

Marchés publics et contrôle interne dans les départements de l'administration générale

La Cour des comptes effectue des audits de régularité des marchés publics passés par les départements fédéraux dans le cadre du contrôle des opérations sous-jacentes du compte général. L'objectif de ces contrôles consiste à s'assurer de la conformité de la passation et de l'exécution des marchés publics avec la législation, la réglementation, les instructions, les procédures et les dispositions contractuelles applicables.

En 2016, la Cour a examiné une sélection de marchés publics attribués par le SPF Chancellerie du Premier ministre, le SPF Affaires étrangères, Commerce extérieur et Coopération au développement, le SPF Mobilité et Transports, le SPF Emploi, Travail et Concertation sociale, le SPP Intégration sociale ainsi que par la police fédérale.

Son contrôle a porté principalement sur le respect de la législation budgétaire et de celle relative aux marchés publics. Elle a également examiné les mesures prises par le SPF Chancellerie du Premier ministre et le SPP Intégration sociale à la suite des recommandations qu'elle avait formulées en matière de contrôle interne des achats lors de précédents audits.

Vu la nature et le montant des opérations contrôlées ainsi que l'intérêt que l'opinion publique porte au déroulement correct des procédures d'attribution, la Cour a décidé que les résultats de ces audits feraient l'objet de la présente publication spéciale.

Les marchés examinés ont été sélectionnés sur la base de différents critères. L'audit réalisé au SPF Affaires étrangères a porté sur une sélection de marchés publics de fournitures et de services informatiques. À la police fédérale, la Cour des comptes a analysé certains marchés ouverts. Pour le SPF Chancellerie du Premier ministre, le SPP Intégration sociale, le SPF Mobilité et Transports ainsi que le SPF Emploi, l'échantillon a été constitué en fonction des risques associés aux procédures de marché suivies et aux types d'achat effectués, avec une attention particulière pour les services juridiques prestés pour le SPF Mobilité et Transports.

La Cour des comptes a fréquemment constaté l'absence de recours à une procédure de marché public pour certaines fournitures ou prestations soumises à la législation en vigueur, en particulier pour les services juridiques et les situations d'exclusivité.

Lors de la passation des marchés, elle a par ailleurs relevé des manquements dans l'application de certaines règles : la mise en concurrence, la motivation du recours à la procédure négociée, les règles d'estimation, la durée maximale des marchés, le droit d'accès et la sélection qualitative, ainsi que l'analyse de la régularité des offres. Elle a en outre mis en évidence des lacunes dans la motivation et la communication des décisions d'attribution.

Concernant l'exécution des marchés, les règles générales, en particulier en matière de cautionnement, de réception et de modifications de marchés, ne sont pas toujours appliquées. Pour certains départements, la Cour insiste également sur la nécessité de respecter les règles en matière de délais de paiement.

Enfin, la gestion des marchés devrait être améliorée. La Cour a ainsi constaté l'absence de mesures de contrôle interne adéquates, telles que la centralisation de la gestion des marchés. Par ailleurs, la planification des besoins présente des lacunes dans certains départements, et notamment à la police, où elles sont susceptibles de porter atteinte à l'approvisionnement en fournitures essentielles (pour la police fédérale et les zones de police locale).

De bonnes pratiques en matière de gestion administrative ont néanmoins été observées au SPF Mobilité et Transports et au SPF Emploi, où des mesures concrètes ont récemment été adoptées pour assurer le respect des dispositions légales.

Quant au contrôle interne des achats, le SPF Chancellerie du Premier ministre a suivi une partie des recommandations formulées précédemment et doit encore appliquer les autres. Le SPP Intégration sociale a donné suite à toutes les recommandations en la matière.

À l'issue de ses audits, la Cour constate que plusieurs manquements sont récurrents. Elle énonce une série de recommandations transversales destinées à assurer un meilleur respect des dispositions légales et réglementaires en matière de marchés publics.

En termes de gestion des marchés, la Cour invite les départements à prendre les mesures propres à garantir un suivi efficace des dossiers de marchés publics et des commandes passées. Elle leur recommande également d'organiser une conservation centralisée des documents relatifs à l'attribution et à l'exécution des marchés.

TABLE DES MATIÈRES

Marchés publics et contrôle interne des achats au SPF Chancellerie du Premier ministre et au SPP Intégration sociale		5
1	Contexte	5
2	Suivi des recommandations en matière de contrôle interne	5
3	Marchés publics du SPF Chancellerie, de l'ASA et de l'IFDD	6
3.1	Constats	6
3.2	Recommandations	7
4	Marchés publics du SPP Intégration sociale	8
4.1	Constats	8
4.2	Recommandations	10
5	Réponse du ministre	10
Marchés publics de fourniture de matériel et de services informatiques passés par le SPF Affaires étrangères		11
1	Contexte	11
2	Résultats de l'audit	12
2.1	Attribution du marché	12
2.2	Exécution du marché	15
3	Conclusions et recommandations	15
4	Réponse du ministre	16
Marchés ouverts de la police fédérale		17
1	Contexte	17
2	Organisation des achats au sein de la police fédérale	17
2.1	Organisation de la police fédérale	17
2.2	Marchés ouverts existants	18
3	Résultats de l'audit	18
3.1	Observations préalables	18
3.2	Légalité et régularité de la passation des marchés ouverts	18
3.3	Exécution des marchés	21
3.4	Couverture permanente des besoins opérationnels et suivi des commandes	22
4	Conclusions et recommandations	23
4.1	Passation des marchés publics	23
4.2	Exécution des commandes	23
4.3	Continuité d'approvisionnement et suivi des commandes	23
Marchés publics du SPF Mobilité et du SPF Emploi		25
1	Contexte	25
1.1	Audit	25
1.2	Gestion des marchés dans les SPF contrôlés	25
2	Résultats de l'audit	26
2.1	Respect de la législation relative aux marchés publics	26



2.2	Application de la législation budgétaire	33
3	Conclusions et recommandations	34
3.1	Conclusions	34
3.2	Recommandations	34
	Recommandations transversales aux départements de l'administration générale	36
1	Respect de la réglementation	36
2	Recommandations	37

Marchés publics et contrôle interne des achats au SPF Chancellerie du Premier ministre et au SPP Intégration sociale

1 Contexte

La Cour des comptes a examiné une sélection de marchés publics attribués par le SPF Chancellerie du Premier ministre (ci-après « SPF Chancellerie ») et par le SPP Intégration sociale, Lutte contre la pauvreté, Économie sociale et Politique des grandes villes (ci-après « SPP Intégration sociale »). Dans le cadre des marchés publics du SPF Chancellerie, la Cour des comptes a également examiné ceux qui ont été attribués par l'Agence pour la simplification administrative (ASA) et l'Institut fédéral pour le développement durable (IFDD). Ces entités ne sont certes pas placées sous la tutelle du Premier ministre¹, mais les crédits dont elles disposent sont inscrits au budget du SPF Chancellerie.

À l'occasion de cet examen, la Cour s'est penchée sur la régularité et la conformité à la réglementation de l'attribution et de l'exécution de leurs marchés publics.

Elle a également examiné les mesures prises par ces entités à la suite des recommandations qu'elle avait formulées auparavant en matière de contrôle interne des achats.

La Cour des comptes a adressé un avant-projet de rapport au SPF Chancellerie pour commentaire le 13 janvier 2016. Elle a intégré la réponse du SPF du 12 février 2016 au rapport transmis au Premier ministre et aux ministres de tutelle le 9 mars 2016. Elle n'a pas encore reçu de réponse de leur part.

L'avant-projet de rapport destiné au SPP Intégration sociale a été transmis le 10 février 2016. La réponse du SPP du 14 mars 2016 a été intégrée au projet de rapport envoyé au ministre de l'Intégration sociale le 30 mars 2016, qui a répondu le 29 avril 2016. Sa réponse est traitée au point 5.

2 Suivi des recommandations en matière de contrôle interne

À la mi-2014, la Cour des comptes a formulé douze recommandations visant à améliorer le contrôle interne des achats au SPF Chancellerie². Le SPF a pris des mesures pour y donner suite. Sept recommandations ont été appliquées partiellement ou sont en passe de l'être ; les cinq autres n'ont pas encore été mises en œuvre en raison de problèmes organisationnels ou budgétaires. La Cour des comptes insiste pour que ces recommandations et les projets qui y sont liés soient menés à bien, dès que les crédits seront disponibles.

¹ L'ASA relève de la compétence du secrétaire d'État à l'Asile et à la Migration, tandis que l'IFDD est du ressort de la ministre de l'Énergie, de l'Environnement et du Développement durable.

² Cour des comptes, « Contrôle interne des achats au SPF Chancellerie et au SPF Santé publique », 171^e Cahier, Volume I, octobre 2014, p. 297-302. Disponible sur www.courdescomptes.be.

À la mi-2013, la Cour des comptes avait formulé dix recommandations en matière de contrôle interne des achats au SPP Intégration sociale³. Le SPP a mis en œuvre une partie de celles-ci ou est en train de le faire.

3 Marchés publics du SPF Chancellerie, de l'ASA et de l'IFDD

3.1 Constats

Pour cet audit, la Cour des comptes a sélectionné 25 engagements (pour 1,5 million d'euros TVAC au total) imputés au budget du SPF Chancellerie au cours des huit premiers mois de 2015. Elle les a sélectionnés sur la base de leur montant, de leur objet et du risque lié à la procédure d'attribution choisie. Au cours de cette période, 62 engagements de plus de 10.000 euros TVAC ont été pris pour un total de 4,7 millions d'euros.

Ses constats sont structurés par service, puisque le SPF ne dispose d'aucun service d'achat central ou de cellule pour contrôler ou coordonner les dossiers d'achat, ce qui n'a pas permis à la Cour d'obtenir facilement des dossiers d'achat complets et clairs.

3.1.1 Direction générale de la communication externe

Les règles d'estimation du marché n'ont pas été appliquées correctement dans un des cinq dossiers gérés par la Direction générale de la communication externe et la procédure négociée sans publicité a dès lors été utilisée indûment⁴.

3.1.2 Service d'encadrement Personnel et Organisation

Deux des trois dossiers gérés par le service d'encadrement Personnel et Organisation portaient sur la mise en place d'un outil RH. La réglementation en matière de marchés publics n'a pas été respectée. Le marché a été exploré de manière informelle et plusieurs fournisseurs ont été comparés avant la désignation d'un fournisseur déterminé, sans qu'un marché public ait été attribué conformément à la réglementation et sans qu'il ait été fait formellement appel à la concurrence.

3.1.3 ASA

Six engagements concernent des dossiers gérés par l'ASA, dont un contrat de coopération et trois marchés publics⁵. Ces derniers sont les plus importants et les plus complexes de l'audit et ont donné lieu à plusieurs remarques fondamentales⁶.

