités.

Le calcul doit être effectué au moment de la publication de l'avis de marché ou au moment où la procédure est engagée lorsqu'un tel avis n'est pas requis.

Lorsqu'un pouvoir adjudicateur est composé d'unités opérationnelles distinctes, la valeur totale estimée des marchés de toutes les différentes unités opérationnelles est prise en compte. Cependant, lorsqu'une unité opérationnelle distincte¹⁶ est responsable de manière autonome de ses marchés ou de certaines catégories d'entre eux, les valeurs peuvent être estimées au niveau de l'unité en question.

¹³ Services visée par le chapitre 6 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

¹⁴ Liste à l'annexe III de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

¹⁵ Les cantines scolaires peuvent, à certaines conditions, relever de ces marchés spécifiques. Nous vous conseillons de prendre contact avec le service juridique du SeGEC pour plus de précisions.

¹⁶ Les travaux parlementaires énoncent l'unité opérationnelle distincte comme celle qui prend les décisions d'achat, dispose d'une ligne budgétaire séparée pour les marchés concernés, conclut le Marché de manière autonome et assure son financement à partir d'un budget dont elle dispose.

Ainsi, par exemple, si un Pouvoir organisateur doit effectuer un marché de service pour une école et une crèche situées à divers endroits sur le territoire de la FWB, il pourrait s'envisager de mener un marché distinct par entité, chaque marché ayant sa propre valeur, à la condition que chaque entité dispose d'une autonomie de gestion.

Le choix de la méthode pour le calcul de la valeur estimée d'un marché public ne peut être effectué avec l'intention de soustraire le marché aux règles de publicité.

De même, un marché public ne peut être scindé de manière à le soustraire aux règles de publicité, sauf si des raisons objectives le justifient.

3.2 Estimations par type de marché

Pour les marchés de travaux : l'estimation sera faite à partir du coût des travaux ainsi que de la valeur totale estimée des fournitures et des services mis à la disposition de l'adjudicataire par le pouvoir adjudicateur s'ils sont nécessaires à l'exécution des travaux.

Pour les marchés de fournitures, à commande régulière ou à renouveler au cours d'une période donnée : l'estimation sera basée sur la valeur totale des achats successifs à passer au cours des 12 mois suivant la 1^{ère} commande ou au cours de la durée totale du marché (en principe max 4 ans)¹⁷.

Marché de service : l'estimation sera basée sur la valeur totale des prestations à commander au cours de la durée totale du marché (en principe max 4 ans), ce qui correspond à la rémunération totale du prestataire de services¹⁸.

4) Choix de la procédure de passation

Les procédures de passation susceptibles d'être les plus couramment utilisées par nos établissements scolaires sont :

- la procédure négociée sans publication préalable ;
- la procédure négociée directe avec publication préalable ;
- la procédure concurrentielle avec négociation ;
- la procédure ouverte ;
- la procédure restreinte.

4.1 Choix de la procédure ouverte ou restreinte

Entre la procédure ouverte ou restreinte, le choix est totalement libre et ne nécessite aucune justification particulière. En effet, ces procédures ordinaires ne sont assorties d'aucune condition d'application.

¹⁷ Il existe une règle d'estimation pour les marchés de fournitures à passer sous forme de location, location-vente ou crédit-bail à l'article 7 de l'AR passation du 18 avril 2017.

¹⁸ Pour les cas spécifiques et plus de précision, voir les articles 7 et 9 de l'AR passation du 18 avril 2017.

La procédure est ouverte lorsque tout entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services intéressé peut présenter une offre dans le cadre du marché. L'offre contient alors les informations relatives à la sélection exigées par les documents du marché.

La procédure est restreinte lorsque tout entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services peut demander à y participer mais seuls les candidats sélectionnés au terme de l'examen des motifs d'exclusion et des critères de sélection peuvent présenter une offre. Les procédures restreintes se déroulent donc en deux phases bien distinctes dans le temps.

Le choix à opérer entre la procédure ouverte et restreinte dépendra essentiellement de la nécessité d'appliquer des critères de sélection plus contraignants, notamment dans les cas où la limitation du nombre de soumissionnaires appelés à remettre offre est opportune.

Un certain formalisme contraignant caractérise tant la procédure ouverte que la procédure restreinte, notamment :

- la publication d'un avis de marché ;
- l'élaboration d'un CSC ;
- le respect des règles formelles relatives à l'établissement et au dépôt des offres ;
- l'interdiction absolue de négocier¹⁹.

4.2 Choix de la procédure négociée sans publication préalable (PNSPP) – anciennement procédure négociée sans publicité

4.2.1 Principe

La procédure négociée sans publication préalable est la procédure de passation et d'attribution de marché la moins contraignante dans la mesure où elle permet de consulter les entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services de son choix et de négocier les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux pour les adapter aux besoins de l'école. En outre, cette procédure autorise la négociation mais ne l'impose pas pour autant que les documents du marché prévoient cette faculté.

Concrètement, il faut envoyer, de préférence par courrier, une invitation à soumissionner accompagnée du cahier spécial des charges à au moins 3 soumissionnaires potentiels en leur laissant un délai raisonnable pour la remise des offres. Les offres spontanées doivent être rejetées, sauf décision contraire expressément motivée.

Le recours à cette procédure exceptionnelle doit toujours être justifié par référence à l'un des cas prévus par la législation. Cette procédure n'est utilisable que pour autant que les conditions d'application soient réunies. Cependant de principe, cette procédure

¹⁹ Toutefois, tant en procédure ouverte qu'en restreinte, il est possible d'inviter les soumissionnaires à compléter ou à expliciter les renseignements et documents justificatifs présentés pour la vérification des conditions d'accès et des critères de sélection qualitative.

s'applique pour tout marché dont le montant de la dépense à approuver ne dépasse pas les 144.000 € et 750.000 € pour les services sociaux et spécifiques.

Le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les soumissionnaires les offres initiales et toutes les offres ultérieures présentées en vue d'améliorer leur contenu.

4.2.2 Autres possibilités de PNSPP

Les autres situations qui permettent le recours à la procédure négociée sans publication préalable sont les suivantes :

1° En cas d'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles : l'urgence qui ne peut être imputable au pouvoir adjudicateur, ne dispense en effet pas le PA de consulter plusieurs entreprises ;

2° Aucune offre ou aucune offre appropriée²⁰ n'a été déposée à la suite d'une procédure de marché public initialement lancée. Un recours à la PNSPP est alors possible mais les conditions initiales du marché ne peuvent pas être modifiées de façon substantielle ;

3° Les travaux, fournitures ou services ne peuvent, être fournis que par un opérateur économique déterminé pour l'une des raisons suivantes²¹ :

- l'objet du marché est la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique ;
- il y a absence de concurrence pour des raisons techniques ;
- la protection de droits d'exclusivité, en ce compris les droits de propriété intellectuelle ;

4° En cas de fournitures ou services achetés à des conditions particulièrement avantageuses, soit auprès d'un fournisseur cessant définitivement ses activités commerciales, soit auprès des curateurs, des mandataires chargés d'un transfert sous autorité de justice ou liquidateurs d'une faillite, d'une réorganisation judiciaire ou d'une procédure de même nature existant dans les législations ou réglementations nationales ;

5° En cas de travaux ou de services nouveaux consistant dans la répétition de travaux ou services similaires, moyennant respect des conditions suivantes²² :

- le projet a fait l'objet d'un marché initial passé par une procédure avec publication ;
- ces travaux ou services sont conformes à un projet de base ;

²⁰ Une offre n'est pas considérée comme appropriée lorsqu'elle est sans rapport avec le marché parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modifications substantielles, de répondre aux besoins et aux exigences du pouvoir adjudicateur spécifiés dans les documents du marché.

²¹ Cette exception ne s'applique que lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des conditions du marché.

²² Ces conditions sont cumulatives.

- le projet de base précise l'étendue des travaux ou des services supplémentaires possibles, et les conditions de leur attribution ;
- la possibilité de recourir à cette procédure doit être indiquée dès la mise en concurrence du premier marché et le montant total envisagé pour les travaux ou les services supplémentaires doit déjà dès ce moment être pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour déterminer si les seuils fixés pour la publicité européenne sont ou non atteints ;
- l'attribution des marchés répétitifs doit intervenir dans les 3 ans après la conclusion du marché initial.

6° En cas de fournitures fabriquées à des fins d'études, de recherches et développements ou d'expérimentation ;

7° En cas de fournitures complémentaires à effectuer par le fournisseur initial et destinées, soit au renouvellement partiel de fournitures, soit à l'extension de fournitures, et aux conditions suivantes²³ :

- si le changement de fournisseur obligeait à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées ;
- la durée de ces marchés ne peut dépasser trois ans ;

8° En cas de fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières ;

9° En cas de services attribués suite à un concours de projets.

4.3 Choix de la procédure concurrentielle avec négociation (PCAN) - anciennement la procédure négociée avec publicité

4.3.1 Principes

Il s'agit d'une procédure en 3 temps.

1° Tout opérateur économique peut soumettre une demande de participation en réponse à un avis de marché, en fournissant les informations aux fins de la sélection qui sont réclamées par le pouvoir adjudicateur.

Dans les documents du marché, le pouvoir adjudicateur définit l'objet du marché en fournissant une description de ses besoins et des caractéristiques requises des fournitures, travaux ou services faisant l'objet du marché et précise les critères d'attribution du marché. Il indique également les éléments de la description qui fixent les exigences minimales que doivent respecter toutes les offres.

Les informations fournies sont suffisamment précises pour permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et la portée du marché et de décider de demander ou non à participer à la procédure.

²³ Ces conditions sont cumulatives.

2° Seuls les opérateurs économiques ayant reçu une invitation du pouvoir adjudicateur à la suite de l'évaluation par celui-ci des informations fournies peuvent soumettre une offre initiale, qui sert de base aux négociations ultérieures.

3° Le pouvoir adjudicateur négocie avec les soumissionnaires les offres initiales et toutes les offres ultérieures que ceux-ci ont présentées, à l'exception des offres finales, en vue d'améliorer leur contenu. Le pouvoir adjudicateur peut néanmoins attribuer des marchés sur la base des offres initiales sans négociation, lorsqu'il a indiqué, dans l'avis de marché, qu'il se réserve la possibilité de le faire. Les exigences minimales et les critères d'attribution ne font pas l'objet de négociations.

La négociation peut se dérouler en phases successives de manière à limiter le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution précisés dans les documents du marché. Le pouvoir adjudicateur indique, dans l'avis de marché ou dans le CSC, s'il fera usage de cette possibilité.

Au cours de la négociation, le pouvoir adjudicateur assure l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. A cette fin, il ne donne pas d'information discriminatoire, susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres. Il informe par écrit tous les soumissionnaires dont les offres n'ont pas été éliminées de tous les changements, autres que ceux qui définissent les exigences minimales, apportés aux spécifications techniques ou aux autres documents du marché. A la suite de ces changements, le pouvoir adjudicateur prévoit suffisamment de temps pour permettre aux soumissionnaires de modifier leurs offres et de les présenter à nouveau s'il y a lieu.

Le pouvoir adjudicateur ne révèle pas aux autres participants les informations confidentielles communiquées par un soumissionnaire participant aux négociations, sans l'accord écrit et préalable de celui-ci. Cet accord ne revêt pas la forme d'une renonciation générale mais vise des informations précises dont la communication est envisagée.

Lorsque le pouvoir adjudicateur entend conclure les négociations, il en informe les soumissionnaires restant en lice et fixe une date limite commune pour la présentation d'éventuelles offres nouvelles ou révisées. Il vérifie que les offres finales répondent aux exigences minimales et respectent les conditions et critères du CSC ainsi que les motifs d'exclusion et les critères de sélection fixés par les documents du marché, il évalue les offres finales sur la base des critères d'attribution et attribue le marché.

Lorsque le pouvoir adjudicateur s'est réservé le droit de ne pas mener des négociations dans l'avis de marché et qu'il en fait usage, l'offre initiale vaut offre finale.

4.3.2 Situations qui autorisent le choix de cette procédure

Le pouvoir adjudicateur peut appliquer une procédure concurrentielle avec négociation dans les cas suivants :

1° pour les marchés remplissant un ou plusieurs des critères suivants :

- les besoins du pouvoir adjudicateur ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles;
- les besoins incluent la conception ou des solutions innovantes ;
- le marché ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent ;
- le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou une référence technique ;
- l'accès du marché est réservé à certaines entreprises d'économie social ou de travail adapté et le montant estimé du marché HTVA est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne ;
- le montant estimé du marché HTVA est inférieur à 750 000€ pour les travaux et à 221 000 € pour les fournitures et services.

2° pour les marchés pour lesquels, en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées.

Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de publier un avis de marché s'il inclut dans la procédure tous les soumissionnaires, et seulement les soumissionnaires qui satisfont aux critères de sélection et qui, lors de la procédure ouverte ou restreinte antérieure, ont soumis des offres conformes aux exigences formelles de la procédure de passation.

S'il n'inclut pas dans la procédure tous et uniquement ces soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur sera par contre tenu de publier un nouvel avis de marché.

Néanmoins, lorsque la première procédure n'a pas été obligatoirement soumise à la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur peut, en vue d'élargir la concurrence, consulter en outre les opérateurs économiques qui, selon lui, peuvent répondre aux exigences en matière de sélection, que ceux-ci aient ou non remis une offre régulière ou n'aient pas remis une offre dans le cadre de la première procédure. En pareil cas, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de publier un avis de marché.

4.4 Choix de la procédure négociée directe avec publication préalable (PNDAPP)- anciennement la procédure négociée directe avec publicité

4.4.1 Principe

La procédure négociée directe avec publication préalable²⁴ est une procédure de passation et d'attribution de marché quasi aussi contraignante qu'une procédure

²⁴ La procédure négociée direct avec publication préalable se passe en une seule phase comme une procédure ouverte alors que la procédure concurrentielle avec négociation se passe en deux phases bien distinctes comme une procédure restreinte.

ouverte dans la mesure où elle impose la publication d'un avis de marché et le respect de règles formelles. Elle permet par contre de négocier les conditions du marché avec un ou plusieurs soumissionnaires, pour les adapter aux besoins de l'école.

Dans la procédure négociée directe avec publication préalable, tout opérateur économique intéressé peut soumettre une offre en réponse à un avis de marché. Elle peut cependant se dérouler en phases successives de manière à limiter le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution précisés dans les documents du marché. Le pouvoir adjudicateur indique, dans l'avis de marché ou dans le CSC, s'il fera usage de cette possibilité.

Le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les soumissionnaires les offres initiales et toutes les offres ultérieures que ceux-ci ont présentées, à l'exception des offres finales, en vue d'améliorer leur contenu. Les exigences minimales et les critères d'attribution ne font pas l'objet de négociations.

Au cours de la négociation, le pouvoir adjudicateur assure l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. A cette fin, il ne donne pas d'information discriminatoire, susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres.

Il informe par écrit tous les soumissionnaires dont les offres n'ont pas été éliminées, de tous les changements apportés aux spécifications techniques ou aux autres documents du marché, autres que ceux qui définissent les exigences minimales. A la suite de ces changements, le pouvoir adjudicateur prévoit suffisamment de temps pour permettre aux soumissionnaires de modifier leurs offres et de les présenter à nouveau s'il y a lieu.

Le pouvoir adjudicateur ne révèle pas aux autres participants les informations confidentielles communiquées par un soumissionnaire participant aux négociations, sans l'accord écrit et préalable de celui-ci. Cet accord ne revêt pas la forme d'une renonciation générale mais vise des informations précises dont la communication est envisagée.

Lorsque le pouvoir adjudicateur entend conclure les négociations, il en informe les soumissionnaires restant en lice et fixe une date limite commune pour la présentation d'éventuelles offres nouvelles ou révisées. Il vérifie que les offres finales répondent aux exigences minimales et respectent les exigences et conditions du CSC ainsi que les motifs d'exclusion et les critères de sélection fixés par les documents du marché, il évalue les offres finales sur la base des critères d'attribution et attribue le marché.

Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de ne pas négocier, l'offre initiale vaut offre définitive.

4.4.2. Situation qui permet le choix de cette procédure

Le recours à cette procédure est possible pour tout marché dont le montant estimé ne dépasse pas :

- 750.000 € pour les marchés de travaux ;
- 221.000 € pour les marchés de fournitures et de services.

4.5 Cas particulier : les marchés d'un montant inférieur à 30.000 € HTVA - les marchés sur simple facture acceptée

Une mise en concurrence s'impose également pour ces marchés mais aucune forme n'est prescrite. Ces marchés sont conclus si possible après consultation des conditions de plusieurs opérateurs économiques et ce sans obligation de demander une offre. Cependant, le Pouvoir adjudicateur doit être en mesure de fournir la preuve de cette consultation²⁵.

Ces marchés sont soumis :

- aux dispositions relatives aux définitions et principes généraux de la loi à l'exception :
 - o du principe du paiement pour service fait et accepté
 - o de l'obligation de recourir aux moyens électroniques
- aux dispositions relatives à l'estimation de la valeur du marché.

La mise en concurrence ne devant adopter aucune forme prescrite, elle peut avoir lieu par courrier bien entendu mais aussi :

- via la consultation de sites internet ou de catalogues ;
- par la demande d'offres adressées par courriel, par fax et même par téléphone²⁶.

Les caractéristiques des marchés constatés par simple facture acceptée sont les suivantes :

- il est possible d'émettre un bon de commande ;
- le mode de conclusion est très souple ;
- les conditions d'exécution sont également très souples ;
- l'offre éventuelle ne doit faire l'objet d'aucun formalisme : elle peut être présentée verbalement ou par écrit, par lettre ordinaire ou recommandée à la poste ou encore par télécopie, par courrier électronique.

Après exécution de la commande, l'adjudicataire envoie une simple facture qui vaudra demande de paiement. La prestation visée par la facture n'est validée, et le marché constaté officiellement, qu'à partir du moment où la facture est acceptée par l'école qui procédera alors au paiement.

A défaut de conditions particulières prévues dans un document, ce sera le droit commun ou, le plus souvent, les conditions générales contractuelles de l'adjudicataire qui seront d'application.

Ainsi donc, pour éviter d'être soumis à des conditions générales imposées et souvent peu favorables, il peut être recommandé d'établir un petit document qui cadre le marché avec notamment les éléments suivants à préciser :

1. le marché est régi par les dispositions applicables de la législation marché public, le présent document et l'offre de l'adjudicataire ;
2. Objet du marché : préciser l'objet du travail, l'objet du service ou le produit ;

²⁵ Article 124 de l'AR passation du 18 avril 2017.

²⁶ Le recours à la mise en concurrence par téléphone n'est pas conseillé dans la mesure où se pose une difficulté de preuve.

3. mode de passation : marché sur simple facture acceptée en vertu de l'article 92 de la loi du 17 juin 2016 relatif aux marchés publics ;
4. prix du marché : marché à prix global et forfaitaire, les prix remis comprenant tous les frais et honoraires nécessaires à la bonne exécution du marché ou marché à bordereaux de prix : prix unitaires forfaitaires, le montant à payer est fixé en appliquant les prix unitaires sur les quantités commandées ;
5. choix de l'adjudicataire : le pouvoir adjudicateur choisit l'offre qu'il juge la plus intéressante ;
6. paiement : le délai de paiement est fixé à 30 jours calendrier à dater de la réception de la facture. Les paiements seront effectués par virement au crédit du compte financier de l'adjudicataire ;
7. éléments techniques : description sommaire du travail/ du produit ou de la prestation à commander et le cas échéant du délai et modalités de d'exécution ou de livraison.

Cette recommandation doit bien évidemment s'entendre de manière raisonnable et son opportunité doit être évaluée selon la nature et les besoins du marché envisagé et ce dans un esprit de gestion « en bon père de famille ».

CHAPITRE IV

Elaboration du cahier spécial des charges

1) Principe

L'élaboration d'un CSC a pour objectif :

- de préciser les clauses administratives générales et particulières, en ce compris les dérogations éventuelles ;
- de décrire les clauses techniques du marché, à savoir apporter des précisions quant à la nature des travaux à effectuer, des prestations à réaliser ou des produits à livrer ainsi que leurs caractéristiques.

L'établissement d'un CSC n'est pas obligatoire pour les marchés qui peuvent être passés par procédure négociée sans publication préalable dans la mesure où la loi permet de recourir à d'autres documents pour constater le marché²⁷.

Cependant, la rédaction d'un cahier spécial des charges complet est conseillée dès que le montant estimé du marché atteint 30.000 €, dans la mesure où les conditions d'exécution du marché doivent s'inscrire dans le cadre des dispositions de l'AR du 14 janvier 2013 relatif aux règles générales d'exécution des marchés publics.

2) Mentions à faire figurer dans un cahier spécial des charges

Le CSC mentionne notamment :

- la législation et les documents de référence applicables ;
- la liste des dérogations éventuelles et le cas échéant, la motivation formelle ;
- le pouvoir adjudicateur ;
- l'objet du marché ;
- le mode de passation du marché ;
- le mode de détermination des prix ;
- les modalités relatives aux conditions d'accès et à la sélection qualitative sauf si elles figurent dans l'avis de marché²⁸ ;
- les modalités liées à l'attribution du marché : les critères d'attribution ;
- les modalités relatives à l'établissement de l'offre ;
- les modalités relatives au dépôt et à l'ouverture des offres ;
- les modalités relatives à l'information et la notification du marché ;
- les modalités relatives à l'exécution du marché, dont notamment :

²⁷ Voir l'article 95 l'AR passation du 18 avril 2017.

²⁸ Si le marché doit faire l'objet d'une publication, il faut mentionner dans l'avis de marché les exigences en termes de conditions d'accès et de sélection qualitative. Il n'est alors plus nécessaire de les reprendre dans le CSC.

- la durée du marché/Les délais d'exécution (sauf s'ils constituent un critère d'attribution) ;
- les modalités de réception ;
- les modalités de paiement ;
- les modalités de révision des prix ;
- le cautionnement ;
- toutes autres précisions relatives aux règles générales d'exécution ;
- les modalités techniques ;
- les annexes nécessaires à la compréhension du marché : par exemple, le métré récapitulatif, l'inventaire (tableau joint au CSC mentionnant les fournitures / les prestations en différents postes en indiquant les quantités fixes ou présumées), photos des lieux etc.

3) Quelques précisions importantes relatives à ces mentions

3.1 Législation

Tout marché est soumis à la loi relative aux marchés publics et à l'Arrêté Royal de passation mais en fonction du montant du marché, il y a lieu de se poser la question suivante : mon marché est-il soumis aux règles d'exécution établies par l'Arrêté Royal du 14 janvier 2013 ?

Cet arrêté, qui contient les principes généraux relatifs à l'exécution des marchés publics ne s'applique en principe pas au marché dont le montant estimé est inférieur à 30.000 €, sauf disposition contraire.

Quel que soit le montant estimé du marché, l'AR du 14 janvier 2013 ne s'applique pas dans sa totalité, notamment²⁹ pour les marchés suivants :

- les fournitures passées par procédure négociée sans publication préalable³⁰ ;
- les services d'assurance ;
- les services sociaux et autres services spécifiques à l'exception de ceux repris sous la description " Services d'hôtellerie et de restauration " et « Services juridiques » non exclus ;
- la désignation d'un réviseur d'entreprises.

Néanmoins, pour ces marchés, restent d'application les dispositions relatives³¹:

- aux définitions, au champ d'application, et aux dérogations ;
- aux avances et intérêts de retard ;
- aux modalités de paiement ;
- aux modalités de vérification et de livraison ou de réception ;
- à la sous-traitance³²

²⁹ Autres exception à l'article 6 de l'AR exécution du 14 janvier 2013.

