



Recueil de considérations et remarques diverses en matière de
marchés publics et de concessions de services et de travaux

Mis à jour au 1^{er} janvier 2021

Service public de Wallonie intérieur et action sociale
Département des Politiques publiques locales
Direction des Marchés publics et du Patrimoine

Table des matières

Préambule..... 1

I. Marchés publics 2

A.	Compétence des organes	2
1.	Délibérations de délégation de compétences	2
2.	Avenants.....	2
3.	Urgence impérieuse	2
4.	Renonciation à une procédure et relance du marché	3
B.	Avis du Directeur financier.....	3
1.	Absence de demande d'avis	3
2.	Délai.....	3
3.	Avis postérieur à la prise de décision	3
C.	Les marchés publics exclus	4
1.	L'attribution de missions d'entretien et d'amélioration de l'efficacité énergétique des installations d'éclairage public	4
2.	Marchés passés sur base de l'exception "In House"	4
3.	La coopération horizontale non-institutionnalisée	5
D.	Elaboration des documents du marché.....	7
1.	Législation applicable	7
2.	Délai de réception des offres en cas de visite des lieux	7
3.	Allotissement.....	7
4.	Discordance entre les documents du marché	8
5.	Sélection qualitative et niveau minimal d'exigence	8
a)	Généralités	8
b)	Chiffre d'affaires	8
c)	Liste de références antérieures.....	8
6.	Agréations multiples	9
7.	Confusion entre critères de sélection et d'attribution.....	9
8.	Révision de prix non prévue.....	9
9.	Dérogation au cautionnement	10
E.	Publicité.....	10

1.	Calcul du délai de publicité	10
2.	Déclaration implicite sur l'honneur et Document unique de marché européen 11	
F.	Analyse des offres.....	11
1.	Vérification des motifs d'exclusion - Motivation formelle	11
2.	Vérification des prix - Motivation formelle	12
3.	Examen des prix et acceptation de la justification des prix – Motivation formelle	12
4.	Ajout de sous-critères d'attribution et/ou de sous-pondérations	13
G.	Exécution du marché	13
1.	Modification substantielle	13
<u>II. Concessions de services et de travaux.....</u>		14
A.	Qualification de l'opération	14
1.	Concession de services et de travaux et marché public	14
2.	Concession de services et de travaux et « mise à disposition ».....	15
B.	Compétence des organes.....	16
1.	Décret du 04 octobre 2018.....	16
2.	Délégation du conseil vers le collège.....	16
a)	Estimation de la valeur de la concession	16
b)	Absence de distinction entre budget ordinaire et extraordinaire	16
c)	Stricte interprétation	16
3.	Modification du cahier des charges après sa publication	17
4.	Fixation des conditions et publication de l'avis : temporalité.....	17
C.	Avis du Directeur financier	17
D.	Importance d'estimer la valeur de la concession	18
E.	Durée de la concession.....	19
F.	Motifs d'exclusion, conditions de sélection et critères d'attribution - Distinction 19	
G.	Motivation.....	20
1.	Législation applicable	20
a)	Loi du 29 juillet 1991	20
b)	Loi du 17 juin 2013	21

2.	Motivation stéréotypée : les offres jugées « suffisantes »	21
3.	Méthode d'évaluation des offres.....	21
4.	Insertion de sous-critères	22
5.	Neutralisation de critères.....	23
6.	Présentation orale.....	23
H.	Patere legem quam ipse fecisti	24
I.	Considérations spécifiques aux concessions de services exclues du champ d'application de la législation spécifique compte tenu de leurs valeurs.....	24
1.	Mise en concurrence	24
2.	Motifs d'exclusion et conditions de sélection.....	26
3.	Critères d'attribution.....	27
4.	Rendre applicable certaines dispositions de la législation	27
5.	Modification en cours d'exécution	27
J.	Considérations spécifiques aux concessions soumises au champ d'application de la législation relative aux contrats de concession	29
1.	Calcul des délais.....	29
2.	Communication électronique	29
3.	Modifications.....	29
a)	L'existence d'une clause de réexamen (article 62) ;.....	29
b)	L'application d'une clause de révision de prix (article 63) ;.....	30
c)	La réalisation de travaux et services complémentaires (article 64) ;.....	30
d)	L'existence d'évènements imprévisibles dans le chef de l'adjudicateur (article 65) ;	30
e)	Le remplacement du concessionnaire (article 66) ;.....	31
f)	La règle « de minimis » (article 67) ;.....	31
g)	Les modifications non substantielles (article 68).....	31
K.	Autres considérations.....	31
1.	Coopération entre pouvoirs adjudicateurs.....	31
2.	Concordat.....	32



Préambule

Le présent document reprend une compilation de diverses considérations et remarques soulevées par la Direction des Marchés publics et du Patrimoine du SPW Intérieur à l'encontre de dossiers soumis à son instruction dans le cadre de l'exercice de la tutelle ou de demandes d'avis préalable en matière de marché public et de concession de services et de travaux.

Ce recueil n'a pas pour vocation de viser de manière exhaustive toutes les remarques formulées aux pouvoirs locaux ou tous les griefs d'annulation soulevés à l'encontre des délibérations instruites ni de rappeler toutes les règles applicables aux marchés publics et aux concessions. Il doit simplement permettre d'attirer l'attention des pouvoirs locaux (essentiellement les communes, provinces et intercommunales) sur diverses erreurs, incompréhension et/ou mauvaises interprétations des principes de droit administratif et des dispositions légales et réglementaires rencontrées et ainsi leur éviter de commettre certaines illégalités et/ou les aider à assurer la sécurité juridique de leurs opérations.

Il convient de constater que les remarques reprises ci-après ont été adressées aux pouvoirs locaux dans des cas spécifiques et que, par conséquent, les pouvoirs locaux doivent les adapter au cas d'espèce concrètement rencontré.

Ce document sera mis à jour tous les ans et les modifications y apportées seront mises en exergue. Il est divisé en deux grandes parties : les marchés publics et les concessions. Néanmoins, certaines considérations émises dans le cadre d'un marché public s'appliquent *mutatis mutandis* à une concession et inversement (le présent document renvoie expressément de manière non exhaustive d'une partie à l'autre).

I. Marchés publics

A. Compétence des organes

1. Délibérations de délégation de compétences

Conformément à l'article 46 du décret du 04 octobre 2018 modifiant le code de la démocratie locale et de la décentralisation en vue de réformer la tutelle sur les pouvoirs locaux, les délibérations de délégation en vigueur avant le 1^{er} février 2019 ont pris fin de plein droit le dernier jour du quatrième mois qui suit l'installation du conseil communal ou du conseil provincial à la suite des élections du 14 octobre 2018 (pour les communes, habituellement le 30 avril 2019).

Aussi, ces délibérations ne peuvent plus fonder la compétence du collège communal. Les conseils communaux et provinciaux sont donc invités à adopter une nouvelle délibération s'ils souhaitent déléguer leurs compétences en matière de marchés publics aux collèges.

2. Avenants

En vertu de l'article L1222-4 du CDLD, il appartient exclusivement au collège communal d'apporter aux marchés publics toute modification en cours d'exécution. En conséquence, une délibération par laquelle le conseil communal approuve une modification est illégale.

3. Urgence impérieuse

En cas d'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles, le collège peut d'initiative exercer certaines compétences du conseil en matière, notamment, de choix de la procédure de passation et de fixation des conditions des marchés publics (articles L1222-3 et suivants et L2222-2 et suivants du CDLD).

Il importe que la délibération adoptée par le collège justifie formellement et adéquatement ladite urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles à la lumière des circonstances du cas d'espèce.

Compte tenu du prescrit des dispositions susmentionnées du CDLD, cette urgence ne peut être légalement justifiée lorsque les problèmes rencontrés ne sont pas apparus de manière subite mais durent, au contraire, depuis plusieurs semaines et que le collège a connaissance de cette récurrence. Ainsi, le retard de l'auteur de projet, déjà constaté dès le mois de février, ne peut constituer un événement imprévisible pour le pouvoir adjudicateur lors de l'approbation

de la procédure de passation et des conditions du marché de travaux, en juillet.

4. Renonciation à une procédure et relance du marché

En application des articles L1222-4 et L2222-2bis du CDLD, la renonciation à l'attribution d'un marché ressort de la compétence du collège au titre de sa compétence relative à l'attribution des marchés publics.

Malgré l'arrêt isolé et critiqué n°224.643 du Conseil d'Etat, la relance du marché public abandonné ressort, sauf délégation conforme, de la compétence du conseil s'agissant de l'adoption d'une nouvelle procédure de passation et d'un nouveau marché public.

