

## LA SÉLECTION QUALITATIVE

Réglementation pertinente :

- Articles 67 à 71, 73 et 78 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics
- Articles 38, 39, 61 à 69 et 73 de l'arrêté royal passation
- Loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux

La sélection qualitative est une étape obligatoire dans toutes les procédures de passation à l'exception de la procédure négociée sans publication préalable<sup>1</sup> et des marchés de faible montant.

Les marchés publics sont attribués sur la base du ou des critères d'attribution, pour autant que le pouvoir adjudicateur ait vérifié que toutes les conditions suivantes sont réunies :

1° l'offre est conforme aux exigences, conditions et critères énoncés dans l'avis de marché et dans les documents du marché (= régularité et conformité de l'offre) ;

2° l'offre provient d'un soumissionnaire qui n'est pas exclu de l'accès au marché et qui répond aux critères de sélection fixés par le pouvoir adjudicateur (= sélection qualitative).

Selon que la procédure de passation se déroule en une ou deux phases, la sélection constituera une étape indépendante du dépôt de l'offre ou pas.

Lors de l'étape de sélection qualitative, le pouvoir adjudicateur va s'assurer que le candidat/soumissionnaire :

- n'est pas dans une situation personnelle entraînant son exclusion de la procédure de passation du marché (vérification des motifs d'exclusion) ;
- et qu'il possède bien la capacité requise pour exécuter le marché public concerné (vérification des critères de sélection)

La présente note abordera les questions suivantes :

1. Que faut-il entendre par motifs d'exclusion ?
2. En quoi consistent les critères de sélection ?
3. En quoi consiste le DUME ?
4. Le pouvoir adjudicateur peut-il demander des informations complémentaires ?

---

<sup>1</sup> En PNSPP en dessous des seuils de publicité européenne, les art 69 (motifs d'exclusion facultatifs) et 71 Loi (critères de sélection) ne sont pas applicables sauf disposition contraire dans les documents du marché.,

5. Le pouvoir adjudicateur peut-il revoir la sélection qualitative ?
6. Quelles sont les particularités de la sélection qualitative selon la procédure de passation choisie ?
7. Comment le candidat/soumissionnaire est-il informé de sa sélection ?

## 1. Les motifs d'exclusion

La réglementation des marchés publics distingue trois types de motifs d'exclusion :

- 1.1. Les motifs d'exclusion obligatoires
- 1.2. Le motif d'exclusion relatif aux dettes fiscales et sociales
- 1.3. Les motifs d'exclusion facultatifs

Par rapport aux situations d'exclusion, le candidat/soumissionnaire peut prendre des mesures correctrices (voir infra 1.4.) afin de démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent.

Pour les marchés soumis à la publicité belge, par le simple fait de déposer sa candidature ou son offre, le candidat/soumissionnaire déclare qu'il ne se trouve pas dans une situation d'exclusion, il s'agit de la déclaration implicite sur l'honneur (voir infra 1.5.).

Pour les marchés soumis à la publicité européenne, le candidat/soumissionnaire devra remplir le DUME (voir infra point 3).

### 1.1. Motifs d'exclusion obligatoires

Sauf dans le cas où le candidat/soumissionnaire démontre avoir pris des mesures correctrices, sera exclu de la procédure de passation, à quelque stade que ce soit, le candidat/soumissionnaire ayant fait l'objet d'une condamnation prononcée par une **décision judiciaire ayant force de chose jugée** 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 ou autre forme de traite des êtres humains

7° Occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal (dans ce cas, pas besoin d'une condamnation en bonne et due forme, il suffit d'une décision administrative ou judiciaire)

Les exclusions visées aux 1° à 6° s'appliquent uniquement pour une période de 5 ans à compter de la date du jugement. L'exclusion mentionnée au 7° s'applique pour une période de 5 ans à partir de la fin de l'infraction.

L'exclusion du candidat/soumissionnaire sera également applicable si la personne qui a fait l'objet d'une condamnation définitive est un membre de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance dudit candidat/soumissionnaire OU détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein.

Le candidat/soumissionnaire ne sera pas exclu sur base des motifs d'exclusion obligatoires lorsqu'il a pris des **mesures correctrices** (voir infra 1.4.).

