Les procédures électroniques et le DUME

Camille de BUEGER et Sophie JACQUES

❖ Les procédures électroniques

Directive européenne : principe de base

Les moyens électroniques d'information et de communication permettent de **simplifier** considérablement la publicité des marchés publics et de rendre les procédures de passation de marché plus efficaces et transparentes. Ils devraient devenir les moyens de communication et d'échange d'informations usuels dans les procédures de passation de marchés, car les possibilités pour les opérateurs économiques de prendre part à des procédures de passation de marché dans l'ensemble du marché intérieur s'en trouvent considérablement accrues

Cons. 52 de la directive 2014/24

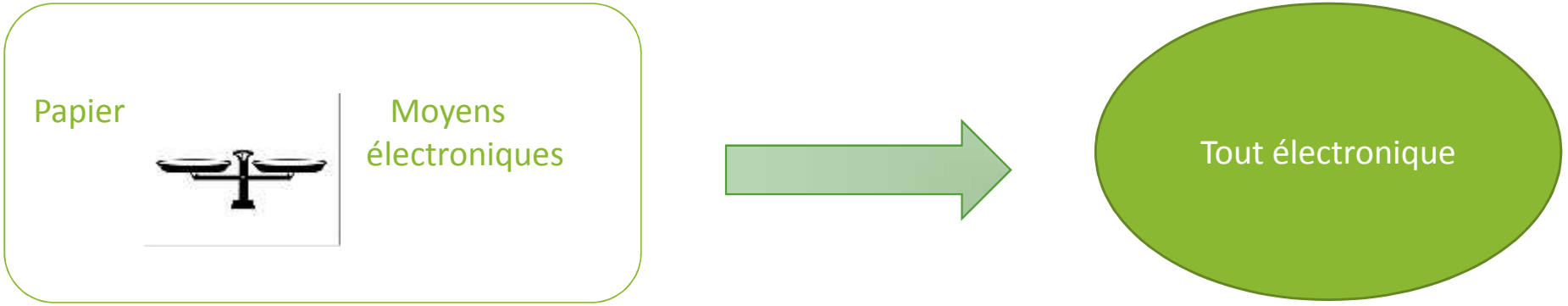
Belgique : historique, principes et exceptions

1. Historique
2. Principe : Art. 14 de la loi du 17 juin 2016
3. Les quatre exceptions au principe
4. Garanties minimales
5. Virus et macros
6. Entrée en vigueur

1. Historique

- Arrêté royal du 18 février 2004 modifiant, en ce qui concerne l'interdiction d'accès certains marchés et l'introduction de moyens électroniques, un certain nombre d'arrêtés royaux pris en exécution de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.*, 27 février 2004.

- et Arrêté royal du 29 septembre 2009 modifiant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et certains arrêté royaux prix en exécution de cette loi, *M.B.*, 2 octobre 2009.



2. Principe : (Art. 14 Loi)

Les **communications et les échanges d'informations** entre l'adjudicateur et les opérateurs économiques, y compris la transmission et la réception électronique des offres, visées au paragraphe 7, doivent, à tous les stades de la procédure de passation, être réalisés par des moyens de communication électroniques

3. Les quatre exceptions au principe (Art. 14 §2-5 Loi)

i. Par nature ou en fonction de la valeur

ii. En raison du caractère sensible des informations

iii. Communication orale des éléments autres qu'essentiels

iv. Mise à disposition d'autres moyens appropriés

4. Garanties minimales (Art. 14 § 7 Loi)

Les plateformes électroniques doivent au moins garantir :

* l'heure et la date exactes ;

* personne ne pouvant avoir accès aux données transmises ;

* personnes autorisées

* Il peut être raisonnablement garanti que les violations ou tentatives de violation sont clairement détectables.

5. Virus et macros (Art. 45 AR Passation)

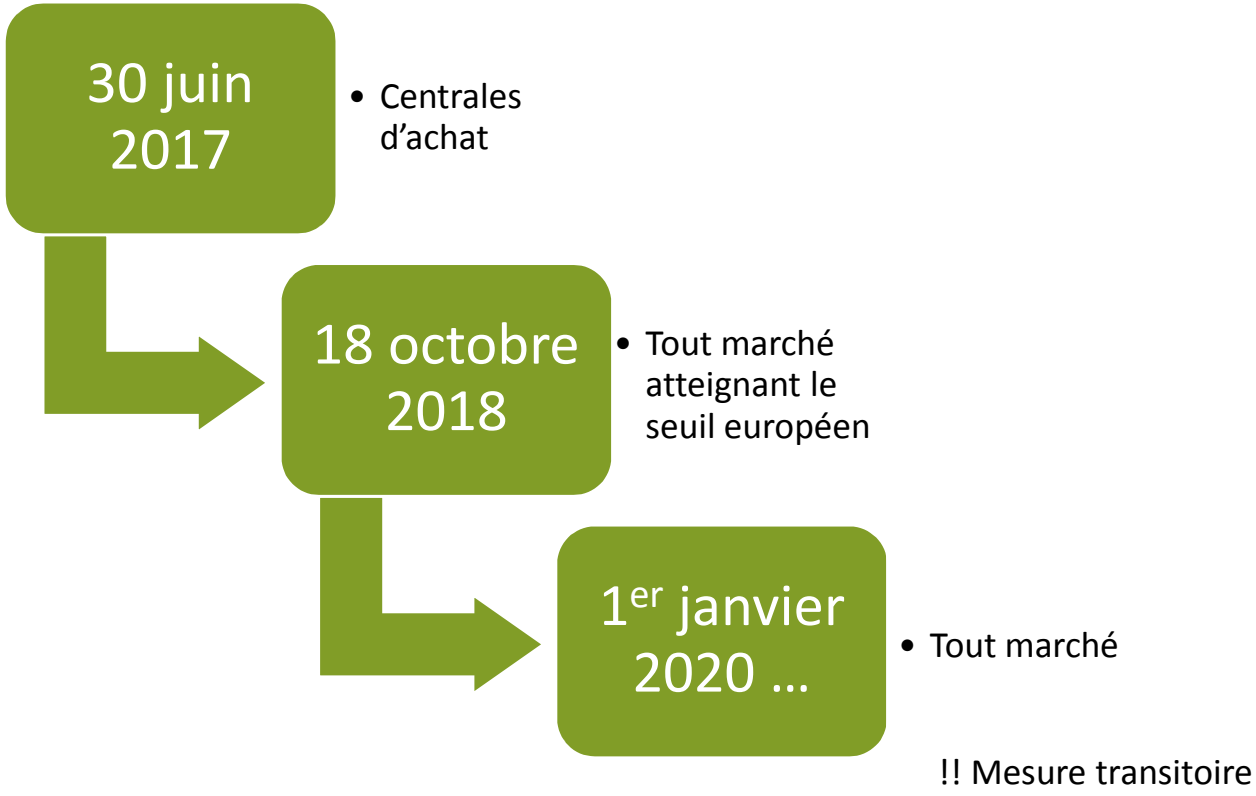
Si V & M → archivage de sécurité

Si nécessité technique → la demande de participation ou l'offre, avec V ou un M, peut être réputée ne pas avoir été reçue et être rejetée

→ Le soumissionnaire sera alors informé.

6. Entrée en vigueur

(Art. 132 AR Passation)



!! Mesure transitoire

L’utilisation des moyens électroniques dans les différentes phases d’attribution

1. L’accès aux documents du marché
2. Invitation à soumissionner
3. Dépôt des demandes de participation et des offres
4. L’attribution des marchés

1. L'accès aux documents du marché : Art. 64 de la Loi MP

Le principe : accès gratuit, sans restriction, complet et direct par moyens électroniques.

L'exception :

- Pas possible ni obligatoire → autres moyens.
  Dans ce cas :
  - l'accès doit être gratuit.
  - + 5 jours (sauf urgence).
- Confidentialité des informations:
  - Dans l'avis : mesures prises et modalités d'accès ;
  - + 5 jours (sauf urgence).

Le Cahier Spécial des Charges: Publication en même temps que l'avis de marché.
Quid si procédure en deux phases?

2. Invitations à soumissionner dans une procédure avec publicité en deux phases

+ adresse électronique

  Ou les invitations sont accompagnées des documents du marché, lorsque ceux-ci ne font pas l'objet d'un accès gratuit, sans restriction, complet et direct, et qu'ils ne sont pas déjà mis à disposition par d'autres moyens.

  Loi du 17 juin 2016 : art.65

3. Dépôt des demandes de participation et des offres

Invitation des candidats sélectionnés à introduire une offre ou à participer

→ Informations obligatoires & Modalités d'introduction (AR 18 avril 2017 : art. 53 à 55)

Possibilité de créer un Forum de Questions et Réponses

→ **Le « rapport de dépôt »:** Art. 42 AR 18 avril 2017

Procédures en une phase vs Procédures en plusieurs phases:

Procédure négociée sans publication préalable

!! Si modifications ou retrait d'offre avant ouverture (Art. 43 §2 AR Passation)

3. Dépôt des demandes de participation et des offres

Signatures des documents :

Attention, si Personne morale → signature des documents par les personnes compétentes conformément au droit des sociétés et les statuts [càd. aux personnes compétentes pour représenter ou engager la personne morale (≠ gestion journalière - voir not. C.E., arrêt n° 242.177 du 3 août 2018)].

