

6.8. Les critères d'exclusion et la sélection quantitative dans la nouvelle réglementation des marchés publics

La loi de 2016 et l'arrêté royal de 2017 n'ont pas totalement bouleversé le régime du droit d'accès et de la sélection qualitative, mais ont tout de même procédé à des modifications ou des ajouts parfois significatifs. Petite mise au point sur les éléments les plus importants.

Critères d'exclusion

Là où les lois de 1993 et 2006 parlaient de droit d'accès pour définir les situations dans lesquelles un soumissionnaire devait ou pouvait être exclu du marché, la loi de 2016 a préféré une terminologie plus logique en parlant désormais de critères d'exclusion.

Par ailleurs, le législateur de 2016 a décidé que ces règles seraient désormais inscrites dans la loi et non plus dans un arrêté royal comme précédemment, renforçant ainsi leur applicabilité.

Pour le surplus, les causes d'exclusion sont toujours réparties en deux grandes catégories, à savoir celles qui sont obligatoires et celles qui sont facultatives.

Critères d'exclusion obligatoire

* Outre les quatre critères d'exclusion déjà existants (participation à une organisation criminelle, corruption, fraude, blanchiment de capitaux ou financement du terrorisme), la nouvelle législation introduit également à ce titre les infractions terroristes ou liées aux activités terroristes, le travail des enfants ou autres formes des traite des êtres humains, et l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal (dumping social).

Pour les marchés atteignant les seuils européens, ces critères d'exclusion s'appliquent tant aux personnes morales qu'aux membres de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance du candidat ou soumissionnaire, ainsi qu'aux personnes détenant un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle au sein de ces personnes morales. Lorsque le marché n'atteint pas le seuil européen, le pouvoir adjudicateur n'est pas obligé de vérifier la situation de ces membres ou personnes, mais peut néanmoins le faire.

Hormis le dumping social, l'exclusion est conditionnée par l'existence d'une décision judiciaire ayant force de chose jugée (soit une décision rendue en dernier degré) intervenue dans les cinq années précédant la date de remise des offres. Pour le dumping social, même en l'absence d'une condamnation coulée en force de chose jugée, l'exclusion doit avoir lieu lorsque l'infraction a été constatée par une décision administrative ou judiciaire.

La loi prévoit cependant que le pouvoir adjudicateur peut à titre exceptionnel et pour des raisons impératives d'intérêt général, autoriser une dérogation à l'exclusion obligatoire.

* Par ailleurs, la nouvelle législation range désormais au titre de critère d'exclusion obligatoire le non-paiement de dettes fiscales ou sociales.

L'exclusion n'a cependant pas lieu si le montant de la dette est inférieur à 3.000 euros, si le candidat ou soumissionnaire a obtenu pour cette dette des délais de paiement qu'il respecte strictement, ou si le candidat ou soumissionnaire peut prouver qu'il possède à l'égard d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entreprise publique une ou des créances certaines, liquides et exigibles et libres de tout engagement à l'égard de tiers, d'un montant équivalant à celui de la dette (moins 3.000 euros).

Si le pouvoir adjudicateur constate qu'un candidat ou soumissionnaire a une dette fiscale ou sociale susceptible d'entraîner son exclusion, il doit donner l'opportunité à ce candidat ou soumissionnaire de se mettre en règle avec ses obligations fiscales ou sociales, la preuve de cette régularisation devant être fournies dans les cinq jours ouvrables de cette constatation.

Le candidat ou soumissionnaire peut également payer ou conclure un accord contraignant en vue de payer la dette et ses accessoires, ce candidat ou soumissionnaire ne pouvant plus être exclu si ce paiement ou cette conclusion d'accord intervient avant l'introduction de la demande de participation ou la remise d'offre.

Critères d'exclusion facultative

A nouveau, outre les quatre critères d'exclusion déjà existants (l'état de faillite, de liquidation, de cessation d'activités, de réorganisation judiciaire ou autre; la faute professionnelle grave; les fausses déclarations relatives aux critères d'exclusion ou à la sélection qualitative; la distorsion de la concurrence résultant de la participation préalable du candidat ou soumissionnaire à la préparation de la procédure de passation), la nouvelle législation introduit de nouveaux critères d'exclusion qui sont le manquement aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail; la conclusion de conventions ou d'ententes en vue de fausser la concurrence; le conflit d'intérêts; les défaillances importantes et persistantes du candidat ou soumissionnaire constatées dans le cadre d'un marché public antérieur et ayant donné lieu à l'application de mesures d'office, de dommages ou intérêts, ou autre sanction comparable; l'entreprise d'influer indûment sur le processus décisionnel du pouvoir adjudicateur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de donner un avantage indu lors de la procédure de passation, ou la fourniture d'informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution.

Quel que soit le montant du marché, le pouvoir adjudicateur n'a pas l'obligation de rechercher si une cause d'exclusion existe dans le chef des membres de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance du candidat ou soumissionnaire ou des personnes détenant un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein. Le cahier spécial des charges peut toutefois le prévoir.