Le pouvoir adjudicateur peut **à titre exceptionnel** et pour des **raisons impératives d'intérêt général**, autoriser une dérogation à l'exclusion obligatoire. (exemple : en cas de pandémie, seul un opérateur économique dispose du vaccin mais il a fait l'objet d'une condamnation définitive → l'intérêt général prime sur l'intérêt particulier du pouvoir adjudicateur)

## 1.2. Motifs d'exclusion relatifs aux dettes sociales et fiscales

Le pouvoir adjudicateur exclut, à quelque stade de la procédure de passation que ce soit, le candidat/soumissionnaire qui ne satisfait pas à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale sauf lorsque :

- 1° le montant impayé **ne dépasse pas 3.000 €**, ou ;
- 2° le soumissionnaire démontre qu'il possède à l'égard d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entreprise publique une **créance certaine, exigible et libre** de tout engagement à l'égard de tiers s'élevant au moins à un montant égal à celui pour lequel il est en retard de paiement de dettes fiscales ou sociales, diminué de 3.000 €.
- 3° le candidat/soumissionnaire a rempli ses obligations en payant ou en concluant un accord contraignant en vue de payer les impôts et taxes ou cotisations de sécurité sociale dues, y compris, le cas échéant, tout intérêt échu ou les éventuelles amendes SSI ce paiement ou la conclusion de cet accord contraignant s'est déroulé AVANT l'introduction de la demande de participation ou des offres et, s'il a obtenu pour cette dette un **plan d'apurement**, qu'il respecte strictement.

Le pouvoir adjudicateur donne l'opportunité à tout candidat/soumissionnaire de se mettre en règle avec ses obligations sociales et fiscales dans le courant de la procédure de passation et ce, après avoir constaté une première fois que 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. Ce délai commence à courir le jour qui suit la notification.

Le recours à cette régularisation n'est possible qu'à une seule reprise.

La preuve de l'absence de dettes sociales doit couvrir le **dernier trimestre écoulé** avant la date ultime de réception des demandes de participation ou des offres alors que pour les dettes fiscales, la vérification consiste à analyser si le candidat/soumissionnaire est en ordre au jour du dépôt de la demande de participation ou de l'offre.

Si la vérification effectuée par le pouvoir adjudicateur n'est pas suffisante, ce dernier peut solliciter une attestation récente du candidat/soumissionnaire ou interroger le SPF Finances ou l'ONSS selon le cas et pour autant que le soumissionnaire soit belge.

### 1.3. Motifs d'exclusion facultatifs

Sauf dans le cas où le candidat/ soumissionnaire démontre avoir pris des mesures correctrices, pourra être exclu de la procédure de passation, à quelque stade que ce soit, le candidat/soumissionnaire se trouvant dans l'un des cas suivants (liste limitative) :

- 1° Lorsque le pouvoir adjudicateur peut prouver que le candidat/soumissionnaire a manqué aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail.
- 2° Lorsque le candidat/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, ou dans toute autre situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans d'autres réglementations nationales.
- 3° Lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer que le candidat/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 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'intérêt.
- 6° Lorsqu'il ne peut être remédié à une distorsion de concurrence résultant de la participation préalable du candidat/soumissionnaire à la préparation de la procédure de passation.
- 7° Lorsque des défaillances importantes ou persistantes du candidat/soumissionnaire ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché public antérieur, lorsque ces défaillances ont donné lieu à des mesures d'office, des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable.
- 8° Lorsque le candidat/soumissionnaire s'est rendu 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.

- 9° Lorsque 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.

Les exclusions de la participation à un marché sur base des motifs facultatifs exposés ci-avant s'appliquent pour une période de 3 ans à compter de la date de l'évènement concerné ou, en cas d'infraction continue, à partir de la fin de l'infraction.

Contrairement aux motifs d'exclusion obligatoires, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de vérifier l'absence de motifs d'exclusion facultatifs dans le chef des membres de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance du candidat/soumissionnaire OU des personnes qui détiennent un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein. Une disposition contraire peut cependant être introduite dans les documents du marché pour rendre cette vérification obligatoire.

#### 1.4. Mesures correctrices

Tout candidat/soumissionnaire qui se trouve dans l'une des situations visées aux motifs d'exclusion obligatoires ou facultatifs 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 pertinent.