B. Avis du Directeur financier

1. Absence de demande d'avis

Conformément à l'article L1124-40 du CDLD, l'avis du directeur financier pour les marchés publics ayant un impact financier ou budgétaire supérieur à 22.000 euros doit être sollicité.

Cet avis doit être écrit, préalable et motivé et, en matière de marchés publics, doit être demandé tant sur les décisions en matière de choix du mode de passation, que sur les décisions d'éventuelle relance, d'attribution ou de modifications du marché pour autant que le seuil précité soit dépassé.

2. Délai

L'article précité prévoit que le directeur financier dispose d'un délai de 10 jours ouvrables à partir de la réception du dossier contenant le projet et ses annexes pour remettre son avis.

Il n'est pas opportun de solliciter cet avis à la dernière minute, en ne respectant pas le délai prescrit.

3. Avis postérieur à la prise de décision

L'avis du directeur financier doit être préalable à la décision du conseil ou du collège.

Dès lors, il n'est pas opportun qu'il soit remis postérieurement, voire demandé postérieurement.

C. Les marchés publics exclus

1. L'attribution de missions d'entretien et d'amélioration de l'efficacité énergétique des installations d'éclairage public

En vertu des obligations de services publics confiées aux gestionnaires de réseau de distribution par le Décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité et l'AGW du 6 novembre 2008 relatif à l'obligation de service public imposée aux gestionnaires de réseaux de distribution en termes d'entretien et d'amélioration de l'efficacité énergétique des installations d'éclairage public, les gestionnaires de réseau de distribution jouissent quant à ces missions d'entretien et d'amélioration de l'efficacité énergétique des installations d'éclairage public d'un droit exclusif. Afin de respecter le prescrit de l'article 29 de la loi, il convient dès lors de considérer ses travaux comme étant des prestations accessoires de pose et d'installations.

En revanche, toute autre intervention relative aux installations d'éclairage public, telle que leur renouvellement ou l'extension du réseau d'éclairage public, devrait faire l'objet d'un marché public en bonne et due forme, sauf à faire l'objet d'un marché public passé sur base du "In House" ou à s'inscrire dans le cadre de la prestation d'activités d'achat centralisées d'une centrale d'achat du gestionnaire de réseau de distribution à laquelle le pouvoir local aura préalablement adhéré.

Il convient par ailleurs de bien distinguer la notion de droit exclusif (visée à l'article 29 de la loi du 17 juin 2016) de celle de l'exclusivité permettant de recourir à la procédure négociée sans publication préalable en invitant un unique opérateur économique à déposer offre (procédure visée à l'article 42, §1er, 1^o, d), iii, de la loi du 17 juin 2016).

2. Marchés passés sur base de l'exception "In House"

Les conditions d'application de cette exception ont été détaillées au sein de la circulaire informative du 27 juillet 2018 intitulée « Le contrôle in house visé à l'article 30 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics » et diffusée à l'ensemble des pouvoirs locaux.

Cette circulaire insiste sur les trois éléments suivants :

- les conditions d'application de l'article 30 ;
- le caractère facultatif du recours au "In House", et donc non obligatoire dans le chef de l'adjudicateur ;
- les compétences de organes délibérants (une délibération de passation relevant, sauf délégation, de la compétence du conseil et une délibération d'attribution relevant de la compétence du collège).

3. La coopération horizontale non-institutionnalisée

L'article 31 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics précise qu'un « *marché conclu exclusivement entre deux pouvoirs adjudicateurs ou plus ne relève pas du champ d'application de la présente loi, lorsque chacune des conditions suivantes est réunie :*

1° le marché établit ou met en œuvre une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun ;

2° la mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt public ; et

3° les pouvoirs adjudicateurs participants réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par la coopération. Ce pourcentage d'activités est déterminé conformément à l'article 30, § 4. »

Cette coopération doit être un partenariat basé sur des engagements (droits et devoirs) réciproques (mais pas forcément équivalents) entre les partenaires. La délégation pure et simple d'une mission par une partie à l'autre n'entraîne aucune coopération.

En d'autres termes, la coopération public-public n'est pas une simple alternative à l'exception dite « in house » lorsque, par exemple, l'intercommunale cocontractante en cause est mixte. Si « *l'idée d'une rémunération pour service presté est la base du in house ; elle est, par contre, exclusive de l'hypothèse de la coopération.* »¹.

En outre, il ne semble pas que cette rémunération puisse excéder le simple remboursement de frais engagés par d'autres partenaires à la coopération. Les transferts financiers entre les partenaires à la coopération apparaissent donc exclusifs de tout bénéfice au profit des partenaires.

Concrètement, la coopération réciproque entre les parties doit être explicite. En effet, à titre d'exemple, le simple fait pour l'un des affiliés d'une intercommunale de mettre à disposition un local dûment équipé et de rémunérer ladite intercommunale pour les services prestés apparaît insuffisant à prouver l'existence d'un véritable partenariat.

L'on se reportera utilement au récent arrêt C-429/19 de la Cour de Justice de l'Union européenne consacré à la notion de « coopération » et dégageant une exigence d'effectivité de la coopération et des critères d'appréciation d'une

¹ De Beys, B., Dubois, C., « La mutualisation des ressources publiques – Dans quelles conditions les pouvoirs publics peuvent-ils directement coopérer entre eux ? » in *Jaarboek Overheidsopdrachten 2013-2014 / Chronique des Marchés Publics 2013-2014*, Bruxelles, EBP Consulting, 2014, p. 854.

authentique coopération.

Toute coopération doit ainsi répondre à une exigence d'effectivité, excluant par-là l'ensemble des contributions réciproques consistant en de simples déclarations d'intentions ou encore dérisoires, voire sans objet.

Par ailleurs, une authentique coopération requiert l'indispensable "participation conjointe de toutes les parties à l'accord de coopération", sachant que "cette condition ne saurait être réputée satisfaite lorsque l'unique contribution de certains cocontractants se limite à un simple remboursement des frais". En effet, "si un tel remboursement des frais suffisait à lui seul à caractériser une « coopération » [...], aucune différenciation ne pourrait être établie entre une telle « coopération » et un « marché public »".

Enfin, « la conclusion d'un accord de coopération entre entités appartenant au secteur public doit apparaître comme l'aboutissement d'une démarche de coopération entre les parties à celui-ci. L'élaboration d'une coopération entre entités appartenant au secteur public présente, en effet, une dimension intrinsèquement collaborative, qui fait défaut dans une procédure de passation d'un marché public relevant des règles prévues par la directive 2014/24. Ainsi, la préparation d'un accord de coopération présuppose que les entités du secteur public qui envisagent de conclure un tel accord définissent en commun leurs besoins et les solutions à y apporter. [...] Il s'ensuit que l'existence d'une coopération entre entités appartenant au secteur public repose sur une stratégie, commune aux partenaires de cette coopération, et nécessite que les pouvoirs adjudicateurs unissent leurs efforts pour fournir des services publics ».

Notons encore que la Cour de Justice s'est clairement exprimée au sein de l'arrêt C-796/18 quant à la fourniture non conjointe de services publics par les partenaires à la coopération : « Ladite disposition se borne à évoquer une communauté d'objectifs, sans exiger la fourniture conjointe d'un même service public. En effet, ainsi qu'il ressort du considérant 33, premier alinéa, de la directive 2014/24, « [l]es services fournis par les différents pouvoirs adjudicateurs participants [à une telle coopération] ne doivent pas nécessairement être identiques ; ils pourraient également être complémentaires ». Il n'apparaît donc pas indispensable que l'activité de service public soit assurée en commun par les personnes publiques participant à la coopération. Il s'ensuit [...] qu'il autorise indifféremment les pouvoirs adjudicateurs participants à assurer, aussi bien conjointement que chacun individuellement, une mission de service public, pourvu que leur coopération permette d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun ».

D. Elaboration des documents du marché

1. Législation applicable

La législation applicable à un marché public est celle en vigueur au moment de la publication, ou à défaut de l'envoi des invitations à déposer offre, dudit marché public.

La réglementation applicable aux marchés publics publiés ou dont l'invitation à remettre offre a été envoyée à compter du 30 juin 2017 est :

- La loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ;
- L'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ;
- L'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux ;
- L'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics.

Aucun marché public publié ou dont l'invitation à remettre offre a été envoyée à compter du 30 juin 2017 ne peut plus être fondé sur la réglementation antérieure abrogée, sauf en vertu d'une disposition transitoire prévue par la nouvelle réglementation applicable.

2. Délai de réception des offres en cas de visite des lieux

En application de l'article 59, §2, de la loi du 17 juin 2016, lorsque les 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 fixés aux articles 36 à 41 de la loi et arrêtés de manière à ce que tous les opérateurs économiques concernés puissent prendre connaissance de toutes les informations nécessaires pour la formulation de leur offre.