³⁰ Article 42, § 1er, 3° et 4°, c) de la loi marché public du 17 juin 2016.

³¹ Les services de réviseur ne sont concernés que par les 4 derniers points.

³² Uniquement l'obligation de mentionner dans les documents du marché la faculté de l'action directe et l'obligation de l'adjudicataire de communiquer les informations relatives aux sous-traitants.

- aux modalités et conditions à respecter pour les modifications au marché ;
- à la résiliation pour motifs d'exclusion ;
- à la résiliation en cas de modification substantielle ou d'infraction aux traités européens.

3.2 Dérogations aux règles d'exécution de l'Arrêté Royal du 14 janvier 2013

Il y aura également lieu d'apprécier l'opportunité de prévoir dans le CSC des dérogations aux règles d'exécution établies par l'AR du 14 janvier 2013.

Avant toute chose, il y a lieu d'entendre par dérogation soit la modification soit la non-application d'une règle générale d'exécution. Ainsi donc, des précisions aux règles générales d'exécution ne constituent pas des dérogations lorsque la faculté est permise par les dispositions concernées.

Il est interdit de déroger à certaines dispositions de l'AR exécution, notamment celles relatives :

- aux définitions, au champ d'application, aux dérogations ;
- aux modalités et conditions à respecter pour les modifications au marché ;
- aux avances ;
- aux intérêts de retard.

Dès lors, il est possible de déroger à toutes les autres dispositions de l'AR exécution mais moyennant le respect des conditions suivantes :

- le CSC doit, le cas échéant, faire mention de la motivation formelle qui justifie la dérogation. A défaut, la dérogation est réputée non écrite sauf cas de convention signée par les parties ;
- la motivation doit être adéquate au sens où la dérogation doit être justifiée au regard des exigences du marché ;
- la liste des dispositions, auxquelles il est dérogé, doit figurer de manière explicite au début du CSC.

Cette obligation de motivation concerne notamment les dispositions³³ en matière :

- d'utilisation des moyens électroniques ;
- de sous-traitance ;
- de confidentialité ;
- de cautionnement ;
- de modifications au marché ;
- de défaut d'exécution et de sanction ;
- de résiliation ;
- de paiement.

Il n'est en principe pas envisageable de déroger ni aux dispositions de la loi du 17 juin 2016, ni à celles qui figurent dans l'AR passation du 18 avril 2017.

³³ Articles 10, 12, 13, 18, 25 à 30, 38/9, §§ 1er à 3, 38/10, §§ 1er à 3, 44 à 61, 66, 68, 70 à 73, 78, 79 à 81, 84, 86, 96, 121, 123, 151 et 154.

3.3 Pouvoir adjudicateur

Il faut mentionner l'ASBL Pouvoir Organisateur³⁴ qui est la personne juridique responsable de l'organisation de l'école. Celui-ci sera représenté par son Conseil d'Administration sous réserve de toutes les délégations prévues par ou en vertu des statuts.

3.4 Objet du marché

Outre, la précision du travail, du ou des produits ou des prestations, il y a également lieu de mentionner les éventuelles structurations du marché : lots, variantes, options,

3.4.1 Lots

Un marché peut être subdivisé en plusieurs lots, en principe en vue d'une attribution séparée, et donc d'une exécution distincte. Le CSC doit déterminer leur nature, leur volume, leur objet, la répartition et leurs caractéristiques. Il est possible de prévoir un mode de passation différent par lot.

Pour les marchés dont le montant atteint 144.000 €, le pouvoir adjudicateur doit envisager la division du marché en lots et, s'il décide de ne pas diviser en lots, les raisons principales doivent être mentionnées dans les documents du marché. **Il s'agit là d'un point essentiel de la réforme.**

Le CSC doit également préciser les éléments suivants :

- la possibilité de remettre offre pour un, pour plusieurs ou pour la totalité des lots et le cas échéant la limite maximale de lots pour lesquels le soumissionnaire peut faire offre ;
- le cas échéant, le nombre maximal de lots qui pourra être attribué à un seul soumissionnaire³⁵ ;
- la possibilité de déposer une offre distincte pour chacun des lots choisis ou la possibilité de consigner plusieurs offres dans un document unique.

Par ailleurs, tout soumissionnaire peut présenter dans son offre des rabais ou des améliorations en cas d'attribution de plusieurs lots en sa faveur pour autant que le CSC ne l'interdise pas.

Exemple : un marché de service de transport par bus peut être divisé en 2 lots : l'un relatif au transport piscine et l'autre relatif au transport excursion.

3.4.2 Variantes

³⁴ Nomination selon statuts.

³⁵ Les documents du marché doivent alors préciser les critères ou règles objectifs et non discriminatoires applicables pour déterminer quels lots seront attribués lorsque l'application des critères d'attribution conduirait à attribuer à un soumissionnaire un nombre de lots supérieur au nombre maximal.

Le marché peut envisager une ou plusieurs variantes, chaque variante étant une forme alternative de conception ou d'exécution, liée à l'objet du marché.

Exemple : pour une rénovation de châssis, le CSC peut prévoir une demande de base pour des châssis en bois et une demande en variante pour des châssis en PVC.

Il existe 3 types de variantes : exigée, autorisée ou libre.

La variante exigée ou autorisée :

L'avis de marché ou le CSC doit préciser si l'introduction de variantes est imposée (variante exigée) ou autorisée (variante autorisée).

La variante exigée ou autorisée étant prévue à l'initiative du pouvoir adjudicateur, le CSC doit reprendre les exigences minimales (nature, objet et caractéristiques) auxquelles elles devront satisfaire ainsi que les exigences spécifiques relatives à leur mode d'introduction³⁶. Ce type de variante est possible pour toutes les procédures mais le CSC doit alors préciser si des variantes ne peuvent être introduites qu'à condition qu'une offre de base soit également déposée.

Les critères d'attribution s'appliquent aux variantes exigées et autorisées qui satisfont aux prescriptions minimales ainsi qu'aux offres de base.

La variante libre :

La variante libre est laissée à l'initiative des soumissionnaires. Ce type de variante est possible pour toutes les procédures mais uniquement inférieures au seuil européen et pour autant que les documents du marché ne l'interdisent pas.

3.4.3 Options

Le marché peut également envisager une ou plusieurs options, chaque option étant un élément accessoire et non strictement nécessaire à l'exécution du marché, lié à l'objet du marché.

Exemple : pour un marché de fournitures de matériels informatiques, le CSC peut prévoir en demande de base une garantie de 2 ans et en option une extension de garantie à 5 ans.

Il existe 3 types d'option : exigée, autorisée ou libre.

L'option exigée ou autorisée :

L'avis de marché ou le CSC doit préciser si l'introduction d'option est imposée (option exigée) ou autorisée (option autorisée).

³⁶ Ces exigences ne s'appliquent pas à la variante libre.

L'option exigée ou autorisée étant prévue à l'initiative du pouvoir adjudicateur, le CSC doit reprendre les exigences minimales (nature, objet et caractéristiques) auxquelles elles devront satisfaire ainsi que les exigences spécifiques relatives à leur mode d'introduction³⁷.

Ce type d'option est possible pour toutes les procédures mais le CSC doit préciser que les options ne peuvent être introduites sans offre de base ou, le cas échéant, sans variante.

Lorsqu'une option est exigée, le non-respect de ses exigences minimales entraîne tant l'irrégularité substantielle de l'option, que celle de l'offre de base. Lorsqu'une option est autorisée, le non-respect de ses exigences minimales n'entraîne pas en soi l'irrégularité de l'offre de base.

L'option libre :

L'option libre est laissée à l'initiative des soumissionnaires. Ce type de variante est possible pour toutes les procédures mais uniquement inférieures au seuil européen et pour autant que les documents du marché ne l'interdisent pas.

L'option doit clairement être distinguée de l'offre de base et être présentée dans une partie séparée de l'offre.

Lorsque l'offre économiquement la plus avantageuse est uniquement évaluée sur la base du prix ou des coûts, les soumissionnaires ne peuvent attacher ni supplément de prix, ni aucune autre contrepartie à la présentation d'une option libre ou autorisée.

Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur n'est jamais obligé de lever une option lors de la commande ni en cours d'exécution.

3.5 Mode de détermination des prix

Le prix d'un marché a un caractère forfaitaire qui peut s'exprimer sous l'une des trois formes suivantes :

- marché à prix global : le prix couvre l'ensemble des prestations ;
- marché à bordereau de prix : seuls les prix unitaires ont un caractère forfaitaire et les quantités indiquées dans le CSC sont présumées, l'adjudicataire est payé en fonction des quantités réelles (exécutées, livrées ou prestées) ;
- marché mixte : certains postes sont prévus à prix global et d'autres à bordereau de prix.

Le CSC doit préciser

- si le marché est à prix global, à bordereau ou mixte ;
- les éléments inclus dans le prix : liste spécifique compte tenu des particularités du marché ;

³⁷ Ces exigences ne s'appliquent pas à l'option libre.

- si les prix sont révisibles et indiquer les modalités de révision (clause de réexamen).

3.6 Modalités relatives à l'établissement de l'offre

Le CSC doit préciser les éléments suivants :

- le format, la langue³⁸, le nombre d'exemplaires,
- les informations et renseignements souhaités ;
- les mentions obligatoires.

Le CSC peut également proposer un modèle d'offre qu'il convient alors de joindre en annexe.

3.7 Modalités relatives aux motifs d'exclusion et à la sélection qualitative

3.7.1 Motifs d'exclusion

L'avis de marché ou l'invitation à présenter une offre doit préciser, quels sont les motifs d'exclusion à remplir et quels sont les documents de preuve à fournir.

Quelle que soit la procédure, il y a lieu d'exiger et donc de vérifier au minimum que tout soumissionnaire ne fait pas l'objet d'une exclusion pour les motifs repris aux point 1, 2 et 3 ci-dessous.

En termes de motifs d'exclusion obligatoires, il faut exiger que tout soumissionnaire réponde aux exigences suivantes :

- 1° ne pas faire l'objet d'une condamnation pour
 - participation à une organisation criminelle ;
 - fraude ;
 - corruption ;
 - infractions terroristes ;
 - blanchiment de capitaux ou financement du terrorisme ;
 - travail des enfants ou toutes formes de traite d'êtres humains ;
 - occupation de ressortissant des pays tiers en séjour illégal³⁹ ;
- 2° être en règle à l'égard de ses obligations ONSS ;
- 3° être en règle à l'égard de ses obligations fiscales.

En termes de motifs d'exclusion facultatifs ⁴⁰, il est possible d'exiger que tout soumissionnaire ne se trouve pas dans l'une ou plusieurs des situations suivantes :

- 1° manquement aux obligations de droit social, environnemental ou du travail ;
- 2° faillite ;
- 3° condamnation pour faute professionnelle grave ;

³⁸ Possibilité de demander une traduction des documents et annexes établies dans une autre langue sauf si langue nationale.

³⁹ Une décision administrative (inspection du travail) ou judiciaire suffit.

⁴⁰ Ne s'applique pas en procédure négociée sans publication préalable.

- 4° éléments suffisamment plausibles de l'existence d'entente ou acte qui fausse la concurrence ;
- 5° conflit d'intérêt ;
- 6° distorsion de concurrence résultant de la prospection ;
- 7° défaillances importantes ou persistantes sanctionnées ;
- 8° gravement coupable de fausse déclaration ;
- 9° influence sur les décisions du pouvoir adjudicateur.

3.7.2 Critères d'aptitude à exercer une activité professionnelle

L'avis de marché ou l'invitation à présenter une offre doit préciser quels sont les critères d'aptitude professionnelle requis pour le marché et quelles sont les preuves exigées.

En termes d'aptitude professionnelle, il est possible de prévoir les exigences suivantes :

- l'inscription aux registres professionnels ;
- l'autorisation spécifique ;
- l'affiliation à une organisation.

3.7.3 Critères de capacité économique et financière

L'avis de marché ou l'invitation à présenter une offre doit préciser quels sont les critères de capacité économique et financière requis pour le marché et quelles sont les preuves exigées.

En termes de capacité économique et financière, il est possible d'exiger que tout soumissionnaire réponde aux conditions garantissant sa capacité économique à exécuter le marché et que tout soumissionnaire justifie cette capacité par la production d'un ou plusieurs des éléments suivants :

- une déclaration bancaire ;
- la preuve d'une assurance des risques professionnels ;
 - o possibilité d'exiger un niveau approprié ;
- la présentation des comptes annuels ou les comptes annuels déposés ;
 - o possibilité d'exiger un ratio entre l'actif et le passif mais faut préciser la méthode et les critères de calcul ;
- une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et, le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activités objet du marché ;
 - o possibilité d'imposer un chiffre d'affaire minimum correspondant à maximum le double de la valeur du marché ;
 - o préciser les modalités de calcul en cas de lots.

3.7.4 Critères de capacités techniques et professionnelles

Le pouvoir adjudicateur peut imposer des conditions garantissant que le soumissionnaire dispose des ressources humaines et techniques ainsi que de l'expérience suffisante pour exécuter le marché avec un niveau de qualité approprié et démontré par des références adéquates résultant des marchés antérieurs exécutés. L'avis de marché ou l'invitation à présenter une offre doit donc préciser quels sont les critères de capacité technique requis pour le marché et quelles sont les preuves exigées.

Pour un marché de travaux, de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou d'un marché de services, le pouvoir adjudicateur peut :

- évaluer la capacité technique ou professionnelle des soumissionnaires d'exécuter les travaux, de réaliser l'installation ou de prêter les services en vertu notamment de leur savoir-faire, de leur efficacité, de leur expérience et de leur fiabilité;
- imposer aux soumissionnaires de préciser dans leur offre les noms et les qualifications professionnelles appropriées des personnes chargées de l'exécution du marché.

En termes de capacité technique, il est possible d'exiger que tout soumissionnaire réponde selon la nature, la quantité ou l'importance, et l'utilisation des travaux, des fournitures ou des services à l'une ou plusieurs des exigences suivantes :

1° la production d'une liste de marchés exécutés

- une liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années ;
- une liste des principales fournitures effectuées ou des principaux services fournis au cours des trois dernières années.

2° l'indication des techniciens ou des organismes techniques, qu'ils soient ou non intégrés à l'entreprise, en particulier de ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité et, lorsqu'il s'agit de marchés publics de travaux, auquel l'entrepreneur pourra faire appel pour l'exécution des travaux ;

3° la description de l'équipement technique, des mesures employées par l'opérateur économique pour s'assurer de la qualité et des moyens d'étude et de recherche de son entreprise ;

4° l'indication des systèmes de gestion et de suivi de la chaîne d'approvisionnement que l'opérateur économique pourra mettre en œuvre lors de l'exécution du marché ;

5° pour les produits ou services complexes ou qui doivent répondre à un but particulier, un contrôle effectué par le pouvoir adjudicateur ou par un organisme officiel compétent du pays dans lequel le fournisseur ou le prestataire de services est établi, sous réserve de l'accord de cet organisme⁴¹ ;

6° l'indication des titres d'études et professionnels du prestataire de services ou de l'entrepreneur ou des cadres de l'entreprise sauf si repris comme critère d'attribution ;

7° l'indication des mesures de gestion environnementale que l'opérateur économique pourra appliquer lors de l'exécution du marché ;

8° une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du prestataire de services ou de l'entrepreneur et l'importance du personnel d'encadrement pendant les trois dernières années ;

⁴¹ Ce contrôle porte sur les capacités de production du fournisseur ou sur la capacité technique du prestataire de services et, si nécessaire, sur les moyens d'étude et de recherche dont il dispose ainsi que sur les mesures qu'il prendra pour garantir la qualité.

9° une déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services ou l'entrepreneur disposera pour la réalisation du marché ;

10° l'indication de la part du marché que l'opérateur économique a éventuellement l'intention de sous-traiter ;

11° pour les fournitures :

- des échantillons, descriptions ou photographies dont l'authenticité doit être certifiée à la demande du pouvoir adjudicateur ;
- des certificats établis par des instituts ou services officiels chargés du contrôle de la qualité et reconnus compétents, attestant la conformité de produits bien identifiés par des références à des spécifications ou normes techniques.

Attention : il faut préciser, dans l'avis de marché ou dans l'invitation à présenter une offre, quels sont les critères spécifiques à remplir en fonction du type de marché parmi la liste limitative ci-dessus, leurs niveaux d'exigence de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché ainsi que les renseignements et documents à fournir comme preuve.

3.7.5 Niveau d'exigence des critères de sélection qualitative

Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de retenir tous les critères de sélection. Il peut se limiter par exemple à imposer la capacité technique et professionnelle à l'exclusion de la capacité économique et financière. Le pouvoir adjudicateur doit en effet adapter ses exigences et déterminer les critères pertinents qu'il convient de retenir de manière à assurer une concurrence suffisante entre les opérateurs économiques.

Le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'assortir chacun des critères de sélection qualitative de caractère économique, financier et/ou technique, d'un niveau d'exigence approprié, sauf si l'un des critères utilisés ne s'y prête pas. Le cas échéant alors, ce critère doit être assorti d'un second critère de même type qui se prête à une telle fixation. Chaque critère doit être formulé de façon suffisamment précise pour permettre de procéder à la sélection des soumissionnaires.

Cela suppose que le CSC ne peut se limiter à fixer des critères de sélection mais doit aussi les associer à un niveau d'exigence que chaque soumissionnaire doit remplir afin d'être sélectionné.

Cela consiste par exemple à préciser que le chiffre d'affaire à prouver doit être au moins égal à tel montant ou que les soumissionnaires doivent disposer d'au moins X références de marchés similaires d'un tel montant.

Le niveau d'exigence doit être fixé compte tenu de l'ampleur et de la complexité du marché envisagé.

Lorsque le marché est divisé en lot, il est possible de prévoir des critères de sélection qualitative différents pour chacun des lots, voire même des exigences plus élevées en cas d'attribution de plusieurs lots au même soumissionnaire.

3.7.6 Les preuves

Pour les marchés soumis à la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis de marché ou dans le CSC auquel cet avis fait référence, les lignes directrices permettant de remplir le DUME. Cela suppose de préciser quelles informations du DUME doivent être complétées.

Pour ce qui concerne la partie du DUME relative aux critères de sélection, le pouvoir adjudicateur peut opter pour une des solutions suivantes :

- demander au soumissionnaire potentiel de compléter des informations précises en remplissant toutes les informations requises
- demander au soumissionnaire potentiel de compléter la seule question de savoir s'il répond aux critères de sélection requis (indication globale pour tous les critères de sélection).

Pour les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils de publicité européenne, la législation institue le principe de la déclaration sur l'honneur implicite ; par le simple fait d'introduire son offre, le soumissionnaire atteste qu'il ne se trouve pas dans un des cas d'exclusion applicable⁴².

Le champ d'application de la déclaration implicite diffère de celui du DUME⁴³. La déclaration implicite ne concerne que les motifs d'exclusion dont les justificatifs sont accessibles gratuitement pour les pouvoirs adjudicateurs, par le biais des banques de données comme Télémarc⁴⁴.

En ce qui concerne les éléments de sélection qui ne sont pas couverts par la déclaration implicite, le CSC doit exiger les documents justificatifs qui doivent être présentés par l'opérateur économique au moment ultime de l'introduction de son offre.

3.7.7 En procédure négociée sans publication préalable

Sauf disposition contraire dans les documents du marché, ne sont pas applicables à la procédure négociée sans publication préalable lorsque la valeur du marché est inférieure au seuil de publicité européenne :

- les motifs d'exclusion facultatifs ;
- les critères de sélection.

Toutefois, pour les procédures négociées sans publication préalable supérieures à 30 .000 €, les motifs d'exclusion obligatoires sont applicables.

⁴² Relatifs aux motifs d'exclusion obligatoires, aux motifs d'exclusion relatifs aux dettes fiscales et sociales et, si les documents du marché le prévoient, aux motifs d'exclusion facultatifs.

⁴³ En effet, le DUME concerne tant les motifs d'exclusion que les critères de sélection qualitative.

⁴⁴ Le CSC peut cependant élargir la déclaration implicite sur l'honneur à d'autres motifs d'exclusion, non accessibles par le biais de banques de données comme Télémarc.

Cela étant, en fonction de l'importance du marché en procédures négociées sans publication préalable, une sélection qualitative minimale peut être opportune dans la mesure où cela prémunit le pouvoir adjudicateur d'un soumissionnaire douteux.

3.8 Modalités liées à l'attribution du marché : les critères d'attribution

3.8.1 Principe

Lors de l'élaboration du cahier spécial des charges, il faut définir les critères d'attribution auxquels les offres seront confrontées et le cas échéant préciser leur importance respective. Malgré une marge d'appréciation large, ce choix doit se faire dans le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement et permettre une comparaison objective des offres.

Les critères d'attribution doivent être liés à l'objet du marché et peuvent porter sur la nature du marché ou sur les conditions d'exécution.

Ces critères peuvent être soit objectifs et donc mesurables, quantifiables ou soit subjectifs, ce qui implique une appréciation subjective et nécessite plus de rigueur dans la motivation.

Attention : ne peut constituer un critère d'attribution, une exigence du CSC ni un critère de sélection qualitatif !⁴⁵

3.8.2 Attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse

Tout marché doit être attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse déterminée selon l'une des manières suivantes :

- Sur base de prix le plus bas : le CSC ne prévoit qu'un seul critère d'attribution, à savoir le prix ;
- Sur base du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie ;
- Sur base du meilleur rapport qualité/prix évalué sur la base du prix ou du coût ainsi que des critères de nature qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché concerné. Parmi ces critères à préciser par le CSC, il peut y avoir notamment :
 - o la qualité, y compris la valeur technique ;
 - o les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles ;
 - o l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs ;
 - o les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes
 - o les conditions dans lesquelles le commerce est pratiqué ;
 - o l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché ;

⁴⁵ Sous réserve pour les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché

- le service après-vente, l'assistance technique ;
- les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison ;
- le délai de livraison ou d'exécution.

Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe imposé par le pouvoir adjudicateur dans le cahier spécial de charges ; les opérateurs économiques seront alors mis en concurrence sur les seuls critères de qualité.

3.8.3 En procédure négociée sans publication préalable

Le marché sera également attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse selon le choix précisé par le pouvoir adjudicateur et cela compte tenu des circonstances qui permettent que le choix se fonde sur un seul ou plusieurs critères d'attribution. Le pouvoir adjudicateur est libre de définir dans le CSC les critères d'attribution qu'il estimera les plus adéquats au regard de l'objet du marché et de ses spécificités.

Sauf disposition contraire dans les documents du marché, l'obligation de définir le ou les critères d'attribution n'est pas d'application lorsqu'il est fait usage de la procédure négociée sans publication préalable, dans les cas suivants :

- les divers cas dans lesquels seul un opérateur économique peut être consulté et ce indépendamment du montant estimé ;
- dans le cas de l'urgence impérieuse pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil de publicité européenne ;
- lorsqu'il s'agit de fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil de publicité européenne ;
- lorsqu'il s'agit d'acquisitions de fournitures ou de services achetés à des conditions particulièrement avantageuses pour les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils de publicité européenne, ainsi que, le cas échéant, pour les achats d'opportunité.

3.8.4 Pondération des critères d'attribution

Pour les marchés publics soumis à la publicité européenne, le CSC doit mentionner la pondération relative de chacun des critères d'attribution et, le cas échéant, si cette pondération n'est pas possible pour des raisons démontrables, les critères sont mentionnés dans un ordre décroissant d'importance.

Pour les marchés publics soumis à la publicité belge, le CSC mentionne soit la pondération relative de chacun des critères d'attribution, soit leur ordre décroissant d'importance. A défaut de précision, ils ont la même valeur.