Afin de démontrer sa fiabilité, le soumissionnaire doit démontrer d'initiative:

- Qu'il a **versé ou entrepris de verser une indemnité de réparation** de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute ;
- Qu'il a **clarifié totalement les faits et circonstances** en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête ;
- Qu'il a pris des **mesures préventives** concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel afin d'éviter toute nouvelle infraction ou faute (*exemple : opérateur économique condamné pour fraude mais il a été procédé entretemps au licenciement de l'employé responsable de ladite fraude*).

Il doit exister une proportionnalité entre les mesures prises et la gravité de l'infraction ou de la faute ainsi que des circonstances particulières.

Si ces preuves sont jugées suffisantes par le pouvoir adjudicateur qui dispose d'un réel pouvoir d'appréciation, le candidat/soumissionnaire concerné n'est pas exclu de la procédure de passation.

Le pouvoir adjudicateur devra, en toutes hypothèses, motiver sa décision en fait et en droit.

Un opérateur économique ne pourra pas recourir aux mesures correctrices s'il a été exclu par une décision judiciaire ayant force de chose jugée pendant la période fixée par ladite décision et ce, dans tous les états membres où la décision produit ses effets.

### **1.5. Déclaration implicite sur l'honneur**

Pour les marchés de niveau de publicité belge, le simple fait d'introduire la demande de participation/l'offre constitue une déclaration implicite sur l'honneur du candidat/soumissionnaire qu'il ne se trouve pas dans un des cas d'exclusion obligatoires ou relatifs aux dettes fiscales ou sociales ou facultatifs.

Lorsque le soumissionnaire se trouve dans un cas d'exclusion et qu'il fait valoir des mesures correctrices, la déclaration implicite sur l'honneur ne porte pas sur des éléments qui ont trait au motif d'exclusion concerné. Dans ce cas, il produit la description écrite des mesures prises.

L'application de la déclaration implicite sur l'honneur du soumissionnaire vaut pour les documents ou certificats relatifs aux situations d'exclusion qui sont gratuitement accessibles pour le pouvoir adjudicateur via l'application Télémarc. Si le pouvoir adjudicateur souhaite l'étendre à d'autres documents comme par exemple l'extrait de casier judiciaire, il devra le préciser dans les documents du marché.

L'intérêt de la déclaration implicite sur l'honneur est un allègement de la charge administrative tant du pouvoir adjudicateur que du candidat/soumissionnaire. En effet, la vérification effective de la sélection qualitative, sauf le motif d'exclusion relatif aux dettes fiscales et sociales, se fera dans le chef de l'adjudicataire pressenti. Les soumissionnaires ne sont donc pas tenus de fournir les justificatifs avec leur offre.

### **1.6. Vérification des motifs d'exclusion**

Le candidat/soumissionnaire belge n'est pas tenu de présenter des documents justificatifs ou d'autres pièces justificatives lorsque et dans la mesure où le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'obtenir directement les certificats ou les informations pertinentes via l'application Télémarc.

Seront directement vérifiées par le pouvoir adjudicateur, via l'application Télémarc :

- ✓ la situation fiscale des candidats/soumissionnaires ;
- ✓ la situation sur le plan des dettes sociales des candidats/soumissionnaires ;
- ✓ la situation juridique des candidats/soumissionnaires (non faillite ou situation similaire).

La vérification des dettes sociales et fiscales dans le chef de tous les candidats/soumissionnaires doit se faire dans les vingt jours calendrier suivant la date ultime pour l'introduction des demandes de participation ou des offres.

Si le candidat/soumissionnaire provient d'un Etat de l'UE autre que la Belgique, le pouvoir adjudicateur sollicitera la communication par le candidat/soumissionnaire d'une attestation récente prouvant qu'il satisfait à ses obligations en matière sociale et fiscale. L'outil « e-Certis » de la Commission européenne permet de savoir quelles sont les preuves acceptables par pays.

Pour les motifs d'exclusions obligatoires, le candidat/soumissionnaire produira un extrait de casier judiciaire ou, à défaut, le document équivalent délivré par l'autorité judiciaire ou administrative compétente du pays d'origine ou d'établissement de l'opérateur économique et dont il résulte que l'opérateur économique ne se trouve pas dans une situation d'exclusion.

Le pouvoir adjudicateur peut revoir la sélection d'un candidat/soumissionnaire à quelque stade de la procédure de passation que ce soit, si sa situation à la lumière des motifs d'exclusion ne répond plus aux conditions.