Si mandat: doit être établi par les personnes compétentes pour signer.

→ A joindre : le mandat & les documents justifiant de la compétence des signataires.

Art. 44 §2 AR Passation

Csq. : irrégularité substantielle de l'offre

C.E., arrêt n° 236.865 du 21 décembre 2016;

C.E., arrêt n° 225.859 du 17 décembre 2013.

Art. 76 de l'AR Passation

3. Dépôt des demandes de participation et des offres

➔ Indisponibilité des plateformes électroniques ; le PA en a connaissance :

Reporter l'heure et la date ultime du dépôt.

Report:

- d'au moins six jours pour les marchés < seuils européens et
- d'au moins huit jours pour les marchés = ou > aux seuils.

En cas de report, le PA procède à une publication adaptée communiquant la nouvelle date de dépôt.

Autre indisponibilité ?

AR passation : art. 57 §1er

➔ C.E., arrêt n° 240.186, 14 décembre 2017: !! Obligation du PA de vérification.

4. Le PV d'ouverture des offres (art. 83 et s. AR Passation)

Ordre des opérations :

- les offres sont déposées électroniquement sur la plateforme ;
- il est procédé à l'ouverture de toutes les offres introduites ;
- 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.

3 possibilités laissées au PA :

- procès-verbal visible pour l'ensemble des utilisateurs de la plateforme ;
- procès-verbal visible uniquement pour les soumissionnaires ;
- Ne pas communiquer activement le procès-verbal.

4. L'attribution des marchés - Notification de la décision

Fax / courrier électronique/ plateformes électroniques et courrier recommandé
→ concerne les marchés > seuils européens mais aussi les marchés entre 135.000 € et le seuil européen.

+ voies de recours, leurs délais et les instances compétentes et, à tout le moins, par une référence explicite aux articles 14, 15, 23 et 24 de la loi du 17 juin 2013.

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

Loi du 17 juin 2013 : art. 9/1

Questions Pratiques

https://enot.publicprocurement.be

Publication des avis de marché

Bulletins des Adjudications intégré

Consultation des avis de marché

https://eten.publicprocurement.be/etendering/home.do

Dépôt des offres / demandes de participation

Ouverture des offres et des demandes de participation
→ Création d'un PV d'ouverture des automatique

https://ecat.publicprocurement.be/ecat/home.action

Gestion des dossiers et des catalogues associés en lignes

Commande et mise à disposition des catalogues de produits

https://eaward.publicprocurement.be/eawa/home.action

Procédure d'évaluation et d'attribution de manière électronique + suivi

Classement de chaque nouvelle enchère

Document Unique de Marché Européen (DUME)

1. Introduction au DUME
(art. 73 L. et art. 38 à 40 AR passation)

- **Déclaration sur l'honneur** acceptée par le PA à titre de preuve *a priori* en lieu et place des documents ou certificats délivrés par des autorités publiques ou des tiers pour confirmer que le candidat ou soumissionnaire concerné :
  - n'est pas dans un cas d'exclusion
  - répond aux critères de SQ
  - que, le cas échéant, il respecte les règles et critères objectifs relatifs à la réduction du nombre de candidats

- Uniquement d'application pour les marchés dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils €

  - certains cas > seuils € : procédure négociée sans publication préalable

Composition du DUME

Partie I. Informations concernant la procédure de passation de marché et le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice.

- Informations automatiquement récupérées

Partie II. Informations concernant l'opérateur économique.

Partie III. Critères d'exclusion:

A. Motifs liés à des condamnations pénales .
B. Motifs liés au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale .
C. Motifs liés à une insolvabilité, à des conflits d'intérêts ou à une faute professionnelle .
D. Autres motifs d'exclusion pouvant être prévus par le droit interne de l'État membre du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice.

Partie IV. Critères de sélection :

a. Indication globale pour tous les critères de sélection.

A. Adéquation.

B. Capacité économique et financière.

C. Capacités techniques et professionnelles.

D. Dispositifs d'assurance de la qualité et normes de gestion environnementale.

Partie V. Réduction du nombre de candidats qualifiés

Partie VI. Déclarations finales.

2. PA : lignes directrices à définir

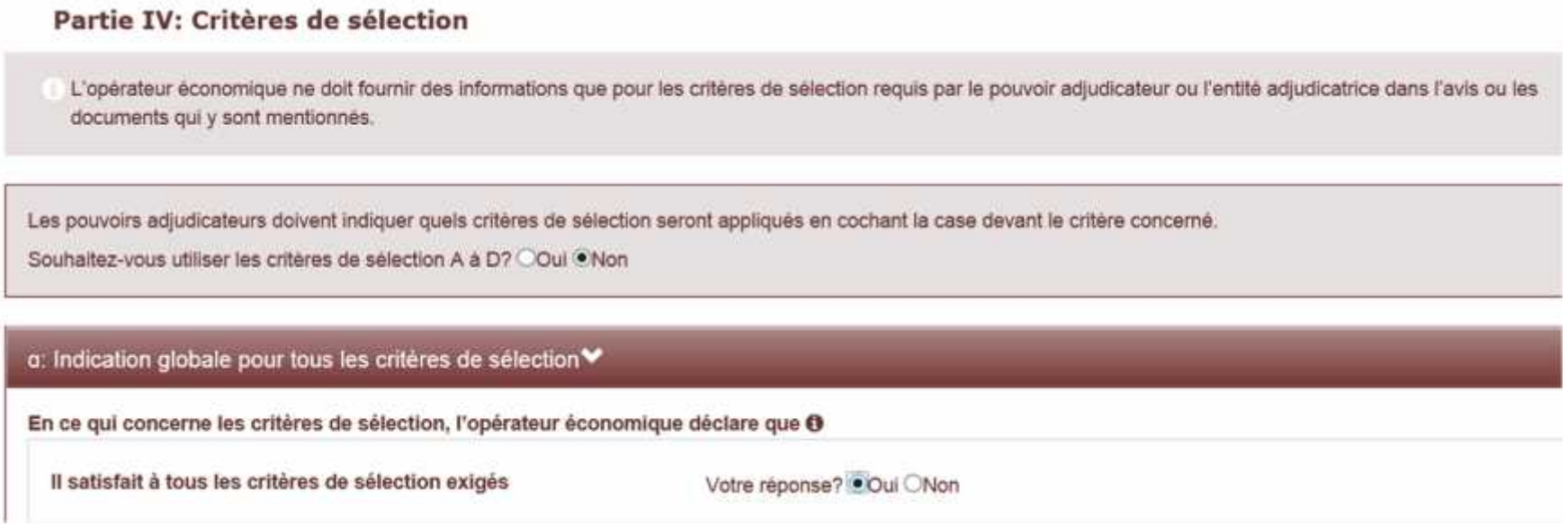
- PA : lignes directrices :
  - Indiquer clairement les informations à fournir dans le DUME
  - Déclarer expressément si les informations visées dans les parties II (informations concernant l'opérateur économique) et III (motifs d'exclusion) doivent ou non être fournies en ce qui concerne les sous-traitants aux capacités desquels l'OE n'a **pas** recours

- Où :
  - Dans l'avis de marché
  - Ou références dans celui-ci à d'autres parties des documents de marché
  - Ou directement dans une version électronique du DUME

En pratique: pour le PA, tjs autant d'informations à communiquer dans les documents du marché

Choix à opérer

- Pour ce qui concerne la partie du DUME relative aux critères de sélection, le PA peut au choix décider :
    1. de demander aux opérateurs économiques de compléter des informations précises ou
    2. « Indication globale pour tous les critères de sélection » (tjs pour les services de l'annexe III)



C. Capacité technique et professionnelle
L'article 58, paragraphe 4, de la directive 2014/24/UE définit les critères de sélection suivants:
Pour les marchés de travaux: exécution des travaux du type spécifié
Uniquement pour les marchés publics de travaux: Pendant la période de référence, l'opérateur économique a exécuté les travaux du type spécifié qui suivent: Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger jusqu'à cinq années et accepter l'expérience datant de plus de cinq ans.
Plus d'informations »
Description
Montant
EUR (Euro)
Date de début
Date de fin
Bénéficiaires
Les pouvoirs adjudicateurs peuvent-ils accéder gratuitement à ces informations dans une base de données d'un État membre de l'UE? Oui Non

3. Candidat/soumissionnaire : dépôt du DUME

Lors du dépôt des demandes de participation ou d'offres :

les candidats ou soumissionnaires produisent

le DUME de manière électronique :

- https://ec.europa.eu/tools/espd/filter?lang=fr

ou

- https://dume.publicprocurement.be/

Un DUME par lot

Marché divisé en lots et les critères de sélection varient selon les lots :