Dans le premier marché public, attribué mi-2013 pour un montant total estimé de 5,1 millions d'euros TVAC et une durée de trois ans, une série de dispositions du cahier spécial des charges n'ont pas été respectées pour son attribution et son exécution. La sélection qualitative n'a pas été réalisée conformément au cahier spécial des charges, l'exactitude de

³ Cour des comptes, « Contrôle interne des achats au SPF Sécurité sociale et au SPP Intégration sociale », 170^e Cahier, Volume I, octobre 2013, p. 269-276. Disponible sur www.courdescomptes.be.

⁴ La procédure négociée est une procédure exceptionnelle qui ne peut être utilisée que dans des cas strictement définis dans la réglementation. Article 26, § 1^{er}, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (ci-après la « loi de 2006 sur les marchés publics »).

⁵ Un marché était subdivisé en trois lots.

⁶ Les engagements sélectionnés concernent des commandes passées sur la base de contrats conclus au cours des années précédentes et qui, en toute logique, ont également été inclus dans l'analyse.

la déclaration implicite sur l'honneur n'a pas été vérifiée et les modalités de réception n'ont pas été correctement appliquées. En outre, les modalités de paiement prévues dans les lettres de mission n'ont pas été respectées et la caution requise pour deux des quatre lots n'a été constituée que deux ans après la passation du marché.

Dans le cadre d'un deuxième marché public, attribué fin 2013 pour un montant total estimé de 4,4 millions d'euros TVAC et une durée de trois ans, le SPF a méconnu les dispositions du cahier spécial des charges concernant la déclaration implicite sur l'honneur et les modalités de paiement. En outre, ce marché n'a pas été publié au niveau européen, ce qui constitue un manquement au principe de mise en concurrence. Des prestations ont été effectuées et imputées à partir de février 2014 dans le cadre d'une commande partielle, alors que la demande de prix et l'offre datent d'avril 2014 et du 22 août 2014⁷. Les demandes d'explication répétées de la Cour à ce sujet sont restées sans réponse. Cette commande partielle, pour laquelle l'ASA n'a pas transmis de bon de commande daté et signé, est vraisemblablement venue régulariser une commande antérieure irrégulière et informelle.

Le troisième marché public, attribué fin 2014 pour un montant total estimé de 182.952 euros TVAC, présente également des lacunes voire des irrégularités. Une candidature tardive a été sélectionnée, la décision de sélection motivée est absente et la décision d'attribution motivée n'indique pas si cette candidature a été examinée à la lumière des critères de sélection qualitative, stricts et détaillés, prévus dans les documents du marché. Les considérations de fond justifiant les points accordés pour chaque critère d'attribution font également défaut. Il est en outre mentionné que la situation personnelle du soumissionnaire et sa déclaration implicite sur l'honneur sont correctes, mais aucune trace de la vérification ne figure dans le dossier.

3.1.4 IFDD

Il a été fait appel, dans un des deux dossiers, à un contrat existant entre le SPF Chancellerie et le prestataire de services. L'offre et le bon de commande de cette commande partielle prévoient un paiement en trois tranches. Or, le cahier spécial des charges initial ne comporte aucune disposition relative à des avances. Un paiement ne peut être effectué que pour un service fait et accepté⁸. Les avances dérogent à ce principe. Elles ne peuvent être accordées que dans un nombre limitatif de cas repris dans une liste⁹. Une avance a été versée dans ce dossier, sans qu'il puisse être établi qu'une des conditions d'application était remplie.

3.2 Recommandations

Les services du SPF Chancellerie sont tenus d'appliquer strictement la réglementation en matière de marchés publics dans son intégralité. À cet égard, il serait utile de charger une personne, ou une cellule à créer, de vérifier et coordonner les dossiers d'achat. La Cour des comptes recommande également de conserver tous les documents relatifs à l'attribution et à l'exécution d'un marché dans un dossier unique et complet (électronique ou papier).

En outre, les services du SPF doivent respecter le cahier spécial des charges qu'ils établissent, contrôler systématiquement l'exactitude de la déclaration implicite sur l'honneur, faire

⁷ Cette offre mentionne que les tâches doivent être entamées de préférence en avril 2014.

⁸ Article 7 de la loi de 2006 sur les marchés publics.

⁹ Article 67, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics.

appel, dans tous les cas, à la concurrence et ne recourir à la procédure négociée sans publicité que si la législation l'autorise.

L'ASA en particulier doit passer et exécuter ses marchés publics avec davantage de rigueur et veiller à ce que le déroulement correct de la procédure puisse être examiné sans équivoque.

4 Marchés publics du SPP Intégration sociale

4.1 Constats

Pour cet audit, la Cour des comptes a sélectionné 29 engagements (pour 9,8 millions d'euros TVAC au total) parmi ceux imputés au budget du SPP Intégration sociale au cours des neuf premiers mois de 2015. Elle les a sélectionnés sur la base de leur montant, de leur objet et du risque lié à la procédure d'attribution choisie. Au cours de cette période, 39 engagements de plus de 10.000 euros TVAC ont été pris pour un total de 10,5 millions d'euros. Ces 29 engagements concernent 17 marchés publics différents.

4.1.1 Commande passée en dehors de la réglementation sur les marchés publics

La réglementation en matière de marchés publics n'a pas été respectée lors de l'achat d'un véhicule de service. Le véhicule a été directement commandé auprès d'un fournisseur au terme d'une étude de marché informelle et sans aucune mise en concurrence formelle. Une telle pratique constitue une grave violation des principes fondamentaux de la réglementation sur les marchés publics, à savoir la non-discrimination, l'égalité de traitement et la transparence¹⁰.

4.1.2 Cahiers spéciaux des charges

Plusieurs cahiers spéciaux des charges comportent des manquements. Quatre font référence à l'ancienne réglementation sur les marchés publics qui ne s'applique plus. Le niveau d'exigence minimale pour les critères de sélection qualitative n'est pas précisé dans deux cahiers spéciaux des charges, alors qu'il doit être obligatoirement fixé dans le cas de procédures ouvertes. Par ailleurs, la distinction entre les critères de sélection qualitative et les critères d'attribution est omise dans un cahier spécial des charges.

4.1.3 Droit d'accès

Un pouvoir adjudicateur doit toujours s'assurer qu'un candidat ou un soumissionnaire ne se trouve pas dans un des cas d'exclusion repris dans la réglementation en matière de marchés publics¹¹. Il doit ainsi vérifier, à l'appui d'un extrait du casier judiciaire, si le candidat ou le soumissionnaire n'a pas été condamné pour participation à une organisation criminelle, corruption, fraude ou blanchiment de capitaux. Le SPP n'a pas vérifié ces motifs d'exclusion obligatoire dans sept dossiers.

¹⁰ Article 5 de la loi de 2006 sur les marchés publics.

¹¹ Articles 61 à 66 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

4.1.4 Motivation

La procédure négociée est une procédure exceptionnelle qui ne peut être appliquée que dans les cas énumérés dans une liste limitative¹². Les motifs de droit et de fait qui justifient l'utilisation de cette procédure exceptionnelle doivent être mentionnés dans la décision motivée¹³. Dans un dossier, la Cour des comptes n'a pas retrouvé de motivation factuelle du recours à la procédure négociée sans publicité, ni de décision motivée.

Dans un deuxième dossier, le SPP n'a pas motivé à suffisance la décision de sélection. Le pouvoir adjudicateur doit sélectionner les candidats ou soumissionnaires qui répondent aux critères de sélection qualitative imposés. La décision motivée doit comprendre les motifs de droit et de fait qui sous-tendent la sélection opérée¹⁴. Dans le dossier concerné, il ne ressort pas de la décision d'attribution motivée que les critères de sélection qualitative retenus ont été examinés.

Un troisième dossier ne fait pas mention des considérations de fond qui ont présidé à l'attribution des points par critère d'attribution. La décision motivée doit mentionner, outre notamment les noms des soumissionnaires choisis dont l'offre régulière n'a pas été retenue, les motifs de droit et de fait, dont les caractéristiques et avantages relatifs, de l'offre retenue.

4.1.5 Extension du marché

Un pouvoir adjudicateur ne peut pas modifier unilatéralement le marché initial une fois qu'il est attribué. Cette possibilité ne lui est en principe offerte que si les conditions suivantes sont remplies de façon cumulative¹⁵ :

- L'objet du marché reste inchangé.
- La valeur de la modification est limitée à 15 %, hormis un certain nombre de cas spécifiques d'application de la procédure négociée sans publicité¹⁶.
- Une juste compensation est accordée à l'adjudicataire s'il y a lieu.

Un marché a été étendu à hauteur de 25,9 %, de sorte que les conditions précitées n'étaient pas remplies. Le SPP n'a pas non plus démontré que le marché relevait d'un cas d'application spécifique de la procédure négociée sans publicité.

Un autre marché, conclu fin 2008 pour trois ans, a été prolongé de manière tacite. La Cour des comptes observe à cet égard que les contrats de longue durée doivent rester l'exception. Ils peuvent en effet porter atteinte aux principes fondamentaux d'égalité de traitement et de transparence. Le principe de la mise en concurrence implique, entre autres, qu'un pouvoir

¹² Article 26 de la loi de 2006 sur les marchés publics.

¹³ Article 5, 2°, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

¹⁴ Article 5, 6°, de la loi du 17 juin 2013 précitée.

¹⁵ Article 37 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics.

¹⁶ Article 26, § 1^{er}, 2°, a (travaux ou services complémentaires), article 26, § 1^{er}, 2°, b (répétitions de travaux ou services similaires), article 26, § 1^{er}, 3°, b (fournitures complémentaires destinées à un renouvellement partiel ou une extension) et article 26, § 1^{er}, 3°, c (fournitures complémentaires à la suite d'une circonstance imprévue) de la loi de 2006 sur les marchés publics.

adjudicateur ne puisse pas se lier pour une trop longue période à un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire de services en particulier¹⁷.

4.2 Recommandations

Le SPP Intégration sociale est tenu d'appliquer strictement la réglementation sur les marchés publics.

Les services doivent utiliser les documents types élaborés par le service des subsides et marchés publics du SPP et faire valider les documents du marché par ce service. Le SPP doit systématiquement contrôler la déclaration implicite sur l'honneur et les motifs d'exclusion obligatoire. Enfin, la décision motivée doit comporter notamment les motifs de droit et de fait pour (1) le recours à une procédure négociée sans publicité, (2) la décision de sélection et (3) le soumissionnaire retenu, y compris les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue.

5 Réponse du ministre

Dans sa lettre du 29 avril 2016, le ministre de l'Intégration sociale signale qu'il souscrit aux recommandations et qu'il réservera une attention particulière aux mesures d'amélioration qui en découlent. Il souligne l'importance d'un renforcement du contrôle interne au sein du SPP Intégration sociale comme condition d'une meilleure maîtrise des risques liés à un processus aussi sensible que l'attribution de marchés publics.

¹⁷ Article 37, § 2, de la loi de 2006 sur les marchés publics.