### **1.7. Groupement sans personnalité juridique et tiers à la capacité desquels il est fait appel**

Les motifs d'exclusion sont applicables à l'opérateur économique qui introduit seule une demande de participation ou une offre mais également à ;

- tous les participants qui introduisent ensemble une demande de participation et ont l'intention de constituer, en cas de sélection, un groupement d'opérateurs économiques ;
- tous les participants qui, en tant que groupement d'opérateurs économiques, déposent ensemble une offre ;
- et aux tiers à la capacité desquels il est fait appel.

## **2. Les critères de sélection qualitative**

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.

Le pouvoir adjudicateur ne peut imposer d'autres critères que ceux susvisés comme conditions de participation aux candidats et aux soumissionnaires. Il veillera à fixer des critères qui doivent lui permettre de s'assurer que les candidats ou soumissionnaires possèdent la capacité requise par rapport à l'objet du marché.

Les critères de sélection sont liés et proportionnés à l'objet du marché et doivent être formulés d'une façon suffisamment précise.

Les critères de sélection sont fixés dans l'avis de marché ou en l'absence d'un tel avis, dans les documents du marché.

Chacun des critères de sélection fixés par le pouvoir adjudicateur doit être assorti d'un niveau d'exigence approprié. Si le critère retenu ne se prête pas à la fixation d'un tel niveau, ce critère doit être assorti d'un second critère qui lui permet de fixer un niveau d'exigence

A ne pas confondre avec les critères d'attribution qui permettent d'apprécier la valeur intrinsèque de l'offre. Les critères de sélection ne peuvent servir de critères d'attribution et inversement. Attention toutefois, la loi permet d'utiliser comme critère d'attribution, l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché.

## 2.1. Aptitude à exercer une activité professionnelle

Le pouvoir adjudicateur peut imposer aux candidats/soumissionnaires d'être inscrits sur :

- Un registre professionnel (*exemple : inscription à l'ordre des Architectes*) ;
- OU sur un registre de commerce de leur Etat membre d'établissement (en Belgique, il s'agit de la Banque carrefour des entreprises mais le numéro de BCE est toujours fourni d'initiative par les soumissionnaires).

Dans les marchés de services, le pouvoir adjudicateur peut imposer aux candidats/soumissionnaires de démontrer qu'ils sont membres d'une organisation spécifique ou qu'ils sont en possession d'une autorisation spécifique pour prêter (par exemple pour un traiteur, le pouvoir adjudicateur peut demander une autorisation de l'AFSCA).

L'aptitude à exercer une activité professionnelle est à distinguer de l'agrégation des entrepreneurs.

## 2.2. Capacité financière et économique

Pour être admis à participer au marché, les candidats/soumissionnaires doivent posséder une capacité économique et financière suffisante pour exécuter le marché. Cette capacité est établie par un ou plusieurs des éléments suivants :

1° la présentation d'**états financiers** ou d'extraits d'états financiers ;

2° la déclaration concernant le **chiffre d'affaires global de l'entreprise** portant sur les trois derniers exercices disponibles. Le pouvoir adjudicateur veillera à fixer le chiffre d'affaires global minimum attendu. Le chiffre d'affaires annuel minimal global ne peut pas dépasser le double de la valeur estimée du marché, sauf dans des cas dûment justifiés ;

3° la déclaration concernant le **chiffre d'affaires du domaine d'activité** faisant l'objet du marché portant sur les trois derniers exercices. Le chiffre d'affaires du domaine d'activité minimum doit être fixé. Le chiffre d'affaires annuel minimal par



domaine d'activité ne peut pas dépasser le double de la valeur estimée du marché, sauf dans des cas dûment justifiés ;

4° la preuve d'une **assurance des risques professionnels ou, le cas échéant, une déclaration bancaire**. Le montant minimum de la couverture doit être indiqué.

Le pouvoir adjudicateur peut recourir à la déclaration bancaire comme moyen de preuve de la capacité financière et économique. Toutefois, il veillera à ne pas l'exiger seule car elle ne permet pas la fixation d'un niveau d'exigence. La production de la déclaration bancaire sera donc assortie d'un autre critère de capacité financière et économique.

Toutefois, si pour une raison justifiée, le candidat/soumissionnaire n'est pas en mesure de produire les éléments de référence demandés par le pouvoir adjudicateur, il est autorisé à prouver sa capacité économique et financière par tout autre document. Il appartient au pouvoir adjudicateur d'apprécier le caractère approprié ou non du document présenté.