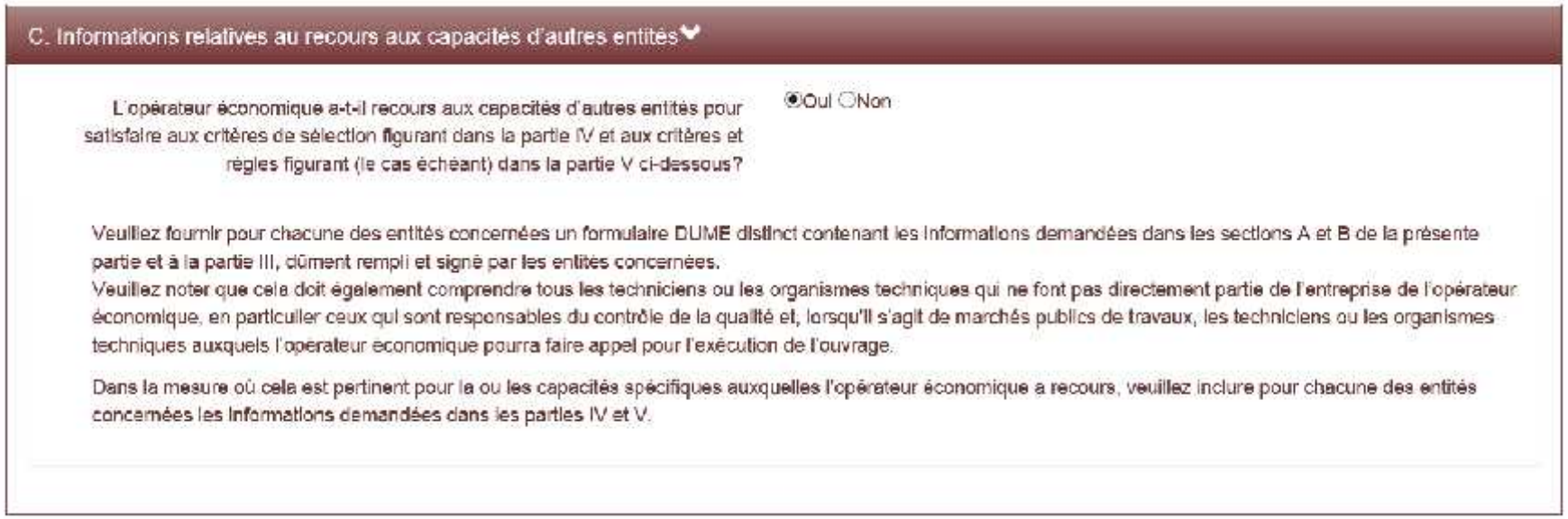
- un DUME devrait être rempli pour chaque lot

(ou pour chaque groupe de lots partageant les mêmes critères de sélection)

DUME et sous-traitants (art. 73 L.)

Lorsque l'OE a **recours** aux capacités d'autres entités (sous-traitants) :

- DUME de l'OE lui-même : comporte les informations en ce qui concerne ces entités
- DUME distinct contenant les informations pertinentes pour chacune des entités auxquelles il fait appel



C. Informations relatives au recours aux capacités d'autres entités

L'opérateur économique a-t-il recours aux capacités d'autres entités pour satisfaire aux critères de sélection figurant dans la partie IV et aux critères et règles figurant (le cas échéant) dans la partie V ci-dessous? ◉Oui ○Non

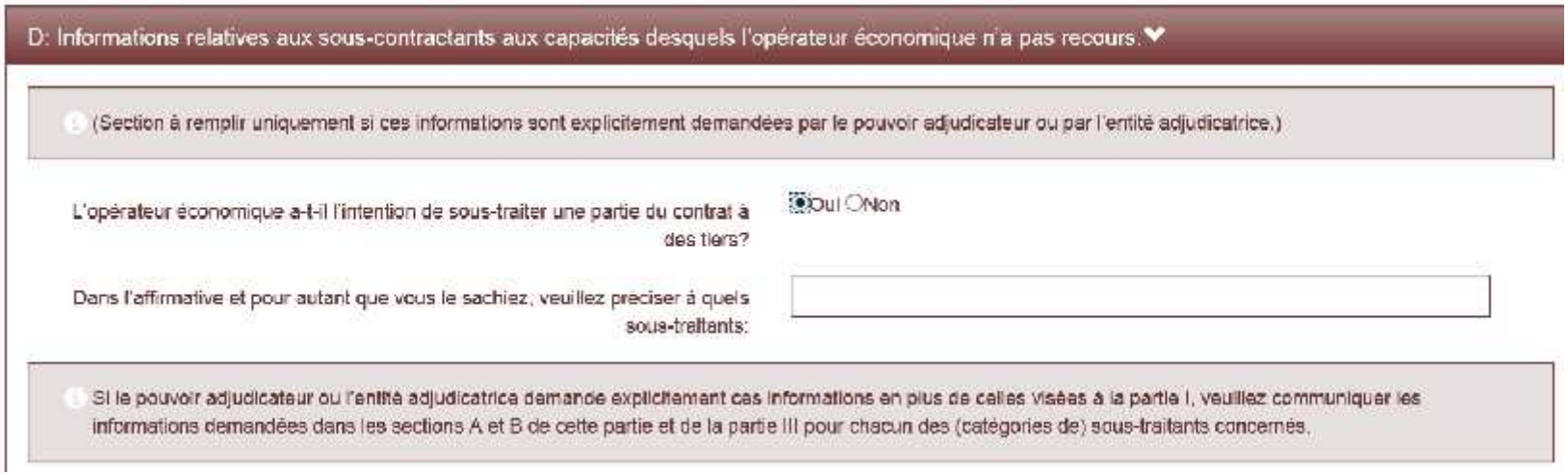
Veuillez fournir pour chacune des entités concernées un formulaire DUME distinct contenant les informations demandées dans les sections A et B de la présente partie et à la partie III, dûment rempli et signé par les entités concernées.
Veuillez noter que cela doit également comprendre tous les techniciens ou les organismes techniques qui ne font pas directement partie de l'entreprise de l'opérateur économique, en particulier ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité et, lorsqu'il s'agit de marchés publics de travaux, les techniciens ou les organismes techniques auxquels l'opérateur économique pourra faire appel pour l'exécution de l'ouvrage.

Dans la mesure où cela est pertinent pour la ou les capacités spécifiques auxquelles l'opérateur économique a recours, veuillez inclure pour chacune des entités concernées les informations demandées dans les parties IV et V.

DUME et sous-traitants (art. 73 L.)

Lorsque l'OE n'a pas **recours** aux capacités d'autres entités (sous-traitants) mais qu'il a l'intention de sous-traiter :

- DUME de l'OE lui-même : si demandé par le PA, informations à compléter : parties II (Informations concernant l'opérateur économique) et III (motifs d'exclusion)
- Pas de DUME distinct pour les sous-traitants


D: Informations relatives aux sous-contractants aux capacités desquels l'opérateur économique n'a pas recours

(Section à remplir uniquement si ces informations sont explicitement demandées par le pouvoir adjudicateur ou par l'entité adjudicatrice.)

L'opérateur économique a-t-il l'intention de sous-traiter une partie du contrat à des tiers? ◉Oui ○Non

Dans l'affirmative et pour autant que vous le sachiez, veuillez préciser à quels sous-traitants:

Si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice demande explicitement ces informations en plus de celles visées à la partie I, veuillez communiquer les informations demandées dans les sections A et B de cette partie et de la partie III pour chacun des (catégories de) sous-traitants concernés.

DUME et groupement

Groupement d'OE (AM) participe conjointement à la procédure de passation de marché :

- Un DUME distinct indiquant les informations requises au titre des parties II à V doit être remis pour chacun des OE participants

4. Les justificatifs à produire

- Le PA **peut** demander à tout moment de la procédure, de fournir tout ou partie des documents justificatifs, si cela est nécessaire pour assurer le bon déroulement de la procédure (exemple : procédures en deux étapes)
  - ➢ Exceptions :
  1. consultation d'une base de données nationale accessible gratuitement ;
  2. PA les a déjà en sa possession : à condition que :
     - o Les OE identifient dans leur offre la procédure
     - o Ces renseignements répondent toujours aux exigences imposées

- Le PA peut inviter les OE à compléter ou à expliciter les certificats reçus

Les justificatifs à produire

- Avant l'attribution du marché, le PA **exige** de l'attributaire pressenti de présenter les documents justificatifs mis à jour :
  - A défaut, le PA ne devrait pas lui attribuer le marché.

5. Non-production du DUME : irrégularité réputée substantielle

Art. 76, §1er, al. 4, 2° de l'A.R. du 18 avril 2017 : Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :

2° le non-respect des exigences visées aux articles 38 [DUME] (...) du présent arrêté et par l'article 14 de la loi, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires ; (...)

§ 3. Lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle. (...)

§ 4. (...), le présent paragraphe s'applique à la vérification de la régularité des offres autres que les offres finales, pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d'une procédure permettant une négociation. Lorsqu'il s'agit d'une offre finale, le paragraphe 3 s'applique. (...)