3. Allotissement

En vertu de l'article 58, § 1^{er}, alinéa 2 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, l'allotissement d'un marché public de travaux, de services et de fournitures doit être envisagé dès lors que le montant estimé de ce marché atteint le seuil de publication européen applicable aux pouvoirs adjudicateurs fédéraux quant à leurs marchés publics de services et de fournitures (à la date de la présente mise à jour, ce seuil s'élève à 139.000 € HTVA). **En cas de non-allotissement, il convient d'en mentionner les raisons principales dans les documents du marché.**

4. Discordance entre les documents du marché

Il convient de veiller à la concordance exacte des divers documents du marché fixant les conditions de celui-ci. Une telle discordance dans les conditions du marché n'est en effet pas sans conséquence sur la suite de la procédure, pouvant entraîner une impossibilité dans le chef des soumissionnaires de remettre une offre correcte et cohérente et empêchant corrélativement l'adjudicateur de procéder à un examen des offres.

Il va de soi, en outre, que les conditions fixées au sein des documents du marché correspondent également aux conditions arrêtées par l'organe compétent.

5. Sélection qualitative et niveau minimal d'exigence

a) Généralités

La circulaire du 4 juin 2018 relative à la sélection qualitative depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et ses arrêtés d'exécution est consacrée à cette matière.

Elle rappelle en substance qu'en vertu de l'article 71 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, le pouvoir adjudicateur n'est plus tenu de fixer à la fois un critère de capacité économique et financière ainsi qu'un critère de capacité technique et professionnelle. Néanmoins, il doit assortir d'un niveau d'exigence minimal chaque critère prévu dans les documents du marché, conformément à l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

b) Chiffre d'affaires

La disposition de l'article 67, §3, alinéa 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques précise que **le chiffre d'affaires annuel minimal requis ne peut excéder le double de la valeur estimée HTVA du marché**. Ainsi, si votre marché public est estimé à 1.000.000 € HTVA, le chiffre d'affaire minimal requis ne pourra excéder 2.000.000 € HTVA.

c) Liste de références antérieures

L'exigence de précision afférente à la fixation des critères de sélection qualitative et de leur niveau minimal d'exigence recommande d'éviter l'emploi de l'adjectif "similaire" en vue de qualifier les références antérieures exigées ; ce terme n'étant pas suffisamment précis. Il est recommandé de qualifier ces références selon leur nature précise et un montant minimum ; en sus de réclamer un nombre minimum de références antérieures.

6. Agrégations multiples

Conformément à l'article 5 §7 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux, le pouvoir adjudicateur se doit, lorsque le marché comprend des travaux classés dans plusieurs (sous-)catégories, de requérir la (sous-)catégorie d'agrégation dominante, c'est-à-dire celle dont le montant représente le pourcentage le plus élevé du montant estimé du marché.

En cas d'importance relative égale de plusieurs (sous-)catégories, celles-ci peuvent être réclamées de manière alternative ; ce qui signifie que les soumissionnaires ne devront être agréés que dans l'une d'entre elles afin de répondre à l'exigence de sélection qualitative sur base de l'agrégation. Il est donc impossible de réclamer pour un même marché ou un même lot plusieurs agrégations cumulatives dans le chef des soumissionnaires au stade de la sélection qualitative.

7. Confusion entre critères de sélection et d'attribution

Les critères de sélection qualitative et les critères d'attribution ne doivent être confondus, dès lors qu'ils ont pour objectif d'apprécier des éléments d'ordre distincts. En effet, alors que les critères de sélection portent sur les capacités techniques, professionnelles, économiques et/ou financières des candidats et des soumissionnaires, les critères d'attribution visent à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse et ainsi à apprécier la valeur des offres, et non celles de la personne du candidat ou du soumissionnaire. La confusion entre ces deux ordres de critères entraîne *ipso facto* la fixation d'un critère sans lien avec l'objet de l'appréciation poursuivie et donc disproportionné.

L'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics permet toutefois de fixer un critère d'attribution relatif à l'organisation, les qualifications et l'expérience *du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque* la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché *et à condition* que ce critère ne figure pas déjà à titre de critère de sélection. Si le prescrit de l'article 81 n'impose aucune exigence de motivation formelle quant à l'usage de cette faculté, il est recommandé de conserver la motivation des conditions ci-énoncées dans le dossier administratif du projet.

8. Révision de prix non prévue

En application de l'article 38/7 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés public, une clause de révision de prix doit obligatoirement être fixée au sein des documents du marché relatif à un marché de travaux ou un marché de services visés à l'annexe 1 de cet

arrêté royal, à moins que la valeur estimée de ce marché soit inférieure à 120.000 € HTVA et que la durée d'exécution initiale soit inférieure à 120 jours ouvrables ou 180 jours calendrier.

9. Dérogation au cautionnement

Outre les hypothèses visées au paragraphe 1^{er} de l'article 25 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics, il demeure loisible, moyennant son inscription en tête des documents du marché et sa motivation formelle, de déroger à l'obligation de cautionnement en vertu de l'article 9 dudit arrêté royal.

Les adjudicateurs semblent néanmoins prompts, dans le cadre des marchés à bons de commande, à renoncer à l'avantage qui leur est pourtant offert par ce mécanisme. En effet, si dans le cadre de ces marchés à bons de commande, le cautionnement ne saurait servir à récupérer des sommes versées en contrepartie de prestations définitivement inexécutées, les prestations soumises à bons de commande étant généralement facturées après leur réception, le cautionnement agit également à titre de dédommagement forfaitaire en cas d'inexécution fautive de l'adjudicataire en suite de laquelle une mesure d'office de résiliation unilatérale a dû être adoptée par l'adjudicateur.

E. Publicité

1. Calcul du délai de publicité

L'article 167 de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics renvoie en la matière au Règlement européen n°1182/71 du conseil du 3 juin 1971 portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes.

En vertu de l'article 3 dudit règlement :

- un délai exprimé en jours commence à courir au début de la première heure du premier jour et prend fin à l'expiration de la dernière heure du dernier jour du délai ;
- les délais comprennent les jours fériés, les dimanches et les samedis, sauf si ceux-ci en sont expressément exclus ou si les délais sont exprimés en jours ouvrables ;
- si le dernier jour d'un délai exprimé autrement qu'en heures est un jour férié, un samedi ou un dimanche, le délai prend fin à l'expiration de la dernière heure du jour ouvrable suivant.

A noter que depuis la réforme des marchés publics, entrée en vigueur le 30 juin 2017, **il n'y a plus de différence de délai entre les publicités belges et européennes.**

Exemple : Ainsi, dans le cas d'un avis de marché à passer par procédure ouverte, à publier au niveau belge et/ou européen, en respectant un délai de 35 jours, si l'avis est publié le 1^{er} mars, le délai commence à courir le 2 mars et se termine au plus tôt le 5 avril à minuit. La séance d'ouverture des offres n'aura dès lors pas lieu le 5 avril mais bien le 6 avril s'il s'agit d'un jour ouvrable. Si cependant, le 5 avril est par exemple un samedi, la séance d'ouverture aura lieu au plus tôt à l'expiration du premier jour ouvrable suivant (qui est le lundi 7 avril à minuit), c'est-à-dire le mardi 8 avril.

Les délais de publicité sont maintenant réglés aux articles 36 et 37 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et aux articles 8 à 23 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

2. Déclaration implicite sur l'honneur et Document unique de marché européen

Conformément aux articles 38 et 39 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, l'usage du DUME est conditionné par l'atteinte du seuil fixé pour la publicité européenne, et non par la publicité effectivement réservée au marché public. Autrement dit, en présence d'une publication européenne volontaire réservée à un marché dont la valeur estimée HTVA n'atteint pas le seuil fixé pour la publicité européenne, le DUME ne peut en aucun cas être requis.

F. Analyse des offres

Outre les considérations détaillées ci-dessous, il est renvoyé mutatis mutandis à celles émises au point II. G et H.

1. Vérification des motifs d'exclusion - Motivation formelle

Dans la mesure où la motivation des actes administratifs doit notamment, en matière de marchés public, permettre aux opérateurs économiques d'apprécier l'opportunité d'introduire un recours à l'encontre d'une délibération relative à la sélection ou à l'attribution d'un marché public, la vérification des motifs d'exclusion doit formellement apparaître au sein du rapport d'analyse des offres ou de la délibération d'attribution, conformément à l'article 2 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. Il s'agit en effet d'une considération de fait déterminante dans le cadre de l'analyse des offres et servant de fondement à l'attribution des marchés publics, dont tout soumissionnaire doit être en mesure d'en apprécier la correcte application par les adjudicateurs.