3.9 Modalités relatives au dépôt et à l'ouverture des offres

3.9.1 En cas de non utilisation des moyens de communication électronique

En procédure négociée sans publication préalable, l'usage des moyens électroniques n'étant pas obligatoire, et pour toutes les procédures où l'usage des moyens électroniques n'est pas imposé, le CSC doit définir les modalités de dépôt et d'ouverture des offres dans les documents du marché.

Le CSC doit apporter des précisions concernant les éléments ci-dessous :

1° Où ? Le CSC doit préciser l'adresse à laquelle les offres doivent être envoyées ou remises, ainsi que le lieu d'ouverture des offres, voire le local où cela aura lieu.

2° Quand ? Le CSC doit mentionner le jour et l'heure auxquels les offres doivent être envoyées ou remises. La date de dépôt des offres tient compte des délais de publicité imposés, de la complexité du marché et du temps nécessaire pour préparer les offres.

Lorsque des offres ne peuvent être faites qu'à la suite d'une visite des lieux ou après consultation sur place de documents étayant les documents du marché, les délais de réception des offres doivent être supérieurs aux délais minimaux imposés de manière à permettre aux opérateurs économiques concernés de prendre connaissance de toutes les informations nécessaires pour la formulation de leurs offres.

De plus, la date de réception des offres doit être prolongée :

- lorsque, un complément d'informations, bien que demandé en temps utile, n'est pas fourni au moins six jours avant l'échéance du délai fixé pour la réception des offres ;
- lorsque des modifications importantes sont apportées aux documents du marché.

La durée de la prolongation est proportionnée à l'importance des informations ou de la modification.

Le CSC précise en outre la date et l'heure où aura lieu l'ouverture des offres, en fonction du passage du facteur et veille à faire correspondre le jour de l'ouverture avec de la date ultime fixée pour le dépôt des offres.

3° Comment ? Le CSC indique la forme selon laquelle les offres peuvent être déposées :

- via la poste : ordinaire ou recommandé ;
- la remise de la main à la main : auprès de qui ? accusé de réception ?
- par courriel/fax : cela est possible uniquement en PNSPP et il y a lieu d'en apprécier l'opportunité ;

3.9.2 En cas d'utilisation des moyens de communication électronique

Pour les procédures de passation pour lesquelles le pouvoir adjudicateur utilise les moyens de communications électroniques, le CSC doit apporter des précisions concernant les éléments ci-dessous :

- où ? préciser l'adresse électronique à laquelle les offres doivent être envoyées ;
- quand ? Mentionner le jour et l'heure auxquels les offres doivent être envoyées. La date de dépôt des offres tient compte des délais de publicité imposés, de la complexité du marché et du temps nécessaire pour préparer les offres compte tenu des prolongations éventuelles susvisées ;
- Comment ? préciser les moyens électroniques ;
- la date et l'heure fixées pour l'ouverture électronique des offres.

3.10 Modalités relatives à l'exécution du marché

3.10.1 Modalités de paiement

Le CSC doit préciser si le prix du marché est payé en une fois après son exécution complète, ou par acomptes au fur et à mesure de son avancement et selon quelles modalités.

Le CSC ne peut prévoir le paiement d'avances que dans les cas prévus par l'AR du 14 janvier 2013.⁴⁶ Le cas échéant, le CSC doit définir les modalités. Contrairement aux acomptes et aux paiements fractionnés, les avances constituent des sommes payées à l'adjudicataire avant toute exécution du marché. Les acomptes interviennent toujours après la réalisation partielle du marché.

Tout paiement reste subordonné à l'obligation pour l'adjudicataire d'introduire une déclaration de créance. A dater de la réception de ce document, le PA dispose d'un délai de vérification de 30 jours calendrier. Le délai de paiement est fixé à 30 jours calendrier à dater de la fin de la vérification pour autant que le pouvoir adjudicateur soit, en même temps, en possession de la facture régulièrement établie ainsi que des autres documents éventuellement exigés.

Dans le cas où la période de vérification n'est pas nécessaire, le paiement se fait, en principe, dans les 30 jours calendrier après la date de réception de la déclaration de créance ou facture.

⁴⁶ Des avances peuvent être accordées à l'adjudicataire notamment dans les cas suivants :

- 1° pour les marchés qui nécessitent des investissements préalables de valeur considérable spécifiquement liés à leur exécution ;
- 2° pour les marchés publics de fournitures ou de services qu'il s'impose de conclure avec des fournisseurs ou des prestataires de services avec lesquels il faut nécessairement traiter et qui subordonnent l'acceptation du marché au versement d'avances;
- 3° pour les marchés publics de services de transport aérien de voyageurs ;
- 4° pour les marchés de fournitures ou de services qui, selon les usages, sont conclus sur la base d'un abonnement ou pour lesquels un paiement préalable est requis.

3.10.2 Modalités de révision des prix

Le caractère forfaitaire des prix n'est pas un obstacle à la révision des prix en fonction de facteurs déterminés d'ordre économique ou social, de sorte que cette révision rencontre l'évolution des prix des principaux composants du prix de revient (matériaux, salaires...) et ce à condition qu'une clause de révision de prix claire, précise et univoque, soit prévue dans les documents du marché.

Le CSC doit dès lors prévoir une formule de révision⁴⁷ de prix qui doit être basée sur des paramètres objectifs et contrôlables et utiliser des coefficients de pondération appropriés reflétant la structure réelle des coûts.

La révision des prix peut comporter un facteur fixe, non révisable, que le pouvoir adjudicateur détermine en fonction des spécificités du marché.

Il est possible de déroger à la révision des prix dans des cas dûment justifiés à préciser dans le CSC.

Enfin, une révision des prix n'est pas obligatoire pour les marchés dont le montant estimé est inférieur à 120.000 € et que le délai d'exécution initial est inférieur à 120 jours ouvrables ou 180 jours de calendrier.

3.10.3 Cautionnement

Le cautionnement est une garantie financière constituée par l'adjudicataire au profit du pouvoir adjudicateur en garantie de la bonne et complète exécution de ses obligations. Le cautionnement représente 5 % de la valeur du marché initial.

Sauf dérogation prévue dans le CSC, le cautionnement ne doit pas être constitué dans les cas suivants :

- pour les marchés de fournitures et de services dont le délai d'exécution ne dépasse pas 45 jours ;
- Pour les marchés de services suivants :
 - o les marchés de services de transports aériens de voyageurs et de marchandises ;
 - o les marchés de services de transports de courrier par transport terrestre et par air ;
 - o les marchés de services de transports ferroviaires ;
 - o les marchés de services relatifs aux services juridiques ;
 - o les marchés de services d'étude ;
 - o les marchés de services d'assurances ;
 - o les services informatiques et services connexes ;
 - o les services de recherche et de développement ;
- pour les marchés dont le montant initial est inférieur à 50.000 €.

⁴⁷ Obligatoire pour les marchés de travaux et de services dans un secteur sensible à la fraude mais facultative pour les marchés de fournitures et autre services.

Du reste, le pouvoir adjudicateur peut dispenser l'adjudicataire du cautionnement par dérogation formellement motivée dans le CSC, compte tenu des exigences particulières du marché. Il y a lieu de bien réfléchir sur l'opportunité de cette dispense qui prive le pouvoir adjudicateur de sa garantie de bonne exécution et de la saisie du cautionnement à titre de dommages et intérêts forfaitaires en cas de résiliation du marché pour cause de mauvaise exécution.

Le cautionnement est libérable soit en totalité à la réception définitive du marché soit par moitié à la réception provisoire et l'autre moitié à la réception définitive.

3.10.4 Durée du marché – reconduction

Dès sa conclusion, un marché peut comporter une ou plusieurs reconductions, selon les modalités mentionnées dans les documents du marché. La durée totale d'un marché, y compris les reconductions, ne peut en règle générale, dépasser quatre ans. La reconduction ne peut pas donner lieu à un changement de la nature globale du marché.

Les clauses de reconduction doivent être rédigées de manière claire, précise et univoque. Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des éventuelles conséquences qui peuvent en résulter ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage.

3.11 Les spécifications techniques

Ces caractéristiques peuvent se référer au processus ou à la méthode spécifique de production ou d'exécution des travaux, des fournitures ou des services demandés, à condition qu'ils soient liés à l'objet du marché et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs.

Les spécifications techniques peuvent préciser si le transfert des droits de propriété intellectuelle sera exigé.

Les spécifications techniques sont formulées, le plus fréquemment, de l'une des façons suivantes :

- soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles à condition qu'elles soient suffisamment précises pour permettre de déterminer l'objet du marché et d'attribuer le marché ;
- soit par référence à des spécifications techniques : normes nationales transposant des normes européennes, spécifications techniques communes, normes internationales, autres référentiels techniques élaborés par les organismes européens de normalisation, ou, en leur absence, normes, agréments techniques ou spécifications techniques nationales. Chaque référence est alors accompagnée de la mention "ou équivalent".

Les spécifications techniques donnent aux opérateurs économiques un accès égal à la procédure de passation et ne peuvent avoir pour effet que des obstacles injustifiés à l'ouverture du marché à la concurrence puissent être soulevés.

Les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'une fabrication ou d'une provenance déterminée ou d'un procédé particulier qui caractérise les produits ou les services fournis par un opérateur économique spécifique, ni faire référence à une marque, à un brevet, à une origine ou à une production déterminée qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits.

Cette mention ou référence n'est autorisée, à titre exceptionnel, que :

- lorsqu'il ne serait pas possible de fournir une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché ;
- lorsqu'elle est justifiée par l'objet du marché mais la mention ou la référence doit être accompagnée des termes "ou équivalent".

En cas de non-respect par le pouvoir adjudicateur de ces obligations, le soumissionnaire peut présenter un produit ou un service équivalent.

3.12 Modèles de Cahier spécial de charges disponibles sur notre site internet

Par ailleurs, vous trouverez sur notre site internet via le lien suivant des modèles de cahier spécial de charge.

Nous attirons cependant votre attention sur le fait que ces cahiers de charge nécessitent une adaptation réfléchie des conditions contractuelles à votre situation et à vos besoins. Ainsi donc, les contraintes contractuelles doivent être plus ou moins renforcées en fonction de la complexité du marché envisagé. Nous vous conseillons de prendre contact avec le service juridique pour vous assurer du bien fondé de vos adaptations.

CHAPITRE V

Mise en concurrence

1) Publicité du marché

Certains marchés doivent, en raison de leur importance financière, faire l'objet d'une publicité préalable en vue d'assurer la concurrence. Concrètement, cela suppose la rédaction et la publication d'un avis de marché via la plateforme informatique e-notification⁴⁸. En outre, il y a lieu de publier également le CSC en annexe de l'avis de marché.

Sont soumis à la publicité belge et doivent faire l'objet d'un avis de marché publié au Bulletin des adjudications (BDA) :

- les marchés publics de travaux dont le montant estimé est inférieur à 5.548.000 € ;
- les marchés publics de services et fournitures dont le montant estimé est inférieur à 221.000 €.

Sont soumis à la publicité européenne et doivent faire l'objet d'un avis de marché publié au Journal Officiel des Communautés européennes (JOUE) ainsi qu'au Bulletin des adjudications (BDA) :

- les marchés publics de travaux dont le montant est d'au moins 5.548.000 € ;
- les marchés publics de services et fournitures dont le montant est d'au moins 221.000 € ;
- les marchés publics de services sociaux et autres services spécifiques⁴⁹ dont le montant estimé atteint 750.000 €.

En outre et le cas échéant, il est important de veiller à ce que les indications mentionnées dans l'avis de marché concordent avec les indications figurant au CSC, sous peine de mettre en cause la régularité de la procédure de passation.

En plus de ces publications obligatoires, il est possible de recourir à d'autres genres de publicité : un avis dans la presse professionnelle ou spécialisée, la publication sur un site internet.

⁴⁸ Voir à ce sujet les explications fournies au point 5 du chapitre II du présent document.

⁴⁹ Les cantines peuvent relever des services spécifiques. Nous vous conseillons de prendre contact avec le service juridique du SeGEC pour plus de précisions.

2) Avis de marché

Par la publication d'un avis de marché, le pouvoir adjudicateur communique aux entreprises que la procédure d'attribution est lancée. Il faut donc veiller à mentionner dans ce document des informations suffisantes afin de permettre aux soumissionnaires potentiels d'estimer si ce marché les intéresse ou non, dont notamment :

- nom, numéro d'identification, adresse y compris électronique, téléphone, fax du pouvoir adjudicateur ;
- une description claire du marché ;
- les codes CPV⁵⁰ ;
- les critères de sélection et motifs d'exclusion ;
- le choix de la procédure ;
- le délai de réception des offres.

Pour rédiger et publier un avis de marché, il faut utiliser les formulaires officiels mis à disposition par l'Administration fédérale sur l'application e-Notification via la plateforme internet e-Procurement (<http://www.publicprocurement.be/fr>).

La publication de l'avis de marché est gratuite.

Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur doit offrir par moyen électronique, un accès gratuit, sans restriction, complet et direct⁵¹ aux documents du marché à partir de la date de publication d'un avis de marché. Le texte de l'avis précise l'adresse internet à laquelle les documents du marché sont accessibles.

Lorsqu'il n'est pas possible ou obligatoire d'offrir cet accès, le pouvoir adjudicateur peut mentionner dans l'avis de marché par quel moyen autre qu'électronique, les documents du marché concernés seront transmis. Dans ce cas également, l'accès est gratuit.

Le cas échéant, le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis de marché les mesures qu'il impose en vue de protéger la confidentialité des informations, ainsi que les modalités d'accès aux documents concernés. Dans un tel cas, le délai de présentation des offres est prolongé de cinq jours, sauf les cas d'urgence dûment motivés.

3) Délais de publicité

La mise en concurrence implique le respect de délais entre la date d'envoi de l'avis pour publication et celle fixée pour la remise des offres. Les délais légaux sont tous des délais minimaux à adapter en fonction de la complexité du marché et du temps nécessaire pour préparer l'offre.

Ces délais peuvent être réduits en cas de publication d'un avis de pré-information⁵².

⁵⁰ Codes repris dans l'avis de marché sur la plateforme e-Procurement et désignant l'objet du marché.

⁵¹ Cela suppose l'obligation de joindre le CSC à l'avis de marché ou à l'invitation à remettre offre.

⁵² Avis par lequel le pouvoir adjudicateur peut faire connaître ses intentions en matière de passation de marchés dans les 12 mois suivant la date de transmission de l'avis pour publication.

Lorsque la rédaction des offres ne peut se faire qu'à la suite d'une visite des lieux ou après consultation sur place de documents, les délais de réception des offres doivent être supérieurs aux délais minimaux et sont fixés de manière à ce que tous les opérateurs économiques concernés puissent prendre connaissance de toutes les informations nécessaires pour la formulation de leurs offres.

Le pouvoir adjudicateur est tenu de prolonger les délais de réception des offres afin que tous les opérateurs économiques concernés puissent prendre connaissance de toutes les informations nécessaires pour la rédaction de leurs offres dans les cas suivants :

- lorsque, pour quel que motif que ce soit, un complément d'informations, bien que demandé en temps utile par l'opérateur économique, n'est pas fourni au moins six jours avant l'expiration du délai fixé pour la réception des offres ;
- lorsque des modifications importantes sont apportées aux documents du marché. La durée de la prolongation est proportionnelle à l'importance des informations ou de la modification.

Lorsque le complément d'informations n'a pas été demandé en temps utile ou qu'il est d'une importance négligeable pour la préparation des offres, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de prolonger les délais.

Par ailleurs, à défaut d'offrir un accès direct aux documents du marché par des moyens électroniques, le délai de réception des offres doit être prolongé de 5 jours.

En outre, toute information complémentaire doit être fournie par le pouvoir adjudicateur six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres, pour autant que la demande en ait été faite en temps utile. Ces délais légaux minimum⁵³ sont les suivants :

	Procédures ouvertes	Procédures restreintes
Marché soumis à publicité belge	35 jours	- 30 jours pour les demandes de participation - 30 jours pour la réception des offres
Marché soumis à publicité Européenne	35 jours	- 30 jours pour les demandes de participation - 30 jours pour la réception des offres

⁵³ Ces délais peuvent être réduits dans les conditions définies aux articles 36, 37,38 et 41 de la loi marchés public du 17 juin 2016.

	Procédure concurrentielle avec négociation	Procédure négociée direct avec publication préalable :	Procédure négociée sans publication préalable ⁵⁴
Marché soumis à publicité belge	- 30 jours pour les demandes de participation - 30 jours pour la réception des offres	22 jours	Délai raisonnable
Marché soumis à publicité Européenne	- 30 jours pour les demandes de participation -30 jours pour la réception des offres	Non applicable	Délai raisonnable

⁵⁴En procédure négociée sans publication préalable, la réglementation ne prévoit aucun délai précis pour la réception des offres qui doit être fixé par le CSC. Ce délai doit cependant être raisonnable compte tenu de la complexité du marché envisagé.

CHAPITRE VI

Offres

1) Rédaction des offres

Sur base des précisions du CSC concernant le format, la langue, le nombre d'exemplaires, les informations et renseignements souhaités, toute offre d'un soumissionnaire doit être établie par écrit et être signée⁵⁵ par le soumissionnaire (ou par son mandataire⁵⁶).

En cas d'utilisation des moyens de communication électronique, le soumissionnaire ne doit pas signer individuellement l'offre, ses annexes et le DUME au moment où ces documents sont chargés sur la plateforme électronique. Ces documents sont signés de manière globale par l'apposition d'une signature sur le rapport de dépôt y afférent.

En outre, toute offre doit :

- respecter les exigences du CSC ;
- contenir les informations et renseignements suivants :
 - o identité du soumissionnaire ;
 - o le numéro et libellé du son compte ouvert auprès d'un établissement financier ;
 - o les éléments relatifs au prix ;
 - o les informations en cas de sous-traitance ;
 - o les informations exigées par le CSC.

Le cas échéant, si le CSC prévoit un formulaire d'offre, les soumissionnaires ne sont pas obligés de l'utiliser, mais le document qu'ils utilisent à leur risque et sous leur responsabilité doit parfaitement correspondre au modèle proposé.

Lorsque le CSC prévoit plusieurs lots, chaque soumissionnaire peut déposer une offre pour un ou plusieurs lots selon ce que le CSC permet. Chaque soumissionnaire dépose une offre distincte pour chaque lot auquel il décide de soumissionner, mais ces offres peuvent être reprises dans un seul document, si le CSC l'autorise.

⁵⁵ Dans le cas d'une procédure négociée sans publication préalable, le pouvoir adjudicateur précise si une signature est requise, le type de signature, ainsi que les documents à signer.

⁵⁶ La preuve du mandat doit être joint à l'offre : l'acte électronique authentique ou sous seing privé qui lui accorde ses pouvoirs ou une copie scannée de la procuration.

2) Dépôt des offres

2.1 En procédure négociée sans publication préalable

L'usage des moyens électroniques n'étant pas obligatoire, il appartient au pouvoir adjudicateur de définir les modalités de dépôt et d'ouverture des offres dans les documents du marché⁵⁷.

Sur base des précisions de la lettre d'invitation ou du CSC concernant le lieu, la date, l'heure et les modalités, toute offre d'un soumissionnaire doit être déposée :

- à l'adresse mentionnée ;
- à la date et à l'heure fixées.

Les offres peuvent être déposées en main propre ou être envoyées soit par la poste, soit par courriel ou fax selon les modalités définies par le CSC ou par la lettre d'invitation à remettre offre.

2.2 Autres procédures

2.2.1. En cas de non utilisation des moyens de communication électronique

Sur base des précisions de l'avis de marché et du CSC concernant le lieu, la date, l'heure et les modalités, toute offre d'un soumissionnaire doit être déposée à l'adresse mentionnée et à la date et à l'heure fixées.

Les offres peuvent être déposées en main propre ou être envoyées par la poste, selon les modalités définies par le CSC ou par l'avis de marché.

Tout soumissionnaire doit placer son offre sous pli définitivement scellé, portant les mentions suivantes :

- la date de la séance d'ouverture des offres ;
- l'objet du marché ;
- la référence au CSC, éventuellement aux numéros de lots visés.

En cas d'envoi par la poste (sous pli recommandé ou ordinaire), tout soumissionnaire doit veiller à glisser le 1^{er} pli dans une 2^{ème} enveloppe fermée portant comme indication l'adresse indiquée dans le CSC et la mention offre.

Le moment ultime de la réception des offres est déterminé par la date et l'heure de la séance d'ouverture des offres. Toute offre doit parvenir au président de la séance d'ouverture des offres avant qu'il ne déclare la séance d'ouverture des offres ouverte.

Une offre arrivée tardivement est prise en considération si la décision d'attribution du marché n'a pas encore été notifiée à l'adjudicataire et pour autant que l'offre ait été postée au plus tard le 4^{ème} jour calendrier précédant celui fixé pour le dépôt des offres.

2.2.2 En cas d'utilisation de moyens de communication électronique

⁵⁷ Voir le point 3.9. du chapitre IV relatif à l'élaboration du cahier spécial de charges.

Sur base des précisions de l'avis de marché et du CSC concernant le lieu, la date, l'heure et les modalités, toute offre d'un soumissionnaire doit être déposée à l'adresse électronique de la plateforme et à la date et à l'heure fixées. Les offres sont déposées électroniquement sur la plateforme e-Procurement.

3) Séance d'ouverture des offres

3.1 En procédure négociée sans publication préalable

En principe, il n'y a pas de séance d'ouverture des offres, mais il peut être conseillé qu'un procès-verbal de dépouillement des offres soit établi, ce procès-verbal devant être daté et signé.

L'établissement d'un tel document est de nature à assurer le minimum de transparence requis et à permettre d'éviter les contestations qui pourraient s'élever sur la réception tardive d'une offre.

3.2 Autres procédures

3.2.1. En cas de non utilisation des moyens de communication électronique

La séance d'ouverture des offres se déroule au lieu, date et heure fixée par l'avis de marché et est ouverte à tous lors d'une procédure ouverte. En procédure restreinte, seuls les soumissionnaires (leurs représentants) peuvent y assister.

Les opérations se déroulent dans l'ordre suivant :

- l'ouverture des offres se fait par le président de séance et un assesseur ;
- le président place dans un local les offres déjà reçues ;
- les offres apportées par les soumissionnaires présents sont remises au président ;
- le président déclare la séance ouverte, aucune offre ne peut plus être acceptée sauf offre tardive selon les conditions susvisées ;
- il est procédé au dépouillement de toutes les offres recueillies ;
- le président proclame le nom des soumissionnaires, leur domicile et en cas d'adjudication, les prix offerts ;
- les offres et les documents annexes sont paraphés page par page par le président /l'assesseur ;
- le président s'assure de la rédaction du PV, y sont consignés les résultats proclamés par le président ainsi que les incidents survenus ;
- le président signe le PV, ainsi que l'assesseur⁵⁸ ;
- le président proclame la clôture de la séance.

⁵⁸ Ce P-V est également signé par toute personne présente qui le demande. Sur demande écrite, le soumissionnaire absent lors de la séance d'ouverture des offres doit être informé des données proclamées par le président.

3.2.2 En cas d'utilisation de moyens de communication électronique

Il est procédé à l'ouverture électronique de toutes les offres introduites via la plateforme électronique e-Procurement et un procès-verbal est dressé.

Le procès-verbal contient au moins :

- le nom ou la raison sociale des soumissionnaires, leur domicile et leur siège social ;
- le nom de la ou des personne(s) qui a/ont signé le rapport de dépôt électroniquement.