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 ladite irrégularité qu'elle ne peut faire l'objet d'une régularisation.

C.E. n° 240.618, 30 janvier 2018 (nv Fire Technics / Hulpverleningszone Oost Vlaams-Brabant)

Non production du DUME

Un OE n'a pas le choix entre, d'une part, joindre le DUME et, d'autre part, joindre des certificats confirmant qu'il remplit les conditions prévues dans le cadre de la SQ

La déclaration sur l'honneur jointe à l'offre ne peut remplacer le DUME

DUME non produit au moment du dépôt de l'offre : offre substantiellement irrégulière

- Cette irrégularité substantielle ne peut pas être corrigée ultérieurement par le dépôt, en cours de procédure, d'un DUME complété.

C.E. n° 240.748, 20 février 2018 (VZW BODEMKUNDIGE DIENST VAN BELGIE / NV VLAAMSE WATERWEG)

Non production du DUME

Soumissionnaire exclu :

- Pas d'indication de la valeur du marché dans l'avis de marché ou le CSC : MP européen ?
- DUME n'était pas mentionné dans l'énumération des documents qui devaient être joints à l'offre

- CE a considéré que :
  - Sur la base de l'estimation figurant dans le dossier administratif, le soumissionnaire devait tenir compte des possibilités de répétition et de prolongation prévues dans le CSC pour une durée maximale de 4 ans.
  - Marché a été publié au niveau européen.
  - Une clause du CSC faisait référence à la production du DUME.
  - Non production du DUME : soumissionnaire doit être exclu.

C.E. n°242.138, 24 juillet 2018 (CVBA PRICE WATERHOUSE COOPERS ENTERPRISE ADVISORY / VLAAMSE GEWEST)

Non production du DUME

- Soumissionnaire a déposé un DUME pour ses sous-traitants
  - Pas pertinent, le soumissionnaire doit également introduire un DUME pour lui-même
- Soumissionnaire avait fourni récemment un DUME pour un MP lancé par le même PA
  - Les infos demandées par le PA ne pas correspondent pas à celles du DUME utilisé précédemment
- CE: absence de DUME :
  - pas un motif optionnel d'exclusion mais bien une **irrégularité substantielle**
  - Même si le soumissionnaire a joint à son offre les éléments de preuve relatifs aux exigences de sélection

C.E. n° 241.265, 19 avril 2018 (nv Roto Smeets Belgium / Stad Antwerpen)

DUME incomplet

- Offre substantiellement irrégulière => seules les pages impaires du DUME avaient été reçues
- CE : Décision du PA est déraisonnable
  - Acte de négligence dans le processus de numérisation : coquille involontaire
  - Erreur purement matérielle
  - Ne mettrait pas en péril l'égalité des soumissionnaires ni ne fournirait au soumissionnaire concerné un avantage si le PA avait autorisé que les pages paires du DUME soient également ajoutées à l'offre

A contrario, DUME incomplet et pas d'erreur matérielle

- PA peut écarter l'offre pour irrégularité substantielle ?
- Mettrait en péril l'égalité des soumissionnaires ou fournirait au soumissionnaire concerné un avantage ?

6. Exclusion facultative (art. 69, alinéa 1er, 8°L.)

- Exclusion facultative du candidat ou soumissionnaire (sauf mesure correctrice) :
  - Fausse déclaration dans les renseignements exigés pour la vérification de l'absence de motifs d'exclusion ou la satisfaction des critères de sélection, a caché ces informations ou n'est pas en mesure de présenter les documents justificatifs requis

Demande par le PA des documents justificatifs :

- C'est dans ce cadre qu'il faut lire le motif d'exclusion facultatif
- Evidemment pas d'exclusion si les documents n'ont pas été présentés avec l'offre puisqu'un DUME est déposé
- Pas d'exclusion pour la non-présentation des documents que le PA a la possibilité d'obtenir en accédant à une base de données accessible gratuitement

- Période de **3 ans** à compter de la date de l'évènement concerné

7. DUME et secteurs spéciaux

Question d'un participant :

- « *Comment utiliser le DUME dans les secteurs spéciaux pour la partie relative à la sélection qualitative vu que les rubriques se rapportent aux exigences de sélection qualitative déterminées pour les secteurs classiques (les secteurs spéciaux pouvant en déterminer d'autres) ?* »

DUME et secteurs spéciaux

Uniquement pour les marchés > seuils européens

❖ Art. 46 de l'AR 18 juin 2017 :

Entité adjudicatrice qui applique des **motifs d'exclusion** prévus en vertu des articles 67 à 69 de la loi : dépôt du DUME lors du dépôt des demandes de participation, des demandes de qualification et/ou des offres

➢ Néanmoins, seules les parties du DUME relatives aux motifs retenus doivent être remplies.

Inclut les **critères de sélection** visés à l'article 71 de la loi : choix de l'entité adjudicatrice :

- compléter des informations précises en remplissant les sections A à D; ou
- indication globale pour tous les critères de sélection

DUME et secteurs spéciaux

Question d'un participant :

- « *Si le DUME n'est pas introduit dans le cadre d'une procédure restreinte au stade de la demande de participation, peut-on demander au candidat de compléter son dossier à ce sujet sur base de l'article 147 § 4 de la loi de 2016 ? A supposer qu'on doive l'écarter sur cette base, quelle est la motivation de « l'écartement »* » ?

- Art. 147, § 4 L. du 15 juin 2016 :

  « *Lorsque les informations ou les documents qui doivent être soumis par les opérateurs économiques sont ou semblent incomplets ou erronés, ou lorsque certains documents sont manquants, l'entité adjudicatrice peut, sans préjudice de l'article 121, § 6, alinéa 2, demander aux candidats ou soumissionnaires concernés de présenter, compléter, clarifier ou préciser les informations ou les documents concernés dans un délai approprié, à condition que ces demandes respectent pleinement les principes d'égalité de traitement et de transparence et, s'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, sans que cela ne puisse mener à une modification des éléments essentiels du marché*. (...) ».

  TP : disposition correspond à l'article 65, §3 de la loi (secteurs classiques).

DUME et secteurs spéciaux

Art. 74, §1er, al. 4, 2° de l'A.R. du 18 juin 2017 : Irrégularité réputée substantielle :

- le non-respect des exigences visées aux articles 46, (...) [DUME] du présent arrêté et par l'article 14 de la loi, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires

Art. 46 de l'AR : « *lorsqu'un marché public est passé par un pouvoir adjudicateur, les candidats ou les soumissionnaires produisent le DUME* ***lors du dépôt des demandes de participation****, des demandes de qualification et/ou des offres* ».

Motivation :

- Si le DUME n'est pas déposé : écartement sur la base de l'article 74, §1er, al. 4, 2° de l'A.R. du 18 juin 2017

www.equal-partners.eu

Camille de Bueger et Sophie Jacques

EQUAL

Place Flagey, 18

1050 Bruxelles

camille.debueger@equal-partners.eu

sophie.jacques@equal-partners.eu

+32 2 899 98 25

+32 2 899 98 12

EQUAL ACADEMY
LAW FOR BETTER LIVING

Réglementation 2016 : un an et demi après

Analyse de la jurisprudence

Introduction

❖ Qui consulter ?

PNSPP – faculté de choix du PA

- **Art. 2, 26° Loi 2016**
- **CE, arrêt *SCRL Intermediance & Partners* n° 241.890 du 25 juin 2018**

  *« Il ressort de l'article 2, 26° de la loi du 17 juin 2016 que **le législateur a laissé au PA la faculté de choix des soumissionnaires qu'il invite à faire offre dans le cadre d'une procédure négociée sans publication préalable.***

  *En conséquence, la conception exprimant une manifestation d'intérêt à l'égard de tout marché pour lequel il pourrait être fait offre, ne pourrait amener **qu'à compromettre l'exercice de la faculté de choix** ainsi consacrée en faveur du PA ».*

- (!) Certaines circulaires vont plus loin que la réglementation

Que faire avec le soumissionnaire en place?

Soumissionnaire en place – neutralisation des « *avantages de facto inhérents* »

- **T.U.E., arrêt *Amplexor Luxembourg c. Commission européenne*, T-211/17 du 28 juin 2018**

  « *38.* (…) [L]*e principe d'égalité de traitement des soumissionnaires n'exige pas davantage de contraindre le PA à neutraliser de façon absolue l'ensemble des avantages dont bénéficie un soumissionnaire dont le contractant en place est le sous-traitant.*

  Afin de préserver autant que possible le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, ***une neutralisation des possibles avantages*** *du contractant en place* ***doit*** *tout de même être* ***effectuée, uniquement dans la mesure où cette neutralisation est techniquement facile à réaliser, lorsqu'elle est économiquement acceptable et lorsqu'elle ne viole pas les droits dudit contractant*** ».

