

Les motifs d'exclusion et les critères de sélection

L'étape de sélection vise à s'assurer de la capacité d'un candidat ou d'un soumissionnaire à exécuter le marché public envisagé. Cette étape est en réalité constituée de deux sous-étapes ayant une finalité plus précise : d'une part, le pouvoir adjudicateur doit vérifier si le candidat ou le soumissionnaire se trouve dans une des hypothèses d'exclusion, c'est-à-dire dans une situation que l'on considère délicate et où il serait inapproprié de contracter avec lui, par exemple parce qu'il est en faillite ; d'autre part, le pouvoir adjudicateur doit aussi se soucier de ce que le candidat ou le soumissionnaire est suffisamment capable d'exécuter le marché public parce que, par exemple, il dispose de l'expérience utile. Voyons plus en détails ces deux sous-étapes.

1. Les motifs d'exclusion

La réglementation pose trois catégories de motifs d'exclusion : ceux emportant une exclusion obligatoire, celui relatif aux dettes fiscales et sociales et ceux pour lesquels l'exclusion est facultative (L. 17.6.2016, art. 67, 68 et 69).

A. Motifs d'exclusion obligatoire

Sauf dans le cas où le candidat ou le soumissionnaire démontre avoir pris des mesures suffisantes afin de démontrer sa fiabilité, le pouvoir adjudicateur exclut, à quelque stade de la procédure que ce soit, un candidat ou un soumissionnaire de la participation à la procédure de passation, lorsqu'il a fait l'objet d'une condamnation pour l'une des infractions suivantes :

1. participation à une organisation criminelle ;
2. corruption ;
3. fraude ;
4. infractions terroristes, infractions liées aux activités terroristes ou incitation à commettre une telle infraction, complicité ou tentative d'une telle infraction ;
5. blanchiment de capitaux ou financement du terrorisme ;
6. travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains ;
7. occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal.

En principe, cette vérification ne concerne que les candidats ou soumissionnaires. Toutefois, pour les marchés européens, le pouvoir adjudicateur doit vérifier l'absence de commission de ces infractions non seulement par les candidats ou les soumissionnaires mais également par tout membre de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance des candidats ou des soumissionnaires et par toute personne qui détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle au sein des candidats ou soumissionnaires¹.

B. Motif d'exclusion relatif aux dettes fiscales et sociales

Sauf exigences impératives d'intérêt général et sous réserve d'un paiement ou d'un accord contraignant intervenu avant l'introduction d'une demande de participation ou des offres, le pouvoir adjudicateur exclut, à quelque stade de la procédure de passation que ce soit, la participation à une

¹ L. 17.6.2016, art. 67, § 1^{er}, al. 5.

procédure, d'un candidat ou d'un soumissionnaire qui ne satisfait pas à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale sauf :

- lorsque le montant impayé ne dépasse pas le montant de 3.000 euros
- ou lorsque le candidat ou le soumissionnaire peut démontrer qu'il possède à l'égard d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entreprise publique une ou des créances certaines, exigibles, libres de tout engagement à l'égard de tiers et équivalentes à 3.000 euros près.

Le pouvoir adjudicateur donne cependant l'opportunité à tout opérateur économique de se mettre en règle avec ces obligations sociales et fiscales dans le courant de la procédure de passation et ce, après avoir constaté une première fois que le candidat ou le soumissionnaire ne satisfaisait pas aux exigences. A partir de cette constatation, le pouvoir adjudicateur laisse à l'opérateur économique un délai de cinq jours ouvrables pour fournir la preuve de sa régularisation. Le recours à cette régularisation n'est possible qu'à une seule reprise (L.17.6.2016, art. 68).

Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification de la situation sur le plan des dettes sociales et de la situation fiscale des candidats ou soumissionnaires, sur la base des attestations qui sont disponibles électroniquement pour le pouvoir adjudicateur via l'application Télémarc ou via d'autres applications électroniques équivalentes et accessibles gratuitement dans d'autres Etats membres, dans les vingt jours suivant la date ultime pour l'introduction des demandes de participation ou des offres (A.R. 18.4.2017, art. 62, § 2, al. 1^{er}, et 63, § 2, al. 1^{er}).