2. Vérification des prix - Motivation formelle

Dans la même optique et alors même qu'aucun prix n'apparaît anormal, il convient à l'adjudicateur de démontrer formellement qu'il a bien été procédé à la vérification des prix, voire à leur examen en cas de prix apparemment anormaux.

Le Conseil d'Etat a développé à cet égard une jurisprudence abondante, dont l'essentiel est ainsi résumé : « *Le pouvoir adjudicateur a l'obligation de procéder d'office à la vérification des prix, pareille vérification devant lui permettre de s'assurer de ce que le prix proposé peut garantir une exécution du marché conforme aux exigences édictées par les documents dudit marché. Il ne peut en aucun cas s'abstenir de procéder à cette vérification. S'il peut être admis qu'un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indiquer dans la motivation de sa décision pourquoi un prix proposé ne présente aucun caractère normal, il n'en reste pas moins qu'il doit ressortir de la décision ou, à tout le moins, du dossier administratif qu'il a bien procédé concrètement à la vérification des prix. En indiquant que la vérification des prix est "sans objet", le rapport d'examen, que la décision d'attribution fait sien, démontre que celle-ci n'a pas eu lieu. En tout état de cause, l'estimation de la valeur du marché ne peut tenir lieu de vérification des prix* ». (C.E., 10 décembre 2019, n° 246 363)

Pour autant qu'une telle vérification des prix, ou un examen de ceux-ci, a été démontré, le Conseil d'Etat ne saurait substituer son appréciation quant à la normalité des prix d'une offre à celle de l'adjudicateur, sauf erreur manifeste d'appréciation.

3. Examen des prix et acceptation de la justification des prix – Motivation formelle

De même, en présence de prix apparemment anormaux à l'issue de l'opération de vérification des prix, il incombe à l'adjudicateur de solliciter la justification desdits prix.

Eu égard aux obligations de motivation formelle qui pèsent sur l'adjudicateur, celui-ci ne peut se contenter d'observer au sein du rapport d'analyse des offres ou de la délibération d'attribution que les justifications sont acceptables sans autres motifs. En effet, « *il ressort notamment de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques que les justifications de prix fournies par un soumissionnaire à la demande du pouvoir adjudicateur sont soumises à l'appréciation de celui-ci, laquelle appréciation suppose - notamment pour l'application de l'article 36, § 3 - un examen concret et effectif de ces justifications. La réalité et l'effectivité de cet examen doivent ressortir à suffisance de la décision d'attribution du marché ou, à tout le moins, du dossier administratif* » (C.E., 5 avril 2019, arrêt n°

244.197).

Ainsi, « lorsque le pouvoir adjudicateur confie certaines opérations - telles celles qui ressortissent à l'examen des justifications de prix - à un auteur de projet, il ne peut - sans méconnaître l'obligation d'examen effectif qui lui incombe en vertu de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017- se borner à faire sien un rapport d'examen des offres établi par cet auteur de projet et qui ne permettrait pas d'établir que celui-ci a effectivement procédé à l'examen requis » (*Ibidem*).

4. Ajout de sous-critères d'attribution et/ou de sous-pondérations

Il est renvoyé au point II.G.4 ci-après.

G. Exécution du marché

1. Modification substantielle

Il est renvoyé *mutatis mutandis* aux considérations émises au point II.J.3.g)

II. Concessions de services et de travaux

A. Qualification de l'opération

1. Concession de services et de travaux et marché public

La qualification de l'opération dépend, notamment, des desideratas du pouvoir local en ce qui concerne l'exploitation des services et/ou ouvrages en cause et, dès lors, des clauses du cahier des charges/de la convention.

L'une des principales différences entre les notions de marché et de concession réside dans le transfert du risque lié à l'exploitation. En effet, l'attribution d'une concession de services ou de travaux implique le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation lié à l'exploitation de ces travaux ou services, comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux. Le concessionnaire est réputé assumer le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou services qui font l'objet de la concession. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable.

A cet égard, il peut être utile de rappeler que l'exposé des motifs de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession préconise en cas de doute manifeste du pouvoir adjudicateur sur la qualification du contrat qu'il entend passer de faire application des règles de passation (publicité et procédure) des marchés publics.²

Les concessions de services et de travaux doivent être distingués des marchés publics. A cet égard, il est à noter :

- qu'il n'apparaît pas opportun d'utiliser les termes « marché de concession » ;
- qu'il n'existe pas, à proprement parler de « mode de passation » en matière de concession. Aussi, il n'est pas opportun de « justifier » le type de procédure choisie par une disposition applicable aux marchés publics (par exemple, en renvoyant vers l'article 89, §1, 2° de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics).

² Projet de loi relatif aux contrats de concession, Exposé des motifs, Doc. Parl., Ch. Repr., sess. Ord. 2015-2016, n°1708/001, p. 20.

2. Concession de services et de travaux et « mise à disposition »

Ici également, la qualification de l'opération dépend, notamment, des desideratas du pouvoir local en ce qui concerne l'exploitation des services et/ou ouvrages en cause et, dès lors, des clauses du cahier des charges/de la convention.

La qualification de « mise à disposition » (bail de droit commun, bail commercial, bail emphytéotique, concession domaniale, etc.) ne pourra pas être envisagée si des contraintes quant à la gestion des services/ouvrages en cause sont fixées (obligations quant aux heures d'ouverture, quant aux services proposés, quant aux tarifs pratiqués, etc.). A titre d'exemples, dans le cadre d'une simple mise à disposition, le pouvoir local ne pourra pas exiger de l'occupant (en justice) qu'il preste des services déterminés.

En ce qui concerne plus particulièrement les concessions domaniales, la doctrine souligne que *« ce qui distingue les concessions de travaux ou de services, des concessions domaniales, c'est - comme pour les marchés publics - le fait que les concessions de travaux ou de services ont pour objet de « confier » à un opérateur économique l'exécution de travaux ou la prestation et la gestion de services, destinés à servir l'intérêt public. Tel n'est pas l'objet principal des concessions domaniales, qui visent la mise à disposition d'un bien du domaine public au profit d'un opérateur économique, sans que l'affectation économique de ce bien ne serve des objectifs d'intérêt général. »*³

En d'autres termes, *« si l'objet véritable de la concession domaniale est de faire réaliser, par le concessionnaire, des (...) services qui répondent aux intérêts économiques ou besoins de l'autorité concédante, une requalification du contrat en concession de travaux ou de services est probable »*⁴

Néanmoins, *« la requalification n'aura toutefois lieu que si l'exécution de ces travaux ou la prestation de ces services constitue l'objet principal du contrat. »*⁵

L'exposé des motifs de la loi du 17 juin 2016 précitée précise que *« si la concession (autorisation) domaniale n'est qu'un élément indissociable et accessoire d'un contrat qui vise principalement, pour un adjudicateur, à confier l'exécution de travaux ou de services répondant aux exigences qu'il définit et dont il peut exiger/forcer l'exécution, contre le droit d'exploiter l'ouvrage ou les services, le contrat sera qualifié de concession au sens du*

3 Eryin, G., « Egalité, non-discrimination et transparence dans l'attribution des concessions domaniales » in *Jaarboek Overheidsopdrachten 2015-2016 / Chronique des Marchés Publics 2015-2016*, Bruxelles, EBP Consulting, 2016, p. 251.

4 Eryin, G., Op. cit., p. 256.

5 Eryin, G., Op. cit., p. 258.

présent projet »⁶.

B. Compétence des organes

Outre les remarques reprises ci-après, il est renvoyé au point I.A. ci-avant.

1. Décret du 04 octobre 2018

Le décret du 04 octobre 2018 modifiant le Code de la démocratie locale et de la décentralisation en vue de réformer la tutelle sur les pouvoirs locaux a, notamment, inséré de nouveaux articles relatifs à la compétence des organes en matière de concessions de services et de travaux (L1222-8 et L1222-9 pour les communes et L2222-2sexies et L2222-2septies pour les provinces).

2. Délégation du conseil vers le collège

a) Estimation de la valeur de la concession

Conformément aux articles L1222-8 et L2222-2sexies du CDLD, dans le cadre de l'éventuelle délégation du conseil vers le collège, la valeur de la concession correspond au montant estimé (lors du lancement de la procédure) du chiffre d'affaires à percevoir par le concessionnaire multiplié par le nombre d'années de la concession et non pas à la redevance à percevoir par le pouvoir adjudicateur.