- La portée de cet arrêt s'applique à **tous les pouvoirs adjudicateurs.** La neutralisation doit toujours se réaliser **en fonction du cas d'espèce**.
- **Seuil différencié** exprimé en % **pour l'enveloppe de rémunération perçue par les soumissionnaires selon qu'ils étaient en place** (0,3%) **ou non** (3%) : **accepté** du moment que les % soient économiquement acceptables par rapport aux données du marché

❖ Sélection qualitative

Un critère de sélection

(Art. 65 AR Passation Secteurs classiques – Art. 70 Passation Secteurs spéciaux)

- **Toujours préciser:**

  - ❑ les critères de sélection
    - ✓ dans l'avis de marché
    - ✓ à défaut, dans les documents du marché

  - ❑ leurs niveaux d'exigence
    - ✓ Chaque fois que c'est possible!
    - ✓ Que faire si le critère retenu ne permet pas l'utilisation d'un niveau?
    - → Assortir ce premier critère d'un second qui permet lui la fixation d'un niveau d'exigence

Niveaux d'exigence – Critère relatif aux assurances

- **Art. 65 AR Passation Secteurs Classiques – Art. 70 Passation Secteurs Spéciaux**
- **CE, arrêt *A.I.R.A. Cleaning Services* n° 242.862 du 7 novembre 2018**

> «(…) [I]*l y a lieu de souligner que l'objectif du critère en cause est d'attester que l'opérateur économique possède la capacité économique et financière pour exécuter le marché et que c'est en fonction de cette finalité que doit être déterminé le "niveau d'exigence" relatif à ce critère. Or, en l'espèce, le cahier spécial des charges ne comporte aucune prescription relative aux modalités qui sont de nature à étendre ou à réduire la portée du contrat d'assurances parmi lesquelles figurent notamment les franchises et les plafonds.* ***Dès lors que le PA n'a formulé aucune exigence relative à l'étendue du risque couvert ni à la part du risque assumée par le soumissionnaire, il ne paraît pas pouvoir être considéré****, au terme d'un examen en référé d'extrême urgence,* ***qu'il a assorti le critère en cause d'un "niveau d'exigence", au sens de l'article 65, alinéa 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017*** ».

- Si critère de sélection relatif aux assurance, prévoir des seuils financiers → étendue franchise, montant assuré, …

Références similaires – motivation succincte

- **Art. 65 AR Passation Secteurs Classiques – Art. 70 AR Passation Secteurs Spéciaux**
- **CE, arrêt *NV Kapsch Publictransportcom Belgium* n° 241.171 du 29 mars 2018**

  « [Het] *lijkt op het eerste gezicht te moeten worden aangenomen dat het selectievereiste,* ***dat het gaat om referenties voor "vergelijkbare" opdrachten, niet inhoudt dat de referenties identiek dezelfde montageonderdelen moeten betreffen*** *als degene die voor de in het geding zijnde opdracht zullen moeten worden geleverd.* (…) [E]*en dergelijke voorwaarde is niet opgenomen in de selectievereisten voor deze opdracht* ».

  « (…) *de verzoekende partij toont niet aan dat de verwerende partij niet* ***mocht volstaan met een summiere motivering*** *waaruit weliswaar* ***impliciet maar toch duidelijk bleek dat de voorgelegde referenties werden geacht te voldoen*** ».

- Jurisprudence ne paraît pas encore fermement fixée

Ententes

Entreprises liées – Entente – Exclusion

- **Art. 69 Loi 2016**
- **CE, arrêt *Hullbridge Associated* n° 240.359 du 9 janvier 2018**

> « *[De la réglementation des marchés publics]* ***ne découle aucune interdiction absolue pour des entreprises liées de prendre part à une même procédure*** *sans que le pouvoir adjudicateur ne doive vérifier qu'une telle relation de dépendance a concrètement influencé leur comportement respectif dans cette procédure et donc pu fausser les conditions de la concurrence (C.E., 25 novembre 2014, N.V. MAES ELEKTRO, n° 229.325).*
>
> *En l'espèce, il ressort de l'examen auquel a procédé la partie adverse que la S.A. M&M SITTY et la requérante* ***se sont entendues sur les prix et les délais, ce qui suffit à constituer un comportement de nature à fausser les conditions normales de la concurrence****.*
>
> *En outre, les deux lots font partie du même marché et l'entente a aussi pour objet* ***la répartition de ce marché entre les sociétés concernées****, l'une soumissionnant pour le lot 1 et l'autre pour le lot 2. La possibilité légale qu'elles choisissent chacune de ne soumissionner que relativement à un lot n'est pas de nature à exclure l'entente quand ce choix est concerté. Une telle pratique est de nature à fausser les conditions normales de la concurrence puisqu'elle tend à limiter le choix de l'autorité relativement à chacun des lots tant en ce qui concerne le nombre de concurrents que les conditions du marché* ».

❖ Analyse de la régularité des offres

L’examen de la régularité des offres

(art. 83 Loi 2016 et art. 76 AR secteurs classiques et 74 AR secteurs spéciaux)

- Etape importante, préalable à l’examen des offres au regard du ou des critères d’attribution

- Siège de la matière :
  - Loi 2016: Obligation de vérification de la régularité des offres
    - Obligation remaniée
    - Vaut désormais pour toutes les procédures
  - AR passation: spécificités par procédure

- Notion plus large :
  - "conformité" de l'offre aux exigences, conditions et critères mentionnés dans l'avis de marché ou dans les documents du marché
  - respect des prescriptions de la loi et de l’AR
  - respect du droit du travail, du droit social et du droit environnemental

L’examen de la régularité des offres

(art. 76 AR secteurs classiques & 74 AR secteurs spéciaux)

- **Disparition** de la distinction formelle / matérielle

- **Maintien** de la distinction irrégularité substantielle / non substantielle

- **Principes :**

La notion d'irrégularité substantielle

(art. 76, §1er AR passation)

Constitue une **irrégularité substantielle** celle qui (« ou »):

- Donne un avantage discriminatoire
- Entraine une distorsion de concurrence
- Empêche l'évaluation de l'offre
- Empêche la comparaison de l'offre avec les autres
- Rend inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues

→ **PA doit écarter l'offre**

La notion d'irrégularité substantielle

(art. 76, §1er AR secteurs classiques & 74, §1er AR secteurs spéciaux)

Sont **réputées substantielles** les irrégularités suivantes **:**

- Non respect du droit environnemental, social ou du travail si sanctionné pénalement
- Obligations art. 14 de la loi (moyens de communication)
- Exigences AR si contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires, ex:
  - ✓prix/coûts anormaux,
  - ✓DUME,
  - ✓signature,
  - ✓option exigée,
  - ✓1 offre/mp,
  - ✓offre par candidats sélectionnés,
  - ✓offre tardive…
- Exigences minimales
- Exigences annoncées comme substantielles

Motivation de l'analyse de la régularité

- **Art. 76 AR secteurs classiques & art. 74 AR secteurs spéciaux – art. 5 Loi 2013**
- **CE, arrêt *Polis Service*, n° 240.709 du 13 février 2018**
  - CSC: camera avec exigences minimales précisément définies
  - Décision d'attribution: « *les deux caméras répondent aux exigences minimales* »
  - La décision d'attribution aurait dû contenir la motivation matérielle *expliquant* le résultat de l'analyse de la régularité.

*« **Van de AO mocht in de gegeven omstandigheden worden verwacht dat zij de resultaten van haar regelmatigheidsonderzoek wat de betrokken camera betreft, veruitwendigde in haar besluitvorming en dat zij verklaarde waarom het erg concrete technische besteksvereiste zich niet verzette tegen het in aanmerking nemen van de gekozen offerte**.*

Het lijkt niet dat de enkele overweging van de bestreden gunningsbeslissing, dat "beide voorgestelde digitale snelheidsmeters aan de minimumvereisten van het lastenboek voldeden", aan deze verwachting beantwoordt. (…).

*Het bestek, de zorgvuldigheidsverplichting en het materiëlemotiveringsbeginsel lijken aldus geschonden**.** ».*

Agrément pour une durée inférieure au délai d'exécution du marché

- **Art. 76 AR Passation Secteurs classiques – Art. 74, §3 Secteurs Spéciaux**
- **CE, arrêt *SCRL Association pour la création d'ateliers protégés dans la région du Centre* n°241.771 du 13 juin 2018**

> « [D]*ès lors que le cahier des charges réserve le marché à un OE visé à l'article 15 de la loi du 17 juin 2016 et qu'il indique que le marché est passé pour une période de maximum 3 ans,* ***le PA a pu estimer que l'offre de la requérante était affectée d'une irrégularité pour le motif que l'agrément dont cette dernière bénéficiait ne valait pas pour 3 ans.*** (…) [L]*'irrégularité en cause rend incertain l'engagement de la requérante pendant toute la durée du marché et qu'il s'agit dès lors d'une irrégularité substantielle.* (…)
>
> *La perte d'un agrément constitue un événement qui peut survenir en cours d'exécution du marché et qui, par définition, n'est pas prévisible lors de l'attribution de celui-ci.* ***En revanche, le PA peut avoir égard à la circonstance qu'au jour de l'attribution du marché, la société requérante ne satisfaisait pas à une condition posée en vue de l'accès à la procédure de passation et donc à son attribution*** ».