Marchés publics de fourniture de matériel et de services informatiques passés par le SPF Affaires étrangères

1 Contexte

La Cour des comptes a analysé une sélection de marchés publics (24 dossiers représentant un total de 1,7 million d'euros TVAC) relatifs à des engagements pris en 2014 et au premier semestre 2015 (65 engagements de plus de 5.000 euros TVAC pour un total de 8,1 millions d'euros). Il s'agissait de marchés de fourniture de matériel et de services informatiques passés par le SPF Affaires étrangères, Commerce extérieur et Coopération au développement (ci-après « SPF Affaires étrangères »). La Cour a sélectionné ces marchés sur la base de leur montant, de leur objet et du risque lié à la procédure d'attribution choisie. Elle a surtout centré son analyse sur le respect de la législation et de la réglementation en matière d'attribution et d'exécution des marchés publics.

Une partie des marchés publics sélectionnés relève du champ d'application de la réglementation précédente (ci-après « loi de 1993 relative aux marchés publics »¹⁸), tandis que les autres sont régis par la réglementation actuelle, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2013 (ci-après « loi de 2006 relative aux marchés publics »¹⁹).

La Cour des comptes a transmis, le 16 décembre 2015, son avant-projet de rapport au SPF Affaires étrangères pour commentaire. Le SPF a répondu le 28 janvier 2016 qu'il n'avait pas de remarque à formuler.

La Cour des comptes a envoyé son projet de rapport le 17 février 2016 au ministre des Affaires étrangères, qui a répondu par lettre du 7 mars 2016. Sa réponse est traitée au point 4.

¹⁸ Loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et ses arrêtés d'exécution.

¹⁹ Loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et ses arrêtés d'exécution.

2 Résultats de l'audit

2.1 Attribution du marché

2.1.1 Absence de mise en concurrence

Dans un dossier²⁰, le SPF a attribué le marché sans mise en concurrence²¹. Il ressort du dossier que la société n'avait pas remis d'offre²².

En outre, la Cour des comptes a constaté qu'alors que le marché public a été estimé initialement à un montant inférieur à 5.500 euros HTVA²³, le coût total des prestations fournies a finalement atteint 12.468,63 euros HTVA²⁴, soit plus du double du coût estimé initialement²⁵.

À cet égard, il convient de citer la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, qui a jugé que l'obligation de respecter les principes de transparence et d'égalité de traitement des soumissionnaires à un marché public concerne non seulement la phase d'attribution mais aussi celle de l'exécution²⁶.

La Cour des comptes renvoie également à l'article 37 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics (ci-après « arrêté royal d'exécution »)²⁷. Cet article dispose que le pouvoir adjudicateur a le droit d'apporter unilatéralement des modifications au marché initial pour autant que l'objet du marché reste inchangé et que le montant de celles-ci soit limité à 15 % du montant initial du marché²⁸.

2.1.2 Durée réelle du marché : principes fondamentaux d'égalité et de mise en concurrence

En vertu du principe de mise en concurrence, qui constitue un des principes fondamentaux de la réglementation relative aux marchés publics, un pouvoir adjudicateur ne peut pas se lier pour une durée trop longue avec un cocontractant et doit régulièrement consulter la concurrence. En règle générale, une durée maximale de quatre ans est considérée comme raisonnable, bien que les conditions spécifiques à un marché concret puissent éventuellement nécessiter une durée plus longue. La réglementation actuelle consacre explicitement cette durée de quatre ans²⁹.

La durée réelle du marché a atteint neuf³⁰ et vingt³¹ ans dans deux dossiers. Le SPF a largement dépassé la durée indicative de quatre ans par le biais de plusieurs prolongations tacites consécutives. Pareilles extensions contreviennent au droit communautaire,

²⁰ Marché public *Grafische productie foto*.

²¹ Voir également S. Van Garsse, « Hoofdstuk III. Wijze van gunnen », D. D'Hooghe, (éd.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 2009, p. 248, n° 389. En principe, la procédure négociée sans publicité n'échappe pas en soi à l'obligation de mise en concurrence.

²² Voir la note du 4 juin 2015 à l'Inspection des finances concernant la majoration de l'engagement et le courriel du contrôle interne du 9 juin 2015. La note du 4 juin 2015 fournit cependant une motivation matérielle à l'impossibilité de réaliser une mise en concurrence : « Comme il ne s'agissait pas d'un marché décrit en détail, que son ampleur était difficile à évaluer au préalable et que les marchés ont été étalés, il était difficile pour la société concernée d'établir une offre de prix réaliste préalable ».

²³ Bien que la société concernée n'ait pas pu établir une offre de prix réaliste préalable, le SPF avait estimé initialement que le coût resterait sous le seuil prévu de 5.500 euros (HTVA).

²⁴ Ces prestations étaient exonérées de TVA à l'époque.

²⁵ Ce dossier ne comportant aucune offre, le SPF n'a pas pu exercer le moindre contrôle quant à l'exactitude des montants facturés (voir ci-après).

notamment aux principes de mise en concurrence et d'égalité. À cet égard, la Cour des comptes renvoie de nouveau à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, qui a jugé qu'une modification substantielle d'un marché en cours d'exécution constitue un nouveau marché public, pour lequel une nouvelle procédure de passation doit être lancée³².

Les contrats d'une aussi longue durée devraient constituer une exception. Ils requièrent par ailleurs toujours une justification formelle et matérielle adéquate, qui n'était pas présente dans les dossiers examinés.

Dans un des dossiers, les prolongations ont en outre entraîné une dépense supplémentaire de 50 % (soit 70.000 euros par an en moyenne TVAC), car le SPF a omis de souscrire un nouveau contrat-cadre plus avantageux.

2.1.3 Motivation formelle du recours à la procédure négociée sans publicité

Aux termes de l'article 13 de la loi de 1993 sur les marchés publics, « *les marchés publics sont passés par adjudication ou par appel d'offres. Ils ne peuvent être passés par procédure négociée que dans les cas énumérés à l'article 17* ». Lorsque les pouvoirs publics recourent à la procédure négociée, il doit ressortir de la motivation formelle que les conditions préalables au recours à cette procédure sont remplies³³.

Cette obligation de motivation formelle est notamment consacrée par l'article 65/29 de la loi de 1993 sur les marchés publics, en lien avec l'article 80, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996³⁴, et l'article 29, § 2, de la loi du 17 juin 2013³⁵. Pour les marchés dont la dépense à approuver dépasse respectivement 67.000 euros ou 85.000 euros HTVA, l'obligation de motivation formelle est reprise, d'une part, dans les articles 65/4, 1^o, et 65/5,

²⁶ Cour de justice de l'Union européenne, arrêt du 19 juin 2008 dans l'affaire C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur*, considérants 34 à 37. Voir également, à propos de cet arrêt, Ann-Lawrence. Durviaux, « La négociation des contrats publics en cours d'exécution et le droit communautaire », *Chronique des marchés publics 2010-2011*, EBP, Bruxelles, 2011, p. 935-951.

²⁷ Entré en vigueur le 1^{er} juillet 2013.

²⁸ Sauf si les cas énumérés à l'article 37, 2^o, du nouvel arrêté royal d'exécution autorisant l'application de la procédure négociée sans publicité peuvent être invoqués.

²⁹ L'article 37, § 2, de la loi de 2006 sur les marchés publics entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2013 confirme ce délai de façon explicite : « *Dès sa conclusion, un marché peut comporter une ou plusieurs reconductions, selon les modalités mentionnées dans les documents du marché. La durée totale, y compris les reconductions, ne peut en règle générale dépasser quatre ans à partir de la conclusion du marché* ».

³⁰ Depuis 2006, une société anonyme fournit la téléphonie fixe *Voice over IP* au SPF par le biais d'un marché public attribué par la Smals. Ce n'est qu'en 2015 que le SPF s'est affilié au nouveau contrat-cadre.

³¹ *Software Maintenance*. Le SPF a indiqué que ce contrat avait débuté en 1995.

³² Cour de justice de l'Union européenne, arrêt du 19 juin 2008 dans l'affaire C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur*, considérants 34 à 37.

³³ I. Opdebeek et A. Coolsaet, *De formele motivering van de bestuurshandelingen*, Bruges, La Charte, 1999, p. 224-225. Voir également S. Van Garsse, « Hoofdstuk VIII. Overheidsopdrachten », I. Opdebeek et A. Coolsaet (éd.), *De formele motivering van de bestuurshandelingen*, Bruges, La Charte, 2013, p. 419-420.

³⁴ L'article 80, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics dispose que, pour les marchés dont la dépense à approuver ne dépasse pas 67.000 euros HTVA, le pouvoir adjudicateur établit une décision motivée pour l'attribution du marché.

³⁵ L'article 29, § 2, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dispose que, pour les marchés dont la dépense à approuver ne dépasse pas 85.000 euros, le pouvoir adjudicateur établit une décision motivée pour l'attribution du marché.

2°, de la loi de 1993 sur les marchés publics³⁶ et, d'autre part, dans les articles 4, 1°, et 5, 2°, de la loi du 17 juin 2013³⁷.

Dans trois dossiers³⁸, le SPF a invoqué la spécificité technique, sans motiver de manière satisfaisante que le marché ne pouvait être exécuté que par un seul prestataire de services et qu'il n'existait aucune concurrence sur le marché dans ce domaine. Bien que les dossiers permettent de déduire la pertinence, pour des raisons techniques, d'attribuer le marché à un prestataire de services déterminé, il n'est pas motivé, ou pas à suffisance, que la nature de ces raisons techniques impose que le marché doive absolument être attribué à ce prestataire. Selon l'article 26, § 1^{er}, 1°, f), de la loi de 2006 sur les marchés publics, le soumissionnaire doit, au moment de l'attribution du marché, être le seul en mesure d'exécuter le marché.

2.1.4 Référence erronée à la réglementation applicable

Certains dossiers se réfèrent à la fois à l'ancienne et à la nouvelle réglementation en matière de marchés publics. Ils renvoient également à plusieurs reprises à une catégorie erronée de marchés publics³⁹. Les adjudicataires ne peuvent donc pas identifier clairement la réglementation applicable en l'occurrence.

³⁶ L'article 65/4, 1°, dispose que l'autorité adjudicatrice établit une décision motivée lorsqu'elle décide de recourir à une procédure négociée sans publicité. L'article 65/5, 2°, précise, quant à lui, que la décision motivée visée à l'article 65/4 comporte les motifs de droit et de fait justifiant ou permettant le recours à cette procédure.

³⁷ Selon l'article 4, 1°, l'autorité adjudicatrice rédige une décision motivée lorsqu'elle décide de recourir à une procédure négociée sans publicité. L'article 5, 2°, dispose que la décision motivée visée à l'article 4 comporte, en cas de procédure négociée, les motifs de droit et de fait justifiant ou permettant le recours à cette procédure.