Seule une estimation adéquate permet d'assurer la sécurité juridique de la mise en œuvre de la délégation.

b) Absence de distinction entre budget ordinaire et extraordinaire

Contrairement aux dispositions applicables aux marchés publics, les articles L1222-8 et L2222-2sexies dudit Code ne font pas de distinction entre les concessions dont les dépenses relèvent du budget ordinaire et celles dont les dépenses relèvent du budget extraordinaire.

Dès lors, le seuil prévu à ces articles en matière de délégation reste inchangé peu importe si les dépenses relèvent du budget ordinaire ou extraordinaire.

c) Stricte interprétation

Un organe ne peut fonder sa compétence sur une délégation octroyée dans le cadre de la passation des marchés publics. En effet, toute délégation doit

⁶ Exposé des motifs, Projet de loi relatif aux contrats de concession, Chambre des représentants, Doc 54, 1708/001, p. 16.

s'interpréter restrictivement en ce qu'elle constitue une dérogation au principe général. Il convient dès lors d'approuver, le cas échéant, une délégation propre aux concessions.

3. Modification du cahier des charges après sa publication

L'organe compétent (au regard des statuts de l'intercommunale, conformément au CDLD, etc.) doit adopter expressément les modifications à apporter à un cahier des charges après sa publication.

En effet, il est à noter que le Conseil d'Etat considère que :

- *« Il s'impose, par ailleurs, d'observer qu'à l'égard de décisions prises par l'organe compétent d'un pouvoir adjudicateur, et ayant notamment pour objet d'approuver le cahier des charges d'une concession et l'avis de concession destiné à être publié, la publication des documents de la concession procède de l'exécution matérielle de ces décisions. Elle requiert donc l'adoption préalable de telles décisions et - lorsque s'impose la rectification ultérieure d'informations antérieurement publiées à propos d'une concession, par l'ajout de conditions que l'organe compétent n'avait pas préalablement fixées - cette rectification doit elle-même prendre appui sur une décision régulièrement prise à cette fin par cet organe compétent »* (arrêt n° 244.389 du 03 mai 2019) ;
- *compte tenu des circonstances du cas d'espèce, « tant l'ampleur que l'importance des diverses modifications qui ont été apportées à la version du cahier spécial des charges (pondération des sous-critères d'un critère d'attribution et insertion de sous-critères pondérés dans d'autres critères d'attribution), telle qu'initialement approuvée par le comité de gestion, justifiaient que la version adaptée soit, à nouveau, soumise à l'approbation de ce comité, ce qui n'a donc pas été le cas. Sous cet aspect également, le deuxième moyen de la requête est aussi sérieux. »* (arrêt n° 234.085 du 09 mars 2016).

4. Fixation des conditions et publication de l'avis : temporalité

La publication de l'avis de concession doit intervenir postérieurement à l'adoption des conditions de ladite concession par l'organe compétent.

C. Avis du Directeur financier

L'incidence financière ou budgétaire du projet de décision communal ou provincial n'est pas déterminée par la valeur de la concession mais, notamment, par l'éventuelle redevance perçue par le pouvoir adjudicateur, l'éventuel prix payé par lui ou l'éventuelle prise en charge de frais en matière

d'eau ou d'électricité par le pouvoir adjudicateur.

Au surplus, il est renvoyé aux considérations émises au point I.B ci-avant.

D. Importance d'estimer la valeur de la concession

En ce qui concerne les concessions de services, la législation spécifique ne s'applique que si la valeur de la concession dépasse le seuil fixé à l'article 4 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession, actuellement, 5.350.000 €.

En ce qui concerne les concessions de travaux, ladite législation prévoit des dispositions spécifiques suivant la valeur de la concession en cause.

Cette valeur doit, dès lors, pour toute concession, être préalablement estimée conformément aux articles 35 et 36 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

Par ailleurs, cette valeur doit également être estimée lors de l'attribution de la concession dans la mesure où ledit article 35 prévoit que *« si la valeur de la concession au moment de l'attribution est supérieure de plus de vingt pourcent à sa valeur estimée, la valeur appropriée est la valeur de la concession au moment de l'attribution »*.

En d'autres termes, la législation prévoit que, dans l'hypothèse où l'adjudicateur n'aurait pas fait usage d'une procédure répondant aux exigences de la législation relative aux contrats de concession et où, à l'issue des négociations, la valeur de l'offre retenue dépasse de vingt pourcent l'estimation initiale et de ce fait, est égale ou supérieure au seuil financier déterminant l'application de la loi du 17 juin 2016 susvisée, l'adjudicateur est contraint d'abandonner sa procédure de passation et de relancer une nouvelle procédure.

Dans la mesure où cette estimation doit se baser sur l'offre concrètement remise par le candidat désigné, pour en faciliter l'établissement, il est utile de prévoir, dans le cahier des charges, l'obligation pour les candidats de remettre un plan financier prospectif (pour toute la durée du contrat, reconduction comprise).

Il importe de souligner que le conseil d'Etat, dans un arrêt du 06 février 2018⁷, a annulé, à la suite de l'introduction d'une requête par un soumissionnaire évincé, la délibération d'une commune relative à l'attribution d'une concession de services portant sur l'exploitation de la cafétéria du centre sportif pour 9 ans. Le conseil d'Etat a considéré qu'à défaut de pouvoir démontrer qu'une estimation avait eu lieu, la commune aurait dû respecter la

7 N° 240.673.

loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession. Le conseil d'Etat considère que la loi est applicable à moins qu'après l'estimation visée à l'article 35, il s'avère que le seuil n'est pas atteint et qu'une poursuite de l'application de la loi ne s'impose pas.

Au surplus, compte tenu des dispositions susvisées, il importe :

- que la méthode de calcul utilisée pour estimer la valeur de la concession apparaisse expressément dans les délibérations concernées ;
- qu'une estimation des éventuels subsides octroyés au concessionnaire (peu importe le pouvoir subsidiant en cause) soit prise en compte dans le cadre de l'estimation de la valeur de la concession.

E. Durée de la concession

Les concessions ne peuvent être conclues pour une durée indéterminée. Si des tacites reconductions sont prévues, il importe d'en limiter expressément le nombre.

Par ailleurs, en ce qui concerne les concessions soumises au champ d'application de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, il est à noter que l'article 37 de ladite loi précise que *« Pour les concessions d'une durée supérieure à cinq ans, la durée maximale de la concession n'excède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il recouvre les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires pour réaliser les objectifs contractuels spécifiques.*

Les investissements pris en considération aux fins du calcul comprennent tant les investissements initiaux que ceux réalisés pendant la durée de la concession. ».

F. Motifs d'exclusion, conditions de sélection et critères d'attribution - Distinction

Les motifs d'exclusion sont fondés sur la constatation objective de faits ou de comportements propres à l'opérateur économique concerné, de nature à jeter le discrédit sur son honorabilité professionnelle ou sur son aptitude économique ou financière à mener à bien les services/travaux couverts par la concession à laquelle il soumissionne.

Les conditions de sélection sont des éléments permettant de vérifier la capacité économique, financière et technique d'un opérateur économique à exécuter la concession en cause.

Les critères d'attribution sont des éléments permettant de comparer les offres

pour déterminer à quel candidat il convient d'attribuer la concession.

A cet égard, les considérations suivantes peuvent être émises :

- Il n'apparaît pas opportun de fixer, comme critère d'attribution, la transmission d'une attestation dans la mesure où le candidat doit simplement la joindre à son offre.
- L'utilisation des termes « etc. », « notamment », etc. dans les (sous)critères ou leur explication n'apparaît pas opportune. En effet, tel que rédigé, un tel critère laisse sous-entendre que d'autres éléments (non portés à la connaissance des candidats) que les (sous)critères utilisés seront pris en compte dans l'analyse des offres.

G. Motivation

1. Législation applicable

a) Loi du 29 juillet 1991

En vertu de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, tout acte administratif au sens de l'article 1^{er} – c'est-à-dire tout acte juridique unilatéral de portée individuelle (telle l'attribution d'une concession) – doit faire l'objet d'une motivation formelle, laquelle consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision.

Selon la jurisprudence du conseil d'état en la matière, cette motivation doit être claire, complète, précise, suffisante et adéquate, c'est-à-dire exacte et propre au cas dont il s'agit, afin de permettre aux intéressés de vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce. Par ailleurs, l'étendue de la motivation doit être proportionnelle à l'importance de la décision prise.

Les motifs de droit tiennent dans la mention des textes auxquels l'autorité se réfère pour prendre la décision en cause tandis que les motifs de fait sont fournis par les circonstances concrètes qui ont amené l'autorité à adopter une telle décision.