Non respect des exigences du CSC Irrégularité substantielle

- **Art. 76, §1er, 3° & §3 AR secteurs classiques & Art. 74, §1er, 3° & §3 AR secteurs spéciaux**
- **CE, arrêt *Vert Bis*, n° 242.166 du 31 juillet 2018**

*« Ce n'est qu'au moment de déposer son offre que la société requérante s'est aperçue que le **permis d'environnement** joint ne lui permettait pas de respecter les **plages horaires** arrêtées par le PA puisque ce n'est qu'après que ce dernier lui ait demandé si elle disposait d'une dérogation à ce permis qu'elle a accompli les démarches en vue de faire modifier ce permis.*

En prenant contact avec la société requérante, le PA n'a pas excédé la faculté que lui laisse l'article 66, § 3, de la loi du 17 juin 2016.

***C'est dès lors à juste titre que le PA constate qu'à la date de réception des offres, l'entreprise ne dispose pas des autorisations nécessaires** pour respecter les plages horaires minimales fixées par le cahier des charges. ».*

Recours à un autre métré – irrégularité substantielle

- **Artt. 77 AR secteurs classiques & 75 AR secteurs spéciaux**

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

- **CE, arrêt *Terra Engineering*, n° nr. 240.926 van 6 maart 2018**

  *« **De offerte van de verzoekende partij werd substantieel onregelmatig verklaard omdat zij "de verkeerde meetstaat gebruikte" waardoor de offerte volgens de verwerende partij niet kon worden vergeleken met de andere offertes.** (…)*

  De verzoekende partij heeft een prijs geboden op grond van zeer verschillende vermoedelijke hoeveelheden dan die van de andere inschrijvers, wat tot onvergelijkbaarheid leidt tussen de gegeven offertes. (…) ».

Signature d'une offre – gestion journalière? irrégularité substantielle

- **Artt. 42, 43, §1er, 44 & 76 AR secteurs classiques & artt. 49 & 74 AR secteurs spéciaux**
- **CE, arrêt *Socatra*, n° 242.177 du 3 août 2018**

> *« **En l'absence de disposition particulière dans les documents du marché, l'offre qui n'est pas signée par une personne compétente pour engager le soumissionnaire est entachée d'une irrégularité substantielle et doit être écartée**.*
>
> *Il convient d'entendre par "actes ou opérations de gestion journalière des affaires d'une société" ceux qui sont commandés par les besoins de la vie quotidienne de la société et ceux qui, tant en raison de leur peu d'importance qu'en raison de la nécessité d'une prompte solution, ne justifient pas l'intervention du conseil d'administration lui-même.*
>
> ***La signature d'une offre engageant la société à l'exécution d'un MP ne peut, de manière générale, être considérée comme un acte relevant de la gestion journalière.***
>
> ***Il pourrait en être autrement que s'il était établi que dans le cas considéré, le dépôt de l'offre revêt une importance mineure et nécessite une intervention rapide.** ».*

Signature d'une offre – mandat irrégularité substantielle

- **Artt. 42, 43, §1er, 44 & 76 AR secteurs classiques & artt. 49 & 74 AR secteurs spéciaux**
- **CE, arrêt *Flexo*, n°** 240676 **du 6 février2018**

  *« **In de bestreden beslissing wordt het op 10 november 2017 opgestuurde volmachtdocument niet aanvaard omdat de volmacht dateert van na de ondertekening van de offerte.** De verwerende partij lijkt de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen niet te hebben geschonden door de offerte van de verzoekende partij onregelmatig te verklaren wegens het gebrek aan geldige ondertekening.*

  *De vermelding in de op 10 november 2017 overgemaakte volmacht dat ze "gegeven" is "op 6 november 2017", lijkt op het eerste gezicht geen afbreuk te doen aan de vaststelling dat de verzoekende partij niet heeft voldaan aan het vereiste dat de inschrijver dient te bewijzen dat bij de indiening van de offerte de persoon die de offerte en inventaris ondertekende, statutair of bij volmacht bevoegd was om de inschrijver geldig in en buiten rechte te vertegenwoordigen en de inschrijver te verbinden voor het totaalbedrag van de offerte. **Daarmee lijkt de verzoekende partij immers nog niet aan te tonen dat die volmacht daadwerkelijk tijdig - vóór het indienen van de offerte op 6 november 2017 - werd verleend, des te meer nu de verzoekende partij pas op vrijdag 10 november 2017 deze volmacht opstuurde**. ».*

- Le mandat doit être donné au signataire avant la remise de l'offre

❖ L’analyse des prix

La vérification des prix et des coûts

(Art. 35 AR secteurs classiques & art. 43 AR secteurs spéciaux)

- **Tous les marchés** (toutes les procédures de passation)

- **Obligation de vérifier les prix et les coûts**
  - Aucune méthode particulière n'est imposée (pas de critère mathématique).
    - Estimation propre, prix remis dans un marché antérieur, estimer le marché poste par poste, etc.
  - Pouvoir d'appréciation du PA => sanction de l'erreur *manifeste* d'appréciation

- **Possibilité d'inviter le soumissionnaire à fournir toutes les informations nécessaires**, conformément à l'article 84, al. 2, et 153 de la Loi 2016
  - les soumissionnaires doivent alors fournir au cours de la procédure de passation toutes les indications permettant cette vérification
  - Sans déclencher la procédure de vérification des prix anormaux (!)

Obligation de vérification

- Art. 35 AR Passation Secteurs Classiques et Art. 84 Loi 2016
- C.E., arrêt *Servitex* n° 241.714 du 5 juin 2018 (//AR 2011)

> « *Le dossier administratif ne contient aucun élément qui attesterait* ***l'effectivité de cette vérification des prix****, et ce alors que, face à des* ***écarts*** *parfois importants entre les prix de plusieurs offres, la partie adverse ne pouvait vérifier les prix et conclure à leur normalité* ***sans procéder à des investigations*** *dont aurait nécessairement dû rendre compte le dossier.*
>
> ***A défaut de telles indications****, l'effectivité d'une vérification des prix ne peut être établie à suffisance, de sorte que le deuxième moyen doit être déclaré sérieux* ».

- Caractère strict de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur la question: le pouvoir adjudicateur doit pouvoir démontrer qu'il a valablement procédé au contrôle des prix

  → Tableau comparatif des prix unitaires ne suffit pas pour établir l'effectivité de cette vérification

Obligation de vérification – Contestation appréciation PA – Minutie

- Art. 33 et 35 AR Passation Secteurs Classiques
- C.E., arrêt *Ethias* n°243.089 du 29 novembre 2018

> *« Il est exact, comme le relève la partie adverse dans sa note d'observations, qu'au regard de ces tableaux,* ***l'écart entre le total des primes proposées pour les 3 lots par X est d'un peu plus de 4% à la baisse par rapport à la prime totale payée en 2017.*** *Un* ***examen par poste*** *plus approfondi montre, toutefois, l'existence d'écarts significatifs par rapport aux primes payées pour l'année 2017. (…) Le dossier administratif ne contient aucun élément permettant de comprendre la raison pour laquelle ces différences parfois très importantes par rapport aux primes payées pour l'année 2017 ne traduisent pas, pour la partie adverse, une apparence d'anormalité.*
>
> *S'il peut être admis qu'un pouvoir adjudicateur* ***se réfère au prix d'un marché précédent*** *pour vérifier l'apparence de normalité d'un prix et sans qu'il ne soit besoin de se prononcer à ce stade sur la pertinence, en l'espèce, de cette référence,* ***le constat d'importantes différences par rapport au point de comparaison que la partie adverse a elle-même choisi ne peut la conduire, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, à conclure à l'apparence de normalité d'un prix sans que d'autres éléments permettant de justifier ces différences ne figurent dans le dossier administratif.*** *En l'espèce, aucun élément de cette nature ne figure au dossier administratif.* »

Suspicion de prix anormaux
(art. 36 AR secteurs classiques & art. 44 AR secteurs spéciaux)

Qu'est-ce qu'un poste non négligeable ? → Rapport au Roi !

- « *Poste sans influence sur le prix en raison de son caractère négligeable* »
- Un poste de moins de 1% du montant total de l'offre (Circulaire RW du 14 juillet 2008)
- « *Dans le cas où le pouvoir adjudicateur procéderait malgré tout à un examen des prix des postes négligeables dans le cadre de marchés qui contiennent par exemples plusieurs prix considérés comme anormaux et qu'il apparaîtrait que les prix constatés sont anormaux pour un nombre de postes négligeables très limité, l'offre pourrait toujours être considérée comme régulière.* »
- « *Il n'a pas été donné suite à la remarque du Conseil d'Etat d'insérer des exemples pratiques dans le rapport au Roi. Le caractère négligeables ou non d'un* ***poste déterminé doit toujours être jugé dans le cadre du marché public concerné***.»