³⁸ *Onderhoudscontract 3P* : le SPF invoque un monopole (technique) et utilise déjà ce logiciel depuis le 13 novembre 2012. Suite à diverses prolongations, le marché public atteint à présent environ 15.000 euros, sans motivation claire de sa technicité ; *Servers Blade Maintenance* : la prolongation du contrat avec la société initiale, sur la base de l'article 26, § 1^{er}, 1°, f) de la loi de 2006 sur les marchés publics, est mentionnée mais n'est pas motivée ; *Software Maintenance* : la note au directeur ICT fait référence à l'article 26, § 1^{er}, 1°, f) de la loi de 2006 sur les marchés publics, mais le recours à cette hypothèse n'est pas davantage motivé.

³⁹ Le marché *Informatica Software* a été attribué par le biais d'un contrat-cadre de la Smals portant sur des fournitures. Le bon de commande mentionne non seulement l'ancienne et la nouvelle législation en matière de marchés publics, mais aussi la réglementation relative aux marchés publics de travaux, alors que ce contrat-cadre porte sur des fournitures. Le cahier spécial des charges se réfère lui aussi à l'ancienne réglementation en ce qui concerne le délai d'exécution des travaux (article 28, 1°, du cahier général des charges) et à la nouvelle législation pour les conditions de paiement des travaux (article 95, § 3, de l'arrêté royal d'exécution). Les conditions de paiement renvoient cependant à l'article 160 de l'arrêté royal d'exécution (qui régit les marchés de services).

2.2 Exécution du marché

2.2.1 Cautionnement

Sauf cas exceptionnels⁴⁰, un adjudicataire est toujours tenu de constituer un cautionnement⁴¹ dans les 30 jours civils suivant le jour où le marché a été conclu, sauf si les documents du marché prévoient un délai plus long⁴². Ce cautionnement fait office de garantie du respect des obligations de l'entrepreneur jusqu'à la réalisation complète du marché.

Dans quatre dossiers⁴³, le cautionnement n'a pas été constitué dans les 30 jours civils⁴⁴. De plus, dans trois⁴⁵ de ces dossiers, le SPF n'a pas appliqué les mesures ou sanctions prévues dans la réglementation⁴⁶.

2.2.2 Délai de paiement

Le délai de paiement des marchés publics de services, attribués en application de la loi de 2006 relative aux marchés publics, est fixé à 30 jours civils à compter de l'expiration du délai de vérification⁴⁷.

La Cour des comptes a examiné le respect de ces délais et a constaté que le SPF a payé en retard deux factures sans s'acquitter des intérêts de retard dus de plein droit et d'office⁴⁸.

2.2.3 Contrôle des factures

Dans un dossier d'achat, la Cour des comptes n'a pas pu examiner, à défaut d'un relevé détaillé dans le dossier justificatif, si les frais de consommation facturés étaient conformes à l'offre et au contrat conclu⁴⁹. Dans un autre dossier d'achat, elle n'a pas été en mesure de réaliser un contrôle approfondi des montants facturés, faute d'une offre détaillée⁵⁰.

3 Conclusions et recommandations

La Cour des comptes a constaté que le SPF a attribué un marché sans mise en concurrence. Elle rappelle que les contrats doivent être conclus conformément aux dispositions de la loi relative aux marchés publics, en particulier aux principes fondamentaux d'égalité et de mise en concurrence. Le SPF est tenu, dans tous les cas, d'appliquer strictement cette réglementation dans son intégralité.

Quelques marchés publics présentaient une durée réelle excédant largement quatre ans. Compte tenu des dispositions de loi de 2006 relative aux marchés publics, la durée des marchés doit être limitée à quatre ans. Les dérogations à ce délai ne sont possibles que moyennant une motivation explicite et satisfaisante. Il incombe donc au SPF de suivre attentivement tous les contrats de longue durée et, éventuellement, de procéder à une

⁴⁰ Voir l'article 25, § 1^{er}, de l'arrêté royal d'exécution.

⁴¹ Les règles relatives au cautionnement sont mentionnées aux articles 25 à 29 de l'arrêté royal d'exécution.

⁴² Article 27 de l'arrêté royal d'exécution.

⁴³ *Onderhoud servers (departement)*; *Onderhoud servers (Europese posten)*; *Onderhoud servers (niet-Europese posten)*; *Onderhoud licenties Trend Micro*.

⁴⁴ Délai fixé à l'article 27, § 1^{er}, de l'arrêté royal d'exécution.

⁴⁵ *Onderhoud servers (departement)*; *Onderhoud servers (Europese posten)*; *Onderhoud servers (niet-Europese posten)*.

⁴⁶ Article 29 de l'arrêté royal d'exécution.

⁴⁷ Articles 150 et 160 de l'arrêté royal d'exécution.

⁴⁸ Article 69 de l'arrêté royal d'exécution.

⁴⁹ Marché *Colt 2014*.

⁵⁰ Marché *Grafische productie foto*.

nouvelle mise en concurrence. Si certains d'entre eux ne peuvent pas être remis en concurrence pour des raisons juridiques et/ou factuelles, cette situation doit être motivée explicitement dans les dossiers.

La Cour des comptes a constaté que la décision motivée ne reprenait pas toujours tous les motifs propres à fonder le recours à la procédure négociée sans publicité⁵¹. Bien que la Cour ne puisse exclure que certains dossiers présentaient une spécificité technique, elle recommande de toujours bien motiver le recours à cette hypothèse.

Par ailleurs, le SPF doit veiller à ce que le marché public ne se réfère pas à la fois à l'ancienne et à la nouvelle réglementation ou à une catégorie erronée de marchés publics.

En ce qui concerne l'exécution des marchés, la Cour des comptes recommande de respecter scrupuleusement les dispositions réglementaires en matière de cautionnement et, si nécessaire, d'appliquer systématiquement les mesures ou sanctions prévues.

En cas de paiement tardif des factures, le prestataire de services a droit au paiement, de plein droit et sans mise en demeure, d'intérêts de retard.

Les dossiers de justification doivent également être constitués de manière à ce que la correspondance entre les montants facturés et ceux indiqués dans l'offre et/ou le contrat puisse être vérifiée.

4 Réponse du ministre

Par lettre du 7 mars 2016, le ministre des Affaires étrangères a fait savoir que le SPF avait déjà tenu compte des observations formulées par la Cour dans la gestion opérationnelle des marchés publics de fourniture de matériel et de services informatiques. Il souligne par ailleurs l'existence de monopoles techniques qui font en sorte que la cessation de tels contrats engendre souvent des problèmes techniques et financiers. Les solutions à apporter seront évaluées en collaboration avec d'autres autorités fédérales. Par ailleurs, le SPF veillera davantage à l'application correcte de la législation en matière de marchés publics.

⁵¹ Cette obligation de motivation est expressément reprise dans la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Marchés ouverts de la police fédérale

1 Contexte

Les pouvoirs publics peuvent réaliser des économies importantes en effectuant des achats groupés. L'acquisition de volumes élevés permet en effet d'obtenir des prix plus avantageux et de réduire les frais d'administration, deux éléments qui augmentent l'efficacité des achats. Les achats groupés présentent également des avantages qualitatifs :

- Les services disposent plus rapidement des biens et services souhaités, puisque le marché est déjà passé.
- Les marchés sont attribués par des spécialistes des produits et des procédures légales.

En vue d'évaluer la conformité des marchés ouverts⁵² de la police fédérale, la Cour a sélectionné cinq marchés publics (véhicules de police et anonymes, menottes, matraques télescopiques, tenues pour le maintien et le rétablissement de l'ordre public, location de serveurs et prestations informatiques). Ces marchés ont été choisis en fonction de leur importance financière ou de leur utilisation fréquente par la police fédérale ou par les zones de police locale.

Le contrôle s'est focalisé sur les principaux éléments liés à la passation et à l'exécution des marchés publics. Une attention particulière a également été accordée à l'organisation administrative des achats.

Aucun des marchés contrôlés, pourtant relatifs à des dépenses des exercices 2015 et 2016, ne relevait du champ d'application de la nouvelle législation, à savoir la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2013, et ses arrêtés d'exécution. Ces marchés ont en effet été passés sur la base des dispositions de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et de ses arrêtés d'exécution⁵³.

L'audit a été réalisé au deuxième trimestre 2016 et un projet de rapport a été transmis le 24 août 2016 au ministre de l'Intérieur et à la commissaire générale de la police fédérale. Cette dernière a répondu le 22 septembre 2016. Les éléments pertinents de sa réponse ont été intégrés dans cet article.

2 Organisation des achats au sein de la police fédérale

2.1 Organisation de la police fédérale

Depuis le 1^{er} octobre 2014⁵⁴, la police fédérale se compose d'un commissariat général, de plusieurs directions générales et directions centrales à Bruxelles et de 27 directions déconcentrées dont dépendent plusieurs services.

⁵² Terme en usage à la police fédérale pour désigner les marchés à quantités présumées (pluriannuels ou non) pour lesquels la police fédérale agit généralement comme centrale de marchés ou d'achat.

⁵³ Notamment l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics.

⁵⁴ Entrée en vigueur de l'arrêté royal du 23 août 2014 relatif à l'organisation et aux compétences de la police fédérale.

La plupart des marchés publics sont passés par la Direction générale de la gestion des ressources et de l'information. Au sein de celle-ci, la direction de la logistique gère l'ensemble des aspects logistiques de la police fédérale. Elle réalise une partie des marchés ; les autres sont passés par d'autres directions⁵⁵.

2.2 Marchés ouverts existants

Début 2016, la police fédérale recourait à 528 marchés ouverts, classés en catégories. Dans certaines, le nombre de marchés est important, car ils comportent de nombreux lots⁵⁶. C'est le cas du marché relatif aux véhicules automobiles et des marchés relatifs aux produits textiles.

Le montant des commandes passées par la police fédérale sur des marchés ouverts s'est élevé à 167 millions d'euros pour la période 2013-2015.

Les zones de police locale (comme les écoles de police ou la Défense) ont également accès à certains marchés ouverts de fournitures et de services. Le site www.polsupport.be a été mis en place pour faciliter l'échange d'informations entre les zones de police et la police fédérale. Le montant des commandes passées par ces autres bénéficiaires est cependant inconnu de la police fédérale.

3 Résultats de l'audit

3.1 Observations préalables

Plusieurs mois ont été nécessaires pour que la Cour puisse obtenir la liste des 528 contrats et des dépenses de la police fédérale y relatives. La difficulté de réunir ces informations est révélatrice de carences dans la gestion administrative des marchés.

3.2 Légalité et régularité de la passation des marchés ouverts

3.2.1 Remarques transversales

Méthode d'évaluation des offres

Si le pouvoir adjudicateur possède un large pouvoir d'appréciation pour définir sa méthode d'évaluation et de comparaison des offres, il doit respecter les principes de transparence et d'égalité de traitement des soumissionnaires ainsi que les règles qu'il s'est lui-même imposées dans les documents du marché⁵⁷.