Concrètement, les motifs censés expliciter les points obtenus par chaque candidat doivent permettre de déterminer les différences qui peuvent exister entre les offres et donc entre les cotations attribuées. En d'autres termes, ils doivent permettre de comprendre les raisons pour lesquelles un candidat obtient moins de points pour tel critère qu'un autre candidat. Aussi, le rapport d'analyse doit exposer les points forts et les points faibles des offres et souligner

à suffisance leurs différences ou leurs similitudes.⁸

b) Loi du 17 juin 2013

Contrairement à la loi du 29 juillet 1991 susvisée, la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés [publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions s'applique uniquement aux concessions qui relèvent de la loi relative aux concessions.

2. Motivation stéréotypée : les offres jugées « suffisantes »

Dans un souci de sécurité juridique, il convient d'éviter de se contenter, dans le rapport d'analyse des offres et/ou dans la délibération d'attribution, de juger que les différentes offres reçues sont « suffisantes ».

En effet, dans un arrêt du 09 avril 2019, le conseil d'Etat⁹ a déjà estimé, qu'en l'espèce, la motivation formelle de l'acte attaqué était stéréotypée et non adéquate, notamment, dans la mesure où elle se limitait à indiquer que les trois soumissionnaires proposaient du personnel qualifié « en suffisance ».

A cet égard, il estime que « l'objectif d'un critère d'attribution n'est pas de déterminer si les soumissionnaires satisfont aux exigences qu'il énonce, mais d'identifier le soumissionnaire qui y répond le mieux. » (arrêt n° 244.226 du 09 avril 2019).

3. Méthode d'évaluation des offres

En ce qui concerne la méthode d'évaluation des offres, il ressort de la jurisprudence du conseil d'Etat¹⁰ que :

- dans le cadre du respect du principe d'égalité, la manière dont s'effectue l'évaluation des offres doit revêtir un caractère raisonnablement prévisible pour les soumissionnaires potentiels.

⁸ CE, arrêt du 11 juin 2013, n°223.826.

⁹ « Une telle motivation formelle se limite à indiquer que les trois soumissionnaires proposent du personnel qualifié "en suffisance", ce qui ne constitue pas une appréciation des mérites de chaque offre, que les moyens mis en œuvre sont "clairement identifiés" et que la planification des évacuations est "clairement détaillée" pour chaque site, ce qui constitue une qualité formelle de l'offre mais pas une qualité intrinsèque au regard du critère annoncé. S'il est indiqué que la différence de points attribués à la requérante et aux deux autres soumissionnaires s'explique par le fait que la planification des contrôles des eaux de rejet et des gâteaux est moins détaillée dans l'offre de cette dernière que dans celle de ses concurrentes, il n'en demeure pas moins que cette motivation, qui se limite, pour l'essentiel, à indiquer que les trois soumissionnaires répondent aux exigences formulées dans le critère concerné, est en défaut de faire apparaître une appréciation sur les éléments annoncés dans le cahier spécial des charges » (arrêt n° 244.226 du 09 avril 2019)

¹⁰ Voir, notamment, arrêts n°235.817 du 21 septembre 2016, n° 231.072 du 30 avril 2015, n° 234.235 du 22 mars 2016.

- à défaut d'indication dans le cahier des charges, la méthode d'évaluation doit pouvoir se comprendre à la lecture de la motivation de la délibération d'attribution/du rapport d'analyse, en sorte que les soumissionnaires concernés puissent s'assurer que l'évaluation des offres a été effectuée dans le respect du principe d'égalité.
- le recours ex post à une méthode d'évaluation des critères d'attribution qui n'a pas été préalablement portée à la connaissance des soumissionnaires n'est admissible que sous réserve du respect des trois conditions suivantes : le recours à cette méthode d'évaluation ne doit tout d'abord pas avoir pour effet de modifier les critères d'attribution du marché définis dans les documents du marché ou d'altérer la pondération annoncée de ces mêmes critères, notamment en ayant pour effet de privilégier le poids d'un critère sur un autre alors que cela n'avait pas été préalablement annoncé; cette méthode d'évaluation ne peut ensuite pas contenir d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation; enfin, cette méthode ne peut avoir été adoptée d'une manière qui a pour effet de prendre en compte des éléments susceptibles d'avoir un impact discriminatoire envers l'un des soumissionnaires.

4. Insertion de sous-critères

Il convient de ne pas scinder (sans le préciser dans le cahier des charges) un (sous-)critère en (sous-)sous-critère qui n'ont pas le même poids/ne valent pas le même nombre de points.

En effet, le conseil d'Etat considère que : « Il n'est pas interdit à un pouvoir adjudicateur de spécifier plus en détail un critère d'attribution préalablement porté à la connaissance des soumissionnaires, de le diviser en "rubriques", "subdivisions", et d'accorder à celles-ci une pondération. Néanmoins lorsqu'il procède de la sorte, le pouvoir adjudicateur doit veiller à assurer le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires et le principe de transparence.

Lorsqu'un pouvoir adjudicateur spécifie un critère d'attribution par exemple en "rubriques" ou "subdivisions" non annoncées dans le cahier spécial des charges ou dans d'autres documents du marché, la question qui se pose, en premier lieu, est de déterminer si celles-ci consistent en de "simples" "éléments d'appréciation" ou en réalité, en des sous-critères d'attribution. Lorsqu'une "rubrique" d'un critère d'attribution est mise en œuvre de manière systématique dans l'analyse de l'ensemble des offres et que de la même manière, une note est donnée pour chaque offre au regard de cette "rubrique", celle-ci doit être qualifiée de sous-critère d'attribution.

L'utilisation de tels sous-critères d'attribution doit se faire, comme il a été rappelé ci-dessus, dans le respect des principes d'égalité et de transparence. C'est pourquoi leur légalité n'est admise que s'ils répondent à trois conditions. Premièrement, ils ne peuvent modifier les critères d'attribution définis dans le cahier spécial des charges ou dans les autres documents du marché. En

deuxième lieu, ils ne peuvent contenir d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation. Et enfin, ils ne peuvent avoir été adoptés en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires. » (voir notamment, arrêt n° 229.009 du 03 novembre 2014 mais également arrêt n° 230.648 du 25 mars 2015).

5. Neutralisation de critères

Il convient de ne pas « neutraliser » un (sous-)critère sans motivation formelle adéquate.

En effet, le conseil d'Etat considère, en matière de marché public, que : « même si un élément préalablement annoncé dans les documents du marché, au titre de critère ou de sous-critère d'évaluation, apparaît par la suite comme étant illégal a posteriori (...) ou non pertinent (...), le pouvoir adjudicateur ne peut tout simplement pas se contenter de "neutraliser" ledit critère ou sous-critère lors de la procédure d'évaluation des offres, car il ne peut, en effet, pas être purement et simplement préjugé de l'influence que l'élément ainsi "neutralisé" pourrait avoir sur la nouvelle organisation des critères et sous-critères d'attribution du marché qui résulte de cette "neutralisation". Il appartenait, en conséquence, à la partie adverse d'établir, d'une part, que l'"élément" litigieux pouvait être "neutralisé" en cours de procédure d'évaluation et, d'autre part, que cette "neutralisation" n'avait aucune influence sur la poursuite de l'analyse des offres, en ce que l'élément ainsi "neutralisé" ne permettait, en tout état de cause, pas de valoriser une offre plutôt que l'autre. » (arrêt n° 237.907 du 06 avril 2017).

6. Présentation orale

Si une présentation « orale » des offres peut être prévue, il est cependant nécessaire que, comme en matière de marchés publics, les pouvoirs locaux suivent la procédure suivante :

1. Ils sollicitent l'envoi d'une offre écrite,
2. Ils demandent aux soumissionnaires de défendre oralement leurs offres,
3. Ils attribuent des points quant aux projets des candidats sur base du document écrit et de la défense orale.

En effet, il n'apparaît pas opportun de coter séparément l'écrit d'une offre et sa défense orale. Par ailleurs, le fait qu'un candidat est « plus convaincant » à l'oral et qu'il « vend bien son projet » n'apparaît pas être un motif adéquat permettant de déterminer l'offre la plus avantageuse pour le pouvoir adjudicateur.

H. Patere legem quam ipse fecisti

En vertu du principe « patere legem quam ipse fecisti », le pouvoir adjudicateur est tenu de respecter les règles qu'il a lui-même fixées dans le cahier des charges :

- Il convient de vérifier que le candidat ne se trouvait pas dans un des cas d'exclusions y visés.
- A défaut d'avoir indiqué dans les documents de concession qu'il s'est donné un pouvoir d'appréciation quant à la transmission imposée sous peine d'irrecevabilité de divers documents, un pouvoir adjudicateur ne peut décider de déclarer recevable les candidatures pour lesquelles tous les documents sollicités n'ont pas été transmis.
- Dans la mesure où le cahier des charges spécifie que la concession en cause sera attribuée au candidat dont la proposition sera la plus intéressante sur base de critères fixés par le pouvoir adjudicateur dans ledit cahier des charges, il n'est pas opportun de tenir compte du fait qu'un candidat n'a pas exécuté la précédente concession en respectant son offre rendue dans le cadre de la précédente procédure.