Poste négligeable – Notion – Motivation

- **Art. 36 AR Passation Secteurs Classiques**
- **CE, arrêt *sprl Englebert* n° 240.679 du 7 février 2018**

> « *En l'espèce, la partie adverse a conclu à l'irrégularité de l'offre de la requérante par un cumul d'irrégularités non-substantielles, en reprenant les termes de l'article 76, § 1er, alinéa 2, de l'arrêté précité.* ***S'agissant des prix anormaux, elle a manifestement considéré que "le montant d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s) présente(nt) un caractère anormal****", conformément au 1° du § 3 de l'article 36.*
>
> *La décision attaquée ne montre pas que le pouvoir adjudicateur a* ***vérifié si les postes*** *pour lesquels les prix s'avéraient anormaux* ***dépassaient ou non le seuil permettant de les qualifier de "non négligeables".*** *Au contraire, elle paraît soutenir dans sa note d'observations que toute anomalie affectant un poste de prix unitaire suffit à entacher l'offre d'irrégularité. La motivation de l'acte attaqué est insuffisante à cet égard.*»

Poste négligeable – Notion

- **Art. 36 AR secteurs classiques**
- **CE, arrêt *NV Desmet Machinebouw Engineering* n° 241.595 du 24 mai 2018**

> « *Er dient te worden vastgesteld dat op het eerste gezicht noch de wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten' (hierna: wet overheidsopdrachten 2016),* ***noch*** *het koninklijk besluit plaatsing 2017, aan de aanbestedende overheid* ***een welbepaald criterium*** *opleggen om de posten te selecteren waarop het prijzenonderzoek moet worden verricht,* ***noch een bepaalde berekeningswijze*** *verplicht stellen.*
>
> *Om verwaarloosbare posten uit te sluiten, blijkt de verwerende partij te dezen* ***een drempel van "1 % van de totale inschrijving"*** *te hebben vastgelegd. Mede gelet op de aangehaalde verantwoording lijkt het niet aangetoond dat de betrokken keuze niet zorgvuldig zou zijn of de perken van de redelijkheid te buiten zou gaan, noch dat zulks het geval zou zijn bij de concrete uitwerking van dat criterium aan de hand van gemiddelde postwaarden, afgezet tegenover de totaalsom ervan.* »

Décision du PA – Obligation – Motivation

- **Art. 4 et 5 Loi 2013 & art. 36 AR secteurs classiques**
- **CE, arrêt *Sprl Englebert* n° 240.679 du 7 février 2018**

  *« Il résulte du §3 de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 qu'après avoir examiné les justifications présentées par le soumissionnaire quant au prix considérés comme anormaux, le PA doit se prononcer en adoptant **l'une des trois décisions qui y sont indiquées**. Les anomalies affectant certains postes de prix peuvent conduire à une irrégularité substantielle de l'offre.* »

- Par conséquent, le PA:
  - *Soit* constate que le montant d'un ou de plusieurs postes non négligeables présentent un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée ;
  - *Soit* constate que le montant total de l'offre présente un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée;
  - *Soit* motive dans la décision d'attribution que le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal.

Motivation – Confidentialité

- **Art. 4, 5 et 10 Loi 2013 & art. 36 AR secteurs classiques**
- **CE, arrêt *Etablissements Simon* n° 240.661 du 5 février 2018**

  « *En ne communiquant pas les chiffres donnés par la partie intervenante en réponse à la demande d'explications, la partie adverse a entendu veiller à la confidentialité des prix de la partie intervenante comme le permet l'article 10 de 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. Cette lettre de la partie intervenante, versée aux pièces confidentielles de la procédure par la partie adverse, contient de plus amples explications sur les prix du marché tels que les pratique la partie intervenante.*

  La partie adverse a pu tenir compte de la volonté exprimée de voir traiter ses prix comme confidentiels, décider de ne pas reproduire les explications contenues dans cette lettre *et préférer* ***en résumer la teneur*** *dans la décision attaquée sans render publics ces éléments pour ne pas s'exposer du même coup au reproche de porter atteinte aux intérêts commerciaux légitimes de cette entreprise.*

  Cette motivation de la décision attaquée ne paraît pas suffire à la rendre irrégulière »

- → Procédure de vérification ne fait pas obstacle à la confidentialité des prix mais obligation de motivation

Les étapes de la vérification

I. Rectification des offres (Art.34 AR secteurs classiques et 42 AR secteurs spéciaux)

II. Vérification de la normalité des prix (Art 35 AR secteurs classiques et art.43 AR secteurs spéciaux)

III. Si soupçon d'anormalité, examen des prix et demande de justifications (Art. 36 AR secteurs classiques et art. 44 AR secteurs spéciaux)

IV. Et puis, on l'oublie fréquemment, analyser les justifications et les accepter/refuser par une décision ☺

❖ La mention des QP

Inventaire – QP – Prix – Critère d'attribution Prix/Km

- **Art. 81 Loi 2016**
- **CE, arrêt *Eurobussing Wallonie* n° 241.861 du 21 juin 2018**

« *A propos de ce que la première partie adverse considère ainsi être un "inventaire", il ressort du tableau intitulé "ANNEXE C: INVENTAIRE" et reproduit dans l'exposé des faits du présent arrêt que, s'agissant de la ligne "prix/kilomètre", aucune quantité présumée n'est mentionnée et que les soumissionnaires étaient invités à proposer le* ***prix unitaire sur la base d'un seul kilomètre parcouru****.*

Une telle façon de procéder ne permet pas, dans l'évaluation et la comparaison des offres au regard du critère "prix", de tenir compte de ***l'importance que peut revêtir le kilométrage parcouru*** *dans la détermination du prix qui sera dû par les parties adverses.*

Ce procédé, qui peut conduire à l'élaboration d'offres présentant des ***structures de prix sensiblement différentes*** *(ainsi que cela est d'ailleurs constaté en la présente cause) et* ***favoriser des pratiques de spéculation****, ne permet pas d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse au regard du critère "Prix".* »

- → Indication QP = 1 généralisée est sanctionnée

EQUAL ACADEMY

LAW FOR BETTER LIVING

equal-academy.eu

Me Gautier Rolland

Me Valentine de Francquen

Me Isabelle Van Kruchten

gautier.rolland@equal-partners.eu

valentine.defrancquen@equal-partners.eu

Isabelle.vankruchten@equal-partners.eu

02 899 98 00

www.equal-partners.eu

Marchés publics et données personnelles

Sept mois après l'entrée en vigueur du RGPD

CHRISTOPHE DUBOIS

THOMAS DERIDDER

EQUAL ACADEMY
LAW FOR BETTER LIVING

TD2

Plan de notre intervention

I. Principes et concepts

Relire le marché à l'aune de la donnée

II. Concevoir le marché

Tout marché contient-il de la donnée ? Quels marchés sont concernés par les données « personnelles » ?

III. Attribuer le marché

Comment intégrer cette donnée ? Peut-on influencer le choix de l'adjudicataire ?

IV. Exécuter le marché

Comment garantir le respect des règles … et sanctionner ?

IV. Questions particulières

La coresponsabilité de traitement … avec l'adjudicataire, ou en cas de marchés mutualisés !

Slide 2

TD2 CHDU commente sur les aspects marchés.

Thomas Deridder; 05-12-18

I. PRINCIPES ET CONCEPTS CROISÉS

Lire le marché à l'aune de la donnée

TD1

Pourquoi parler de marchés publics ?

- Le marché public est un **contrat** et est un **outil** pour le pouvoir adjudicateur

- Augmentation du mouvement d'**externalisation** des services dans les pouvoirs publics
  - Par des prestataires économiques externes
  - Dans le cadre de relations « In house » ou de coopération
  - Dans le cadre de relations dites de « mutualisation »

- Importance symbolique de la gestion par les **pouvoirs publics**

Slide 4

TD1 Thomas Deridder; 05-12-18

Pourquoi parler de données ?

- Les marchés publics contiennent **aussi bien** des données « personnelles » que « non personnelles » - non abordées aujourd'hui

- Le « RGPD » est une pièce du « puzzle » – il y a la Loi du 30 juillet 2018, et d'autres législations « de complément » !

- Le corpus de commentaires **dépasse** de loin le seul secteur du « RGPD » - la mise en perspective du texte est essentielle

Cependant, importance et impact du RGPD …

- **Règlement** européen – directement applicable

- Depuis le 25 mai, l'APD a reçu :
  - 317 fuites de données (contre seulement 13 en 2017 …)
  - 3.599 demandes d'informations (contre 2.145 en 2017)

- Prise de conscience globale !