Dans l'hypothèse où le marché est divisé en lots, le pouvoir adjudicateur peut fixer des critères de sélection différents par lots et il peut fixer un chiffre d'affaires annuel minimal que les candidats/soumissionnaires sont tenus de réaliser pour des groupes de lots.

### 2.3. Capacité technique ou professionnelle

Pour être admis à participer au marché, les candidats/soumissionnaires doivent posséder une capacité technique et professionnelle suffisante pour exécuter le marché.

En fonction de la nature du marché, la capacité technique et professionnelle peut être démontrée par un ou plusieurs des moyens de preuve suivants :

1° les listes suivantes:

- a) 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;
- b) 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;

2° **l'indication des techniciens ou des organismes techniques**, qu'ils soient ou non intégrés à l'entreprise du candidat/soumissionnaire, en particulier de ceux qui sont

**responsables du contrôle de la qualité** et, lorsqu'il s'agit de marchés publics de travaux, auquel l'entrepreneur pourra faire appel pour l'exécution des travaux;

3° la **description de l'équipement technique, des mesures employées** par le candidat/soumissionnaire pour s'assurer de la qualité et des moyens d'étude et de recherche de son entreprise;

4° **l'indication des systèmes de gestion et de suivi de la chaîne d'approvisionnement** que le candidat/soumissionnaire pourra mettre en œuvre lors de l'exécution du marché;

5° lorsque les produits ou les services à fournir sont complexes ou que, à titre exceptionnel, ils doivent répondre à un but particulier, un **contrôle effectué par le pouvoir adjudicateur ou, au nom de celui-ci, par un organisme officiel** compétent du pays dans lequel le fournisseur ou le prestataire de services est établi, sous réserve de l'accord de cet organisme; ce contrôle porte sur les capacités de production du fournisseur ou sur la capacité technique du prestataire de services et, si nécessaire, sur les moyens d'étude et de recherche dont il dispose ainsi que sur les mesures qu'il prendra pour garantir la qualité;

6° **l'indication des titres d'études et professionnels du prestataire de services ou de l'entrepreneur ou des cadres de l'entreprise**, à condition qu'ils ne soient pas évalués comme critère d'attribution;

7° **l'indication des mesures de gestion environnementale** que le candidat/soumissionnaire pourra appliquer lors de l'exécution du marché;

8° une **déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du prestataire de services ou de l'entrepreneur et l'importance du personnel d'encadrement pendant les trois dernières années**;

9° une **déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services ou l'entrepreneur disposera pour la réalisation du marché**;

10° l'indication de la **part du marché que le candidat/soumissionnaire a éventuellement l'intention de sous-traiter**;

11° en ce qui concerne les produits à fournir:

- a) des échantillons, descriptions ou photographies dont l'authenticité doit être certifiée à la demande du pouvoir adjudicateur;
- b) des certificats établis par des instituts ou services officiels chargés du contrôle de la qualité et reconnus compétents, attestant la conformité de produits bien identifiés par des références à des spécifications ou normes techniques.

**Attention !** Un pouvoir adjudicateur peut considérer qu'un candidat/soumissionnaire ne possède pas les capacités professionnelles requises lorsqu'il a établi que ce dernier a des intérêts conflictuels qui pourraient avoir une incidence négative sur l'exécution du marché.

Dans le cas d'un marché de travaux, lorsqu'en vertu de l'article 3, alinéa 1er, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux, les travaux objet du marché ne peuvent être exécutés que par des entrepreneurs qui, soit sont agréés à cet effet, soit satisfont aux conditions à cet effet ou ont fourni la preuve qu'ils remplissent les conditions fixées par ou en vertu de ladite loi pour être agréés, l'avis de marché ou, à défaut, les documents du marché, mentionnent la classe (montant des travaux) et la catégorie (nature des travaux) d'agrégation requise.

La demande de participation ou l'offre devra indiquer :

- 1° soit que le candidat/soumissionnaire **dispose de l'agrégation requise** ;
- 2° soit que le candidat/soumissionnaire est **titulaire d'un certificat** ou est **inscrit sur une liste officielle d'entrepreneurs agréés** dans un autre Etat membre de l'Union européenne ;
- 3° soit que le candidat/soumissionnaire a fourni la preuve qu'il remplit les conditions pour être agréé. Le pouvoir adjudicateur en informe immédiatement la Commission d'agrégation des entrepreneurs.