En effet, un tel fait ne permet pas d'évaluer l'offre rendue dans le cadre de ladite procédure.

I. Considérations spécifiques aux concessions de services exclues du champ d'application de la législation spécifique compte tenu de leurs valeurs

1. Mise en concurrence

De manière générale, dans le cadre de l'attribution de leurs contrats (en ce compris l'attribution des concessions de services et de travaux exclues du champ d'application de la législation susmentionnée relative aux contrats de concession), les pouvoirs locaux sont tenus notamment de respecter en fonction du cas d'espèce :

- les grands principes de droit administratif tels notamment les principes d'égalité et de non-discrimination issus des articles 10 et 11 de la Constitution.
- les principes généraux de l'égalité de traitement, de la non-discrimination et de la transparence issus des articles 49 et 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne lorsque l'opération projetée vise à attribuer un contrat à un opérateur économique et présente un intérêt transfrontalier certain.

Conformément à la jurisprudence constante de la Cour de Justice de l'Union européenne, il ressort de ce principe de transparence que, sauf motivation adéquate, un degré de publicité adéquat, permettant d'assurer que les opérateurs économiques intéressés puissent manifester leur intérêt, doit être assuré.

En ce qui concerne l'intérêt transfrontalier certain, la doctrine¹¹ précise :

- o « qu'en pratique, cette exigence est facilement satisfaite » ;
- o qu'il suffit d'un « quelconque intérêt, même potentiel, pour des entreprises établies dans d'autres Etats membres » ;
- o que la Cour de Justice de l'Union européenne « se contente d'un intérêt hypothétique » dans la mesure où il n'est pas « requis qu'un opérateur économique ait effectivement manifesté son intérêt »¹².

Cet intérêt peut découler¹³ (sans que ces éléments soient nécessairement cumulatifs) de :

- o l'importance économique de la convention projetée ;
- o la localisation de l'opération qui serait propice à attirer l'intérêt d'opérateurs étrangers (région frontalière). A cet égard, la « configuration géographique » de la Belgique est telle que les pays frontaliers sont relativement proches ;
- o la complexité technique du contrat.

Si, selon les circonstances du cas d'espèce, il est parfois possible de consulter directement (sans mesures de publicité) un nombre limité d'opérateurs, il ne pourra jamais être reproché à un pouvoir adjudicateur d'avoir effectué des mesures de publicité adéquates permettant à tout opérateur économique de remettre une offre.

Aussi, dans un souci de sécurité juridique, à défaut de jurisprudence spécifique, il ne peut qu'être conseillé de procéder à la mise en concurrence de ce type de concession par le biais de mesures de publicité adéquates.

Effectuer des mesures de publicité permet :

- de s'assurer du respect de l'intérêt général et, dans certains cas, de l'intérêt financier du pouvoir local en ce que ces mesures entraînent la possibilité d'obtenir une meilleure offre ;

11 V. HATZOPOULOS, « Du principe de non-discrimination (au niveau européen) au principe de bonne administration (au niveau national) ? », C.D.E., 2016/1, pp.317 et 318.

12 C.J.U.E., arrêt C-221/12 du 14 novembre 2013, point 31. La Cour ajoute : « Il en est spécialement ainsi lorsque, comme dans le cadre de l'affaire au principal, le litige porte sur l'absence de transparence ayant entouré la convention en cause. En effet, dans un tel cas, les opérateurs économiques établis dans d'autres États membres n'ont pas de réelle possibilité de manifester leur intérêt à obtenir cette concession ».

13 Voir notamment : CJUE, arrêt C-65/17, Oftalma Hospital Srl, 17 avril 2018, point 40.

- de se prémunir, dans une certaine mesure, contre d'éventuelles réclamations.

La publicité effectuée (durée, diffusion, etc.) doit également être adéquate, c'est-à-dire adaptée au cas d'espèce, à la localisation géographique du pouvoir adjudicateur (proximité de frontières), à l'intérêt que peut avoir la concession envisagée pour d'éventuels candidats, etc.

La durée de la publicité doit être suffisante pour permettre aux candidats intéressés de remettre une offre et doit donc être déterminée en fonction des circonstances du cas d'espèce.

Quels que soient les vecteurs de publicité utilisés, il apparaît que l'avis de concession doit mentionner les éléments essentiels (objet de la concession, date ultime et mode de remise des offres, conditions essentielles de la concession, etc.). Il peut également renvoyer à une personne de contact au sein du pouvoir adjudicateur pour tout renseignement utile notamment quant aux conditions de la concession. Pour limiter les frais, la publicité réalisée dans les journaux peut en outre renvoyer au(x) site(s) internet choisi(s).

2. Motifs d'exclusion et conditions de sélection

Si aucune procédure n'étant imposée légalement pour l'attribution de concessions de services qui ne sont pas soumises à la loi du 17 juin 2016, les pouvoirs adjudicateurs sont libres d'organiser, dans le respect des grands principes de droit administratif, la procédure comme ils le souhaitent, sans formalisme particulier.

Néanmoins, il y a lieu de constater que prévoir des motifs d'exclusion et des conditions de sélection dans un document de concession peut s'avérer intéressant/utile. A cet égard, il est renvoyé au point II.F ci-avant

Par ailleurs, il importe de préciser expressément les documents qui doivent être transmis par les candidats (ou le concessionnaire pressenti en cas de déclaration sur l'honneur) afin de permettre au pouvoir adjudicateur de vérifier que ceux-ci ne se trouvent pas dans un des cas d'exclusion visés.

En ce qui concerne plus particulièrement les motifs d'exclusion liés aux paiements des cotisations de sécurité sociale, de la TVA et des impôts, il convient de constater qu'à défaut d'application de la législation relative aux marchés publics ou aux contrats de concession, en précisant – sans plus de précision – que le candidat doit être en règle quant aux paiements des cotisations de sécurité sociale, de la TVA et de ses impôts, le pouvoir adjudicateur impose que le candidat ne soit redevable d'aucune somme envers ces administrations/organismes.

Or, en règle générale, ces administrations/organismes rendent (notamment via l'application Télémarc) une attestation précisant que le candidat n'est pas

redevable d'une somme supérieure à 3.000 euros. En d'autres termes, elles ne permettent pas de déterminer si le candidat satisfait – entièrement – à ses obligations relatives au paiement de ses taxes et impôts.

En effet, lesdites attestations correspondent à celles qui sont transmises dans le cadre d'une procédure d'attribution d'un marché public soumis à la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ou d'une concession soumise à la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession. Les différentes dispositions précisent que le candidat ou le soumissionnaire est en règle s'il n'a pas de dette en cotisations ou de dette fiscale à l'égard du SPF Finances supérieure à 3.000 euros.

Par conséquent, dans un souci de clarté, il convient, dans le cahier des charges, soit de mentionner clairement que le candidat ne doit pas être redevable d'une somme supérieure à 3.000 euros, soit d'attirer l'attention des candidats sur le fait que l'attestation qu'ils devront rendre doit explicitement mentionner que le candidat ne doit être redevable d'aucune somme.

3. Critères d'attribution

Dans un souci d'obtenir des offres qui répondent au mieux aux attentes du pouvoir adjudicateur et afin de motiver plus aisément/adéquatement l'attribution de la concession de services ou de travaux, il importe de fixer, dans le cahier des charges, des critères d'attribution et de les expliciter.

4. Rendre applicable certaines dispositions de la législation

Il n'est pas opportun de renvoyer – sans plus d'explication – vers certains articles de la législation relative aux contrats de concession et/ou aux marchés publics (lorsque celle-ci ne s'applique pas). En effet, une telle pratique manque de clarté pour les candidats dans la mesure, notamment, où certaines de ces dispositions renvoient vers d'autres non visées dans le cahier des charges en cause (la question de leur application pose, dès lors, question), utilisent des notions non définies dans le cahier des charges, etc.

Il est, dès lors, préférable de reprendre, *in extenso*, les éventuelles dispositions (adaptées au cas d'espèce) qu'un pouvoir adjudicateur voit appliquer à la concession de services à conclure.

5. Modification en cours d'exécution

A défaut d'application d'une législation spécifique, s'il est possible de modifier un contrat de concession de service en cours d'exécution, il importe d'être très prudent.