La Cour a constaté que certains sous-critères utilisés pour évaluer les offres s'apparentaient davantage à des conditions d'exécution ou à des spécifications techniques minimales qu'à des critères susceptibles de jugement de valeur, la plupart n'appelant qu'une appréciation binaire. C'est le cas, par exemple, des critères d'absence de bords coupants et de réactions allergiques de la peau utilisés pour évaluer des menottes. Vu que « *les menottes ne contiennent aucun bord coupant* » et « *ne causent aucune irritation de la peau* », la police fédérale a attribué une cote de 0 sur une échelle de 0 à 10. Aucune amélioration n'étant possible (caractère moins coupant ou moins allergisant), la police ne peut, par la force des choses, pas attribuer une cote supérieure. Pareil critère ne permet donc pas au

⁵⁵ Par exemple, les achats ICT sont passés par la direction de l'information policière et des moyens ICT.

⁵⁶ Pour son exécution, chaque lot est un marché ou un contrat distinct.

⁵⁷ En vertu du principe général de droit *patere legem quam ipse fecisti*.

soumissionnaire de dépasser les spécifications techniques minimales pour différencier son offre.

La Cour a également constaté que les tests techniques prévus par les cahiers spéciaux des charges n'ont pas toujours été réalisés ou leurs résultats pris en considération.

Logiciel d'aide à la décision

Les services de la police fédérale ont utilisé un logiciel d'aide à la décision pour analyser les offres de la plupart des marchés contrôlés.

La Cour relève que les rapports d'attribution se limitent à reprendre les choix du logiciel et précisent uniquement les adjudicataires des lots. Ce type de motivation ne satisfait pas aux exigences minimales de légalité formelle⁵⁸.

Dans sa réponse, la police fédérale précise que ce logiciel d'aide à la décision n'est plus utilisé.

3.2.2 Acquisition de véhicules de police et anonymes

Ce marché a été passé par appel d'offres général avec publicité européenne. Il comportait 75 lots pour une quantité présumée de 3.000 véhicules.

Nombre de lots

Le cahier spécial des charges comportait de nombreux lots, dont certains différaient peu. Si cette manière de procéder n'est pas illégale, elle induit le risque de confronter le pouvoir adjudicateur à une multitude de fournisseurs. La grande variété de modèles de véhicules génère en outre des surcoûts opérationnels, puisqu'elle nuit à une certaine standardisation du parc automobile.

Attribution des lots à plusieurs soumissionnaires

La quasi-totalité des lots du marché a été attribuée à plusieurs soumissionnaires. Pour un même lot, chaque pouvoir adjudicateur à qui le marché est accessible peut donc librement choisir parmi les offres retenues sans appliquer de règles objectives. Cette pratique est contraire à la réglementation⁵⁹.

Dans sa réponse, la police fédérale précise qu'elle a abandonné cette manière de procéder dans le cadre du marché de véhicules en cours d'attribution.

Sélection et régularité des offres

Une offre a été retenue alors qu'au regard de la jurisprudence du Conseil d'État⁶⁰, elle n'était pas signée par la ou les personne(s) compétente(s) ou habilitée(s) à engager le soumissionnaire, une irrégularité formelle substantielle qui entraîne sa nullité et justifie son rejet. En outre, des parties essentielles de la plupart des offres (modèles et prix proposés) n'étaient généralement pas signées. La Cour rappelle que la législation impose que l'inventaire comprenant les prix d'un marché soit signé et que l'offre signée mentionne

⁵⁸ Telles que définies par le Conseil d'État dans son arrêt 134.986 du 16 septembre 2004.

⁵⁹ Article 16 de la loi du 24 décembre 1993 précitée.

⁶⁰ Le Conseil d'État considère que la signature d'une offre ne relève en principe pas de la gestion journalière d'une société. Voir, entre autres, les arrêts 232.024 du 6 août 2015, 228.781 du 16 octobre 2014, 227.807 du 24 juin 2014, 227.654 du 6 juin 2014 et 199.434 du 12 janvier 2010.

également le montant global du marché⁶¹. Ces exigences permettent d'assurer l'intégrité des documents et la validité des engagements du soumissionnaire.

Dans sa réponse, la police fédérale s'engage à imposer dorénavant aux soumissionnaires une signature à la fin de chaque inventaire.

Un marché a par ailleurs été attribué à un soumissionnaire redevable de dettes fiscales échues, sans motivation adéquate dans la décision d'attribution et en contravention avec le principe de bonne administration et les dispositions relatives aux causes d'exclusion⁶². De plus, l'offre était incomplète et non valablement signée.

3.2.3 Tenues pour le maintien et le rétablissement de l'ordre public

Le marché a été passé par appel d'offres général avec publicité européenne. Le total des commandes a été estimé à 4,8 millions d'euros, hors celles des zones de police locale.

Dix-huit mois se sont écoulés entre la remise des offres et la conclusion effective du marché. Le seul soumissionnaire encore en lice a dès lors exigé une augmentation de 8,6 % par rapport aux prix initialement offerts.

Dans sa réponse, la police fédérale précise que ce retard est lié à la mise en œuvre des tests techniques et aux mesures de prudence budgétaire décidées par le gouvernement.

3.2.4 Menottes

Ce marché, également accessible aux zones de police locale, a été passé par appel d'offres général avec publicité au niveau belge.

Le cahier spécial des charges permettait de modifier les offres introduites après l'évaluation du dernier échantillon fourni. Même s'il s'agit d'adaptations mineures, une telle pratique est incompatible avec les règles régissant la procédure de l'appel d'offres.

Par ailleurs, il est ressorti des tests de résistance à l'ouverture par manipulation que les menottes retenues ne répondaient pas aux exigences minimales de sécurité, prévues par le cahier spécial des charges.

3.2.5 Matraques télescopiques

Ce marché, également accessible aux zones de police locale, a été passé par appel d'offres général avec publicité au niveau belge. Le montant estimé pour la durée totale du marché était de 102.000 euros.

La vérification de la capacité tant économique que technique de l'adjudicataire n'a pas été correctement réalisée. L'adjudicataire du marché n'aurait donc pas dû être sélectionné.

Dans le cadre de l'évaluation technique des offres, différents tests en laboratoire ont été menés par la commission d'évaluation du matériel sur les échantillons fournis par les soumissionnaires. Une norme technique minimale du cahier spécial des charges, prescrite à peine de nullité absolue, impose que tous les éléments de la matraque résistent à tout type

⁶¹ Articles 89 et 97 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité.

⁶² Article 43, § 2, 6°, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité.

de corrosion. Un test d'immersion en eau salée a révélé que tous les échantillons présentaient des traces de corrosion. Cette conclusion, qui devait conduire à rejeter toutes les offres, a été supprimée du rapport.

Dans sa réponse, la police fédérale signale que le test en question était uniquement destiné à vérifier l'opérationnalité de la matraque et non sa résistance à la corrosion. Une autre annexe du cahier spécial des charges exigeait par ailleurs le respect d'une norme ISO 9227 permettant de vérifier une telle résistance. Dès lors, la police fédérale considère que le test ayant révélé la corrosion n'était pas adéquat pour tester la résistance à la corrosion, ce qui justifie la modification du rapport. La Cour considère ces justifications peu pertinentes et invite la police à ne plus recourir à ce type de pratique.

3.2.6 Location de serveurs et prestations informatiques

Ce marché a été attribué pour un total de 97,2 millions d'euros. Il a été conclu le 5 octobre 2011. La fin des prestations a été fixée par avenant au 31 décembre 2018.

La Cour relève la durée anormalement longue du marché, en méconnaissance du principe de la concurrence, qui s'oppose à ce qu'un pouvoir adjudicateur se lie à un cocontractant pendant une trop longue période (habituellement pas plus de quatre ans), sans une motivation pertinente en lien avec le marché. Cette pratique comporte en outre un risque d'enfermement propriétaire⁶³ pour l'administration.

3.3 Exécution des marchés

La Cour a constaté que l'acte de cautionnement fourni par l'adjudicataire du marché de menottes comportait des réserves contraires aux prescriptions légales.

Pour le marché de matraques télescopiques, une facture n'a pas été payée, alors que les fournitures concernées ont été réceptionnées en mars 2016. La police fédérale a invoqué des crédits de liquidation insuffisants pour expliquer ce défaut de paiement qui l'exposera à des intérêts de retard.

La Cour rappelle que le ministre compétent est autorisé à procéder à une nouvelle ventilation des crédits de liquidation sur la totalité d'une section budgétaire⁶⁴.

⁶³ L'enfermement propriétaire est une situation où un client est tellement dépendant d'un fournisseur, généralement pour des raisons de propriété intellectuelle, qu'il ne peut en changer sans s'exposer à des coûts démesurés.

⁶⁴ Article 52 de la loi du 22 mai 2003 portant organisation du budget et de la comptabilité de l'État fédéral.

3.4 Couverture permanente des besoins opérationnels et suivi des commandes

3.4.1 Continuité d'approvisionnement

La Cour a comparé la date de prise de cours des nouveaux contrats avec la date de fin des contrats précédents. Sur les cinq marchés contrôlés, quatre présentent une discontinuité dans l'approvisionnement de minimum une année.

Tableau 1 – Discontinuité d'approvisionnement dans les marchés contrôlés

Nom du marché	Date de fin du marché précédent	Date de notification du nouveau marché	Discontinuité d'approvisionnement
Véhicules	15/10/2015	Fin 2016 ^(*)	14 mois
Tenues pour le maintien et le rétablissement de l'ordre public	31/12/2012	17/01/2014	12 mois
Menottes	31/12/2012	30/07/2015	31 mois
Matraques rétractables	31/12/2010	28/12/2011	12 mois
Location de serveurs informatiques	30/06/2012	18/10/2011	-

^(*) Estimation de la police fédérale.

Source : police fédérale

Dans sa réponse, la police fédérale confirme ce constat et s'engage à améliorer son processus d'achat, en lançant à temps chaque nouveau marché pour l'attribuer avant la fin du précédent.

3.4.2 Suivi des commandes

Le cahier spécial des charges des marchés de l'échantillon accessibles aux zones de police locale prévoit un rapportage trimestriel des commandes par le fournisseur. La Cour a constaté que ces dispositions n'étaient généralement pas appliquées.

Les éventuels problèmes d'exécution rencontrés par les zones de police ne sont pas non plus rapportés à la police fédérale.

Les services de la direction de la logistique manquent donc d'information sur la manière dont les marchés sont exécutés ou sur les quantités achetées par les zones de police auprès des fournisseurs désignés. Il en résulte de fortes disparités entre les quantités annoncées dans les cahiers spéciaux des charges et les commandes passées⁶⁵. Elles compromettent l'égalité entre les fournisseurs actuels et les futurs autres soumissionnaires.

⁶⁵ Par exemple, la quantité estimée pour le marché des matraques avait été fixée à 170 pièces par an, soit environ 25 fois moins que les quantités déclarées par l'adjudicataire précédent. De plus, les commandes de la seule police fédérale lors de la première et la deuxième année du contrat sont huit fois plus élevées que les quantités annuelles initialement estimées.