Les faits retenus pour justifier l'exclusion facultative ne peuvent par ailleurs remonter au-delà de trois ans à compter de la demande de participation ou de la remise des offres.

Mesures correctrices

Il s'agit là d'une nouveauté sauf le cas où il aurait été exclu, par une décision judiciaire ayant force de chose jugée, de la participation à des procédures de passation de marché, tout candidat ou soumissionnaire peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion obligatoire ou facultatif. Si ces preuves sont jugées suffisantes par le pouvoir adjudicateur, le candidat ou soumissionnaire concerné n'est pas exclu de la procédure de passation.

A cette fin, le candidat ou le soumissionnaire prouve d'initiative qu'il a versé ou entrepris de verser une indemnité en réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et pris des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute.

Les mesures prises par le candidat ou le soumissionnaire sont évaluées en tenant compte de la gravité de l'infraction pénale ou de la faute ainsi que de ses circonstances particulières. Il s'agit dans tous les cas d'une décision du pouvoir adjudicateur qui doit être motivée aussi bien matériellement que formellement. Lorsque les mesures sont jugées insuffisantes, la motivation de la décision concernée est transmise au candidat ou soumissionnaire.

Sélection qualitative

De manière épurée, la nouvelle législation prévoit que le ou les critères de sélection peuvent avoir trait à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle et/ou à la capacité économique et/ou aux capacités techniques et professionnelles.

Le pouvoir adjudicateur peut donc recourir à un seul ou plusieurs de ces critères, mais il lui est par contre formellement interdit d'imposer d'autres critères que ceux repris ci-dessus. Le(s) critère(s) retenu(s) par le pouvoir adjudicateur doit(vent) par ailleurs être lié(s) et proportionné(s) à l'objet du marché.

En ce qui concerne l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, le pouvoir adjudicateur peut imposer au candidat ou soumissionnaire d'être inscrit sur un registre professionnel ou sur un registre de commerce, ou, le cas échéant, de posséder l'autorisation requise pour exercer ou d'appartenir à une organisation spécifique.

La preuve de la capacité économique et financière du candidat ou soumissionnaire peut être apportée par un ou plusieurs éléments de référence que sont la présentation d'états financiers ou d'extraits d'états financiers, la déclaration concernant le chiffre d'affaires global de l'entreprise sur les trois derniers exercices disponibles, la preuve d'une assurance de risques professionnels ou, le cas échéant, une déclaration bancaire. D'autres documents peuvent être produits en remplacement de ce qui précède, mais il appartiendra alors au pouvoir adjudicateur d'apprécier si ces documents sont appropriés ou non.

On soulignera, en ce qui concerne le chiffre d'affaires, que la législation prévoit désormais expressément que le chiffre d'affaires annuel minimal que les candidats ou soumissionnaires sont tenus de réaliser ne peut pas dépasser le double de la valeur estimée, selon les cas, du lot ou du groupe du lot pour lequel il est soumissionné ou remis offre, ou du montant du marché lorsque ce dernier n'est pas divisé en lots, sauf dans des cas dûment justifiés tels que ceux ayant trait aux risques particuliers à la nature des travaux, services ou fournitures.

En ce qui concerne les capacités techniques et professionnelles, le pouvoir adjudicateur peut imposer que les candidats et soumissionnaires disposent d'un niveau d'expérience suffisant, démontré par des références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement dans les cinq dernières années pour les marchés de travaux et dans les trois dernières années pour les marchés de services et de fournitures.

Document unique de marché européen (DUME)

Autre nouveauté de la loi de 2016, le DUME consiste en une déclaration officielle par laquelle le candidat ou soumissionnaire affirme que le motif d'exclusion concerné ne s'applique pas et/ou que le critère de sélection concerné est rempli, et il fournit les informations pertinentes requises par le pouvoir adjudicateur. Le DUME désigne en outre l'autorité publique ou le tiers compétent pour établir les documents justificatifs (en précisant s'ils peuvent être obtenus gratuitement ou non) et contient une déclaration officielle indiquant que le candidat ou soumissionnaire sera en mesure, sur demande et sans tarder, de fournir lesdits documents justificatifs.

Le DUME est établi sur la base du modèle fixé par la Commission européenne et est fourni uniquement sous forme électronique.

Le DUME constitue une preuve *a priori* de ce que le candidat ou soumissionnaire répond aux règles établies en matière de critères d'exclusion et de sélection qualitative. Le pouvoir adjudicateur peut donc procéder à l'analyse des offres sans se préoccuper, à ce stade, des critères d'exclusion ou de la sélection qualitative.

Le pouvoir adjudicateur peut demander au candidat ou soumissionnaire qui a renoncé à un DUME, 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 et pour autant que ces documents ne soient pas directement et gratuitement accessibles.

Sauf le cas d'un marché attribué dans le cadre d'un accord-cadre, avant l'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur doit obligatoirement exiger du soumissionnaire auquel il a décidé d'attribuer le marché, qu'il présente les documents justificatifs mis à jour pour autant que ces documents ne soient pas directement et gratuitement accessibles.

Source : AIHE Revue nr. 214 décembre 2017