C. Motifs d'exclusion facultative

Sauf dans le cas où le candidat ou le soumissionnaire démontre avoir pris des mesures suffisantes afin de démontrer sa fiabilité, le pouvoir adjudicateur peut exclure, à quelque stade de la procédure de passation, de la participation à une procédure, un candidat ou un soumissionnaire dans les cas suivants :

1. lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer que le candidat ou le soumissionnaire a manqué aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail ;
2. lorsque le candidat ou le soumissionnaire est en état de faillite, de liquidation, de cessation d'activités, de réorganisation judiciaire ou a fait l'aveu de sa faillite ou fait l'objet d'une procédure de liquidation ou de réorganisation judiciaire ;
3. lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que le candidat ou le soumissionnaire a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité ;
4. lorsque le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que le candidat ou le soumissionnaire a commis des actes, conclu des conventions ou procédé à des ententes en vue de fausser la concurrence ;
5. lorsqu'il ne peut être remédié à un conflit d'intérêts au sens de la réglementation par d'autres mesures moins intrusives ;
6. lorsqu'il ne peut être remédié à une distorsion de la concurrence résultant de la participation préalable des candidats ou soumissionnaires à la préparation de la procédure de passation, par d'autres mesures moins intrusives ;
7. lorsque des défaillances importantes ou persistantes du candidat ou du soumissionnaire ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché public antérieur, d'un marché antérieur passé avec un adjudicateur ou d'une concession antérieure, lorsque ces défaillances ont donné lieu à des mesures d'office, des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable ;
8. le candidat ou le soumissionnaire s'est rendu gravement coupable de fausse déclaration en fournissant 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 ;

9. le candidat ou le soumissionnaire a entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel du pouvoir adjudicateur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui donner un avantage indu lors de la procédure de passation, ou a fourni par négligence des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution (L. 17.6.2016, art. 69).

L'on constatera utilement que, sauf disposition contraire dans les documents du marché, les dispositions relatives aux motifs d'exclusion facultative ne sont pas applicables à la procédure négociée sans publication préalable pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil correspondant pour la publicité européenne (L. 17.6.2016, art. 42, § 3, al. 1).

Enfin, on notera qu'aucun des motifs d'exclusion (même ceux emportant en principe obligatoirement l'exclusion du soumissionnaire) n'est applicable aux marchés de faible montant (L. 17.6.2016, art. 92).

D. Mesures correctrices

Tout candidat ou soumissionnaire qui se trouve dans une des situations d'exclusion obligatoire ou facultative peut fournir des preuves afin d'attester qu'il a pris des mesures pour contrer ces situations. Et s'agissant des motifs d'exclusion obligatoire, il est censé les signaler d'initiative au pouvoir adjudicateur, lorsqu'elles existent. A cet égard, le pouvoir adjudicateur doit d'ailleurs signaler dans les documents du marché que cette règle s'applique, afin d'attirer l'attention des soumissionnaires.

Si ces preuves sont jugées suffisantes par le pouvoir adjudicateur, le candidat ou le soumissionnaire concerné n'est pas exclu de la procédure de passation. Ces mesures peuvent consister par exemple en le versement d'une indemnité en réparation (L. 17.6.2016, art. 70).

2. Le(s) critère(s) de sélection

Le ou les critères de sélection peuvent avoir trait :

1. à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle et/ou
2. à la capacité économique et financière et/ou
3. aux capacités techniques et professionnelles (L. 17.6.2016, art. 71).

Le ou les critères sont prédéterminés par le pouvoir adjudicateur dans l'avis de marché ou dans l'invitation à remettre offre, et ils sont proportionnés et liés à l'objet du marché.

Au rang de la capacité économique et financière, figurent notamment la déclaration concernant le chiffre d'affaires ou la preuve d'une assurance des risques professionnels (A.R. 18.4.2017, art. 67).

Parmi les critères de sélection de type technique, l'on notera, entre autres, une liste des travaux exécutés en principe au cours des cinq dernières années ou une liste des principales fournitures effectuées ou des principaux services fournis en principe au cours des trois dernières années (A.R. 18.4.2017, art. 68, § 4).

Dans les marchés de travaux passés en procédure ouverte ou en procédure négociée directe avec publication préalable, le pouvoir adjudicateur pourra se contenter d'exiger des soumissionnaires l'agrégation dans une catégorie ou sous-catégorie de travaux et dans une classe financière (A.R. 18.4.2017, art. 70, § 1^{er}, al. 3).

Le pouvoir adjudicateur fixe le niveau d'exigence approprié sauf si le critère ne se prête pas à la fixation d'un tel niveau.

Si le pouvoir adjudicateur utilise un critère qui ne permet pas de fixer un tel niveau minimal d'exigence, il l'assortit d'un second critère de même type qui se prête à cette fixation.

Les critères et leurs moyens de preuves sont indiqués dans l'avis de marché ou, à défaut, dans les documents du marché.

Dans les procédures formalisant l'étape de sélection par l'adoption d'une décision propre à la sélection (qu'il s'agisse de la procédure restreinte ou de la procédure concurrentielle avec négociation) et mettant ainsi l'accent sur la qualité des candidats à sélectionner, le pouvoir adjudicateur pourrait décider, outre de fixer des seuils minimaux à atteindre, que seuls les x premiers candidats seront sélectionnés. Cette manière de procéder a le mérite d'accentuer encore davantage l'aspect qualitatif du choix des candidats.