CHAPITRE VII

Analyse des offres

1) Principes

1.1 Les 3 étapes

Une fois les offres reçues, le pouvoir adjudicateur doit procéder à l'analyse des offres selon 3 étapes successives :

- examen des motifs d'exclusion et des critères de sélection qualitative afin de s'assurer que l'offre provient d'un soumissionnaire qui n'est pas exclu de l'accès au marché sur la base des motifs d'exclusion requis et qui répond aux critères de sélection fixés par le pouvoir adjudicateur ;
- examen de la régularité technique et administrative des offres afin de vérifier que l'offre est conforme aux exigences, conditions et critères énoncés dans l'avis de marché et dans les documents du marché, compte tenu, le cas échéant, des variantes ou options ;
- examen des offres au regard des critères d'attribution.

1.2 Pour les marchés soumis à la publicité européenne

Pour les marchés dont le montant estimé atteint les seuils de publicité européenne qui implique l'usage du Document Unique de Marché européen (DUME), le pouvoir adjudicateur peut, dans le cas d'une procédure ouverte, procéder directement au contrôle de la régularité des offres, la vérification de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection s'effectuant sur la seule base du DUME, sans un examen plus approfondi.

Toutefois, avant de recourir à cette possibilité, le pouvoir adjudicateur doit vérifier l'absence de dettes fiscales et sociales. La vérification de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection doit alors s'effectuer à posteriori d'une manière impartiale et transparente.

1.3 Pour les marchés soumis à la publicité belge

Pour les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils de publicité européenne, le pouvoir adjudicateur peut, dans le cas d'une procédure ouverte ou négociée directe avec publication préalable, directement procéder au contrôle de la régularité des offres.

En effet, la législation institue le principe de la déclaration sur l'honneur implicite : par le simple fait de déposer son offre, tout soumissionnaire atteste ne pas se trouver dans une des situations d'exclusion visées.

Attention : la déclaration sur l'honneur implicite ne peut être assimilée à un moyen de preuve et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur de procéder à une vérification qui peut se faire juste avant de prendre la décision d'attribution et uniquement dans le chef du soumissionnaire susceptible d'être désigné adjudicataire.

A cet effet, le pouvoir adjudicateur réclamera au soumissionnaire concerné la production des renseignements ou documents pertinents ou les vérifiera lui-même s'il a accès gratuit par des moyens électroniques à ces renseignements.

Toutefois, avant de recourir à cette possibilité, le pouvoir adjudicateur doit vérifier l'absence de dettes fiscales et sociales, le cas échéant tenant compte des mesures correctrices⁵⁹.

Dans les autres cas, la vérification de la régularité des offres ne porte que sur les offres des soumissionnaires sélectionnés.

2) Examen des motifs d'exclusion et des critères de sélection qualitative

Pour les marchés soumis à la publicité européenne, en vue de sa sélection et sur base de critères fixés dans l'avis de marché ou dans l'invitation à présenter une offre, tout soumissionnaire produit, lors du dépôt de son offre, le DUME⁶⁰, à savoir la déclaration sur l'honneur propre actualisée qui vaut preuve à priori que le soumissionnaire concerné ne se trouve pas dans l'une des situations qui doit ou peut entraîner son exclusion et qu'il répond aux critères de sélection applicables.

Le DUME contient une déclaration officielle indiquant que l'opérateur économique sera en mesure, sur demande et sans tarder, de fournir les documents justificatifs.

Pour les marchés inférieurs aux seuils européens, tout soumissionnaire se fonde sur la déclaration sur l'honneur implicite et produit, le cas échéant, les preuves qu'il ne se trouve pas dans l'une des situations qui doit ou peut entraîner son exclusion et qu'il répond aux critères de sélection applicable.

⁵⁹ Voir ce qui suit notamment la faculté donnée aux soumissionnaires de se mettre en ordre.

⁶⁰ Modèle imposé par la Commission européenne et fourni uniquement sous forme électronique

2.1 Vérification des motifs d'exclusion

2.1.1 Vérifications dans le chef de tous les soumissionnaires : absence de dettes sociales et fiscales

Sans préjudice de l'utilisation du DUME et de la déclaration sur l'honneur implicite, en fonction des conditions d'accès requis par l'avis de marché et le CSC, il faut vérifier pour chaque soumissionnaire les preuves corolaires soit :

- l'attestation ONSS : « attestation dettes sociales » ;
- l'attestation du SPF Finances, dite « attestation dettes fiscales ».

En ce qui concerne les dettes sociales, le pouvoir adjudicateur procède à la vérification sur la base des attestations disponibles électroniquement via l'application Télémarc ou via d'autres applications électroniques équivalentes et accessibles gratuitement. Cette vérification se fait dans les vingt jours suivant la date ultime pour l'introduction des demandes de participation ou des offres.

Une offre reste valable et peut donc être sélectionnée :

- si la dette est inférieure à 3.000€ ;
- si le soumissionnaire justifie d'un plan de paiement respecté ;
- si le soumissionnaire justifie à l'égard du P.A d'une créance certaine, exigible et libre de tout engagement à l'égard d'un tiers et qui se compense à 3.000 € près.

En ce qui concerne les dettes fiscales, le pouvoir adjudicateur procède à la vérification sur la base des attestations disponibles électroniquement via l'application Télémarc ou via d'autres applications électroniques équivalentes et accessibles gratuitement. Cette vérification se fait dans les vingt jours suivant la date ultime pour l'introduction des demandes de participation ou des offres.

Une offre reste valable et peut donc être sélectionnée :

- si la dette est inférieure à 3.000€ ;
- si le soumissionnaire justifie d'un plan de paiement respecté ;
- si le soumissionnaire justifie à l'égard du P.A d'une créance certaine, exigible et libre de tout engagement à l'égard d'un tiers et qui se compense à 3.000 € près.

Après avoir constaté une première fois que le soumissionnaire ne satisfaisait pas aux exigences, le pouvoir adjudicateur lui donne l'opportunité de se mettre en règle avec ces obligations sociales et fiscales et ce dans un délai de cinq jours ouvrables qui commence à courir le jour qui suit la notification. Le recours à cette régularisation n'est possible qu'à une seule reprise.

2.1.2 Vérifications dans le chef du soumissionnaire –adjudicataire

En cas d'utilisation du DUME ou de la déclaration sur l'honneur implicite, en fonction des conditions d'accès requis par l'avis de marché et le CSC, il faut vérifier les preuves corolaires soit notamment :

- l'extrait du casier judiciaire personne physique et/ou morale que le soumissionnaire doit se procurer auprès du service casier judiciaire central ;
- le certificat de non faillite que le soumissionnaire doit se procurer auprès du greffe du tribunal de commerce compétent.

Tout soumissionnaire qui n'est pas en ordre peut ou doit être⁶¹ exclu du marché sauf mesure correctrice ou motif impératif d'intérêt général.

L'exclusion s'applique également si la condamnation concerne un membre de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance du soumissionnaire ou détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein.

Tout soumissionnaire qui se trouve dans l'une des situations d'exclusion peut fournir des preuves afin d'attester des mesures suffisantes prises à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent. Si ces preuves sont jugées suffisantes par le pouvoir adjudicateur, le soumissionnaire concerné n'est pas exclu de la procédure de passation.

2.2 Critères de sélection qualitative : aptitude à exercer l'activité professionnelle

En fonction des exigences définies par l'avis de marché et le CSC, il faut vérifier dans le chef de tout soumissionnaire, les preuves corolaires soit notamment :

- la preuve d'inscription sur un registre professionnel ;
- la preuve d'autorisation spécifique d'exercer ;
- la preuve d'affiliation à une organisation.

Cette vérification se limitera au soumissionnaire - adjudicataire en cas d'application du DUME.

2.3 Critères de sélection qualitative : capacité économique et financière

En fonction des exigences définies par l'avis de marché et le CSC, il faut vérifier dans le chef de tout soumissionnaire, les preuves corolaires soit notamment :

- la déclaration bancaire⁶² ;
- la copie des comptes annuels ou comptes annuels déposés ;
- la déclaration relative au chiffre d'affaires des 3 derniers exercices comptables.

⁶¹ Voir à ce sujet le point 3.7 du chapitre de la présente note distinguant les motifs d'exclusion obligatoires et facultatifs.

⁶² Modèle légale- formulaire que le soumissionnaire doit faire compléter et signer auprès de sa banque.

Cette vérification se limitera au soumissionnaire - adjudicataire en cas d'application du DUME.

2.4 Critères de sélection qualitative : capacité technique et d'expérience professionnelle

En fonction des exigences définies par l'avis de marché et le CSC, il faut vérifier dans le chef de tout soumissionnaire, les preuves corolaires soit notamment :

- la liste des principaux marchés « similaires » réalisés au cours des trois dernières années ;
- les éventuels certificats CE ;
- l'éventuel certificat ISO.

Cette vérification se limitera au soumissionnaire - adjudicataire en cas d'application du DUME.

2.5 Dispense de produire les preuves

En outre, les soumissionnaires ne doivent pas produire certaines preuves dans la mesure où le pouvoir adjudicateur dispose d'un accès électronique gratuit à ces preuves via l'application Telemarc⁶³ et/ou le pouvoir adjudicateur a déjà ces documents en sa possession suite à un marché précédent, et ce, à condition que les opérateurs économiques concernés identifient dans leur offre la procédure au cours de laquelle lesdits documents ont déjà été fournis et pour autant que les renseignements et documents mentionnés répondent encore aux exigences requises

2.6 Capacité d'un tiers/sous-traitant

Pour justifier les critères de capacités économique et financière ou les critères de capacités techniques et professionnelles, un soumissionnaire peut, pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre le soumissionnaire et ces entités à condition de prouver, que pour l'exécution du marché, le soumissionnaire disposera des moyens nécessaires, en produisant l'engagement de ces entités de mettre de tels moyens à sa disposition.

Concernant les critères relatifs aux titres d'études et professionnels ou à l'expérience professionnelle pertinente, les opérateurs économiques ne peuvent toutefois avoir recours aux capacités d'autres entités que lorsque ces dernières exécuteront les travaux ou fourniront les services pour lesquels ces capacités sont requises.

Le pouvoir adjudicateur vérifie si ces entités remplissent les critères de sélection applicables et l'absence de motif d'exclusion dans leur chef, sans préjudice de la possibilité d'appliquer les mesures correctrices ou d'exiger le remplacement.

Lorsque l'opérateur économique a recours aux capacités d'autres entités, le DUME doit comporter également les informations en ce qui concerne ces entités.

⁶³ Non accessible à l'heure actuelle pour les PO, mais l'accès pourra être demandée à l'Agence pour la simplification administrative à dater du 1^{er} mai 2018.

2.7 En cas d'association momentanée

Pour être sélectionné, chaque membre doit répondre individuellement aux conditions d'exclusion mais les membres peuvent remplir collectivement les critères d'aptitude professionnelle, de capacités économiques et technique.

2.8 En cas de documents manquants

Lorsque certains documents de preuve, relatifs aux motifs d'exclusion et aux critères de sélection qualitatifs exigés, manquent, sont incomplets ou erronés, il est possible d'inviter les soumissionnaires à présenter, compléter, clarifier ou préciser les informations ou les documents de leur offre dans le délai approprié mentionné dans l'invitation. Il s'agit bien là d'une simple faculté qui ne peut constituer un droit à la régularisation dans le chef des soumissionnaires.

Attention : cette faculté se fait en respectant pleinement les principes d'égalité de traitement et de transparence qui impose la même souplesse et/ou la même rigueur à l'égard de tous les soumissionnaires placés dans la même situation. Par ailleurs, cela ne peut avoir pour effet une modification des éléments essentiels de l'offre en cas de procédure ouverte ou restreinte.

3) Examen de la Régularité des offres et des prix

Il faut procéder à la vérification de la régularité des offres des soumissionnaires sélectionnés ou « sélectionnés à priori » sur base du DUME ou de la déclaration sur l'honneur implicite, tant sur le plan formel que sur le plan matériel et apprécier la gravité de l'irrégularité pour déterminer si elle est substantielle ou non substantielle.

3.1 Irrégularités

Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature :

- à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire ;
- à entraîner une distorsion de concurrence ;
- à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres ;
- à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :

1° le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement ;

2° le non-respect des exigences relatives aux éléments suivants pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires :

- le cas échéant, le DUME ;
- la signature globale par la signature du rapport de dépôt ;
- la signature électronique qualifiée ;
- le mandat de signature ;
- l'option obligatoire ;
- une seule offre ;
- seuls les candidats sélectionnés peuvent remettre offre ;
- dépôt et ouverture des offres ;
- usage des moyens de communication électroniques.

3° le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché.

3.2 Conséquences des irrégularités

3.2.1 Principe : irrégularité substantielle ou non

En présence d'une irrégularité, il faut apprécier si cette irrégularité est de nature substantielle ou non.

3.2.2 Irrégularité substantielle

En présence d'une irrégularité substantielle et donc d'une dérogation à une disposition essentielle, prescrite par la législation ou par les documents du marché, il y a une obligation de déclarer l'offre irrégulière et de l'écarter dans la mesure où tout soumissionnaire peut également s'en prévaloir le cas échéant pour solliciter l'annulation du marché ou des dommages et intérêts.

Ceci est également le cas pour l'offre qui est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles mais qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets qui constituent une irrégularité substantielle.

3.2.3 Irrégularité non substantielle

En présence d'une irrégularité non substantielle et donc d'une dérogation à une disposition non essentielle prescrite par la législation ou par les documents du marché, l'offre ne doit pas être déclarée nulle.

Ceci est également le cas pour l'offre qui est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles mais qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, ne sont pas de nature à avoir les effets qui constituent une irrégularité substantielle.

3.2.4 En procédure négociée

Marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil de publicité européenne

Le pouvoir adjudicateur décide soit de déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, soit de faire régulariser cette irrégularité. Il en va de même si l'offre est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles lorsque celles-ci, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets qui constituent une irrégularité substantielle.

Marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil de publicité européenne

Le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, sauf disposition contraire dans les documents du marché. Dans ce dernier cas, il donne la possibilité au soumissionnaire de régulariser cette irrégularité avant d'entamer les négociations, à moins que le pouvoir adjudicateur n'ait indiqué à propos de cette irrégularité qu'elle ne peut faire l'objet d'une régularisation.

Lorsqu'une offre comporte plusieurs irrégularités non substantielles qui du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets qui constituent une irrégularité substantielle, le pouvoir adjudicateur offre au soumissionnaire la possibilité de régulariser ces irrégularités avant d'entamer les négociations.

3.2.5 En ce qui concerne les prix anormaux

Quel que soit l'objet du marché et le mode de passation, le pouvoir adjudicateur doit procéder à la vérification des prix ou des coûts des offres introduites et pour se faire, inviter le soumissionnaire à fournir toutes les informations nécessaires.⁶⁴

Lors de cette vérification si les prix ou les coûts semblent anormalement bas ou élevés, le pouvoir adjudicateur doit les examiner et invite le soumissionnaire en cause, par lettre recommandée, à fournir les justifications nécessaires dans un délai de 12 jours, à moins que l'invitation ne détermine un délai plus long.

Le pouvoir adjudicateur apprécie les justifications reçues et constate que :

- soit le montant d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s) présente(nt) un caractère anormal et écarte l'offre pour cause d'irrégularité substantielle ;
- soit le montant total de l'offre présente un caractère anormal et écarte l'offre pour cause d'irrégularité substantielle ;
- soit le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal et motive cela dans la décision d'attribution.

Dans le cas d'un marché de travaux ou de service dans un secteur sensible à la fraude, lorsque l'offre économiquement la plus avantageuse est uniquement évaluée sur la base du prix et pour autant qu'au moins quatre offres aient été prises en considération, le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix ou des coûts pour toute offre

⁶⁴ Article 35 de l'AR passation du 18 avril 2016.

dont le montant total s'écarte d'au moins 15% en dessous de la moyenne des montants des offres déposées.

Il en va de même d'un marché de travaux ou de service dans un secteur sensible à la fraude, lorsque l'offre économiquement la plus avantageuse est évaluée sur la base du meilleur rapport qualité-prix mais que le poids du critère relatif au prix représente au moins 50% du poids total des critères d'attribution. Toutefois, dans ce dernier cas, le pouvoir adjudicateur peut prévoir dans les documents du marché un pourcentage plus élevé que 15%.

Le calcul de la moyenne des montants se fonde sur toutes les offres des soumissionnaires sélectionnés, le cas échéant provisoirement sélectionnés et se fait de manière suivante :

- si le nombre des offres est d'au moins 7 : il faut en exclure à la fois l'offre la plus basse et les offres les plus élevées formant un quart de l'ensemble des offres déposées ;
- si le nombre d'offres est inférieur à 7, il faut exclure l'offre la plus basse et l'offre la plus élevée.

Sauf disposition contraire dans les documents du marché, ces dispositions ne s'appliquent ni à la procédure concurrentielle avec négociation, ni à la procédure négociée directe avec publication préalable, ni à la procédure négociée sans publication préalable pour autant qu'il s'agisse d'un marché de fournitures ou de services dont le montant estimé est inférieur aux seuils de publicité européenne ou d'un marché de travaux dont le montant estimé est inférieur à 500.000 euros.

4) Examen des offres en fonction des critères d'attribution

4.1 Evaluation

Lors de l'analyse des offres, chaque offre doit faire l'objet d'une appréciation au regard de chaque critère d'attribution via une ou plusieurs méthodes d'analyse des offres et ce, afin de parvenir au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse moyennant une motivation adéquate.

Lors de l'évaluation des offres au regard des critères d'attribution, il faut :

- respecter les principes d'égalité de traitement et de transparence ;
- respecter les critères définis et leur hiérarchie respective ;
- opérer une comparaison objective de chaque offre au regard de chacun des critères ;
- faire reposer son choix sur des motifs exacts, pertinents et admissibles ;
- appliquer une méthode de cotation compréhensible qui permet un classement qui reflète l'écart entre les offres (principe de la règle de trois). La méthode d'évaluation ne doit pas être indiquée dans le CSC, peut être fixée après l'ouverture des offres, mais doit apparaître dans le rapport d'analyse des offres. La même méthode ne doit pas être appliquée à tous les critères.

4.2 Motivation

Les ASBL PO ne sont pas des autorités administratives mais des personnes morales de droit privé. Dès lors, les ASBL PO ne sont pas soumises à la loi sur la motivation formelle des actes administratifs.

Cependant, en vertu de la législation propre aux marchés publics, certaines décisions prises par un pouvoir adjudicateur doivent faire l'objet d'une motivation formelle :

- la décision relative au choix de la procédure négociée ;
- la décision relative à la sélection des candidats ;
- la décision relative au choix de l'adjudicataire ;
- la décision de renoncer à la procédure (sauf pour les marchés sur simple facture acceptée).

Concrètement : il faut faire apparaître dans le corps même de la décision les motifs qui la sous-tendent, tant en droit (référence aux dispositions légales et réglementaires) qu'en fait (à savoir les considérations de circonstances et d'opportunité).

La décision d'attribution doit être motivée de manière « adéquate », c'est-à-dire indiquer les motifs de droit et de fait qui justifient :

- la non-sélection d'une offre ;
- l'irrégularité et le rejet d'une offre ;
- l'offre retenue en précisant ses caractéristiques et ses avantages.

4.3 Choix de l'adjudicataire

4.3.1 En procédure ouverte ou restreinte

Il y a lieu de classer les offres :

- soit en fonction du prix et d'attribuer le marché à l'offre régulière la plus basse ;
- soit en fonction du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité ;
- soit en fonction du meilleur rapport qualité/prix évalué sur la base du prix ou du coût ainsi que des critères de nature qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché concerné.

Pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse en fonction uniquement du prix, il faut tenir compte du prix offert par les soumissionnaires et de tous les éléments chiffrables, qui d'une manière certaine, augmenteront la dépense. Il y a lieu de prendre en considération les prix offerts tva comprise.

Pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse en fonction du meilleur rapport qualité/prix, il faut classer les offres selon l'appréciation faite pour chaque offre et ce pour chaque critère mentionné dans le CSC.

En cas de variantes exigées ou autorisées, l'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée d'après un classement unique des offres de base et de celles relatives aux variantes.

Si des variantes libres sont proposées, le pouvoir adjudicateur détermine celles qu'il ne retiendra pas et intègre dans le classement unique les variantes libres retenues.

Le pouvoir adjudicateur retient les options exigées ou autorisées et décide des options libres qu'il retient pour déterminer le soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse. En cas d'options exigées, autorisées ou libres retenues par le pouvoir adjudicateur, l'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée sur la base de l'ordre de classement des offres, majorées des avantages économiques offerts par les options.

Si un soumissionnaire a lié un supplément de prix ou une autre contrepartie à une option libre ou autorisée, celle-ci n'est pas prise en considération pour autant que cela soit possible, à défaut de quoi son offre comporte une irrégularité.

En cas de marché à lot, lorsque les soumissionnaires ont proposé des rabais, l'offre régulière économiquement la plus avantageuse est déterminée, pour tout lot, en tenant compte des rabais ou des améliorations qui ont été proposés pour certains groupements de lots et de l'ensemble de tous les lots économiquement le plus avantageux.

Lorsque le soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse ne satisfait pas aux niveaux d'exigences minimales pour plusieurs lots, seuls lui sont attribués les lots pour lesquels il satisfait à ce niveau minimal d'exigence tenant compte de l'ordre de préférence. En l'absence d'une telle indication, le pouvoir adjudicateur procède à un tirage au sort entre les lots en question auquel les soumissionnaires concernés sont invités.

En cas d'offres équivalentes, on peut demander aux soumissionnaires afin de les départager de présenter des propositions écrites de rabais ou d'amélioration de leur offre. Si par la suite une parité subsiste, le pouvoir adjudicateur procède à un tirage au sort auquel les soumissionnaires concernés sont invités.

4.3.2 En procédure négociée

Le classement des offres se fera comme pour les procédures ordinaires selon les critères d'attribution définis dans les documents du marché mais suite à des négociations éventuelles. En effet, la procédure négociée sans publication préalable permet d'avoir des contacts plus ou moins soutenus avec les soumissionnaires en vue de préciser ou de compléter le contenu des offres et même d'améliorer celles-ci, tant sur le plan qualitatif que sur celui de la compétitivité des prix.

Tous les documents du marché sont a priori susceptibles d'être aménagés en fonction des négociations qui peuvent porter sur tous les éléments (prix, délais d'exécution, conditions techniques). Cependant en aucun cas, les critères d'attribution ne peuvent faire l'objet de négociations.

Par ailleurs, pour les marchés qui atteignent les seuils de publicité européenne, les exigences minimales ne peuvent pas faire non plus l'objet de négociations. Pour les marchés inférieurs aux seuils susmentionnés, les exigences minimales peuvent être négociées sauf si cela est exclu dans les documents du marché.

Toutefois, tant les négociations que l'attribution du marché doivent se conformer aux principes fondamentaux des marchés publics, aux principes de bonne gestion et aux règles imposées par le biais des documents du marché.

Cela implique :

- pas de négociation avant la date ultime de réception des offres ;
- imposer les mêmes exigences à tous les soumissionnaires ;
- accorder les mêmes concessions aux soumissionnaires se trouvant dans une situation identique ;
- négocier effectivement avec les soumissionnaires ayant remis une offre compétitive ;
- effectuer une comparaison objective des offres ;
- respecter la confidentialité des offres et des négociations ;
- choisir l'offre la plus avantageuse en fonction du besoin à satisfaire.

4.4 Rapport d'analyse des offres

L'examen des offres donne lieu à l'établissement d'un rapport d'analyse des offres qui servira de base à l'élaboration de la décision motivée d'attribution.

Ce rapport d'analyse mentionne entre autre :

- la nature du marché, l'estimation ;
- la procédure de passation ;
- la date de la séance d'ouverture ;
- les offres déposées ;
- l'examen des causes d'exclusion, des critères de sélection qualitative ;
- l'examen de la régularité des offres sur le plan de la forme et de leur conformité technique ;
- la correction des erreurs de calcul, des erreurs matérielles manifestes décelées dans les offres ;
- le classement des offres en fonction des critères d'attribution ;
- la proposition d'attribution du marché ou, le cas échéant, de renonciation.