L'agrégation constitue une présomption de capacité dans le chef des entrepreneurs. Dès lors, pour les marchés de travaux passés par procédure ouverte ou par procédure négociée directe avec publication préalable, le pouvoir adjudicateur peut se limiter à l'exigence de l'agrégation des entrepreneurs de travaux sans exiger des soumissionnaires d'autres renseignements ou documents concernant leur capacité économique, financière, technique ou professionnelle.

#### **2.4. Le recours à la capacité des tiers**

Pour pouvoir démontrer sa capacité à exécuter le marché, un candidat/soumissionnaire peut s'appuyer sur les capacités d'autres entités (une filiale, un sous-traitant, ...), quelle que soit la nature juridique du lien qui l'unit à ces entités, pour remplir les critères relatifs à la capacité économique et financière et les critères relatifs aux capacités techniques et professionnelles, visés ci-avant.

Le pouvoir adjudicateur peut toutefois préciser dans les documents du marché :

- Que certaines tâches ESSENTIELLES doivent être impérativement effectuées DIRECTEMENT par le soumissionnaire ou un participant du groupement d'opérateurs économiques ;
- Que l'opérateur économique et ses entités seront solidairement responsables de l'exécution du marché.

Il est à noter que ce recours à la capacité des tiers est interdit par la loi sur l'agrégation des entrepreneurs de travaux. Le soumissionnaire n'a donc pas la possibilité d'invoquer l'agrégation d'un sous-traitant pour prouver l'agrégation requise par le pouvoir adjudicateur.

## 3. Le DUME

### 3.1. Notion

La production du document unique de marché européen (DUME) est obligatoire pour les marchés dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils fixés pour la publicité européenne.

Le DUME n'est toutefois pas obligatoire en procédure négociée sans publication préalable de niveau européen, dans les hypothèses suivantes :

- Urgence ;
- Monopole ;
- Travaux et services similaires ;
- Fournitures à des conditions avantageuses ;
- Fournitures complémentaires ;
- Fournitures cotées achetées à une bourse de matières premières.

Depuis le 18 avril 2018, le DUME doit obligatoirement être fourni sous format électronique.

Le pouvoir adjudicateur doit indiquer, dans les documents de marché, les lignes directrices permettant aux opérateurs économiques de compléter le DUME.

Le DUME consiste en une déclaration sur l'honneur propre et actualisée de l'opérateur économique selon laquelle il :

- ne se trouve pas dans un des cas d'exclusion obligatoires et facultatifs, qui doit ou peut entraîner son exclusion ;
- répond aux critères de sélection qui ont été établis par le pouvoir adjudicateur ;
- fournira les informations pertinentes sollicitées par le pouvoir adjudicateur ;
- respecte (le cas échéant) les règles et critères objectifs établis relatifs à la réduction du nombre de candidats ;
- consent à ce que le pouvoir adjudicateur ait directement accès aux justificatifs et certificats (si l'opérateur économique a effectivement indiqué où trouver les justificatifs, certificats).

Il s'agit d'une preuve a priori que le pouvoir adjudicateur accepte en lieu et place des documents ou certificats délivrés par des autorités publiques ou des tiers.

Le pouvoir adjudicateur peut, dans le cas d'une procédure ouverte, procéder au contrôle des offres après la vérification de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection sur la base du seul DUME. Dans ce cas, il peut être procédé, à ce stade, à l'évaluation des offres sans un examen plus approfondi de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection. Avant de recourir à cette possibilité, le pouvoir adjudicateur doit toutefois avoir vérifié l'absence de dettes fiscales et sociales ainsi qu'évaluer les éventuelles mesures correctrices.

### 3.2. Les obligations du pouvoir adjudicateur

Le pouvoir adjudicateur est tenu de :

- utiliser le modèle de DUME fixé par le Commission européenne ;
- fournir le DUME sous format électronique ;
- indiquer les lignes directrices permettant de remplir le DUME ;

Pour les services sociaux et autres services spécifiques, il faut toujours permettre à l'opérateur économique d'indiquer de manière globale s'il satisfait aux critères de sélection requis.