En effet, excepté l'application d'une clause de réexamen claire, précise et sans équivoque prévue dans le cahier des charges, cette modification ne doit

pas être substantielle, en quel cas, il s'agit d'un nouveau contrat nécessitant de relancer une procédure d'attribution.

Plus particulièrement, le conseil d'Etat (n° 236.642 du 1er décembre 2016) a déjà affirmé que : « s'il n'y a pas lieu, pour évaluer leur caractère "substantiel", d'examiner les modifications querellées à la lumière des critères retenus par l'article 43, paragraphe 4, de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, cette directive n'étant pas applicable en la cause actuellement examinée, ces modifications peuvent être confrontées aux indices identifiés par la Cour de justice de l'Union européenne, notamment dans l'arrêt *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH* prononcé le 19 juin 2008, en l'affaire identifiée sous la référence C-454/06, arrêt maintes fois évoqué à l'audience et dont l'enseignement – certes développé à propos des marchés publics de services – est, dans une large mesure, transposable aux concessions de services, ainsi que cela ressort – du reste – de l'arrêt *Wall AG*, prononcé par la même juridiction le 13 avril 2010, en l'affaire identifiée sous la référence C-91/08.

Pour rappel, les extraits pertinents de cet arrêt se lisent comme suit :

"34 En vue d'assurer la transparence des procédures et l'égalité de traitement des soumissionnaires, des modifications apportées aux dispositions d'un marché public pendant la durée de sa validité constituent une nouvelle passation de marché au sens de la directive 92/50 lorsqu'elles présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial et sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce marché (voir, en ce sens, arrêt du 5 octobre 2000, *Commission/France*, C 337/98, Rec. p. I-8377, points 44 et 46).

35 La modification d'un marché public en cours de validité peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue.

36 De même, une modification du marché initial peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus. [...].

37 Une modification peut également être considérée comme substantielle lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial ».

J. Considérations spécifiques aux concessions soumises au champ d'application de la législation relative aux contrats de concession

1. Calcul des délais

Le délai de réception des offres commence à courir le lendemain du jour de l'envoi de l'invitation à présenter une offre et l'ouverture des offres doit avoir lieu, au plus tôt, le lendemain du dernier jour du délai conformément à l'article 60 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession renvoyant au Règlement CEE, Euratom n°1182/71. En ce qui concerne ce dernier, il est renvoyé aux considérations émises au point I.E.1.

2. Communication électronique

En ce qui concerne les moyens de communication utilisés, l'article 32 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession prévoit « ...*les adjudicateurs utilisent, sauf les cas fixés par le Roi, des moyens électroniques pour toutes les communications et tous les échanges d'informations avec les opérateurs économiques, candidats, soumissionnaires et concessionnaires...* ».

L'article 14 de l'Arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession mentionne les cas dans lesquels les adjudicateurs ne sont pas tenus d'utiliser des moyens électroniques.

Aussi, le choix de ne pas recourir à des moyens de communication électroniques – en, par exemple, n'imposant pas, dans le cahier des charges, que les offres ou demandes de participation soient remises/déposées par voie électronique - doit pouvoir se justifier au regard d'un des cas prévus à l'article 14 de l'Arrêté royal susmentionné.

3. Modifications

Les concessions soumises au champ d'application de cette législation spécifique ne peuvent être modifiées sans une nouvelle procédure de passation que dans les cas prévus aux articles 62 à 68 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession à savoir :

a) L'existence d'une clause de réexamen (article 62) ;

La modification d'une concession en cours d'exécution peut être envisagée dans le cadre d'une clause de réexamen pour autant qu'elle ait été prévue dans le cahier des charges/contrat initial et ce, dans le respect du prescrit de l'article 62 de l'arrêté royal susmentionné.

Il est à noter que la clause du cahier des charges/contrat à appliquer doit être claire, précise et sans équivoque et doit indiquer le champ d'application et la nature des modifications possibles ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. Par ailleurs, la nature globale de la concession ne doit pas être modifiée par exemple en remplaçant les travaux ou services à exécuter par quelque chose de différent ou en modifiant fondamentalement le type de concession.

En l'espèce, il convient de s'assurer que la clause telle que rédigée dans le cahier des charges/contrat s'applique concrètement à la situation particulière en cause. En d'autres termes, une clause présentant une portée trop générale peut ne pas être applicable.

- b) L'application d'une clause de révision de prix (article 63) ;
- c) La réalisation de travaux et services complémentaires (article 64) ;
- d) L'existence d'évènements imprévisibles dans le chef de l'adjudicateur (article 65) ;

Le rapport au Roi dudit arrêté royal précise que cette notion de circonstances imprévisibles « renvoie à des circonstances qu'un adjudicateur, bien qu'ayant fait preuve d'une diligence raisonnable lors de la préparation de l'attribution initiale, n'aurait pu anticiper compte tenu des moyens à sa disposition, de la nature ou des caractéristiques du projet, des bonnes pratiques du secteur et de la nécessité de mettre dument en cohérence les ressources employées pour préparer l'attribution de la concession avec sa valeur prévisible (considérant 76 de la directive 2014/23/UE) ». Le caractère imprévisible de la circonstance qui permet de modifier la concession est donc à évaluer « *in concreto* ».

En pratique, il conviendra de motiver adéquatement et donc concrètement une éventuelle modification, compte tenu de la concession en cause, du fait que la modification est rendue nécessaire par les circonstances, que la modification envisagée ne modifie pas la nature globale de la concession et que l'augmentation qui en résulte n'est pas supérieure à cinquante pour cent du montant initial de la concession.

Il est à noter qu'un « avis de modification » devra être publié (sauf s'il s'agit de modifier une concession de travaux dont la valeur estimée est inférieure à 5.350.000 euros).

- e) Le remplacement du concessionnaire (article 66) ;
- f) La règle « de minimis » (article 67) ;

La modification d'une concession en cours d'exécution peut être envisagée dans le respect de l'article 67 de l'arrêté royal susmentionné.

Cette hypothèse - qui vise les modifications de valeur financière mineure pour autant qu'elles ne changent pas la nature globale de la concession - ne peut être envisagée que si le montant de la modification est inférieur à 5.350.000 € et à dix pour cent du montant de la concession initiale. Il est à noter que par « modification », cette disposition vise tant une diminution qu'une augmentation de valeur.

- g) Les modifications non substantielles (article 68).

La modification d'une concession en cours d'exécution peut également être envisagée dans le respect de l'article 68 de l'arrêté royal susmentionné si la modification peut être considérée comme non substantielle.

En l'occurrence, il conviendra de démontrer que la modification :

- n'introduit pas 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 de la concession ;
- ne modifie pas l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue dans la concession initiale ;
- n'élargit pas considérablement le champ d'application de la concession.

Le caractère substantiel ou non de la modification envisagée dépend des circonstances spécifiques du cas d'espèce et doit, dès lors, être adéquatement et concrètement motivée.

K. Autres considérations

1. Coopération entre pouvoirs adjudicateurs

L'article 10 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession précise que : « *Un contrat conclu exclusivement entre deux pouvoirs adjudicateurs ou plus ne relève pas du champ d'application de la présente loi, lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :*

- 1° *le contrat établit ou met en œuvre une coopération entre les pouvoirs*

adjudicateurs participants dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun ;

2° la mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt public ; et

3° les pouvoirs adjudicateurs participants réalisent sur le marché concurrentiel moins de vingt pourcents des activités concernées par la coopération. Ce pourcentage d'activités est déterminé conformément à l'article 9, § 4. »

L'exposé des motifs de la loi concession précise, notamment, que : « Pour que ces trois conditions soient remplies, indique le considérant 47 de la directive 2014/23/UE, "il convient que la coopération soit fondée sur la notion de coopération. Cette coopération n'exige pas que tous les pouvoirs participants se chargent de l'exécution des principales obligations contractuelles, pour autant que l'engagement ait été pris de coopérer à l'exécution de la mission de service public en question" ».

Il est renvoyé au point I.C.3 repris ci-avant.

2. Concordat

Le concordat a fait place à la réorganisation judiciaire depuis la loi du 31 janvier 2009 sur la continuité des entreprises (voir actuellement le Code de droit économique). Par ailleurs, il importe de rappeler que l'article XX.56 du code susmentionné précise notamment que : « § 1^{er}. Nonobstant toutes stipulations contractuelles contraires, la demande ou l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire ne met pas fin aux contrats en cours ni aux modalités de leur exécution.

Le manquement contractuel commis par le débiteur avant que le sursis ne soit accordé ne peut fonder le créancier à mettre fin au contrat lorsque le débiteur met fin à son manquement en s'exécutant dans un délai de quinze jours après qu'il a été mis en demeure à cette fin par le créancier sursitaire. »