Principes et concepts croisés

En droit des marchés publics …	Dans le régime du RGPD …
Le pouvoir adjudicateur	**Responsable de traitement** : personne physique ou morale, autorité publique, service ou autre organisme qui *détermine* les *finalités* ou moyens de traitement, seul ou conjointement avec d'autres. Il est celui qui décide.
L'attributaire	**Sous-traitant** : traite les données *uniquement* pour le compte du RT (dans le cadre des finalités !), et reçoit ses *instructions* du RT, via le « *contrat* » (ici, le marché !). Il a une obligation générale de conseil; le RT peut auditer ses activités.
Le sous-traitant	**Sous-sous traitant** : le RT peut décider de confier une autorisation *générale* ou *spécifique* au ST pour qu'il « sous-traite » une partie des missions de traitement – dans le RGPD, pas d'existence propre : il est « sous-traitant »

II. CONCEVOIR LE MARCHÉ

Tout marché contient-il de la donnée ? Quels marchés sont concernés par les données « personnelles » ?

Concevoir le marché – Diagnostiquer

Le pouvoir adjudicateur doit pouvoir **cartographier** les marchés dans lesquels il gère des données, en particulier des **données à caractère personnel**

- Des marchés de ***services*** – informatiques, assurances, gestion du personnel et du secrétariat social, stockage et gestion des bases de données, …
- Des marchés de ***fournitures*** – calorimètres et objets dits « connectés » au sens large, …
- Des marchés de ***travaux*** – petits travaux chez des locataires d'une SLSP, …

Concevoir le marché – Diagnostiquer

Le pouvoir adjudicateur doit pouvoir **cartographier** les marchés dans lesquels il gère des données, en particulier des **données à caractère personnel**

- Des marchés de ***services*** – informatiques, assurances, gestion du personnel et du secrétariat social, stockage et gestion des bases de données, …
- Des marchés de ***fournitures*** – calorimètres et objets dits « connectés » au sens large, …
- Des marchés de ***travaux*** – petits travaux chez des locataires d'une SLSP, …

Concevoir le marché – Diagnostiquer

Le pouvoir adjudicateur ne doit **rien exclure** !

1. **Exclusion** du régime des marchés publics =/= exclusion du RGPD !
   a) Marchés de faible montant ;
   b) Coopération publique-publique et in house

2. Il faut analyser **l'activité** du marché, et non son objet !
   a) On ne parle pas de marchés « de données » ;
   b) Que la donnée soit « accessoire » ne doit pas modifier le comportement du PA

Concevoir le marché – Diagnostiquer

Très grande **variété** de catégories de données

- Dans le texte du RGPD :
  - ✓ « **à caractère personnel** » : nom, numéro d'identification, données de localisation, identifiant en ligne ;
  - ✓ « **concernant la santé** » : santé physique ou mentale passée, présente ou future y compris la prestation de services de soins de santé
  - ✓ « **génétiques** » : qui donnent des données utiles sur la physiologie ou l'état de santé de la pp. ;
  - ✓ « **biométriques** » : images faciales ou données dactyloscopiques, i.e.
- L'APD fournit une aide à travers l'exemple de registre de traitement :
  - ✓ Près d'une **centaine** de catégories de données !

TD3

III. ATTRIBUER LE MARCHÉ

Comment intégrer cette prise en compte ? Peut-on influencer le choix de l'adjudicataire ?

TD3 CHDU - attribuer

Thomas Deridder; 05-12-18

Attribuer le marché – Adapter

Le centre de l'attention doit être le *contrat* – le *cahier spécial des charges*

- Possibilité d'intégration :
  a) Dans les ***critères de sélection*** – capacité technique ;
  b) Dans les ***critères d'attribution*** ;
  c) Dans les ***conditions d'exécution*** du marché
- En tous les cas :
  a) Si le PA est RT, annexer les ***instructions détaillées*** ;
  b) Le lieu de détermination des ***obligations réciproques***

Attribuer le marché – Sélectionner

La gestion des données à caractère personnel peut être un critère de sélection – **capacité technique**

/!\ à l'établissement d'un niveau d'exigence

a) Question particulière de la certification (ISO, …) ;
b) Quid si le PA demande de fournir « *des documents* »?

Attribuer le marché – Attribuer

La gestion des données à caractère personnel peut être un critère d'**attribution**

a) **Que** coter ? Question de la *note méthodologique* ;

b) **Comment** coter ? Question de la différence entre théorie et *réalité*

Attribuer le marché – Attribuer

a) Le secteur est-il déjà sensibilisé ?

- Existe-t-il des codes de conduite ?
- Existe-t-il des Règles contraignantes d'entreprises ?
- Est-ce à jour ?

b) Le PA est-il à même de savoir ce qu'il veut ?

IV. EXÉCUTER LE MARCHÉ

Comment garantir le respect des règles … et sanctionner ?

Exécuter le marché – Obligations du ST

Présenter des garanties suffisantes – *accountability*

- Obligation de (dé)conseil :
  a) En **aidant** le RT à garantir le respect de ses obligations:
     i. /!\ certaines obligations sont du ressort exclusif du RT, comme l'ex. des droits des personnes concernées;
     ii. Son obligation est limitée, il doit s'assurer que le RT ne contrevient pas !
  b) En **fournissant** la documentation adéquate ;

- Obligation de mise en oeuvre :
  a) En **formant** ceux qui utilisent les données ;
  b) En **prenant en compte** les paramètres de privacy *by default* et *by design*

Exécuter le marché – Obligations du ST

Présenter des garanties suffisantes – *accountability*

- Obligation de respect :
  a) Des **instructions** du RT ;
  b) De la procédure mise en place par le RT en matière de **sous-traitance** ;
  c) Des **mesures de sécurité** particulières demandées ;
  d) Des décisions en matière de **sort des données** en fin de contrat ;
  e) De **toute modification** apportée par le RT en cours de contrat

Exécuter le marché – Obligations du RT

Faciliter et organiser l'exécution du marché

- Obligation, au début du contrat, de :
  a) **Fournir** les données « les plus pertinentes » ;
  b) **Documenter** toute instruction ;
- Obligation, dans le cours du contrat, de :
  a) **Superviser** le traitement ;
  b) **Veiller** au respect des obligations durant toute la durée du contrat (à travers les DPO)

Exécuter le marché – les personnes concernées

Les personnes concernées par les données ont des droits !

Accès, rectification, effacement, oubli, limitation

- Le PA/RT doit organiser le parcours de ces demandes

a) **Désigner** une personne de contact ;
b) **Répartir les responsabilités** avec l'adjudicataire toute instruction ;

Exécuter le marché – en cas de violation

Il s'agit des cas où les données sont
détruites, perdues, altérées, divulguées, …

- Le RT a « 72 heures » pour notifier à l'APD

- Il faut organiser cette procédure en tenant compte
  a) Des **exigences** de l'APD – un seul formulaire possible ;
  b) Du **délai** très restreint ;
  c) De la **complexité technique** qui résulte souvent de ces situations

Exécuter le marché – sanctionner ?

- *Via* des pénalités spéciales ? Des procès-verbaux de manquement ?

- *Via* les voies contentieuses
  a) Devant l'APD ? ;
  b) Procédure en cessation devant le Président du TPI siégeant comme en référé ?

V. QUESTIONS PARTICULIÈRES

La coresponsabilité de traitement … avec l'adjudicataire, ou en cas de marchés mutualisés !

TD5

Sous-traitant, ou responsables conjoints ?

- Le ST :
  - ✓ Ne peut être « *intégré* » au RT – quid des consultants externes ?
  - ✓ Traite les données « *pour le compte du RT* » - quid s'il utilise les données pour « optimiser ses services » ?
  - ✓ Ne peut décider « d'éléments essentiels des moyens » - à ce sujet, WP Opinion 10/2006 « SWIFT »

- Comment décider, alors, qui est ST, qui est RT conjoint ?
  - ✓ Il faut faire une appréciation **factuelle** du pouvoir de chaque acteur
  - ✓ Dans certains cas, la balance de **pouvoirs** est démesurée (ex. arrêt Wirtschaftsakademie dit arrêt « Facebook », CJUE, 5 juin 2018)
  - ✓ Possibilité de **requalification**, en cours de contrat (ou en cas de sanction !) et … traitement par traitement !

→ **Les rôles vont peut-être évoluer …**

TD5 TDE

Thomas Deridder; 05-12-18

Quand il y a plusieurs décideurs …

- La responsabilité de traitement peut être **conjointe** (art. 26 RGPD)

- *Soit* parce qu'il y a une décision commune sur les moyens et finalités du traitement avec l'**adjudicataire**
- *Soit* parce qu'il y a une décision commune avec un autre **pouvoir adjudicateur**

- Les RT doivent s'accorder entre eux dans un « contrat »
  1) Dans la convention de marché conjoint ;
  2) Dans le règlement de la centrale de marchés !
  3) /!\ ce contrat n'est pas opposable aux personnes concernées : les RT doivent mettre des procédures en place !

Conclusion générale

- Les *questions* et *réponses* arrivent en boucle
- Les clauses-type et contrats commencent à se « *ressembler* »
- Peu de jurisprudence – la *veille* doit continuer

Christophe Dubois
Christophe.dubois@equal-partners.eu
Avocat associé
Professeur invité à la Haute Ecole Francisco Ferrer

Thomas Deridder
Thomas.deridder@equal-partners.eu
Avocat