4 Conclusions et recommandations

4.1 Passation des marchés publics

Toutes les règles prescrites n'ont pas été correctement appliquées dans les marchés contrôlés. Les manquements constatés portent sur la sélection qualitative, la régularité et l'évaluation des offres.

Les dispositions des cahiers spéciaux des charges sont rédigées de manière trop technique et s'avèrent, la plupart du temps, contre-productives en raison de leur complexité ou de leur rigidité excessive. Il en est de même pour les procédures d'évaluation des offres.

Dans sa réponse, la police fédérale fait part de sa volonté de recourir à des spécifications techniques plus simples et fonctionnelles et de prévoir des tests d'évaluation plus réalistes.

Par ailleurs, des marchés ont été indûment attribués à des firmes qui auraient dû être écartées lors de la sélection qualitative ou dont l'offre était irrégulière.

La Cour recommande dès lors à la police fédérale de :

- mettre en œuvre des méthodes d'évaluation des offres respectueuses des principes de transparence et d'égalité de traitement ;
- vérifier de manière systématique les conditions d'accès et de sélection qualitative des candidats et soumissionnaires ;
- vérifier la régularité des offres introduites ;
- respecter et simplifier les dispositions prévues dans les cahiers spéciaux des charges ;
- respecter les règles relatives à la durée des marchés ;
- prendre en compte le risque d'enfermement propriétaire pour les marchés ICT ;
- mettre en œuvre des mesures de contrôle interne adéquates pour éviter que des marchés ne soient attribués à des soumissionnaires qui ne satisfont pas aux prescriptions légales et du marché.

Dans sa réponse, la police fédérale souligne que la façon dont les dossiers ont été gérés en 2011 et 2012 n'est plus représentative de la manière actuelle de travailler. Plusieurs remarques formulées par la Cour portent dès lors sur des éléments qui, depuis lors, ont été modifiés, notamment la manière dont les exigences de sélection sont établies et contrôlées.

4.2 Exécution des commandes

La Cour relève quelques problèmes dans l'exécution des marchés contrôlés, à savoir principalement le non-respect des règles liées au cautionnement ou des paiements tardifs suite à l'insuffisance des crédits de liquidation.

4.3 Continuité d'approvisionnement et suivi des commandes

4.3.1 Continuité d'approvisionnement

Sur les cinq marchés ouverts analysés, quatre ont été interrompus pendant plus d'un an. Les fournitures concernées ne pouvaient donc plus être commandées par l'entremise d'un marché ouvert, ce qui risque d'entraver l'exercice normal des missions de police, y compris celles des zones de police locale.

Pour éviter autant que possible ces interruptions, la Cour recommande de planifier davantage les besoins et la mise en œuvre des marchés. Elle suggère également de prévoir dans les futurs cahiers spéciaux des charges une clause autorisant une prorogation limitée du marché.

4.3.2 Suivi des commandes

Les dispositions des cahiers spéciaux des charges des marchés accessibles aux zones de police, qui prévoient que les fournisseurs adressent à la police fédérale un récapitulatif trimestriel des commandes réalisées, ne sont pas ou sont peu respectées.

Les éventuels problèmes d'exécution rencontrés par les zones de police ne font pas non plus l'objet d'un rapportage auprès de la police fédérale.

La Cour recommande de tenir à jour une liste de ses marchés ouverts et de mettre en œuvre un système efficace et formalisé de suivi des commandes passées. Dans sa réponse, la police fédérale indique faire siennes les recommandations de la Cour.

Marchés publics du SPF Mobilité et du SPF Emploi

1 Contexte

1.1 Audit

La Cour des comptes a contrôlé la conformité aux prescriptions légales et réglementaires d'un échantillon de marchés publics passés par le SPF Mobilité et Transports (ci-après « SPF Mobilité ») ainsi que par le SPF Emploi, Travail et Concertation sociale (ci-après « SPF Emploi »).

Ce contrôle a porté sur le respect de la législation budgétaire et de celle relative aux marchés publics⁶⁶ (passation et exécution). Au total, ces marchés ont, pour les deux SPF, entraîné 5.288 engagements pour un total de 40,4 millions d'euros en 2015. La Cour a examiné au total 175 des engagements à la charge du budget des deux SPF⁶⁷ (110 du SPF Mobilité et 65 du SPF Emploi) pour 7,1 millions d'euros. Ils ont été sélectionnés en fonction des risques associés aux procédures de marché suivies et aux types d'achat effectués. Lors de la sélection des engagements relatifs au SPF Mobilité, la Cour a porté une attention particulière à ceux relatifs à des services juridiques⁶⁸.

L'audit s'est déroulé au premier semestre 2016. La Cour a transmis un projet de rapport aux présidents des comités de direction et aux ministres concernés le 20 juillet 2016.

Par courrier du 18 août 2016, le SPF Emploi a pris acte des remarques et recommandations de la Cour et signalé qu'il prendrait des mesures dans les prochains mois en vue d'améliorer le bon fonctionnement de ses services au regard des législations applicables. Par courrier du 9 septembre 2016, le ministre en charge de l'Emploi a déclaré se rallier aux informations transmises par le SPF Emploi et apporter tout son soutien aux mesures prises par ce dernier, afin d'assurer la régularisation de la situation en termes de respect de la législation relative aux marchés publics et de la législation budgétaire. Par courriers du 2 septembre 2016, le SPF Mobilité et le ministre ont communiqué leurs remarques respectives. Le ministre a estimé que les constatations et recommandations aideraient à améliorer leur gestion en la matière.

Les remarques des SPF Mobilité et Emploi et celles des deux ministres concernés sont intégrées dans cet article.

1.2 Gestion des marchés dans les SPF contrôlés

La plupart des marchés publics du SPF Mobilité relèvent du service Achats et Marchés publics, institué au sein du service d'encadrement Budget, Contrôle de la gestion et Logistique. Ce service contrôle les marchés publics qui requièrent l'avis préalable de

⁶⁶ Loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (ci-après « loi du 15 juin 2006 ») ; arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (ci-après « arrêté royal du 15 juillet 2011 ») ; arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics (ci-après « arrêté royal du 14 janvier 2013 »).

⁶⁷ Des engagements contractés par les organes stratégiques des ministres et secrétaires d'État concernés figurent parmi ceux examinés.

⁶⁸ 40 des engagements examinés au SPF Mobilité.

l'Inspection des finances ou pour lesquels l'ordonnateur compétent est le ministre ou le président du comité de direction. Dans les faits, il passe habituellement les marchés publics atteignant les seuils européens ainsi que ceux des services ou directions qui n'ont pas l'expertise ou les effectifs suffisants.

Au SPF Emploi, beaucoup de marchés publics sont réalisés ou contrôlés par la cellule Marchés publics. Elle a été créée de manière informelle au sein de la direction des Achats et de la Logistique (qui relève elle-même des services du président) pour gérer ou aider à gérer les marchés dépassant 8.500 euros HTVA.

Au sein des deux SPF, les autres directions générales et services conservent cependant leur autonomie pour réaliser leurs marchés, jusqu'aux seuils repris dans les arrêtés ministériels de délégation de pouvoirs au SPF Mobilité et jusqu'au seuil de 8.500 euros HTVA au SPF Emploi. Les marchés passés par les cellules stratégiques sont, quant à eux, imputés au budget des SPF mais rarement soumis aux services spécialisés précités, quel que soit leur montant. Dans son courrier du 18 août 2016, le SPF Emploi précise que les cellules stratégiques assurent elles-mêmes la passation, l'engagement et la liquidation de leurs propres marchés publics.

2 Résultats de l'audit

2.1 Respect de la législation relative aux marchés publics⁶⁹

2.1.1 Mise en concurrence

Pour près de la moitié des marchés sélectionnés, les deux SPF n'ont pas pu établir l'existence d'une mise en concurrence ou justifier l'absence de celle-ci.

Au SPF Mobilité, ce constat concerne près de la moitié des marchés inférieurs à 8.500 euros HTVA⁷⁰ examinés (hors marchés de services juridiques⁷¹), essentiellement liés à l'installation ou au fonctionnement des cellules stratégiques (matériel informatique, de téléphonie et leasing de véhicules). Il concerne, dans une moindre mesure, quelques marchés supérieurs à ce seuil (surtout pour des prestations de consultance informatique, juridique et de gestion).

Au SPF Emploi, le constat s'applique à un tiers des marchés examinés, quel que soit leur montant. Il s'agit pour l'essentiel, d'une part, de contrats anciens ou liés à la maintenance informatique ou technique et, d'autre part, de marchés liés à l'installation ou au fonctionnement des cellules stratégiques (téléphonie, services juridiques, restauration et boissons, abonnements, plantes, sanitaires, etc.)⁷².

Le principe général de concurrence⁷³ s'applique indépendamment du montant du marché et de la procédure de passation. Ainsi, même en procédure négociée sans publicité, plusieurs fournisseurs ou prestataires de services doivent en principe être consultés⁷⁴, y compris en cas de marché constaté par facture acceptée.

⁶⁹ À noter que certains constats peuvent porter sur un même marché si celui-ci est entaché de plusieurs manquements.

⁷⁰ Marchés constatés par facture acceptée sur la base de l'article 105, § 1^{er}, 4^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

⁷¹ Pour ces derniers, les preuves de mise en concurrence sont quasi inexistantes.

⁷² À l'exception du leasing de véhicules qui a effectivement été mis en concurrence par la cellule stratégique.

⁷³ Article 5 de la loi du 15 juin 2006.

⁷⁴ Articles 3, 7^o, et 26, § 1^{er}, de la loi du 15 juin 2006, sauf quand une seule entreprise peut être consultée.

Selon le SPF Mobilité, une mise en concurrence a été réalisée pour les marchés inférieurs à 8.500 euros, bien qu'il n'existe pas de preuves écrites. Il signale qu'une justification écrite sera à l'avenir systématiquement jointe au dossier. La Cour rappelle que le pouvoir adjudicateur doit être en mesure d'apporter la preuve qu'il a comparé de manière objective les conditions de plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires et consigner le résultat de cette comparaison dans ses documents internes, le cas échéant, sous format électronique.

La cellule stratégique du ministre de la Mobilité signale qu'elle recourt désormais à la centrale de marchés pour services fédéraux (FOR CMS) pour acheter ses fournitures de bureau et qu'une mise en concurrence est dorénavant organisée pour la téléphonie. Elle tient également à préciser que les marchés de leasing de véhicules qui ont fait l'objet de remarques de la Cour ont été passés par une cellule stratégique du gouvernement précédent, les marchés passés par la cellule actuelle ayant dûment fait l'objet d'une mise en concurrence.

Quant au SPF Emploi, il a entrepris des démarches pour résilier et régulariser plusieurs des marchés visés en recourant notamment à des centrales de marchés fédérales (abonnement de presse, programme de gestion de la bibliothèque, extincteurs, nettoyage, maintenance des serveurs, etc.) ou à d'autres solutions techniques (*Voice over IP* pour remplacer la centrale téléphonique), voire en lançant de nouveaux marchés.

2.1.2 Recours à la procédure négociée

En principe, les marchés publics dans les secteurs classiques sont passés par procédure ouverte ou restreinte, soit par adjudication, soit par appel d'offres. Ils ne peuvent être passés par procédure négociée (avec ou sans publicité) que dans les cas limitativement prévus par la loi⁷⁵. Le recours à cette procédure d'exception doit être motivé, le pouvoir adjudicateur devant démontrer que les conditions légalement requises sont remplies.

La Cour constate que cette démonstration fait défaut ou est insuffisante pour plusieurs marchés des deux SPF, en particulier pour ceux passés en procédure négociée sans publicité sur la base soit de l'urgence impérieuse⁷⁶, soit d'une exclusivité technique ou de droits d'exclusivité⁷⁷.

À cet égard, les circonstances justifiant l'urgence ne peuvent en aucun cas être imputables à l'administration. L'urgence invoquée doit, par ailleurs, présenter un caractère impérieux et résulter d'événements imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur.

La justification de l'exclusivité technique doit, quant à elle, porter non seulement sur l'existence de raisons techniques au sens de la législation, mais ces raisons doivent également rendre absolument nécessaire d'attribuer le marché à une entreprise déterminée⁷⁸. Elle ne peut en aucun cas découler du caractère opportun ou supposé plus avantageux de l'absence de mise en concurrence. Ainsi, les conditions très favorables offertes par un fournisseur d'abonnements en ligne ne lui confèrent pas une exclusivité. De même, l'exclusivité ne peut pas être fondée sur l'expérience acquise dans un marché de services précédent.

⁷⁵ Articles 23 et 26 de la loi du 15 juin 2006.

⁷⁶ Article 26, § 1^{er}, 1^o, c), de la loi du 15 juin 2006.

⁷⁷ Article 26, § 1^{er}, 1^o, f), de la loi du 15 juin 2006.

⁷⁸ *Doc. parl.*, Chambre, 30 janvier 2006, DOC 51-2237/001, Projet de loi relatif aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, Exposé des motifs, p. 46.

Dans les deux SPF, des services ou des licences informatiques sont pourtant renouvelés chaque année auprès du même adjudicataire sur cette base, alors qu'un ou plusieurs concurrents pourraient exécuter le marché. Le SPF Mobilité répond que les consultants actuels sont les seuls à disposer des connaissances nécessaires pour participer aux processus de migration des applications vers une nouvelle plateforme. Le SPF Emploi estime que la remise en concurrence, quoique possible, aurait une incidence financière négative. Ces affirmations ne répondent pas aux conditions légales posées pour le recours à la procédure négociée fondée sur une exclusivité technique.

2.1.3 Durée et prolongation des marchés

Le principe de la concurrence s'oppose à ce qu'un pouvoir adjudicateur se lie à un cocontractant pendant une trop longue période, sans une motivation pertinente en lien avec le marché, comme la prise en compte de la durée d'amortissement d'investissements importants ou du *Life Cycle Cost*⁷⁹. Ainsi, la durée totale des marchés, y compris les reconductions, ne peut en règle générale pas dépasser quatre ans à partir de leur conclusion⁸⁰.

En méconnaissance de ces prescriptions, plusieurs marchés informatiques (acquisition, location, maintenance, consultance) ont, dans les deux SPF, une durée anormalement longue ou ont été prolongés à plusieurs reprises. Outre le non-respect des principes de concurrence et d'égalité, cette pratique comporte un risque d'enfermement propriétaire⁸¹ pour l'administration. Le SPF Mobilité répond que son objectif est de migrer vers une nouvelle plateforme de développement d'applications plus standardisée.

Par ailleurs, l'examen des marchés sélectionnés a mis en évidence des prestations effectuées après l'échéance des contrats. Si, dans certains cas, l'autorité compétente a approuvé tardivement la prolongation du marché, cette dernière n'a pas pu fournir de document de prolongation dans d'autres cas.

2.1.4 Spécifications techniques de nature à exclure ou limiter la concurrence

Les marchés de leasing automobile ainsi que d'achat de matériel informatique et de téléphonie par les cellules stratégiques comportent des spécifications techniques de nature à fortement limiter ou à empêcher la concurrence, par exemple par la mention d'une marque déterminée.

L'interdiction de principe de préciser une marque⁸² ne connaît que deux exceptions de stricte interprétation : lorsqu'il est impossible de décrire l'objet du marché au moyen de spécifications assez précises et intelligibles pour tous les intéressés, ou lorsque l'objet du marché le justifie⁸³. Ces conditions n'étaient pas réunies pour les marchés concernés.

⁷⁹ Évaluation de tous les coûts liés au cycle de vie de produits, de services ou de travaux, y compris les effets externes susceptibles d'être internalisés dans un futur proche.

⁸⁰ Article 37, § 2, de la loi du 15 juin 2006.

⁸¹ Situation où un client est tellement dépendant d'un fournisseur, généralement pour des raisons de propriété intellectuelle, qu'il ne peut en changer sans s'exposer à des coûts démesurés.

⁸² Article 8, § 2, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

⁸³ Article 8, § 2, alinéa 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

2.1.5 Sélection des candidats et soumissionnaires

Droit d'accès au marché

Pour plusieurs marchés dépassant 8.500 euros HTVA, les documents légalement requis pour vérifier le droit d'accès (principalement l'absence de causes d'exclusion), tels que l'extrait de casier judiciaire ou l'attestation fiscale du SPF Finances, font défaut dans les dossiers transmis⁸⁴. Le recours à la déclaration implicite sur l'honneur ne dispense pas le pouvoir adjudicateur de vérifier, selon le cas, la situation des candidats entrant en considération pour la sélection et celle du soumissionnaire susceptible d'être désigné adjudicataire, avant de prendre la décision de sélection ou d'attribution⁸⁵. Dans sa réponse, le SPF Mobilité insiste sur le fait qu'une telle vérification a bien lieu, mais reste en défaut de l'étayer.

La Cour des comptes souligne et encourage les projets de centralisation informatisée des documents de marché, l'élaboration de documents types dans les deux SPF ainsi que les mesures concrètes mises en œuvre au SPF Mobilité pour rappeler les exigences légales en matière de droit d'accès. Elle relève également, pour le SPF Emploi, que la plupart des dossiers relatifs aux marchés récents (gérés de manière centralisée) comportent les pièces requises en termes de droit d'accès.

Sélection qualitative

Des critères relatifs à l'expérience ont servi à comparer les offres de certains marchés de consultance informatique et de gestion au SPF Mobilité et de certains marchés de services d'étude et de formation au SPF Emploi, en l'absence de motivation particulière.

La Cour rappelle la distinction de principe entre les critères de sélection et d'attribution et signale que le recours à des critères de sélection pour attribuer un marché n'est possible que dans deux cas :

- à titre exceptionnel et uniquement pour les marchés de services de l'annexe IIB de la loi du 15 juin 2006, lorsque les exigences particulières du marché justifient d'utiliser des éléments liés à la capacité technique et professionnelle du soumissionnaire⁸⁶ ;
- pour les marchés de services à caractère intellectuel, sur la base d'une jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, qui admet l'utilisation d'un critère portant sur la qualité professionnelle de l'équipe proposée pour exécuter le marché, y compris les compétences et l'expérience des membres de cette équipe, si elles sont déterminantes pour apprécier cette qualité⁸⁷.

Le SPF Mobilité déclare avoir bien opéré cette distinction. Aucun élément des dossiers examinés ne permet cependant de corroborer cette affirmation. La Cour recommande dès lors de bien motiver le choix d'un critère d'attribution de cette nature au regard des circonstances particulières du marché. Le SPF répond qu'il veillera à l'avenir à suivre cette recommandation.

⁸⁴ L'article 63, § 2, alinéa 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 prévoit en outre que le pouvoir adjudicateur, qui a accès gratuitement, par des moyens électroniques, à l'attestation délivrée par le SPF Finances, est tenu de vérifier le respect des obligations fiscales des candidats et soumissionnaires belges dans les 48 heures de la séance d'ouverture ou de la date ultime pour l'introduction des demandes de participation ou des offres.

⁸⁵ Article 61, § 4, alinéa 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

⁸⁶ Article 33, § 3, de la loi du 15 juin 2006.

⁸⁷ Cour de justice de l'Union européenne, arrêt du 26 mars 2015 dans l'affaire C-601/13 Ambisig.

2.1.6 Régularité et signature des offres

En adjudication et en appel d'offres, le pouvoir adjudicateur est tenu d'analyser la régularité des offres introduites avant d'évaluer et de comparer celles-ci en vue d'attribuer le marché⁸⁸. En procédure négociée, seules des offres conformes aux prescriptions impératives des documents du marché sont susceptibles de négociations⁸⁹.

La Cour a néanmoins constaté que les deux SPF ont parfois évalué, voire retenu, des offres irrégulières.

Pour les marchés passés par adjudication, appel d'offres et procédure négociée avec publicité, l'offre doit en outre être signée par la ou les personne(s) compétente(s) ou habilitée(s) à engager le soumissionnaire⁹⁰. Une offre ne respectant pas cette exigence est affectée d'une irrégularité formelle substantielle. Elle doit donc être considérée comme nulle et être écartée⁹¹. Le défaut de compétence du signataire engendre en effet une incertitude quant à l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché.

La Cour observe que le SPF Mobilité ne s'est pas toujours conformé à ces prescriptions. Dans plusieurs cas, le marché a été attribué à un soumissionnaire dont l'offre n'était pas valablement signée.

2.1.7 Méthode d'évaluation des offres

Dans un marché à lots de formation du SPF Emploi, les documents prévoyaient que la proposition d'animation tienne compte du travail et des thèmes abordés les années précédentes. Ces éléments ne figurant pas dans le cahier spécial des charges, cette disposition était de nature à octroyer un avantage injustifié à l'adjudicataire précédent, qui a d'ailleurs remporté plusieurs lots. Le SPF tient à relativiser l'incidence de cette clause⁹², mais précise qu'elle sera modifiée à l'avenir.

Dans d'autres marchés de formation, la méthode de cotation du prix comportait une partie fixe non annoncée dans le cahier spécial des charges, ce qui a neutralisé 20 % des points attribués et, par là même, modifié après coup la pondération annoncée. Le SPF Emploi indique avoir renoncé à cette méthode de cotation.

À l'occasion de plusieurs contrats de leasing de véhicules au SPF Emploi, la comparaison des offres et l'attribution ont eu lieu sur la base du coût hors assurances, qui ont pourtant été ajoutées dans le contrat après la décision d'attribution⁹³. Enfin, dans le cadre de prestations d'études de marché, des critères d'attribution appliqués dans l'évaluation se sont révélés différents de ceux portés à la connaissance des soumissionnaires dans le cahier spécial des charges.