4.5 Décision motivée d'attribution

La décision motivée d'attribution doit contenir :

- le nom et l'adresse du pouvoir adjudicateur, la date de la décision, l'objet et le montant du marché à approuver ;
- en cas de procédure négociée, les motifs de droit et de fait justifiant ou permettant le recours à cette procédure ;
- les noms des candidats ou des soumissionnaires ;
- les noms des candidats ou soumissionnaires non sélectionnés et sélectionnés, et les motifs de droit et de fait justifiant leur sélection ou non sélection ;
- les noms des soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière et les motifs de droit et de fait de leur éviction ;
- les noms des soumissionnaires dont l'offre régulière n'a pas été choisie et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes, en ce compris les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue.

4.6 Renonciation à la passation d'un marché

Quel que soit le mode de passation, le pouvoir adjudicateur n'a pas l'obligation d'attribuer le marché : il peut soit renoncer à passer le marché, soit refaire la procédure, au besoin suivant un autre mode.

En toute hypothèse, il doit motiver sa décision et donc disposer de motifs réels, exacts et pertinents pour renoncer à une procédure (irrégularités dans le déroulement de la procédure, lacunes dans les documents du marché, absence de concurrence, etc.).

Lorsque le marché comporte plusieurs lots, le pouvoir adjudicateur peut décider de n'en attribuer que certains. Les autres lots pourront faire l'objet de nouvelles procédures de passation.

La décision motivée de renonciation doit faire l'objet d'une information et être donc communiquée aux opérateurs économiques concernés.

CHAPITRE VIII

Devoir d'information et délai d'attente⁶⁵

Le devoir d'information implique de communiquer les résultats de la procédure d'attribution à chaque soumissionnaire afin de l'informer de sa situation et des motifs qui le justifient.

En pratique, l'information consiste à communiquer le fait que le candidat/soumissionnaire n'est pas retenu. À côté de cette information, figure la motivation de la décision exposée dans le rapport d'analyse des offres. On va voir que l'obligation de transmettre la motivation de la décision est légalement différente selon que la procédure suivie est une négociée sans publication préalable publicitaire ou une autre procédure.

1) En procédure négociée

1.1 Marché dont la dépense à approuver ne dépasse 85.000 €

Dès que la décision motivée d'attribution est prise, il faut informer par écrit tout soumissionnaire non sélectionné de sa non-sélection, tout soumissionnaire dont l'offre a été rejetée ou n'a pas été choisie, du rejet de son offre ou du fait qu'elle n'a pas été choisie, et le soumissionnaire retenu, de la décision relative à son choix.

Légalement, il n'est pas obligatoire d'y joindre directement la motivation ; en opportunité, le pouvoir adjudicateur apprécie s'il souhaite communiquer directement les motifs.

Si les motifs n'ont pas été directement communiqués, le soumissionnaire concerné peut demander par écrit de lui communiquer les informations complémentaires suivantes, dans un délai de trente jours à compter de la date d'envoi de l'information :

1. tout candidat ou soumissionnaire non sélectionné : les motifs de sa non-sélection avec les extraits de la décision motivée ;
2. tout soumissionnaire dont l'offre a été rejetée : les motifs du rejet avec les extraits de la décision motivée ;
3. tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue et l'adjudicataire : la décision motivée.

Il faudra alors communiquer par écrit ces informations complémentaires dans un délai de quinze jours à compter de la date de réception de la demande.

⁶⁵ Délai d'attente entre l'information des soumissionnaires quant aux résultats de la procédure et la notification de l'attribution du marché à l'adjudicataire (dit aussi clause de stand still)

Certains renseignements peuvent ne pas être communiqués lorsque leur divulgation porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des parties concernées ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre entreprises.

Le délai d'attente (« stand still ») ne doit pas être légalement respecté en droit. En opportunité, le pouvoir adjudicateur peut décider d'en appliquer un.

1.2 Marché dont la dépense à approuver dépasse 85.000 €

Il y a lieu de faire application de la procédure habituelle en matière d'information, telle que décrite au point 2 ci-dessous. Pour ces marchés, l'obligation d'information est similaire aux autres procédures

1.3 Marché atteignant les seuils européens

De plus, en cas de marché passé selon une procédure concurrentielle avec négociation ou une procédure négociée sans publication préalable, le pouvoir adjudicateur communique, à la demande de tout soumissionnaire ayant fait une offre régulière, les informations relatives, selon le cas, au déroulement et à l'avancement des négociations avec les soumissionnaires et ce, dans les meilleurs délais et au plus tard quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite du soumissionnaire concerné.

2) Autres procédures

Dès que la décision motivée d'attribution est prise, le pouvoir adjudicateur informe les soumissionnaires et communique :

- 1° à tout soumissionnaire non sélectionné, les motifs de sa non-sélection en joignant les extraits de la décision motivée d'attribution ;
- 2° à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière, les motifs de son éviction avec les extraits de la décision motivée d'attribution ;
- 3° à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie et au soumissionnaire retenu en joignant la décision motivée d'attribution.

Certains renseignements peuvent ne pas être communiqués lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application d'une loi, serait contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'opérateurs économiques publics ou privés ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre ceux-ci.

La communication doit être réalisée immédiatement, et de deux manières différentes :

- soit par télécopieur, par courrier électronique, par les plateformes électroniques ou par les moyens de communications ;
- et par lettre recommandée.

Cette double notification doit avoir lieu le même jour. À défaut, le délai de recours ne prend cours qu'à dater de la deuxième notification. En tout état de cause les délais de recours ne commencent à courir que si la motivation a été communiquée.

La communication doit mentionner l'existence des voies de recours, leurs délais et les instances compétentes à tout le moins par une référence explicite aux articles 14⁶⁶, 15⁶⁷, 23⁶⁸ et 24⁶⁹ de la loi du 17 juin 2013 susvisé.

À défaut de ces mentions, le délai d'introduction du recours en annulation, prend cours quatre mois après la communication de la décision motivée.

En procédure européenne, la communication comporte aussi :

- la mention précise de la durée exacte du délai d'attente (qui est de 15 jours à dater du lendemain du jour où la décision motivée est envoyée aux candidats concernés ou aux soumissionnaires concernés) ;
- la recommandation d'avertir l'autorité adjudicatrice, dans ce même délai, par télécopieur, par courrier électronique, par les plateformes électroniques ou par les moyens de communications électroniques si l'intéressé introduit une demande de suspension ;
- la mention du numéro de télécopieur ou l'adresse électronique à laquelle cet avertissement peut être adressé.

Pour les travaux, le seuil d'application de ces règles est à la moitié du seuil européen (soit, actuellement : 2.774.000 euros HTVA).

La communication précitée ne crée aucun engagement contractuel à l'égard du soumissionnaire retenu et ne vaut pas notification de la décision d'attribution qui crée le lien contractuel. En opportunité, il est utile de le rappeler sur la lettre d'information au contractant pressenti.

Le délai d'attente ne doit pas être obligatoirement respecté pour les marchés où la publicité européenne n'est pas obligatoire ni lorsque le seul soumissionnaire concerné est celui à qui le marché est attribué et en l'absence de candidats concernés. En opportunité, le pouvoir adjudicateur apprécie s'il convient d'en appliquer un.

⁶⁶ Recours en annulation.

⁶⁷ Recours en suspension.

⁶⁸ Délai de recours.

⁶⁹ Instances de recours.

CHAPITRE IX

Conclusion du marché

1) Délai d'engagement – délai de validité des offres

1.1 Principe

Avant de notifier l'attribution du marché, il faudra tenir compte du délai d'engagement des soumissionnaires, c'est-à-dire du délai de validité des offres déposées.

Le délai de validité des offres est de 90 jours prenant cours à compter de la date limite de réception des offres. En opportunité, le CSC peut fixer un autre délai.⁷⁰

En procédure négociée, le délai de validité des offres est, soit imposé par le CSC, soit fixé par les soumissionnaires dans leur offre.

Avant l'expiration de ce délai, le pouvoir adjudicateur peut demander aux soumissionnaires une prolongation volontaire de ce délai.

1.2 Dépassement du délai d'engagement ⁷¹

En cas d'un dépassement éventuel du délai de validité, il faut interroger le soumissionnaire retenu pour l'attribution du marché sur le maintien de son offre :

- si le soumissionnaire concerné maintient son offre et ce sans réserve, il faut procéder à l'attribution et la conclusion du marché ;
- si le soumissionnaire concerné maintient son offre, mais avec les conditions nouvelles, que ces conditions sont justifiées au vu d'éléments postérieurs à la date de validité de son offre et que le classement reste identique, il faut procéder à l'attribution et la conclusion du marché.

Si le soumissionnaire concerné ne veut pas maintenir son offre et /ou que les conditions de maintien de l'offre sont injustifiées et/ou que le classement des offres change, le PA a le choix entre les deux possibilités suivantes :

- soit demander successivement aux autres soumissionnaires réguliers suivant l'ordre de classement ;
- soit demander à tous les autres soumissionnaires réguliers, de revoir le prix de leur offre sur la base des conditions initiales du marché, d'attribuer et de conclure le marché en fonction du résultat de cette demande, compte tenu également du supplément de prix, justifié ou non, demandé par le soumissionnaire concerné.

⁷⁰ Article 58 de l'AR passation du 18 avril 2017.

⁷¹ Article 89 de l'AR passation du 18 avril 2017.

Pour éviter ce processus, il y a lieu d'anticiper tout dépassement du délai de validité des offres. En effet, avant l'expiration du délai d'engagement, le PA peut demander aux soumissionnaires une prolongation volontaire du délai de validité de leur offre.

En procédure négociée, les conséquences d'un dépassement éventuel du délai de validité des offres sont à régler dans le cadre des négociations.

2) Notification du marché à l'adjudicataire

2.1 En procédure ouverte ou restreinte

Le marché est conclu lorsque l'approbation de son offre est notifiée au soumissionnaire choisi ; cette notification ne peut être affectée d'aucune réserve.

Cette notification est effectuée par les plateformes électroniques, par courrier électronique ou par fax et, le même jour, par envoi recommandé.

En procédure européenne, la notification ne peut intervenir qu'à l'issue du délai d'attente (15 jours) et si la décision motivée d'attribution n'a pas fait l'objet d'un recours.

En procédure belge, la notification peut intervenir au moment de l'information, mais il faut se poser la question de l'opportunité d'attendre quelques jours pour les marchés importants.

Enfin, la notification doit intervenir courant le délai d'engagement, éventuellement prolongé.

2.2 En procédure négociée sans publication préalable

Le marché est conclu soit par la correspondance, selon les usages du commerce, soit par la notification au soumissionnaire retenu de l'approbation de son offre telle qu'éventuellement modifiée après négociation, mais aussi éventuellement par la signature d'un contrat entre les parties.

Le marché est conclu sur simple facture acceptée lorsque le montant à approuver ne dépasse pas 30.000 €.

CHAPITRE X

Possibilités de recours quant à l'attribution du marché ⁷²

Les ASBL PO ne sont pas des autorités administratives ; le Conseil d'Etat n'est donc pas compétent pour examiner les éventuels recours en matière d'attribution de marchés publics. Les litiges doivent donc être portés devant le Tribunal de lère Instance.

En cas de situation contentieuse, nous vous invitons à prendre contact avec le service juridique du SeGEC qui pourra vous donner un 1^{er} avis et vous diriger, le cas échéant, vers un avocat spécialisé.

Les différents recours possibles contre une décision motivée d'attribution sont les suivants :

1) Recours en annulation

Ce recours suppose une violation de la législation marchés publics ou des documents de marché et doit être introduit dans un délai de **60 jours** à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'attribution du marché.

2) Recours en suspension

Ce recours suppose une violation de la législation marchés publics ou des documents de marché et doit être introduite selon une procédure en référé dans un délai de **15 jours** à dater de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'attribution du marché. En pratique, le délai de recours prend généralement cours en suite de la double notification précitée (cf. chap. VIII).

Les recours en annulation et en suspension sont généralement couplés, l'un relevant de l'urgence (référé) et l'autre portant sur le fond. Si seul un recours en suspension est introduit, sans qu'une demande en annulation ne soit formulée dans le délai de 60 jours, alors la demande en suspension est irrecevable.

3) Action en dommages et intérêts

Ce recours suppose une violation de la législation marchés publics ou des documents de marché et doit être introduite dans un délai de **5 ans** à dater de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'attribution du marché.

⁷² Loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics.

En procédure ouverte ou restreinte, lorsque l'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée sur la seule base du prix, le marché doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse. Si le marché n'est pas attribué à l'offre régulière la plus basse, le PA risque de devoir payer une indemnité forfaitaire fixée à dix pour cent du montant, hors taxe sur la valeur ajoutée, de cette offre. Cette indemnité forfaitaire est éventuellement complétée d'une indemnité en vue de la réparation de l'intégralité du dommage, lorsque celui-ci résulte d'un acte de corruption.

La législation ne prévoit pas un pareil système d'indemnisation forfaitaire lorsque l'offre économiquement la plus avantageuse est déterminée en fonction du meilleur rapport qualité/prix mais on peut supposer qu'une indemnisation à concurrence de 10 % du montant de l'offre soit reprise par la jurisprudence ; des indemnisations plus hautes ou plus basses n'étant toutefois pas exclues.

4) Déclaration d'absence d'effets

Ce recours suppose l'attribution d'un marché sans publication d'un avis de marché européen alors que requis et/ou sans respecter le délai d'attente alors qu'il s'imposait (cf. chap. VIII).

Le juge judiciaire peut prononcer soit l'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles, soit l'annulation des obligations qui doivent encore être exécutées.

Le recours doit être introduit dans un délai :

- **30 jours à compter de la conclusion du marché** si publication d'un avis d'attribution du marché ou si informations des soumissionnaires en communiquant la décision motivée les concernant ;
- **6 mois à compter de la conclusion du marché** s'il n'y a pas eu de publication d'un avis d'attribution de marché.

5) Sanctions de substitution

Ces sanctions constituent, soit en une réduction de la durée du marché, soit en une pénalité financière de 10 % du montant du marché attribué qui est à verser au Trésor Public. Le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation (gravité de la violation, comportement de l'autorité adjudicatrice, ...) par exemple : lorsque l'autorité adjudicatrice a conclu le marché sans respecter le délai d'attente ou sans attendre que l'instance de recours statue sur la demande de suspension.

Le recours doit être introduit dans un délai de **6 mois**.

CHAPITRE XI

Exécution d'un marché public

Les règles régissant l'exécution d'un marché public sont contenues dans l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et le cahier spécial des charges spécifique propre au marché concerné.

L'exécution d'un marché est indépendante de tout autre marché conclu par un même pouvoir adjudicateur avec un même adjudicataire. Dès lors, les difficultés relatives à un marché n'autorisent en aucun cas l'adjudicataire à modifier ou à retarder l'exécution d'un autre marché. De même, le pouvoir adjudicateur ne peut se prévaloir de telles difficultés pour suspendre les paiements dus sur un autre marché.

Par ailleurs, lorsque le marché comporte des lots, chaque lot est considéré, en vue de l'exécution, comme un marché distinct, sauf disposition contraire dans les documents du marché.

L'exécution d'un marché commence suite à la notification de l'attribution du marché à l'adjudicataire.

Dans le cadre d'un marché public, les travaux doivent être exécutés par l'adjudicataire conformément :

- aux dispositions légales en vigueur
- aux dispositions du cahier spécial des charges régissant le marché en question
- aux règles de l'art
- aux dispositions de l'offre de l'adjudicataire

1) Champ d'application de l'AR exécution et dérogations

1.1 Application de règles générales d'exécution

Ces règles trouvent à s'appliquer d'office dans le cadre de l'exécution de tout marché dont le montant estimé atteint 30.000 €.

1.2 Dérogations

1.2.1 Principes

Sous réserve des dispositions auxquelles il ne peut être dérogé, une dérogation aux règles générales d'exécution prévue par le CSC ne pourra être applicable que si la règle dérogatoire est rendue indispensable par les exigences particulières du marché.

Par ailleurs, le cas échéant, la dérogation doit faire l'objet d'une motivation formelle dans le cahier spécial des charges. A défaut, la dérogation est réputée non écrite sauf en cas de convention signée par les parties.

De plus, la liste des dérogations doit figurer de manière explicite au début du CSC.

A défaut de remplir ces conditions cumulatives, l'application de la dérogation sera contestable par l'adjudicataire qui pourra solliciter le régime général.

1.2.2 Dérogation au délai de vérification et/ou de paiement des factures

En principe, les dérogations qui allongent les délais de paiement ou de vérifications des factures sont interdites, toute disposition contraire étant réputée non écrite.

Cependant, un délai de paiement plus long peut être prévu pour autant que l'allongement⁷³ :

- soit stipulé expressément par le CSC ;
- se justifie objectivement par la nature/les caractéristiques particulières du marché
- fait l'objet d'une motivation formelle dans le CSC à peine de nullité ;
- n'excède-en aucun cas 60 jours.

De même, un délai de vérification plus long peut être prévu autant que l'allongement⁷⁴ :

- soit stipulé expressément par le CSC ;
- se justifie objectivement par la nature particulière/les caractéristiques du marché
- soit motivé formellement dans le cahier spécial des charges à peine de nullité ;
- ne constitue pas, à l'égard de l'adjudicataire, un abus manifeste

Ainsi donc toute dérogation abusive sera réputée non-écrite. Le caractère abusif de la dérogation se vérifiera au regard notamment des bonnes pratiques et usages commerciaux, de la nature des travaux, fournitures ou services et des motifs objectifs invoqués.

2) Garanties

2.1 Assurances

L'adjudicataire doit contracter les assurances couvrant sa responsabilité en matière d'accidents de travail, sa responsabilité civile vis-à-vis des tiers lors de l'exécution du marché ainsi que toute autre assurance imposée par le CSC.

Dans un délai de 30 jours à compter de la conclusion du marché, l'adjudicataire doit produire une attestation établissant l'étendue de la responsabilité garantie telle que requise par le CSC.

À tout moment durant l'exécution du marché, le PA peut demander à l'adjudicataire de produire, dans un délai de 15 jours, cette attestation.

⁷³ Conditions cumulative

⁷⁴ Idem

2.2 Cautionnement

2.2.1 Constitution du cautionnement

Pour rappel, sauf disposition contraire dans les documents du marché, un cautionnement ne doit pas être constitué :

- pour les marchés de fournitures et de services dont le délai d'exécution ne dépasse pas 45 jours ;
- pour certains types de marchés de services ;
- pour les marchés dont le montant est inférieur à 50.000 €.

Le montant du cautionnement est fixé à 5% du montant initial du marché. Le cautionnement peut être constitué selon l'une des modalités suivantes :

- en numéraire ;
- en fonds publics ;
- sous forme de cautionnement collectif ;
- sous forme de garantie accordée par un établissement de crédit /par une entreprise d'assurances.

L'adjudicataire doit constituer le cautionnement et produire la preuve dans les 30 jours suivant le jour de la conclusion du marché, sauf si le CSC prévoit un délai plus long. Ce délai est suspendu pendant la période de fermeture de l'entreprise adjudicataire (vacances annuelles payées et les jours de repos compensatoires)⁷⁵.

Lorsque l'adjudicataire ne constitue pas le cautionnement dans le délai prévu, le PA doit mettre en demeure l'adjudicataire par envoi recommandé, ce qui vaut PV de carence pour manquement à l'obligation de constituer le cautionnement.

Lorsque l'adjudicataire ne constitue pas le cautionnement dans un dernier délai de 15 jours prenant cours à la date d'envoi de l'envoi recommandé, le pouvoir adjudicateur peut alors :

- soit constituer le cautionnement d'office par prélèvement sur les sommes dues pour le marché considéré⁷⁶.
- soit appliquer une mesure d'office prévue en cas de défaut d'exécution.

Lorsque le cautionnement n'est pas intégralement constitué et que l'adjudicataire reste en défaut de combler le déficit, le pouvoir adjudicateur peut opérer une retenue égale au montant de celui-ci sur les paiements à faire et l'affecter à la reconstitution du cautionnement.

Lorsque, pour quelque cause que ce soit, le cautionnement devient inadapté, notamment à la suite de prélèvements d'office ou de modifications augmentant ou diminuant de plus de 20 % le montant initial du marché, le cautionnement est reconstitué/adapté soit directement par l'adjudicataire ou à défaut par prélèvement du pouvoir adjudicateur à partir des paiements à effectuer.

⁷⁵ Ces périodes doivent être mentionnées et prouvées dans l'offre ou être immédiatement communiquées au PA dès qu'elles sont connues, si le CSC l'exigent.

⁷⁶ Dans ce cas, il faut appliquer une pénalité fixée à 2% du montant initial du marché.

2.2.2 Droits du pouvoir adjudicateur sur le cautionnement :

Le cas échéant, notamment en cas de défaut d'exécution de l'adjudicataire, le pouvoir adjudicateur peut prélever d'office sur le cautionnement les sommes qui lui reviennent sous réserve de l'établissement d'un PV de carence.

Lorsque le PA fait appel au cautionnement, l'organisme auprès duquel le cautionnement a été constitué ne peut exiger d'obtenir préalablement l'accord de l'adjudicataire et doit libérer le cautionnement dès que les conditions cumulatives suivantes sont réunies :

- un cautionnement effectivement constitué auprès de l'organisme concerné pour le marché concerné ;
- une demande de libération du cautionnement a été reçue ;
- le délai de réponse de 15 jours suite au PV de carence est dépassé (voir le point 6 relatif aux défauts d'exécution).

2.2.3 Libération du cautionnement :

La demande de l'adjudicataire de procéder à la réception vaut demande de libération :

- de la moitié du cautionnement lors de la réception provisoire
- de la seconde moitié du cautionnement lors de la réception définitive ou de la totalité du cautionnement si une réception provisoire n'est pas prévue

Dans la mesure où le cautionnement est libérable, le pouvoir adjudicateur donne mainlevée à l'organisme concerné dans les 15 jours suivant le jour de la demande. Au-delà de ce délai, l'adjudicataire a droit au paiement soit d'un intérêt soit des frais exposés pour le maintien du cautionnement.

3) Direction et contrôle du marché

La direction et le contrôle de l'exécution du marché est confié à un fonctionnaire dirigeant qui doit être désigné par écrit par le PA au plus tard au moment de la conclusion du marché :

- s'il s'agit d'une personne interne au PA, toute limite éventuelle à ses pouvoirs est notifiée à l'adjudicataire,
- s'il s'agit d'une personne externe au PA, la teneur du mandat éventuel de cette personne est notifiée à l'adjudicataire,

Le fonctionnaire dirigeant désigne, donc en fait, toute personne interne ou externe chargée par le pouvoir adjudicateur de s'assurer de la bonne exécution du marché au quotidien comme par exemple :

- vérifier les produits livrés
- constater les manquements
-

La désignation de ce mandataire et les limites ou l'étendue de son mandat peuvent déjà figurer dans le CSC.

Par ailleurs, le fonctionnaire dirigeant peut-être remplacé en cours d'exécution du marché, le pouvoir adjudicateur devant alors le notifier par écrit à l'adjudicataire.

4) La responsabilité de l'adjudicataire

4.1 Principe

Les travaux, fournitures et services doivent être conformes en tous points aux documents du marché. Même en l'absence de spécifications techniques mentionnées dans les documents du marché, l'adjudicataire doit assurer une exécution conforme aux règles de l'art.

4.2 En matière de travaux

L'entrepreneur est responsable de la totalité des travaux exécutés par lui-même ou par ses sous-traitants jusqu'à la réception définitive des travaux.