### 3.3. Les obligations des candidats/soumissionnaires

Les candidats/soumissionnaires sont tenus de :

- produire le DUME lors du dépôt des demandes de participation/ offres ;
- utiliser le modèle de DUME fixé par la Commission européenne ;
- fournir le DUME sous format électronique ;
- fournir toutes les informations requises par le pouvoir adjudicateur et uniquement celles-là ;
- indiquer les renseignements permettant au pouvoir adjudicateur d'obtenir directement le document justificatif en accédant à une base de données nationale accessible gratuitement ;
- fournir les documents justificatifs à la première demande du pouvoir adjudicateur sauf si ce dernier a la possibilité d'obtenir ces documents en accédant à une base de données nationale, accessible gratuitement ou s'il a déjà ces documents en sa possessions suite à un marché conclu précédemment ;
- joindre un DUME distinct (partie II section A et B + partie III + partie IV et V si pertinent) pour chacune des entités à la capacité desquelles il fait éventuellement appel ;
- joindre un DUME distinct (partie II à V) pour chaque opérateur économique du groupement si l'opérateur économique participe à la procédure de passation avec d'autres opérateurs économiques ;
- joindre un DUME distinct (partie II section A et B et partie III) pour chaque sous-traitant aux capacités desquels il n'est pas fait appel si le CSC impose aux opérateurs économiques d'indiquer les sous-traitants auxquels il a l'intention de sous-traiter et impose de fournir de telles information ;
- désigner dans la partie II.B du DUME celui des participants à un groupement d'opérateurs économiques qui représentera le groupement à l'égard du pouvoir adjudicateur si l'offre/ la candidature est déposée par un groupement d'opérateurs économiques ;
- signer le rapport de dépôt de l'offre/de la demande de participation, il n'y a pas de signature du DUME pris dans son individualité mais une signature globale du dépôt ;
- signer le rapport de dépôt par chaque participant d'un groupement d'opérateurs économiques si l'offre/ la candidature est déposée par un groupement d'opérateurs économiques.

### 3.4. Le DUME et les soumissionnaires agréés

Les opérateurs économiques agréés réfèrent, en ce qui concerne les informations requises aux parties III à V du DUME, à l'adresse web qui permet à l'entité adjudicatrice d'accéder au(x) certificat(s) concerné(s) ou en joignent une copie.

Ils remplissent les champs du DUME y afférents. Dans ce cas, ils ne sont pas tenus de remplir les parties III à V du DUME, sauf lorsque l'entité adjudicatrice fixe des critères de sélection supplémentaires par rapport aux critères prévus dans la réglementation relative à l'agrément des entrepreneurs. Dans ce dernier cas, le pouvoir adjudicateur en fait mention dans l'avis de marché ou, à défaut, dans les documents du marché.

Les opérateurs économiques qui ne sont pas agréés, ni en vertu de la loi du 20 mars 1991, ni dans un autre Etat membre, remplissent le DUME dans son intégralité. Le service public fédéral compétent en matière de gestion du système d'agrément en vertu de la loi du 20 mars 1991 prend, si nécessaire, contact avec l'opérateur économique afin de recevoir les pièces justificatives.

### **3.5. La jurisprudence du Conseil d'Etat**

Le Conseil d'Etat a été amené à examiner trois problématiques rencontrées dans le cadre de procédures ouvertes :

- l'absence de DUME du soumissionnaire ;
- l'absence de DUME de l'entité tierce ;
- la production d'un DUME incomplet.

Les enseignements du Conseil d'Etat sont les suivants :

- le DUME complété doit être remis lors du dépôt de l'offre. L'opérateur économique n'a pas le choix entre joindre le DUME ou joindre les certificats, il n'a pas non plus le choix entre joindre une déclaration sur l'honneur ou le DUME ;
- l'absence de DUME constitue une irrégularité substantielle de l'offre, elle ne peut être corrigée par le dépôt d'un DUME complété en cours de procédure ;
- ne pas fournir le DUME des tiers à la capacité desquels il est fait appel met le pouvoir adjudicateur dans l'impossibilité de vérifier la sélection qualitative dans le chef dudit tiers, par conséquent, le soumissionnaire ne peut être sélectionné. Dès l'instant où le soumissionnaire mentionne dans son DUME faire appel à la capacité d'une entité tierce, il doit fournir un DUME pour ce tiers.
- lorsque le DUME est bien déposé en même temps que l'offre, mais qu'il est fourni sous une forme incomplète, cela s'apparente à une erreur matérielle qui peut être rectifiée lorsque cela n'a pas d'incidence sur l'égalité de traitement entre soumissionnaires.