Dans les procédures ouvertes, négociées directement avec publication préalable et, le cas échéant², négociées sans publication préalable, seuls les soumissionnaires atteignant les seuils minimaux d'exigence seront sélectionnés.

3. Document unique de marché européen, déclaration sur l'honneur implicite et Télémarc

La charge administrative, consistant pour les opérateurs économiques à obtenir et fournir toutes les justifications relatives aux motifs d'exclusion et aux critères de sélection, peut s'avérer assez fastidieuse et même onéreuse. De même, du côté du pouvoir adjudicateur, la vérification de ces documents peut représenter une charge importante. Aussi, dans un objectif de simplification administrative, a été imaginée la déclaration sur l'honneur par laquelle chaque candidat ou soumissionnaire indique satisfaire les conditions imposées, sans fournir au dépôt des demandes de participation ou des offres ces preuves, à charge pour lui de les fournir à la première demande du pouvoir adjudicateur. Parallèlement, s'est développée l'application électronique Télémarc permettant aux pouvoirs adjudicateurs de vérifier eux-mêmes la situation de sélection des candidats ou des soumissionnaires sans avoir à les déranger.

1. DUME

Par l'adoption du DUME (ou document unique de marché européen), le législateur européen a souhaité uniformiser les pratiques, parfois fort divergentes, connues au sein de chaque Etat membre de l'Union européenne en matière de déclaration sur l'honneur et ainsi favoriser les échanges intra-européens et il a imposé, pour une grande majorité des marchés européens, le recours à ce DUME.

Par l'introduction du DUME au moment du dépôt des demandes de participation ou des offres, selon le cas, chaque candidat ou soumissionnaire atteste sur l'honneur à la fois qu'il ne se trouve pas dans une situation d'exclusion et qu'il répond au(x) critère(s) de sélection. Ce DUME vaut ainsi preuve a priori et permet, sans toutefois que ce ne soit obligatoire, en procédure ouverte, au pouvoir adjudicateur d'entamer l'analyse des offres au regard de leur régularité et de leur(s) critère(s) d'attribution avant que la sélection ne soit définitive (L. 17.6.2016, art. 66, § 2, al. 1^{er}). En ce cas, avant l'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur exige du soumissionnaire, auquel il entend attribuer le marché, qu'il présente les documents justificatifs mis à jour, sauf si les documents sont accessibles gratuitement par des moyens électroniques (L. 17.6.2016, art. 73, § 4).

Ce DUME n'est pas applicable à tous les marchés mais uniquement aux marchés dont l'estimation est égale ou supérieure aux seuils de publicité européenne sauf certaines hypothèses de procédure négociée sans publication préalable (A.R. 18.4.2017, art. 38, § 1^{er}, al. 1^{er}). Cela étant, sous les seuils de publicité européenne, le DUME présenté ne peut pas être refusé.

² L'indication d'un ou de plusieurs critères de sélection n'étant pas obligatoirement prévue pour les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils de publicité européens : L. 17.6.2016, art. 42, § 3, al. 1^{er}, 2^o.

2. Déclaration sur l'honneur implicite

Pour les marchés belges et quelques marchés européens pour lesquels le DUME n'est pas applicable, la réglementation prévoit que, par l'introduction de la demande de participation ou de l'offre, le candidat ou le soumissionnaire déclare sur l'honneur qu'il ne se trouve pas dans une situation d'exclusion. La déclaration sur l'honneur est donc moins large que le DUME, ne concernant que la première sous-étape de la sélection.

Cette déclaration sur l'honneur ne vaut que pour les documents accessibles par des moyens électroniques, sauf disposition contraire. La déclaration sur l'honneur ne porte pas non plus sur les mesures correctrices éventuellement invoquées par un opérateur économique. Ces documents, inaccessibles électroniquement ou en lien avec les mesures correctrices, sont alors joints à la demande de participation ou à l'offre, selon la procédure de passation.

3. Télémarc

Les pouvoirs adjudicateurs, qui ne disposent pas encore d'un accès à Télémarc, devaient le demander à l'Agence pour la Simplification administrative pour le 1^{er} mai 2018 au plus tard en principe (A.R. 18.4.2017, art. 126 et 133).

Actuellement, les documents accessibles sont les comptes annuels déposés à la Banque nationale, le paiement des cotisations de sécurité sociale à l'ONSS, la « balance de dettes fiscales » auprès du SPF Finances, la situation juridique des entreprises (non-faillite ou situation similaire) à la Banque-carrefour des entreprises et l'agrégation des entrepreneurs de la construction (SPF Économie).