Toutefois, après la réception provisoire, l'entrepreneur ne répond plus des dommages dont les causes ne lui sont pas imputables.

A partir de la réception provisoire, l'entrepreneur répond de la solidité de l'ouvrage et de la bonne exécution des travaux conformément aux articles 1792 et 2270 du Code civil. Ces dispositions légales constituent le fondement de la garantie décennale.

La garantie décennale permet de mettre en cause la responsabilité de l'entrepreneur en cas de vice grave affectant la stabilité ou la solidité d'un gros ouvrage. Cette garantie existe également à l'encontre de l'architecte.

Sont notamment considérés comme « gros ouvrages », les travaux portant sur les murs, la charpente et la toiture des bâtiments.

Il importe peu que le vice grave soit caché ou apparent mais il doit affecter la stabilité ou la solidité partielle ou totale du bâtiment, ou être de nature à l'affecter. L'humidité, les infiltrations et la condensation peuvent être considérées comme des vices engageant la responsabilité décennale de l'entreprise, parce qu'elles affectent progressivement l'immeuble, le détériorent, et mettent, *in fine*, sa stabilité en danger.

Par contre, un vice qui ne menace pas sa stabilité n'engage pas la responsabilité décennale.

Pour mettre en cause de la responsabilité de l'entrepreneur, le Pouvoir adjudicateur devra prouver qu'il subit un dommage et que son dommage a bien été causé par la faute de son entrepreneur.

Pour la garantie décennale, le délai de prescription de l'action est de 10 ans à dater de la réception provisoire des travaux. Le délai de 10 ans est considéré comme un délai préfixe. Il ne peut donc être ni suspendu ni interrompu sauf en cas de citation devant le

juge ou de reconnaissance expresse de sa responsabilité par l'entrepreneur ou l'architecte.

Pendant le délai de garantie, l'entrepreneur doit effectuer tous les travaux et les réparations nécessaires pour remettre et maintenir en bon état de fonctionnement les travaux exécutés.

4.3 En matière de services

Le prestataire de services assume l'entière responsabilité des erreurs ou manquements dans les services réalisés, notamment dans les études, les calculs, les plans ou tous autres documents produits par lui en exécution du marché.

Dans les marchés d'architecture et d'ingénierie, la responsabilité visée aux articles 1792 et 2270 du Code civil prend cours à partir de la réception provisoire de l'ensemble des travaux sur lesquels portent les services d'étude du prestataire.

Les services qui ne satisfont pas aux clauses et conditions du marché ou qui ne sont pas exécutés conformément aux règles de l'art sont recommencés par le prestataire. A défaut, le pouvoir adjudicataire peut appliquer les mesures d'office sans préjudice de l'application d'amendes et de pénalités pour inexécution des clauses et conditions du marché.

4.4. En matière de fourniture :

Le fournisseur est responsable de ses fournitures jusqu'au moment où les formalités de vérification et de notification sont effectuées, sauf si les pertes ou avaries survenant dans les dépôts du destinataire sont dues :

- à des faits imputables au pouvoir adjudicateur
- à des circonstances imprévisibles
-

5) La sous-traitance

5.1 Principes

Lorsque l'adjudicataire confie tout ou partie de ses obligations d'exécution à des sous-traitants, cela ne le dégage pas de sa responsabilité envers le PA qui n'a aucun lien contractuel avec ces sous-traitants.

Ne sont pas considérés comme des sous-traitants :

- 1° les parties à un groupement d'opérateurs économiques sans personnalité juridique, en ce compris les sociétés momentanées ;
- 2° les fournisseurs de biens, sans travaux accessoires de placement ou d'installation ;
- 3° les organismes ou les institutions qui effectuent le contrôle ou la certification;
- 4° les agences de travail intérimaires au sens de la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs.

5.2 Désignation de sous-traitant

Lorsque l'adjudicataire a proposé certains sous-traitants dans son offre, il ne peut dans le cadre de l'exécution, recourir qu'aux seuls sous-traitants proposés sauf si le PA l'autorise à recourir à un autre sous-traitant et ce sous réserve du remplacement demandé par le PA lorsqu'un sous-traitant se trouve en situation d'exclusion.

L'adjudicataire est obligé de confier l'exécution à un ou plusieurs sous-traitant(s) prédéterminé(s) lorsque :

- pour justifier de sa capacité, il recourt à la capacité de ces sous-traitants ;
- le PA impose le recours à certains sous-traitants.⁷⁷

Dans ces cas, le recours à d'autres sous-traitants est alors soumis à l'autorisation préalable du pouvoir adjudicateur.

Lorsqu'il s'agit d'un marché dans un secteur sensible à la fraude⁷⁸, l'adjudicataire doit transmettre au pouvoir adjudicateur, au plus tard au début de l'exécution du marché⁷⁹ le nom, les coordonnées et les représentants légaux de tous les sous-traitants intervenant dans l'exécution du marché, peu importe leur participation ou leur place dans la chaîne de sous-traitance.

Pendant toute la durée du marché, l'adjudicataire doit informer, sans délai, le pouvoir adjudicateur de tout changement relatif à ces informations ainsi que de celles requises pour tout nouveau sous-traitant qui participera ultérieurement à l'exécution du marché.

5.3 Capacité du sous-traitant

Le pouvoir adjudicateur peut vérifier s'il existe, dans le chef de tout sous-traitant direct de l'adjudicataire, des motifs d'exclusion.

Lorsqu'il s'agit d'un marché dans un secteur sensible à la fraude dont la valeur estimée atteint le seuil de publicité européenne, le pouvoir adjudicateur est tenu, dès que les données lui ont été fournies, de procéder sans délai à la vérification susvisée.

Par ailleurs, le pouvoir adjudicateur peut également vérifier s'il existe, plus loin dans la chaîne de sous-traitance, des motifs d'exclusion.

Lorsque cette vérification démontre l'existence d'un motif d'exclusion obligatoire dans le chef d'un sous-traitant, le pouvoir adjudicateur doit exiger que l'adjudicataire prenne les mesures nécessaires pour le remplacement du sous-traitant concerné.

Lorsqu'il s'agit d'un motif d'exclusion facultatif, le pouvoir adjudicateur peut également exiger le remplacement et l'adjudicataire est alors soumis aux mêmes obligations.

Le PA qui constate l'existence d'un motif d'exclusion et qui demande le remplacement du sous-traitant doit appliquer les modalités pratiques prévues en cas de défaut d'exécution et donc établir un procès-verbal de manquement et le notifier à

⁷⁷ Le pouvoir adjudicateur est uniquement responsable de la capacité financière et économique et de la capacité technique et professionnelle de ce(s) sous-traitant(s)

⁷⁸ Voir définition Chapitre 1 de la partie passation du présent document

⁷⁹ Dans la mesure où ces informations sont connues à ce stade

l'adjudicataire qui dispose alors d'un délai de 15 jours suivant la date d'envoi, pour démontrer que le sous-traitant visé a été remplacé.

Pendant le délai de 15 jours susvisé, l'adjudicataire peut également fournir la preuve :

- de la régularisation des dettes sociales et/ou fiscales⁸⁰ du sous-traitant concerné
- ou que le sous-traitant concerné a pris les mesures correctrices suffisantes à démontrer sa fiabilité

Sans préjudice de la possibilité d'appliquer des mesures d'office, tout manquement à l'obligation de remplacement donne lieu à l'application d'une pénalité journalière d'un montant de 0,2 % du montant initial du marché. Cette pénalité est appliquée à compter du 15^{ème} jour suivant la date de l'envoi recommandé⁸¹. Cette pénalité court jusqu'au jour où la défaillance est réparée. La pénalité ne peut cependant jamais dépasser le montant suivant :

- 5.000 € par jour lorsque le montant initial du marché est inférieur à 10.000.000 € ;
- 10.000 € par jour lorsque le montant initial du marché est d'au moins 10.000.000 €

5.4 Chaîne de sous-traitance

Il est interdit à un sous-traitant de sous-traiter à un autre sous-traitant la totalité du marché qui lui a été confié. Il est également interdit pour un sous-traitant de conserver uniquement la coordination du marché.

La chaîne de sous-traitance est limitée comme suite :

- lorsqu'il s'agit d'un marché de travaux groupé selon sa nature dans une catégorie⁸², la chaîne de sous-traitance ne peut comporter plus de 3 niveaux : le sous-traitant direct de l'adjudicataire, le sous-traitant de deuxième niveau et le sous-traitant de troisième niveau ;
- lorsqu'il s'agit d'un marché de travaux groupé selon sa nature dans une sous-catégorie, la chaîne de sous-traitance ne peut comporter plus de 2 niveaux : le sous-traitant direct de l'adjudicataire et le sous-traitant de deuxième niveau ;
- lorsqu'il s'agit d'un marché de services dans un secteur sensible à la fraude⁸³, la chaîne de sous-traitance ne peut comporter plus de 2 niveaux : le sous-traitant direct de l'adjudicataire et le sous-traitant de deuxième niveau.

Sans préjudice de la responsabilité de l'adjudicataire à l'égard du pouvoir adjudicateur, le PA peut exiger que les sous-traitants, où qu'ils interviennent dans la chaîne de sous-traitance et proportionnellement à la partie du marché qu'ils exécutent, satisfassent aux exigences minimales en matière de capacité technique et professionnelle imposées par les documents du marché.

⁸⁰ En cours d'exécution, il n'est possible d'y recourir qu'à une seule reprise

⁸¹ Ou de l'envoi électronique qui assure de manière équivalente la date exacte de l'envoi : attention cela ne vise pas l'e-mail

⁸² La législation relative à l'agrégation et plus particulièrement l'arrêté ministériel du 27 septembre 1991 classe les travaux selon leur nature en catégories et sous-catégories

⁸³ Aucune limite n'est prévue par la législation en ce qui concerne les autres services et les fournitures

Il est interdit à l'adjudicataire de confier tout ou partie du marché à un sous-traitant :

- qui se trouve dans un des cas qui autorise la résiliation du marché ;
- exclu en application des dispositions de la législation organisant l'agrégation des travaux ;
- qui se trouve dans un des cas d'exclusion

Il est en outre également interdit à l'adjudicataire de faire participer les personnes concernées à la conduite ou à la surveillance de tout ou partie du marché.

Toute violation de ces interdictions peut donner lieu à l'application de mesures d'office prévues en cas de défaut d'exécution.

6) Les modifications au marché

Un marché ne peut être modifié sans nouvelle procédure de passation de marché que lorsque la modification, quelle que soit sa valeur, a été prévue dans le cahier spécial des charges sous la forme d'une clause de réexamen.

Toute clause de réexamen doit être claire, précise et univoque et mentionner le champ d'application et la nature des modifications possibles ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage.

La notion de modification vise toute adaptation des conditions contractuelles du marché.

L'AR exécution contient une série de clauses de réexamen reprises ci-dessous dont certaines sont totalement facultative, certaines s'appliquent d'office et d'autres ne s'appliquent qu'à défaut de clauses particulière prévues par le CSC.

Toute modification ne peut évidemment se faire que dans les cas prévus par ces clauses de réexamen, à défaut le pouvoir adjudicataire doit envisager une nouvelle procédure d'attribution de marché.

Attention toutefois, ces clauses ne peuvent permettre une modification qui aurait pour effet de changer la nature globale du marché. Par ailleurs, ces clauses de modification ne peuvent pas être utilisées pour contourner la réglementation relative aux marchés publics.

L'adjudicataire ne peut se prévaloir des discussions en cours concernant l'application d'une clause de réexamen pour ralentir le rythme d'exécution, interrompre ou ne pas reprendre l'exécution du marché.

6.1 Travaux, fournitures ou services complémentaires

Il est possible de commander des travaux, fournitures ou services complémentaires devenus nécessaires et ne figurant pas dans le marché initial, lorsque le changement de

contractant est impossible pour des raisons économiques ou techniques⁸⁴, et présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour le pouvoir adjudicateur.

Cependant, l'augmentation résultant de cette modification ne peut pas être supérieure à 50% de la valeur du marché initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique à la valeur de chaque modification.

6.2 Evènements imprévisibles dans le chef du pouvoir adjudicateur

Il est possible d'apporter une modification au marché, lorsque cette modification est rendue nécessaire suite à des circonstances imprévisibles pour un PA diligent pour autant que :

- cela ne change pas la nature globale du marché
- et l'augmentation de prix en résultant ne dépasse 50%⁸⁵ de la valeur du marché initial.

6.3 Remplacement de l'adjudicataire

Un nouvel adjudicataire peut remplacer celui auquel le marché a été initialement attribué dans les 2 cas suivants :

- en application d'une clause de réexamen prévue au cahier spécial de charges qui autorise le remplacement et donc la cession du marché en faveur d'un nouvel adjudicataire et qui en précise les modalités d'application
- à la suite d'une succession universelle ou partielle de l'adjudicataire initial, à la suite d'opérations de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité, assurée par un autre opérateur économique qui remplit les critères de sélection établis initialement

Le remplacement de l'adjudicataire ne peut avoir lieu qu'à condition que cela n'entraîne pas d'autres modifications substantielles du marché et ne vise pas à contourner les dispositions en matière de marchés publics

6.4 La règle "de minimis"

Un marché peut faire l'objet de modifications, lorsque la valeur de la modification est inférieure aux deux valeurs suivantes :

- le seuil fixé pour la publicité européenne ;
- 10% de la valeur du marché initial pour les marchés de services et de fournitures et 15% de la valeur du marché initial pour les marchés de travaux.

Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, la limite est déterminée sur la base de la valeur cumulée des modifications successives.

⁸⁴ Interchangeabilité ou interopérabilité des services complémentaires avec les équipements, services ou installations existants commandés dans le cadre du marché initial

⁸⁵ Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique à la valeur de chaque modification

6.5 Modifications non substantielles

Le marché peut faire l'objet de modifications, lorsque, quelle qu'en soit la valeur, la modification est non substantielle.

Une modification est substantielle lorsqu'elle rend le marché sensiblement différent par nature de celui conclu au départ. Est à considérer comme substantielle la modification qui :

- introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission d'autres candidats que ceux retenus initialement ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement acceptée ou auraient attiré davantage de participants à la procédure de passation du marché ;
- modifie l'équilibre économique du marché en faveur de l'adjudicataire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial ;
- élargit considérablement le champ d'application du marché ;
- a pour effet qu'un nouvel adjudicataire remplace celui auquel le pouvoir adjudicateur a initialement attribué le marché dans d'autres cas que ceux prévus par une clause de réexamen susvisé au point 6.3.

6.6 Révision des prix

Le CSC doit prévoir une clause de révision de prix pour les marchés de travaux ou de service dans un secteur sensible à la fraude mais cela est facultatif pour les marchés de fournitures et autres services.

Il faut mentionner dans le CSC une clause de réexamen fixant les modalités de la révision des prix en fonction de l'évolution des prix des principaux composants :

- les salaires horaires du personnel et les charges sociales ;
- en fonction de la nature du marché, un ou plusieurs éléments pertinents tels que les prix de matériaux, des matières premières, les taux de change.

La révision des prix est basée sur des paramètres objectifs et contrôlables et utilise des coefficients de pondération appropriés ; elle reflète ainsi la structure réelle des coûts.

La révision des prix peut comporter un facteur fixe, non révisable, que le pouvoir adjudicateur détermine en fonction des spécificités du marché.

Pour rappel, une révision des prix n'est pas obligatoire pour les marchés d'un montant estimé inférieur à 120.000 € et que le délai d'exécution initial est inférieur à 120 jours ouvrables ou 180 jours de calendrier.

6.7 Impositions ayant une incidence sur le montant du marché

Le CSC peut prévoir une clause de réexamen fixant les modalités de révision des prix qui résulte d'une modification des impôts à payer en Belgique ayant une incidence sur le montant du marché comme par exemple cela a été le cas avec l'instauration de la taxe kilométrique qui a impacté les coûts de certaines livraisons.

Une telle révision des prix n'est possible qu'à la double condition suivante :

- la modification est entrée en vigueur après le dixième jour précédant la date ultime fixée pour la réception des offres ;
- et soit directement, soit indirectement par l'intermédiaire d'un indice, ces impositions ne sont pas incorporées dans la formule de révision prévue dans les documents du marché

En cas de hausse des impositions, l'adjudicataire doit établir qu'il a effectivement supporté les charges supplémentaires qu'il a réclamées et que celles-ci concernent des prestations inhérentes à l'exécution du marché.

En cas de baisse, il n'y a pas de révision si l'adjudicataire prouve qu'il a payé les impositions à l'ancien taux.

A défaut de clause de réexamen, les règles de principe prévues par l'AR exécution sont réputées être applicables de plein droit.

6.8 Circonstances imprévisibles dans le chef de l'adjudicataire

Le CSC peut prévoir une clause de réexamen fixant les modalités de la révision du marché lorsque l'équilibre contractuel du marché a été bouleversé au détriment de l'adjudicataire par des circonstances quelconques auxquelles le PA est resté étranger.

Les circonstances imprévisibles sont par exemple des intempéries exceptionnelles, des actes de vandalisme sur chantier, la défaillance d'un sous-traitant, les difficultés d'ordre géologique ou technique qui rendent l'exécution plus onéreuse, les aléas socio-économiques tels que les augmentations exceptionnelles du prix de certains matériaux.

L'adjudicataire ne peut invoquer l'application de cette clause de réexamen que s'il démontre que la révision est devenue nécessaire à la suite des circonstances qu'il ne pouvait raisonnablement prévoir lors du dépôt de son offre, qu'il ne pouvait éviter et aux conséquences desquelles il ne pouvait obvier, bien qu'il ait fait toutes les diligences nécessaires.

L'adjudicataire ne peut invoquer la défaillance d'un sous-traitant que pour autant que ce dernier puisse se prévaloir des circonstances que l'adjudicataire aurait pu lui-même invoquer s'il avait été placé dans une situation analogue.

La révision peut consister soit en une prolongation des délais d'exécution, soit, lorsqu'il s'agit d'un préjudice très important, en une autre forme de révision ou en la résiliation du marché.

L'étendue du préjudice subi par l'adjudicataire est appréciée uniquement sur la base des éléments propres au marché en question.

Ce préjudice doit s'élever :

- au moins à 15% du montant initial du marché, pour les marchés de fournitures et autres services

- au moins à 2,5 % du montant initial du marché, pour les marchés de travaux et les marchés de services dans un secteur sensible à la fraude.

Si le marché est passé sur la base du seul prix, sur la base du coût ou sur la base du meilleur rapport qualité-prix lorsque le poids du critère relatif aux prix représente au moins 50% du poids total des critères d'attribution, le seuil du préjudice très important est en toute hypothèse atteint à partir des montants suivants :

- 175.000 € pour les marchés dont le montant initial du marché est supérieur à 7.500.000 € et inférieur ou égal à 15.000.000 €
- 225.000 € pour les marchés dont le montant initial du marché est supérieur à 15.000.000€ et inférieur ou égal à 30.000.000 €
- 300.000 € pour les marchés dont le montant initial du marché est supérieur à 30.000.000 €

A défaut de clause de réexamen, les règles de principe fixées par l'AR sont réputées être applicables de plein droit.

Le CSC peut également prévoir une clause de réexamen, fixant les modalités de la révision du marché lorsque l'équilibre contractuel du marché a été bouleversé en faveur de l'adjudicataire en raison de circonstances quelconques auxquelles le pouvoir adjudicateur est resté étranger.

La révision peut consister :

- soit en une réduction des délais d'exécution,
- soit, lorsqu'il s'agit d'un avantage très important, en une autre forme de révision des dispositions du marché
- ou en la résiliation du marché

L'étendue de l'avantage dont a bénéficié l'adjudicataire est appréciée uniquement sur la base des éléments propres au marché en question de la même manière que supra.

6.9 Faits du pouvoir adjudicateur et de l'adjudicataire

Le CSC peut prévoir une clause de réexamen, fixant les modalités de la révision des conditions du marché lorsque l'adjudicataire ou le pouvoir adjudicateur a subi un retard ou un préjudice suite aux carences, lenteurs ou faits quelconques qui peuvent être imputés à l'autre partie.

La révision peut consister en une ou plusieurs des mesures suivantes :

- la révision des dispositions contractuelles, y compris la prolongation ou la réduction des délais d'exécution
- des dommages et intérêts ;
- la résiliation du marché.

A défaut de clause de réexamen, les règles de principe sont réputées être applicables de plein droit.

6.10. Indemnités suite aux suspensions ordonnées par le pouvoir adjudicateur et incidents durant la procédure

Le CSC peut prévoir une clause de réexamen, précisant le droit aux dommages et intérêts de l'adjudicataire pour les suspensions ordonnées par le pouvoir adjudicateur dans les conditions cumulatives suivantes :

- la suspension dépasse au total 1/20ème du délai d'exécution et au moins 10 jours ouvrables ou 15 jours de calendrier ;
- la suspension n'est pas due à des conditions météorologiques défavorables ;
- la suspension a lieu endéans le délai d'exécution du marché.

A défaut de clause de réexamen, les règles de principe sont réputées être applicables de plein droit.

Le pouvoir adjudicateur peut prévoir une clause de réexamen, dans laquelle il se réserve le droit de suspendre l'exécution du marché pendant une période donnée, notamment parce qu'il estime que le marché ne peut pas être exécuté sans inconvénient à ce moment-là. Le cas échéant, le délai d'exécution est prolongé à concurrence du retard occasionné par cette suspension, pour autant que le délai contractuel ne soit pas expiré. Lorsque ce délai est expiré, une remise d'amendes pour retard d'exécution peut être consentie.

Lorsque les prestations sont suspendues sur la base d'une clause de réexamen, l'adjudicataire est tenu de prendre, à ses frais, toutes les précautions nécessaires pour préserver les prestations déjà exécutées et les matériaux des dégradations pouvant provenir de conditions météorologiques défavorables, de vol ou d'autres actes de malveillance.

6.11 Conditions d'introduction de la demande de réexamen

Le pouvoir adjudicateur ou l'adjudicataire qui veut invoquer une clause de réexamen doit dénoncer les faits ou les circonstances sur lesquels il se base, par écrit dans les 30 jours de leur survenance ou de la date à laquelle il aurait normalement dû en avoir connaissance.

L'adjudicataire ne peut invoquer les circonstances imprévisibles, le bouleversement de l'équilibre contractuel ou un fait imputable au pouvoir adjudicateur que s'il fait connaître de manière succincte au pouvoir adjudicateur l'influence de ces faits ou circonstances sur le déroulement et le coût du marché. A peine de déchéance, cette information doit être notifiée au pouvoir adjudicateur dans le même délai que celui de la dénonciation supra.

Ces obligations s'imposent, que les faits ou circonstances soient ou non connus du pouvoir adjudicateur.

La demande de l'adjudicataire, relative à une des clauses de réexamen, n'est pas recevable si cette demande est basée sur des faits ou circonstances dont le pouvoir adjudicateur n'a pas été saisi en temps utile et dont il n'a pu en conséquence contrôler la réalité, ni apprécier l'incidence sur le marché afin de prendre les mesures éventuellement exigées par la situation.

En ce qui concerne les ordres écrits, l'adjudicataire doit simplement informer le pouvoir adjudicateur, aussitôt qu'il a pu ou aurait dû en avoir connaissance, de l'influence que ces ordres pourraient avoir sur le déroulement et le coût du marché.

L'adjudicataire qui demande l'application d'une des clauses de réexamen doit, sous peine de déchéance, transmettre par écrit au pouvoir adjudicateur la justification chiffrée de sa demande et ce dans les délais suivants :

- avant l'expiration des délais contractuels pour obtenir une prolongation des délais d'exécution ou la résiliation du marché ;
- au plus tard 90 jours à compter de la date de la notification à l'adjudicataire du procès-verbal de réception provisoire : pour obtenir une révision du ou des dommages et intérêts ;
- au plus tard 90 jours après l'expiration de la période de garantie, pour obtenir une révision du marché ou des dommages et intérêts, lorsque ladite demande d'application de la clause de réexamen trouve son origine dans des faits ou circonstances survenus pendant la période de garantie.