## **4. La demande d'informations complémentaires**

Dans l'hypothèse où le candidat/soumissionnaire n'a pas fourni tous les documents sollicités par le pouvoir adjudicateur ou qu'ils sont incomplets voire même erronés, le pouvoir adjudicateur peut demander au candidat/soumissionnaire de présenter, compléter, clarifier ou préciser les informations ou les documents concernés.

Le pouvoir adjudicateur devra alors fixer un délai approprié pour la remise des renseignements et veiller au respect des principes d'égalité de traitement et de transparence.

En procédure ouverte et en procédure restreinte, le fait de réinterroger un soumissionnaire ne peut pas conduire à une modification des éléments essentiels de l'offre.

## 5. La révision de la sélection qualitative en cours de procédure d'attribution

Tant que la décision d'attribution n'a pas été prise par le pouvoir adjudicateur, ce dernier peut revoir la sélection d'un candidat déjà sélectionné ou d'un soumissionnaire à quelque stade de la procédure de passation que ce soit, **si sa situation** à la lumière des motifs d'exclusion ou du respect du ou des critère(s) de sélection applicables **ne répond plus aux conditions**.

## 6. Les particularités de la sélection qualitative selon la procédure de passation choisie

En fonction de la procédure de passation retenue par le pouvoir adjudicateur, la sélection qualitative sera abordée différemment.

Ainsi, dans le cadre des procédures de passation en une seule phase telles que **la procédure ouverte ou la procédure négociée directe avec publication préalable**, les éléments requis pour la sélection des soumissionnaires seront joints à l'offre sauf application de la déclaration sur l'honneur implicite ou du DUME.

Dès lors que le soumissionnaire remplira les exigences minimales pour être sélectionné, il le sera. Le pouvoir adjudicateur est tenu de sélectionner tous les soumissionnaires qui remplissent les exigences minimales et donc d'examiner leur offre.

Dans le cadre des procédures de passation en deux phases comme la **procédure restreinte, la procédure concurrentielle avec négociation, le dialogue compétitif ou le partenariat d'innovation**, la sélection qualitative est une étape autonome et indépendante de la remise d'offre.

Dans ces procédures, seuls les candidats sélectionnés seront invités à déposer en offre. En outre, le pouvoir adjudicateur peut limiter le nombre de candidats sélectionnés qu'il invitera à soumissionner ou à dialoguer. En d'autres termes, le pouvoir adjudicateur choisira dans ce cas, les meilleurs parmi les bons. L'avis de marché contiendra les critères ou règles objectifs et non discriminatoires que le pouvoir adjudicateur appliquera, le nombre minimum de candidats qui seront invités et, le cas échéant, leur nombre maximum.

Dans la procédure restreinte, le nombre minimal de candidats est de 5. Il est de 3 en procédure concurrentielle avec négociation, en dialogue compétitif ou en partenariat d'innovation.

Dans tous les cas, le nombre de candidats invités doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle.

Enfin, lorsque le pouvoir adjudicateur recourt à la procédure négociée sans publication préalable, il n'est pas tenu de formaliser la sélection qualitative. Il est en effet présumé consulter des soumissionnaires dont il connaît la capacité à réaliser le marché. Cela vaut également pour les marchés de faible montant.

## **7. L'information du candidat/soumissionnaire**

Le pouvoir adjudicateur est tenu de rédiger une décision motivée lorsqu'il décide de la sélection des candidats quand la procédure comprend une première phase impliquant l'introduction de demandes de participation.

Ainsi, en cas de procédure restreinte, de procédure concurrentielle avec négociation, de dialogue compétitif ou de partenariat d'innovation, dès qu'il a pris la décision motivée de sélection, le pouvoir adjudicateur communique à tout candidat non sélectionné :

1° les motifs de sa non-sélection, extraits de cette décision;

2° en cas de limitation, sur la base d'un classement, du nombre des candidats sélectionnés, la décision motivée de sélection.

L'invitation à présenter une offre ne peut être adressée aux candidats sélectionnés avant l'envoi de ces informations.

Lorsque la procédure de passation se déroule en une seule phase (procédure ouverte ou procédure négociée directe avec publication préalable), dès que le pouvoir adjudicateur a pris la décision d'attribution motivée, il communique à tout soumissionnaire non sélectionné, les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée.