

- ✓ En outre, il convenait de favoriser une gestion correcte de l'encours budgétaire à charge des pouvoirs adjudicateurs.

Ce délai d'introduction de l'action judiciaire prévu à peine de forclusion s'applique indépendamment du délai de prescription des intérêts applicable. Il convient donc de distinguer la forclusion de l'action judiciaire de la prescription des intérêts.

Enfin, signalons que l'article 73, paragraphe 3 de l'A.R. RGE précise que lorsque le différend a fait l'objet de pourparlers entre les parties, et si la décision du pouvoir adjudicateur a été notifiée moins de trois mois avant l'ex-

piration du délai de forclusion ou ne l'a pas encore été à l'expiration de ceux-ci, ils sont prolongés jusqu'à la fin du troisième mois qui suit celui de la notification de la décision. Une règle identique est prévue à l'article 18, paragraphe 3, alinéa 2 du cahier général des charges.

Pour conclure, prenons un exemple concret : pour un marché relevant de l'A.R. RGE, dont la réception provisoire a été notifiée le 10 janvier 2017, l'adjudicataire ne peut plus intenter d'action judiciaire en paiement des intérêts de retard pour une facture émise avant la réception provisoire depuis le 11 juillet 2019.

MARCHÉS PUBLICS

À QUOI FAUT-IL ÊTRE ATTENTIF LORS DE LA RÉDACTION D'UN CRITÈRE DE CAPACITÉ TECHNIQUE ET PROFESSIONNELLE RELATIF À LA PRODUCTION D'UNE LISTE DE TRAVAUX, FOURNITURES OU SERVICES ?



Elodie BAVAY,
Conseiller

Un critère de capacité technique et professionnelle consistant en la production d'une liste des travaux effectués au cours des trois dernières années, avec comme niveau d'exigence minimale « au moins 3 chantiers similaires », est-il adéquat ?

La rédaction de ce critère d'attribution appelle plusieurs observations.

- ✓ **Commençons par la période de référence prise en compte : le critère consiste en une liste des travaux effectués au cours des trois dernières années.**

L'article 68, paragraphe 4, 1°, a) de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (ARP) prévoit comme mode

de preuve de la capacité technique et professionnelle « une liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années au maximum, assortie de certificats de bonne exécution et de résultats pour les travaux les plus importants ; le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, les pouvoirs adjudicateurs peuvent indiquer que les éléments de preuve relatifs à des travaux exécutés il y a plus de cinq ans seront pris en compte ».

L'article 68, paragraphe 4, 1°, b) de l'ARP prévoit, concernant les fournitures et services « une liste des principales fournitures effectuées ou des principaux services fournis au cours des trois dernières années au maximum, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, les pouvoirs adjudicateurs peuvent indiquer que les éléments de preuve relatifs à des fournitures effectuées ou des services pertinents fournis il y a plus de trois ans seront pris en compte ».

Si la réglementation permet de déroger aux périodes de référence fixées à l'article 68, paragraphe 4, 1^o, a) et b) de l'ARP, c'est uniquement pour permettre au pouvoir adjudicateur de prendre en compte une période antérieure à cinq ans (ou trois ans en fournitures et services). En revanche, la réduction de la durée de la période de référence est irrégulière¹. Celle-ci conduit, en effet, à réduire la concurrence.

Il conviendra donc d'être particulièrement attentif à ne pas réduire la période de 5 ans (en travaux) ou 3 ans (en services et fournitures) dans les documents du marché. Une augmentation de la période de référence est, cependant, envisageable.

✔ **Ensuite, abordons la fixation du niveau d'exigence minimale : celui-ci consiste en « 3 chantiers similaires ».**

L'article 65, alinéa 2 de l'ARP prévoit que le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'assortir chacun des critères de sélection qualitative de caractère économique, financier et/ou technique d'un niveau d'exigence approprié, sauf si l'un des critères utilisés ne se prête pas à la fixation d'un tel niveau².

Le Rapport au Roi, en commentaire de l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, indique que : « *Le Conseil d'État a rappelé de manière constante et à de nombreuses reprises que l'utilisation de critères de sélection qualitative n'a de sens que si lesdits critères sont assortis d'un niveau d'exigence à atteindre pour être sélectionné. À défaut de fixation d'un tel niveau, il se pourrait que des opérateurs économiques de capacité potentiellement différentes soient traités de manière identique et donc discriminatoire* ».

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* » du SPW Pouvoirs Locaux précise, concernant la fixation du niveau minimal d'exigence, que celui-ci doit faire apparaître un niveau qualitatif et un niveau quantitatif. Elle ajoute que le niveau d'exigence « *devra donc faire apparaître un type d'objet, un nombre, et un montant. Par exemple, pour un marché de travaux, en critère de capacité technique, le pouvoir adjudicateur qui veut s'assurer de la capacité technique des candidats ou soumissionnaires via la production d'une liste de travaux réalisés durant les 5 dernières années exigera un nombre minimum de travaux exécutés pendant cette période portant sur le même type d'objet, pour un montant minimal (par ouvrage ou globalement) de X euros. La simple référence à des travaux, fournitures ou services « similaires » n'est donc pas suffisante tant au niveau qualitatif que quantitatif* ».

L'on constate dès lors que le niveau minimal d'exigence consistant en « *au moins 3 chantiers similaires* » est inapproprié à deux égards. D'abord, le pouvoir adjudicateur a omis d'indiquer un montant minimum (par ouvrage ou globalement). De cette manière, seraient traités de la même façon des soumissionnaires ayant effectué des travaux d'ampleurs potentiellement tout à fait différentes. Ensuite, le pouvoir adjudicateur se contente de faire référence à des « *chantiers similaires* », ce qui est insuffisant. Un récent arrêt du Conseil d'État confirme ce constat, dans le cadre d'un marché de fournitures³. Il conviendrait que le pouvoir adjudicateur précise sous quels aspects la « *similarité* » serait rencontrée en l'espèce.



Pour le surplus, si nous concentrons notre propos sur le critère relatif à la production d'une liste de travaux, fournitures ou services, gardons à l'esprit que d'autres critères de sélection qualitative nécessiteront également la fixation d'un niveau d'exigence approprié (sauf s'ils ne s'y prêtent pas, comme c'est le cas de la déclaration bancaire). Ainsi, par exemple, si le pouvoir adjudicateur prévoit comme critère de capacité financière une déclaration relative au chiffre d'affaire global de l'entreprise, il conviendra qu'il fixe un montant minimum à atteindre⁴. Si le pouvoir adjudicateur exige l'indication des titres d'études et professionnels du prestataire de services ou de l'entrepreneur ou des cadres de l'entreprise, il conviendra également d'indiquer clairement le minimum attendu (exemple : « *au moins un titulaire d'un diplôme d'architecte* »).

¹ Van Garsse, S., Art. 68. - *Commentaire article par article de la (nouvelle) Législation sur les marchés publics, A.R. du 18.4.2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, TITRE 1^{er}. – Dispositions générales, CHAPITRE 12. – Sélection des candidats et des soumissionnaires, Politeia, Bruxelles, 21.10.2019.*

² Et l'alinéa suivant d'ajouter : « *Si le pouvoir adjudicateur utilise un critère économique, financier ou technique, ne se prêtant pas à la fixation d'un niveau, ce critère doit être assorti d'un second critère de même type qui se prête à une telle fixation* ».

³ C.E. n°247.720 du 5.6.2020

⁴ L'art. 67, par. 3, al. 3 A.R. du 18.4.2017 précise que : « *Le chiffre d'affaires annuel minimal que les opérateurs économiques sont tenus de réaliser ne dépasse pas le double de la valeur estimée du marché, sauf dans des cas dûment justifiés tels que ceux ayant trait aux risques particuliers inhérents à la nature des travaux, services ou fournitures. Le pouvoir adjudicateur indique les principales raisons justifiant une telle exigence dans les documents du marché.*