Le pouvoir adjudicateur qui demande l'application de la clause de réexamen en vue de la révision du marché sur base d'un bouleversement de l'équilibre contractuel doit le faire au plus tard 90 jours à compter de la date de la notification à l'adjudicataire du procès-verbal de réception provisoire du marché.

6.12 Publication de la modification

Lorsque le pouvoir adjudicateur modifie un marché dont la valeur estimée atteint le seuil fixé pour la publicité européenne, il doit faire une publication au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des Adjudications. Pour ce faire, le pouvoir adjudicateur utilise les formulaires standards électroniques développés et mis à disposition par le service public fédéral (e-notifications).

7) Les paiements

7.1 Conditions générales de paiement

Pour rappel, tout paiement ne peut être réalisé que pour un « service fait ».

Le prix du marché est payé soit en une fois après son exécution complète, soit par acomptes au fur et à mesure de son avancement, suivant les modalités prévues par le CSC.

Cependant, tout paiement d'acompte suppose que le PA dresse un procès-verbal dès que le marché parvient à un degré de réalisation et que l'adjudicataire introduise une déclaration de créance.

Lorsque l'exécution du marché est interrompue par le PA pour une période d'au moins 30 jours, l'adjudicataire a droit au paiement d'un acompte sur le prochain paiement à concurrence des prestations exécutées.

En cas d'opposition au paiement ou de saisie-arrêt conservatoire à charge de l'adjudicataire, le délai de paiement est suspendu et le pouvoir adjudicateur dispose d'un délai de paiement supplémentaire de 15 jours. La suspension prend fin le jour où le pouvoir adjudicateur est informé que l'obstacle au paiement est levé.

7.2 Avances

Pour rappel, des avances peuvent être accordées à l'adjudicataire dans les cas suivants :

- suivant les modalités fixées par les documents du marché, pour les marchés qui, par rapport à leur montant, nécessitent des investissements préalables de valeur considérable, tout en étant spécifiquement liés à leur exécution ;
- pour les marchés publics de fournitures ou de services à conclure avec des fournisseurs ou des prestataires de services avec lesquels il faut nécessairement traiter et qui subordonnent l'acceptation du marché au versement d'avances ;
- Pour les marchés publics de services de transport aérien de voyageurs
- pour les marchés de fournitures ou de services qui, selon les usages, sont conclus sur la base d'un abonnement ou pour lesquels un paiement préalable est requis ;

Lorsque le CSC prévoit le paiement d'avances, le montant ne peut excéder 50% du montant initial du marché, sauf dans les deux derniers cas susvisés. Le montant payé pour les avances doit être déduit par compensation du montant dû sur les acomptes introduits ultérieurement suivant les modalités prévues dans le CSC.

7.3. Modalités de paiement relatives aux travaux

Tant pour les acomptes que pour le dernier paiement pour solde ou le paiement unique du montant du marché, l'entrepreneur est tenu d'introduire une déclaration de créance datée, signée et appuyée d'un état détaillé des travaux réalisés justifiant selon lui le paiement demandé.

Cet état détaillé peut comporter :

- les quantités exécutées sur la base des postes du métré récapitulatif ;
- les quantités exécutées au-delà des quantités présumées du métré récapitulatif
- les travaux supplémentaires exécutés en vertu d'un ordre écrit ;
- les travaux exécutés à des prix unitaires proposés par l'entrepreneur et non encore acceptés par le pouvoir adjudicateur.

A dater de la réception de la déclaration de créance et de l'état détaillé des travaux réalisés, le pouvoir adjudicateur dispose d'un délai de vérification de 30 jours pour :

- vérifier l'état des travaux introduit et le corriger éventuellement. Lorsque des prix unitaires non encore convenus entre les parties y figurent, il arrête ces prix d'office, tous droits de l'entrepreneur restant saufs
- dresser un procès-verbal mentionnant les travaux acceptés en paiement et le montant estimé dû.

Le PA informe l'entrepreneur de ce procès-verbal par écrit et l'invite à introduire dans les 5 jours une facture pour le montant indiqué.

Le paiement du montant dû à l'entrepreneur est alors effectué dans le délai de paiement de 30 jours à compter de la date de la fin de la vérification, pour autant que le pouvoir adjudicateur soit, en même temps, en possession de la facture régulièrement établie ainsi que des autres documents éventuellement exigés.

Le délai de paiement est, en cas de dépassement du délai de vérification applicable, diminué à concurrence du nombre de jours dépassant le délai de vérification.

Inversement, le délai de paiement est suspendu à concurrence du nombre de jours :

- de dépassement du délai de 5 jours accordé à l'entrepreneur pour introduire sa facture ;
- qui est nécessaire, dans le cadre de la responsabilité solidaire des entrepreneurs, pour recevoir la réponse de l'entrepreneur lorsque le pouvoir adjudicateur doit l'interroger sur le montant réel de sa dette sociale ou fiscale

Lorsque les travaux ne requièrent pas de vérification, le délai de paiement selon le cas :

- 30 jours après la date de réception de la déclaration de créance ;
- lorsque la date de réception de la déclaration de créance n'est pas certaine, 30 jours après la date de réception de l'état détaillé des travaux réalisés ;
- lorsque le pouvoir adjudicateur reçoit la déclaration de créance avant la réalisation des travaux, constatée par l'état détaillé des travaux réalisés, 30 jours après la réalisation des travaux.

7.4 Modalités de paiement relatives aux services

Selon les modalités définies par le cahier spécial des charges, l'adjudicataire introduit une déclaration de créance datée, signée et accompagnée d'un état détaillé des services prestés et justifiant la demande de paiement.

Lorsque les documents du marché ne prévoient pas une déclaration de créance séparée, la facture vaut déclaration de créance.

A dater de la réception de ce document qui en principe correspond au constat de la fin partielle ou totale des services, le pouvoir adjudicateur dispose d'un délai de vérification de 30 jours calendrier pour :

- vérifier si les services prestés sont conformes aux conditions du marché
- procéder aux formalités de réception et en notifier le résultat au prestataire

Tout paiement doit intervenir dans le délai de 30 jours à compter de la date de la fin de la vérification, pour autant que le pouvoir adjudicateur soit, en même temps, en possession de la facture régulièrement établie ainsi que des autres documents éventuellement exigés.

Lorsque les documents du marché ne prévoient pas une déclaration de créance séparée, la facture vaut déclaration de créance.

En cas de dépassement du délai de vérification, le délai de paiement est diminué à concurrence du nombre de jours dépassant le délai de vérification.

Inversement, le délai de paiement est suspendu à concurrence du nombre de jours :

- de dépassement du délai dont dispose le prestataire de services pour introduire sa facture ;
- qui est nécessaire, dans le cadre de la responsabilité solidaire des entrepreneurs, pour recevoir la réponse de l'entrepreneur lorsque le pouvoir adjudicateur doit l'interroger sur le montant réel de sa dette sociale ou fiscale

Lorsque les services ne requièrent pas de vérification, le délai de paiement, selon le cas :

- 30 jours après la date de réception de la déclaration de créance/de la facture ;
- lorsque la date de réception de la déclaration de créance/de la facture n'est pas certaine, 30 jours après la date de la fin des services ;
- lorsque le pouvoir adjudicateur reçoit la déclaration de créance ou la facture avant la fin des services, 30 jours après la fin des services.

7.5 Modalités de paiement relatives aux fournitures

Selon les modalités définies par le cahier spécial des charges, l'adjudicataire introduit une déclaration de créance datée, signée et accompagnée d'un état détaillé des fournitures livrées et justifiant la demande de paiement.

Lorsque les documents du marché ne prévoient pas une déclaration de créance séparée, la facture vaut déclaration de créance.

A compter de la date de livraison de fournitures pour autant que le fournisseur ait remis au pouvoir adjudicateur le bordereau ou la facture, le pouvoir adjudicateur dispose d'un délai de vérification de 30 jours calendrier pour :

- vérifier que les fournitures sont conformes aux conditions du marché (vérifier les éventuelles avaries, la date effective de livraison,)
- procéder aux formalités de réception et en notifier le résultat au fournisseur

Cette vérification s'effectue au lieu de livraison des fournitures et les constatations sont reprises soit dans un procès-verbal soit sur le bordereau de livraison soit sur la facture. Le paiement du montant dû au fournisseur est effectué dans les 30 jours à compter de l'échéance du délai de vérification pour autant que le pouvoir adjudicateur soit, en même temps, en possession de la facture régulièrement établie ainsi que des autres documents éventuellement exigés.

En cas de dépassement du délai de vérification, le délai de paiement est diminué à concurrence du nombre de jours dépassant le délai de vérification.

A l'inverse, le délai de paiement est suspendu à concurrence du nombre de jours :

- de dépassement du délai dont dispose le fournisseur pour introduire sa facture
- qui est nécessaire, dans le cadre de la responsabilité solidaire des entrepreneurs, pour recevoir la réponse de l'entrepreneur lorsque le pouvoir adjudicateur doit l'interroger sur le montant réel de sa dette sociale ou fiscale

Lorsque les livraisons ne requièrent pas de vérification, le délai de paiement, selon le cas :

- 1° 30 jours après la date de réception de la facture ;
- 2° lorsque la date de réception de la facture n'est pas certaine, 30 jours après la livraison ;
- 3° lorsque la facture est reçue avant la livraison, 30 jours après la livraison.

7.6 Intérêt pour retard dans les paiements et indemnisation pour frais de recouvrement

Lorsque les délais de paiement sont dépassés, l'adjudicataire a droit au paiement, de plein droit et sans mise en demeure à un intérêt au prorata du nombre de jours de retard. Le Pouvoir adjudicateur doit donc en principe calculer et payer d'office cet intérêt au moment du paiement de la facture. Cet intérêt s'élevait pour l'année 2017 à 8%.⁸⁶

En plus, l'adjudicataire est en droit de réclamer une indemnisation raisonnable pour tous les autres frais de recouvrement éventuels encourus par suite du retard de paiement.

7.7 Interruption ou ralentissement de l'exécution par l'adjudicataire

Lorsque, le paiement n'est pas effectué 30 jours après l'échéance du délai de paiement, l'adjudicataire peut ralentir le rythme d'exécution du marché ou l'interrompre.

De plus, dans ce cas, l'adjudicataire a droit :

- à une prolongation de délai d'exécution à concurrence du nombre de jours compris entre l'échéance de la période de 30 jours et la date du paiement, à condition que la demande en soit introduite par écrit avant l'expiration des délais contractuels ;
- à une indemnisation, s'il y a eu réellement ralentissement du rythme d'exécution ou interruption, pour autant que la demande d'indemnisation chiffrée soit introduite dans les délais précisés au point 6.12 alinéa 6 supra.

La décision de ralentir le rythme d'exécution ou d'interrompre le marché pour retard de paiement doit toutefois être notifiée par envoi recommandé adressé au PA 15 jours au moins avant le jour de ralentissement ou d'interruption effective.

Il s'agit ici d'une application du principe de l'exception d'inexécution : si une partie au contrat n'exécute pas ses obligations, l'autre partie peut suspendre l'exécution de ses obligations.

7.8 Compensation

Toute somme due au pouvoir adjudicateur dans le cadre de l'exécution du marché est imputée en premier lieu sur les sommes qui sont dues à l'adjudicataire à quelque titre que ce soit et ensuite sur le cautionnement.

⁸⁶ Taux d'intérêt légal dans les transactions commerciales

8) Réception et garantie

8.1 Réception des services

Les prestations ne sont réceptionnées qu'après avoir satisfait aux vérifications et formalités de réceptions prescrites.

A compter de la date de la fin totale ou partielle des services, le pouvoir adjudicateur dispose d'un délai de vérification de 30 jours, pour procéder aux formalités de réception et en notifier le résultat au prestataire de services. Ce délai prend cours pour autant que le pouvoir adjudicateur soit, en même temps, en possession de la liste des services prestés ou de la facture.

Lorsque les services sont terminés avant ou après cette date, le prestataire de services en informe le pouvoir adjudicateur par envoi recommandé et demande de procéder à la réception. Dans ce cas, le délai de vérification de 30 jours prend cours à la date de réception de la demande du prestataire.

Sauf disposition contraire du cahier spécial des charges, cette réception est définitive. Le cas échéant, les prestations du marché peuvent faire l'objet d'une réception provisoire à l'issue de l'exécution des prestations et, à l'expiration d'un délai de garantie stipulé au cahier spécial des charges, d'une réception définitive qui marque l'achèvement complet du marché, sauf application éventuelle des articles 1792 et 2270 du Code civil aux marchés qu'ils concernent.

Les services qui ne sont pas conformes aux clauses et conditions du marché ou qui ne sont pas exécutés conformément aux règles de l'art sont recommencés par le prestataire. A défaut, le pouvoir adjudicataire peut les faire recommencer d'office, à frais, risques et périls de l'adjudicataire, en application de l'une des mesures d'office examinées ci-après.

Par ailleurs, le prestataire de services peut se voir appliquer des amendes et pénalités pour inexécution des clauses et conditions du marché.

8.2 Réception des fournitures

Les fournitures ne sont réceptionnées qu'après avoir satisfait aux vérifications et formalités de réceptions prescrites.

Dans la grande majorité de cas, la réception provisoire implique une réception complète au lieu de livraison sans réception partielle au lieu de production.

A compter de la date de livraison, le pouvoir adjudicateur dispose d'un délai de vérification de 30 jours⁸⁷ pour procéder aux formalités de réception provisoire et en notifier le résultat au fournisseur. Ce délai prend cours pour autant que le pouvoir

⁸⁷ Le délai de vérification est de soixante jours lorsque les documents du marché prévoient que les formalités de réception nécessitent l'intervention d'un laboratoire. Dans ce cas, le cahier spécial des charges stipulent expressément cette durée plus longue en mentionnant l'intervention du laboratoire pour la motiver de manière explicite.

adjudicateur soit, en même temps, en possession du bordereau ou de la facture.

A l'expiration du délai de trente jours, le pouvoir adjudicateur dresse, selon le cas, un procès-verbal de réception provisoire ou de refus de réception.

Aucune réception des fournitures ne peut avoir lieu lorsque le pouvoir adjudicateur constate que les fournitures ne sont pas en état d'être réceptionnées ou que le fournisseur présente des quantités nettement inférieures à celles annoncées dans sa demande.

En cas de refus de fournitures, le pouvoir adjudicateur informe le fournisseur par envoi recommandé qui est tenu de les faire enlever dans un délai de 15 jours. Ce délai passé, le pouvoir adjudicateur est dégagé de toute responsabilité pour les fournitures qui ne sont pas enlevées et peut les renvoyer d'office au fournisseur, aux frais de celui-ci.

Le pouvoir adjudicateur peut fixer une date de rigueur pour l'enlèvement des fournitures refusées à la condition de laisser au moins 30 jours d'intervalle entre le jour de la notification et celui fixé pour l'enlèvement. Une pénalité par jour de retard au-delà de la date de rigueur pourra être appliquée.

Le délai de garantie prend cours à la date à laquelle la réception provisoire est accordée. Si les documents du marché ne fixent pas le délai de garantie, celui-ci est d'un an.

Toute constatation d'avarie ou de mise hors service doit faire l'objet d'un procès-verbal daté, signé et dressé avant l'expiration du délai de garantie et au plus vite notifié à l'adjudicataire dans un délai de 30 jours de la constatation.

La mise en cause de la responsabilité de l'adjudicataire est subordonnée à l'accomplissement de ces formalités.

L'adjudicataire remplace à ses frais les produits présentant des défauts ne permettant pas une utilisation conforme aux conditions du marché ou mis hors service au cours de leur utilisation.

Ces produits sont tenus à la disposition de l'adjudicataire qui doit les enlever dans le délai imparti et qui commence à courir à la date à laquelle la notification susvisée lui a été adressée. A l'expiration de ce délai, le PA acquiert la propriété de ces produits, sauf si l'adjudicataire a demandé par écrit, préalablement, qu'ils soient réexpédiés à ses frais, risques et périls.

Les défauts résultant d'un cas fortuit ou de force majeure ou d'un emploi anormal des produits livrés, sont exclus de la garantie, à moins qu'à l'occasion de l'accident ne se révèle une malfaçon ou un défaut de nature à justifier le remplacement.

Lorsque l'adjudicataire ne remplace pas le produit défectueux, il doit payer la valeur du produit à remplacer, T.V.A. comprise, ainsi que les frais liés à ce remplacement, également T.V.A. comprise. Cependant, le PA peut autoriser l'adjudicataire à réparer à ses frais le produit non conforme au cours du délai de garantie.

Les produits fournis en remplacement sont soumis au délai intégral de garantie. Le délai de garantie est prolongé, le cas échéant, à concurrence du laps de temps pendant lequel le produit n'a pu être utilisé.

La réception définitive intervient à l'expiration du délai de garantie et est implicite lorsque la fourniture n'a pas donné lieu à réclamation pendant ce délai.

Lorsque la fourniture donne lieu à réclamation pendant le délai de garantie, un procès-verbal de réception ou de refus de réception définitive est établi dans les 15 jours précédant l'expiration de ce délai.

9) Les défauts d'exécution et sanctions possibles

9.1 Principes

L'adjudicataire est considéré en défaut d'exécution du marché :

- lorsque les prestations ne sont pas exécutées dans les conditions définies par les documents du marché ;
- à tout moment, lorsque les prestations ne sont pas poursuivies de telle manière qu'elles puissent être entièrement terminées aux dates fixées ;
- lorsqu'il ne suit pas les ordres écrits, valablement donnés par le pouvoir adjudicateur.

Les hypothèses de défaut d'exécution visées sont en fait très larges et concernent tout manquement aux clauses et conditions du marché.

Tous les manquements aux clauses du marché, y compris la non-observation des ordres du pouvoir adjudicateur, sont constatés par un procès-verbal⁸⁸ dont une copie est transmise immédiatement à l'adjudicataire par envoi recommandé.

L'adjudicataire est tenu de réparer sans délai ses manquements. Il peut faire valoir ses moyens de défense par envoi recommandé adressé au pouvoir adjudicateur dans les 15 jours suivant la date d'envoi du procès-verbal. Son silence est considéré, après ce délai, comme une reconnaissance des faits constatés.

Les manquements constatés à charge de l'adjudicataire autorisent le pouvoir adjudicateur à prendre une ou plusieurs mesures /sanctions.

Ces sanctions et mesures sont principalement de trois types :

- Pénalités
- Amendes pour retard
- Mesures d'office

En principe, le pouvoir adjudicateur choisit de façon discrétionnaire les sanctions qu'il prend à l'encontre de l'adjudicataire mais le choix devra toujours se justifier en termes de proportionnalité entre la faute et la sanction.

Ainsi, dans la pratique, le PA appliquera les pénalités et amendes pour retard pour des manquements d'importance moindre alors qu'il optera plutôt pour l'application des mesures d'offices qui sanctionneront en cas de manquements graves comme par exemple :

- le recours à des sous-traitants qui font l'objet d'une mesure d'exclusion
- avancement irrégulier des prestations de nature à compromettre le respect du délai d'exécution.
- refus de se conformer aux ordres émanant du pouvoir adjudicateur ;
- abandon des prestations sans motif valable,

⁸⁸ Document dressé en vue de constater officiellement un fait, une situation, un manquement ou un délit

-

Concrètement, lorsque le pouvoir adjudicateur constate que l'adjudicataire est en défaut d'exécution de ses obligations, le pouvoir adjudicateur doit :

- dresser un procès-verbal constatant le ou les manquements reprochés ;
- envoyer immédiatement par lettre recommandée une copie du procès-verbal à l'adjudicataire ;
- inviter l'adjudicataire à se mettre en ordre ou à se justifier dans un délai de minimum 15 jours de l'envoi du procès-verbal.

Il revient au PA d'apprécier à quel moment il est opportun de mettre en œuvre un P-V de carence. Cela dépend des circonstances, de la bonne foi de l'adjudicataire, ...

Le PA peut faire usage de ces moyens dès le manquement constaté et ce à titre conservatoire bien que vous soyez disposé à un règlement amiable ou attendre et le mettre en œuvre lorsqu'aucune solution amiable n'est plus envisageable.

Attention cependant à ne pas couvrir les manquements soit en payant les travaux, fournitures ou prestations sans aucune réserve, soit en dénonçant les manquements tardivement pour être réparables.

Ce droit peut être exercé jusqu'à la réception définitive et le cas échéant jusque-là fin de la garantie décennale pour les problèmes relevant de ladite garantie.

9.2 Amendes pour retard

Les amendes de retard sont dues, sans mise en demeure, par la seule expiration du délai d'exécution sans intervention d'un procès-verbal et appliquées de plein droit pour la totalité des jours de retard.

Nonobstant l'application des amendes pour retard, l'adjudicataire reste garant vis-à-vis du pouvoir adjudicateur des dommages et intérêts dont celui-ci est, le cas échéant, redevable à des tiers du fait du retard dans l'exécution du marché.

9.2.1 Travaux

Le montant total des amendes pour retard appliquées à un marché ne peut excéder 5% de son montant. Si le délai d'exécution constitue un critère d'attribution, le CSC peut augmenter le maximum à 10 % et ce en fonction de l'importance relative accordée au critère d'attribution portant sur le délai d'exécution.

Le pouvoir adjudicateur est tenu de négliger les amendes dont le montant est inférieur à 75€

9.2.2 Services et fournitures

Les amendes pour retard sont calculées à raison de 0,1 % par jour de retard avec un maximum de 7,5 %, de la valeur des fournitures dont la livraison a été effectuée avec un même retard/ de la valeur des services exécutés avec retard.

Si le délai d'exécution constitue un critère d'attribution, le CSC peut augmenter le maximum à 10 % et ce en fonction de l'importance relative accordée au critère

d'attribution portant sur le délai d'exécution. Le CSC fixe alors le mode de calcul des amendes pour retard. A défaut, le mode de calcul de principe susvisé est d'application. Le pouvoir adjudicateur est tenu de négliger les amendes pour retard dont le montant total n'atteint pas 75 €.

Si le marché comporte plusieurs parties ou plusieurs phases ayant chacune leur délai et leur montant propre, chacune d'elles est assimilée à un marché distinct pour l'application des amendes.

9.3. Pénalités

Le CSC peut prévoir l'application d'une pénalité spéciale pour tout défaut d'exécution. Tout défaut d'exécution pour lequel aucune pénalité spéciale n'est prévue donne lieu à une pénalité générale :

- soit unique d'un montant de 0,07 % du montant initial du marché avec un minimum de 40€ et un maximum de 400 €,
- soit journalière d'un montant de 0,02 % du montant initial du marché avec un minimum de 20 € et un maximum de 200 € au cas où il importe de faire disparaître immédiatement l'objet du défaut d'exécution.

Cette pénalité est appliquée à compter du troisième jour suivant la date du dépôt de la lettre recommandée, jusqu'au jour où le défaut d'exécution a disparu par le fait de l'adjudicataire ou du pouvoir adjudicateur qui lui-même y a mis fin.

Une pénalité n'est applicable que lorsqu'aucune justification n'a été admise ou lorsqu'une justification n'a pas été fournie dans les 15 jours suivant l'envoi du PV de manquement.

9.4 Mesures d'office

Lorsque, à l'expiration du délai de 15 jours pour faire valoir ses moyens de défense, l'adjudicataire est resté inactif ou a présenté des moyens non justifiés, le pouvoir adjudicateur peut recourir aux mesures d'office. Le pouvoir adjudicateur peut toutefois recourir aux mesures d'office sans attendre l'expiration du délai, lorsqu'au préalable, l'adjudicataire a expressément reconnu les manquements constatés.

Ces mesures d'office sont :

- la résiliation unilatérale du marché. Dans ce cas, la totalité du cautionnement ou, à défaut de constitution, un montant équivalent, est acquise de plein droit au pouvoir adjudicateur à titre de dommages et intérêts forfaitaires. Cette mesure exclut l'application de toute amende du chef de retard d'exécution pour la partie résiliée ;
- l'exécution en régie de tout ou partie du marché non exécuté ;
- la conclusion d'un ou de plusieurs marchés pour compte avec un ou plusieurs tiers pour tout ou partie du marché restant à exécuter.

Ces mesures, sont appliquées aux frais, risques et périls de l'adjudicataire défaillant.

La décision du pouvoir adjudicateur de passer à la mesure d'office choisie est notifiée par envoi recommandé ou par lettre remise contre récépissé à l'adjudicataire défaillant. A partir de cette notification, l'adjudicataire défaillant ne peut plus intervenir dans l'exécution de la partie du marché visée par la mesure d'office.

Sans préjudice de ces sanctions, l'adjudicataire en défaut d'exécution peut être exclu par le pouvoir adjudicateur de ses marchés pour une durée déterminée. L'intéressé est préalablement entendu en ses moyens de défense et la décision motivée lui est notifiée.

9.5. Remise des amendes pour retard / des pénalités

L'adjudicataire peut obtenir une remise d'amendes appliquées pour retard d'exécution.

Lorsque l'adjudicataire prouve que le retard est dû en tout ou en partie, soit à un fait du pouvoir adjudicateur, soit à des circonstances imprévisibles, survenues avant l'expiration des délais contractuels, il peut obtenir une remise totale ou partielle. Dans ce cas, les amendes restituées sont de plein droit productives d'intérêts, à partir de la date à laquelle le paiement y afférent aurait dû intervenir.

Lorsqu'il y a disproportion entre le montant des amendes appliquées et l'importance minimale des prestations en retard, l'adjudicataire peut obtenir une remise partielle. Cette disproportion est considérée comme établie si la valeur des prestations non achevées n'atteint pas 5 % du montant total du marché, pour autant toutefois que les prestations exécutées soient susceptibles d'utilisation normale et que l'adjudicataire ait mis tout en œuvre pour terminer ses prestations en retard dans les meilleurs délais.

Sous peine de déchéance, toute demande de remise d'amendes est introduite par écrit au plus tard 90 jours à compter :

- du paiement unique ou du paiement déclaré fait pour solde : marchés de travaux ;
- du paiement de la facture sur laquelle les amendes ont été retenues : marchés de fournitures et de services.

L'adjudicataire obtient la remise partielle des pénalités lorsqu'il y a disproportion entre le montant des pénalités appliquées et l'importance du défaut d'exécution. Cette remise est subordonnée à la condition que l'adjudicataire ait mis tout en œuvre pour remédier au défaut d'exécution dans les meilleurs délais. Sous peine de déchéance, toute demande de remise des pénalités est introduite par écrit dans le même délai que pour la remise d'amende de retard.

10) Les possibilités de résiliation du marché

10.1 Sur base des dispositions de l'AR exécution

10.1.1 Situation qui affecte la capacité de l'adjudicataire

Sans préjudice de l'application d'une mesure d'office, le pouvoir adjudicateur peut résilier le marché lorsque l'adjudicataire se trouve dans une des situations suivantes :

- 1° un des cas de motifs d'exclusion facultative sauf application de la législation relative à la continuité des entreprises;
- 2° mise sous conseil judiciaire pour cause de prodigalité;
- 3° interdiction, mise sous administration provisoire ou sous tutelle pour faiblesse d'esprit;

4° mise en observation ou internement par application de la législation concernant la défense sociale;

5° condamnation à une peine privative de liberté d'un mois ou plus, non conditionnelle, pour participation à certaines infractions

Dans ces cas de résiliation, le marché est liquidé en l'état où il se trouve sur la base des prestations effectuées à la date de la résiliation.

10.1.2. Situation d'infraction à la législation relative aux marchés publics

Sans préjudice de l'application d'une mesure d'office, le pouvoir adjudicateur peut résilier le marché dans les cas suivants :

1° lorsque le marché a fait l'objet d'une modification substantielle qui aurait requis une nouvelle procédure de passation ;

2° lorsque le marché n'aurait pas dû avoir été attribué à l'adjudicataire en raison d'une infraction importante aux obligations découlant des Traités européens, de la loi et de ses arrêtés d'exécution.

10.2 Sur base de l'article 1794 du Code Civil

Le pouvoir adjudicateur peut résilier le marché sur base de l'article 1794 du Code civil : le maître d'ouvrage peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait qu'il a conclu même si l'ouvrage est déjà commencé sous réserve de dédommager l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise.

10.3 Sur base des dispositions du CSC : clause de résiliation

Le pouvoir adjudicateur peut résilier le marché sur base de la faculté éventuelle prévue par une clause de résiliation du CSC. Cette faculté de résiliation doit respecter le délai de préavis contractuel prévu et le cas échéant le paiement de l'indemnité de résiliation.

11) Situation de faillite et autres situations similaires

Lorsque la faillite de l'adjudicataire intervient en cours d'exécution du marché, le pouvoir adjudicateur dispose du choix entre 2 possibilités de résiliation :

- soit la résiliation du marché sur base de la situation de faillite ou de toute situation analogue⁸⁹
- soit la résiliation du marché comme mesure s d'office appliqué pour défauts d'exécution⁹⁰

⁸⁹ Article 62, 1° de l'AR du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

⁹⁰ Articles 44, 47, 87 ou 124 ou 155 de l'AR du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

Selon la jurisprudence, la législation laisse au pouvoir adjudicateur le choix entre les deux modalités de résiliation mais précise que les deux systèmes ne peuvent se cumuler.

11.1 Résiliation sans faute pour situation de faillite ou analogue

En vertu de l'article 62 de l'AR exécution, sans préjudice de l'application d'une mesure d'office, le pouvoir adjudicateur peut résilier le marché lorsque l'adjudicataire se trouve notamment dans une des situations visées à l'article 61 de l'arrêté royal passation du 18 avril 2017, sauf en cas d'application de la législation relative à la continuité des entreprises.

Cette modalité de résiliation n'est donc pas possible en cas d'application de la loi relative à la continuité des entreprises donc en cas de réorganisation judiciaire.

11.2 Résiliation par mesure d'office pour défaut d'exécution

Si effectivement la loi sur la faillite est d'ordre public il en est de même de la législation relative aux marchés publics.

En droit commun de la faillite, en vertu de l'article 46 de la loi du 8 août 1997, il appartient au curateur de décider de poursuivre ou non les activités mais ce pouvoir se trouve restreint dans le cadre des marchés publics.

Si le curateur décide de mettre un terme à l'exécution du marché, il place de fait l'adjudicataire failli en situation de manquement par rapport à ses obligations contractuelles. Le pouvoir adjudicateur, qui n'aurait pas déjà résilié le marché est, dès lors, en droit d'appliquer les mesures d'office, puisque la décision du curateur constitue, en quelque sorte, une reconnaissance du manquement.

A l'inverse, si le curateur entend poursuivre le marché en cours, il lui appartient de le faire savoir.

Pour rappel, si le pouvoir adjudicateur souhaite recourir aux mesures d'office, il doit au préalable procéder au constat du défaut d'exécution selon les modalités susvisées au point 9.1.

Cependant, le pouvoir adjudicateur peut recourir aux mesures d'office sans attendre l'expiration du délai de 15 jours, lorsqu'au préalable, l'adjudicataire a expressément reconnu les manquements constatés.

12) Quelques dispositions propres aux marchés de travaux

Le pouvoir adjudicateur exerce le contrôle des travaux mais c'est l'entrepreneur qui assure lui-même la conduite et la surveillance des travaux ou désigne un délégué pour ce faire. L'étendue du mandat de ce délégué est spécifiée dans un écrit que l'entrepreneur remet au pouvoir adjudicateur, qui en accuse la réception. Le pouvoir adjudicateur a, en tout temps, le droit d'exiger le remplacement du délégué.

12.1. Délais d'exécution

Suite à l'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur doit fixer la date de commencement des travaux qui doit se situer :

- pour les travaux dont le montant correspond à la classe 5⁹¹ de la réglementation organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux ou à une classe inférieure : entre le quinzième et le soixantième jour suivant la conclusion du marché;
- pour les travaux dont le montant correspond à la classe 6 de la même réglementation ou à une classe supérieure : entre le trentième et le septante-cinquième jour suivant la conclusion du marché;
- pour les travaux dont le montant correspond à la classe 5 de la même réglementation ou à une classe inférieure, mais qui nécessitent le recours à des techniques ou à des matériaux non courants, les modalités du 2° sont applicables.

Un délai minimum de 15 jours doit s'écouler entre l'envoi de la lettre fixant le début des travaux et la date fixée pour les travaux sauf :

- en cas d'urgence;
- pour les phases ou parties autres que la première d'un même marché;

L'entrepreneur a le droit d'exiger la résiliation du marché lorsque le pouvoir adjudicateur n'a pas fixé la date de commencement des travaux à l'expiration du cent-vingtième ou du cent-cinquantième jour suivant la conclusion du marché, selon que sont d'application au marché les délais respectifs de 60 ou de 75 jours susvisés.

L'entrepreneur peut demander la résiliation du marché par envoi recommandé au plus tard dans les 30 jours à compter de la notification de l'ordre de commencer les travaux.

Quand le délai d'exécution est fixé en jours ouvrables, ne sont pas considérés comme tels :

- les samedis, sauf ceux pendant lesquels l'entrepreneur a travaillé ou aurait dû travailler en raison de la répartition du temps de travail sur le chantier;
- les dimanches et jours fériés légaux;
- les jours de vacances annuelles payées et les jours de repos compensatoires prévus par un arrêté royal ou dans une CCT rendue obligatoire par arrêté royal;
- les jours pendant lesquels, sur reconnaissance du pouvoir adjudicateur, le travail a, ou aurait, par suite de conditions météorologiques défavorables ou de leurs conséquences, été rendu impossible pendant quatre heures au moins.

Lorsque le délai d'exécution du marché n'est pas fixé en jours ouvrables mais en jours, en semaines, mois ou années ou de date à date ou pour une date finale déterminée, tous les jours indistinctement sont comptés dans le délai. Dans cette hypothèse, si le délai initial d'exécution ne dépasse pas 80 jours, la période des vacances annuelles obligatoires n'est pas censée être comprise dans ce délai, dans la mesure où cette période se situe en fait dans ce délai d'exécution.

⁹¹ La législation relative à l'agrégation et plus particulièrement l'arrêté royal du 20 mars 1991 classe les travaux en fonction de leur valeur en classe

Si l'entrepreneur doit travailler en dehors des limites légales, il fait apprécier par le pouvoir adjudicateur la réalité de cette situation et sollicite des autorités compétentes les autorisations nécessaires.

12.2 Modifications au marché

Tout ordre modifiant le marché est donné par écrit. Est assimilé à l'ordre écrit, l'ordre verbal dont l'entrepreneur a fait état par envoi recommandé adressé dans les 48 heures au fonctionnaire dirigeant et que le pouvoir adjudicateur n'a pas démenti dans les 3 jours ouvrables de la réception de ladite lettre. Toutefois, les modifications de portée mineure peuvent ne faire l'objet que d'inscriptions au journal des travaux.

Les travaux non prévus que l'entrepreneur est tenu d'exécuter, les travaux prévus qui sont retirés du marché ainsi que toutes les autres modifications sont calculés aux prix unitaires de l'offre, ou, à défaut, à des prix unitaires à convenir.

Chaque partie peut demander la révision d'un prix unitaire pour des travaux supplémentaires d'une même nature définis dans les mêmes termes qu'au métré dans un des cas suivants :

- les suppléments dépassent le triple de la quantité du poste considéré du métré;
- le prix des suppléments relatifs au poste considéré dépasse 10% du montant du marché, avec un minimum de 2000 €.

Si un nouveau prix unitaire est convenu pour un supplément, l'ancien prix reste applicable à la quantité initialement prévue.

Chaque partie peut également demander une révision des prix unitaires lorsque la quantité soustraite d'un poste du métré dépasse le cinquième de la quantité initialement prévue.

Pour qu'une révision de prix unitaires puisse se faire, l'une des parties doit notifier sa volonté à l'autre, par lettre recommandée, dans un délai de 30 jours prenant cours à la date à laquelle les ordres modificatifs ont été valablement donnés.

Faute d'accord sur les prix unitaires nouveaux, le pouvoir adjudicateur les arrête d'office, tous les droits de l'entrepreneur restant saufs. L'entrepreneur est tenu de poursuivre les travaux sans interruption, nonobstant les contestations auxquelles peut donner lieu la détermination des prix nouveaux.

Dans le cas de travaux supplémentaires ou de modifications, l'ordre écrit, le décompte ou l'avenant mentionne :

- soit la prolongation de délai sur la base de l'augmentation du montant du marché et de la nature des modifications et des travaux supplémentaires;
- soit l'exclusion de toute prolongation du délai.

Lorsque les modifications ordonnées par le pouvoir adjudicateur donnent lieu à un ou plusieurs décomptes dont l'ensemble détermine une diminution du montant initial du marché, l'entrepreneur a droit à une indemnité forfaitaire égale à 10% de cette diminution, quel que soit le montant final du marché. Le paiement de cette indemnité est subordonné à l'introduction par l'entrepreneur d'une déclaration de créance ou d'une demande écrite en tenant lieu.

12.3 Jeu des quantités présumées

Lorsque, indépendamment de toute modification apportée au marché, les quantités réellement exécutées d'un poste à bordereau de prix dépassent le triple des quantités présumées ou sont inférieures à la moitié de ces quantités, chacune des parties peut demander la révision des prix unitaires et des délais initiaux.

Même lorsque ces seuils ne sont pas atteints, le délai d'exécution peut être adapté aux quantités réellement exécutées lorsque l'importance de celles-ci le justifie. En cas de dépassement, les prix éventuellement revus ne s'appliquent qu'aux quantités exécutées au-delà du triple des quantités présumées.

La partie requérante doit avertir l'autre partie de son intention de réclamer la révision des prix unitaires et/ou des délais, au plus tard 30 jours après l'établissement de l'état d'avancement où il est constaté que la quantité exécutée atteint le triple de la quantité présumée ou est inférieure à la moitié de celle-ci. Cette notification s'effectue par envoi recommandé.

Toute notification adressée après ce délai ne peut avoir d'effet que pour les quantités exécutées à dater de cette notification.

En toute hypothèse, la partie requérante justifie les nouveaux prix unitaires et/ou délais qui résultent de la situation nouvelle.

Faute d'accord sur les prix unitaires nouveaux, le pouvoir adjudicateur arrête d'office ceux qu'il estime justifiés, tous les droits de l'entrepreneur restant saufs.

L'entrepreneur est tenu de poursuivre les travaux sans interruption, nonobstant les contestations auxquelles peut donner lieu la détermination des prix unitaires nouveaux.

12.4 Journal des travaux

Un journal des travaux établi dans la forme admise par le pouvoir adjudicateur et fourni par l'entrepreneur est tenu, sur chaque chantier, exclusivement par le pouvoir adjudicateur. En pratique, cette mission est souvent confiée à l'architecte. Lorsque le pouvoir adjudicateur ne souhaite pas tenir tout ou partie du journal des travaux, il le précise dans le CSC.

Le pouvoir adjudicateur ou le délégué à cet effet, y inscrit jour par jour, notamment, les renseignements suivants:

- l'indication des conditions atmosphériques, des interruptions de travaux pour cause de conditions météorologiques défavorables, des heures de travail, du nombre et de la qualité des ouvriers occupés sur le chantier, des matériaux approvisionnés, du matériel utilisé, du matériel hors service, des essais effectués sur place, des échantillons expédiés, des événements imprévus, ainsi que des ordres purement occasionnels et de portée mineure donnés à l'entrepreneur;

- les attachements détaillés de tous les éléments contrôlables sur chantier et utiles au calcul des paiements à effectuer à l'entrepreneur, tels que travaux réalisés, quantités exécutées, approvisionnements admis en compte.
- s'il y a lieu, les éléments et remarques correspondant au contenu du journal de coordination au sens de la réglementation concernant les chantiers temporaires ou mobiles.

A la demande du pouvoir adjudicateur, l'entrepreneur communique tous les renseignements utiles à la tenue régulière du journal des travaux. Les mentions au journal des travaux sont signées par le pouvoir adjudicateur et contresignées par l'entrepreneur ou son délégué ainsi que, s'il y a lieu, par le coordinateur en matière de sécurité et de santé.

En cas de désaccord, l'entrepreneur fait connaître ses observations par lettre recommandée adressée au pouvoir adjudicateur dans les 15 jours à dater de la mention critiquée. Il communique ses observations d'une manière détaillée et précise.

A défaut d'avoir formulé ses observations dans la forme et le délai précités, l'entrepreneur est censé être d'accord avec les mentions du journal des travaux. Lorsque ses observations ne sont pas jugées fondées, l'entrepreneur en est informé par envoi recommandé.

12.5 Mesures d'office

Lorsque le PA applique les mesures d'office et notifie sa décision à l'adjudicataire, l'entrepreneur défaillant arrête ses travaux à partir du jour qui lui est indiqué. Tous travaux effectués par l'adjudicataire postérieurement à cette date restent gratuitement acquis au pouvoir adjudicateur.

Le PA convoque alors l'entrepreneur en vue de procéder à la constatation de l'état des travaux et au relevé du matériel et des matériaux approvisionnés sur chantier.

Le pouvoir adjudicateur peut procéder à toute construction ou démolition ou prendre toute autre mesure qu'il estime nécessaire pour la sauvegarde ou la bonne exécution des travaux.

Sauf en cas de résiliation du marché, le pouvoir adjudicateur peut utiliser moyennant rétribution, le matériel et les matériaux de l'entrepreneur pour continuer ou faire continuer le marché.

L'entrepreneur est tenu d'évacuer du chantier, dans les délais les plus courts, le matériel ainsi que les matériaux que le pouvoir adjudicateur n'entend pas conserver à sa disposition.

En cas d'application des mesures d'office, les amendes pour retard sont fixées au maximum prévu par la législation.

12.6 Réception provisoire et définitive

Par la réception provisoire, le pouvoir adjudicateur dispose de la totalité de l'ouvrage exécuté par l'entrepreneur. Avant la réception provisoire, lorsqu'il le juge souhaitable, le pouvoir adjudicateur peut cependant disposer successivement des différentes parties de l'ouvrage constituant le marché, au fur et à mesure de leur achèvement, à la condition d'en dresser un état des lieux. La prise de possession totale ou partielle de l'ouvrage par le pouvoir adjudicateur ne peut valoir réception provisoire. Dès que le pouvoir adjudicateur a pris possession de tout ou partie de l'ouvrage, l'entrepreneur n'est cependant plus tenu de réparer les dégradations résultant de l'usage.

L'ouvrage, qui ne satisfait pas aux clauses et conditions du marché ou qui n'est pas exécuté conformément aux règles de l'art et de la bonne construction, est démoli et reconstruit par l'entrepreneur. A défaut, il l'est d'office, à ses frais, risques et périls, sur l'ordre du pouvoir adjudicateur par application des mesures d'office. En outre, l'entrepreneur est passible des amendes et pénalités pour inexécution des clauses et conditions du marché.

Lorsque l'ouvrage est terminé à la date fixée pour son achèvement, et pour autant que les résultats des vérifications des réceptions techniques et des épreuves prescrites soient connus, il est dressé dans les 15 jours un procès-verbal de réception provisoire ou de refus de réception.

Lorsque l'ouvrage est terminé avant ou après cette date, l'entrepreneur en informe le pouvoir adjudicateur, par envoi recommandé, et demande, par la même occasion, de procéder à la réception provisoire. Dans les 15 jours qui suivent le jour de la réception de la demande, il est dressé un procès-verbal de réception provisoire ou de refus de réception.

Lorsque ce délai est dépassé par le fait du pouvoir adjudicateur, l'entrepreneur a droit par jour de retard à une indemnité égale à 0,07 % des montants dont le paiement dépend de la réception provisoire, avec un maximum de 5%.

Le délai de garantie prend cours à la date à laquelle la réception provisoire est accordée. Si les documents du marché ne fixent pas le délai de garantie, celui-ci est d'un an.

Dans les 15 jours précédant le jour de l'expiration du délai de garantie, il est, selon le cas, dressé un procès-verbal de réception définitive ou de refus de réception.

En cas de refus de réception, l'entrepreneur doit informer ultérieurement le pouvoir adjudicateur par envoi recommandé, de la mise en état de réception définitive de la totalité de l'ouvrage. Il est alors procédé à la réception définitive dans les 15 jours qui suivent la réception de cette information par le pouvoir adjudicateur.

La vérification de l'ouvrage en vue de la réception provisoire ou de la réception définitive s'opère l'entrepreneur présent ou dûment convoqué par lettre recommandée au moins 7 jours avant le jour de la vérification.

13) Actions judiciaires

Toute action judiciaire, fondée sur des faits imputables au PA, des circonstances imprévisibles, des suspensions ordonnées par le pouvoir adjudicateur ou des incidents,

doit sous peine de forclusion, avoir été précédée d'une dénonciation et d'une demande établie par écrit dans les délais susvisés⁹².

Toute citation devant le juge à la demande de l'adjudicataire et relative à un marché est, sous peine de forclusion signifiée au pouvoir adjudicateur au plus tard 30 mois à compter de la date de la notification du procès-verbal de la réception provisoire.

Toutefois, lorsque la citation trouve son origine dans des faits ou des circonstances survenus pendant la période de garantie, elle doit, sous peine de forclusion, être signifiée au plus tard trente mois après l'expiration de la période de garantie. S'il n'est pas imposé d'établir un procès-verbal, le délai prend cours à compter de la réception définitive.

Lorsque le différend a fait l'objet de pourparlers entre les parties, et si la décision du pouvoir adjudicateur a été notifiée moins de 3 mois avant l'expiration de ces délais ou ne l'a pas encore été à l'expiration de ceux-ci, ils sont prolongés jusqu'à la fin du troisième mois qui suit celui de la notification de la décision.

⁹² Voir point 6.12 du présent document

Ressources à votre disposition

- 1) Sur les pages du service juridique :
<http://enseignement.catholique.be/segec/index.php?id=1957>
- 2) Sur les pages de la Centrale de marché de l'enseignement catholique :
<http://enseignement.catholique.be/segec/index.php?id=2011>
- 3) Sur l'extranet (site sécurisé), vous trouverez des modèles de CSC mais également les CSC dans le cadre des travaux de construction et de rénovation. Certains documents sont encore en cours d'élaboration ; ils vous seront prochainement mis à disposition.

Personnes-ressources

1) Service juridique du SeGEC

- **Lusin Cetin** – 02 256 70 45 – lusin.cetin@segec.be
- **Bénédicte Beauduin** – 02 256 70 40 – benedicte.beauduin@segec.be
- **Marie Malice** – 02 256 71 42 – marie.malice@segec.be

2) Service des investissements de l'enseignement catholique (SIEC)

- **Guy Lattenist** – 02 256 70 60 – guy.lattenist@segec.be
- **Sophie Scarcez** – 02 256 70 63 – sophie.scarcez@segec.be
- **Isabelle Demuyser** – 02 256 70 65 – isabelle.demuyser@segec.be

3) Centrale de marché de l'enseignement catholique

- **Yolaine Guislain** – 02 256 7147 – yolaine.guislain@segec.be
- **Pascal Provost** – 02 256 71 69 – pascal.provost@segec.be
- **Marie Malice** – 02 256 71 42 – marie.malice@segec.be