⁸⁸ Article 95, § 2, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

⁸⁹ Cour de justice de l'Union européenne, arrêt du 5 décembre 2013 dans l'affaire C-561/12 Nordecon AS ; Conseil d'État, arrêt 230.105 du 4 février 2015.

⁹⁰ Article 51, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Cette règle vise tous les participants d'un groupement sans personnalité juridique.

⁹¹ Article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

⁹² Selon le SPF Emploi, cette clause n'a pas empêché en 2016 d'autres soumissionnaires de remporter certains lots.

⁹³ Au SPF Mobilité, ce type de contrat ne faisait l'objet d'aucune mise en concurrence.

Si le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour définir sa méthode d'évaluation et de comparaison des offres, il doit respecter les principes de transparence et d'égalité de traitement ainsi que les règles qu'il s'est lui-même imposées dans les documents du marché⁹⁴.

2.1.8 Motivation et communication des décisions

La décision motivée d'attribution doit contenir tous les motifs de droit et de fait portant sur le choix du soumissionnaire retenu ainsi que sur l'éviction ou la non-sélection des autres soumissionnaires⁹⁵. L'information communiquée aux soumissionnaires doit en effet leur permettre de comprendre les raisons qui ont déterminé le choix de l'administration.

Dans quelques marchés du SPF Mobilité, la décision motivée d'attribution ne contenait pas tous les motifs légalement prescrits. De plus, le rapport d'évaluation auquel la décision se réfère en général n'était pas joint de manière systématique aux lettres d'information destinées aux soumissionnaires, alors que la motivation par référence n'est admise que si le contenu de cette dernière est connu du destinataire ou joint à la décision.

Pour les marchés entre 8.500 et 85.000 euros HTVA, le pouvoir adjudicateur est tenu, dès qu'il a pris la décision d'attribution, d'informer par écrit tout candidat ou soumissionnaire de sa non-sélection, du rejet de son offre ou du fait qu'elle a été choisie ou non⁹⁶. Pour les marchés dépassant 85.000 euros HTVA, la décision motivée complète (ou les motifs qui en sont extraits⁹⁷) doit être communiquée directement aux candidats ou soumissionnaires concernés⁹⁸.

2.1.9 Marchés de services juridiques

Au SPF Mobilité, la plupart des prestations de services juridiques et, en particulier, les prestations d'avocats relatives à la représentation et à la défense de l'État dans le cadre de procédures judiciaires⁹⁹, n'ont pas été mises en concurrence¹⁰⁰. Au moment de leur exécution, ce type de services relevait pourtant de la législation sur les marchés publics¹⁰¹.

Par ailleurs, les marchés dépassant 31.000 euros TVAC n'ont que rarement fait l'objet de l'avis préalable obligatoire de l'Inspection des finances. Le SPF a néanmoins sollicité l'avis de celle-ci sur l'état estimatif de l'ensemble des engagements provisionnels pour les dépenses liées aux services juridiques.

⁹⁴ En vertu du principe général de droit *patere legem quam ipse fecisti*.

⁹⁵ Article 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services (ci-après « loi du 17 juin 2013 »).

⁹⁶ Article 29, § 2, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2013.

⁹⁷ À l'attention des soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière.

⁹⁸ Articles 8, § 1^{er}, et 29, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013.

⁹⁹ À l'exception d'un marché passé en procédure négociée pour lequel trois soumissionnaires ont été consultés.

¹⁰⁰ Les dépenses pour prestations de consultance juridique ont été principalement effectuées au bénéfice d'un seul cabinet d'avocats pour un total de 406 milliers d'euros en 2015. Quant aux services de représentation en justice, près de la moitié des prestations a été confiée à deux cabinets d'avocats et près de 67 % (soit 440 milliers d'euros) des dépenses engagées l'ont été au bénéfice de ceux-ci. Le SPF souligne que ces prestations concernent une même problématique et qu'une plus grande diversité dans le choix des avocats s'observe pour les autres litiges.

¹⁰¹ Ces services figurent en effet dans l'annexe IIB de la loi du 15 juin 2006, sous la catégorie B21.

Si la conclusion des contrats de représentation en justice se fait en général par un courrier électronique de confirmation, ces derniers ne mentionnent pas le tarif horaire convenu pour les prestations ni d'autres modalités d'exécution (hormis pour deux marchés). Par contre, la procédure s'avère mieux formalisée pour la réception de ces services. Une déclaration de créances type est en effet établie dans la plupart des cas (en vue de la vérification des services et montants), de même qu'une liste de contrôle visant à vérifier la réalité des prestations effectuées et l'absence de double emploi de celles-ci.

Le SPF Mobilité répond qu'une comparaison entre plusieurs avocats a lieu pour chaque contentieux, mais qu'aucun document formel n'est établi. Il informe également la Cour de la mise en place, en décembre 2015, d'une nouvelle procédure interne pour ce type de services. Celle-ci prévoit la passation systématique d'un marché public. S'il est impossible de consulter plusieurs prestataires, une motivation formelle doit être transmise pour avis à l'Inspection des finances.

La Cour signale que le régime applicable aux services juridiques est en passe d'être réformé. Dans le cadre de la transposition d'une nouvelle directive européenne¹⁰², la loi du 17 juin 2016¹⁰³ exclut désormais expressément de son champ d'application¹⁰⁴ un certain nombre de services juridiques, notamment ceux qui impliquent la représentation de clients par des avocats dans le cadre de procédures judiciaires. En outre, un régime allégé est prévu pour les services juridiques non exclus.

2.1.10 Cautionnement

Sauf certaines exceptions, l'adjudicataire doit garantir la bonne exécution de ses obligations par un cautionnement constitué dans les trente jours de la conclusion de tout marché dont le montant est égal ou supérieur à 50.000 euros HTVA.

Les cellules stratégiques et le SPF Emploi n'ont pas pu prouver la constitution du cautionnement requis pour plusieurs marchés. Pour deux marchés de services du SPF Mobilité, le cautionnement n'a pas été constitué dans les délais. Dans ces cas, les pouvoirs adjudicateurs n'ont pas fait usage de la possibilité d'appliquer les pénalités ou mesures prévues par la réglementation¹⁰⁵, en méconnaissance du principe de bonne administration.

¹⁰² Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

¹⁰³ La loi a été publiée au *Moniteur belge* du 14 juillet 2016. Son entrée en vigueur doit encore être fixée par le Roi.

¹⁰⁴ Sous réserve des règles de passation que le Roi peut fixer en vertu de l'article 28, § 2, de la loi du 17 juin 2016.

¹⁰⁵ En application de l'article 29 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, le pouvoir adjudicateur peut constituer d'office le cautionnement par prélèvement sur les sommes dues pour le marché ou appliquer une mesure d'office lorsque l'adjudicataire, préalablement mis en demeure, ne constitue pas le cautionnement dans un dernier délai de quinze jours prenant cours à la date d'envoi du recommandé. En cas de prélèvement, une pénalité de 2 % du montant initial du marché est appliquée.

2.1.12 Cession de marché

Au SPF Emploi, des changements d'adjudicataires se sont produits en cours d'exécution, parfois suite à des opérations de fusion ou de transfert d'activités. La substitution d'une personne morale à une autre dans un tel cadre s'apparente à une cession de marché.

Selon les circonstances, une telle cession peut être qualifiée de modification substantielle du marché, ce qui peut impliquer d'organiser une nouvelle procédure d'attribution¹⁰⁶. Par ailleurs, toute cession de marché implique l'accord de la partie cédée et, lorsque le marché est cédé par l'adjudicataire, cet accord est en outre subordonné au respect des clauses de sélection par le cessionnaire¹⁰⁷.

L'accord du SPF Emploi n'a pas été formellement demandé ni donné, et celui-ci n'a pas vérifié le respect par le cessionnaire des clauses de sélection. La Cour rappelle dès lors que les cessions de marché doivent être encadrées conformément aux règles générales d'exécution en vigueur.

2.2 Application de la législation budgétaire

2.2.1 Imputation préalable à l'engagement

L'approbation des contrats et marchés de travaux, de fournitures et de services ne peut pas être notifiée avant leur imputation sur les crédits d'engagement¹⁰⁸.

La Cour a néanmoins constaté que, dans les deux SPF, des marchés publics ont débuté avant leur imputation budgétaire, une irrégularité qui concerne surtout des services informatiques et juridiques.

2.2.2 Engagement ex post

Dans les cellules stratégiques, des dépenses répétitives, essentiellement pour le leasing de véhicules, ont fait l'objet d'un engagement postérieur à la réception de la facture, par une utilisation inappropriée de la procédure du visa simultané en engagement et en ordonnancement pour les dépenses ne dépassant pas 5.500 euros HTVA¹⁰⁹.

Ce procédé comporte un risque de dépassement des crédits. De plus, il ne doit s'envisager que pour des dépenses minimales. Compte tenu du caractère répétitif et de l'importance de ce type de dépenses, la Cour recommande aux cellules stratégiques d'effectuer en début d'exercice budgétaire un engagement provisionnel au profit des fournisseurs ou prestataires de services désignés, correspondant au montant annuel des dépenses exigibles au cours de l'année¹¹⁰.

¹⁰⁶ Cour de justice de l'Union européenne, arrêt du 19 juin 2008 dans l'affaire C-454/06 Pressetext Nachrichtenagentur.

¹⁰⁷ Article 38 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

¹⁰⁸ Article 24, alinéa 1^{er}, de la loi du 22 mai 2003 portant organisation du budget et de la comptabilité de l'État fédéral.

¹⁰⁹ Article 1^{er}, 3^o, a), de l'arrêté royal du 31 mai 1966 portant règlement du contrôle de l'engagement des dépenses dans les services d'administration générale de l'État.

¹¹⁰ Conformément à l'article 1^{er}, 2^o, a), de l'arrêté royal du 31 mai 1966 précité.

3 Conclusions et recommandations

3.1 Conclusions

Les deux SPF et les cellules stratégiques ne respectent pas strictement le principe de concurrence, en particulier pour les marchés de services juridiques, la reconduction tacite de contrats anciens et les procédures négociées sans publicité. Ils ne motivent en outre pas suffisamment le recours à cette procédure et les conditions légales qui permettent son usage ne sont pas toujours rencontrées.

La Cour relève des lacunes en matière de vérification du droit d'accès au marché, de gestion des pièces justificatives, d'analyse de la régularité des offres, d'évaluation et de comparaison de celles-ci.

De plus, la gestion de certains marchés, surtout informatiques, se caractérise par l'absence d'engagement comptable préalable, par une durée anormalement longue et par un risque d'enfermement propriétaire.

Enfin, les règles générales d'exécution, en particulier celles qui régissent le cautionnement et la cession de marchés, ne sont pas strictement respectées.

La Cour relève et encourage certaines bonnes pratiques récentes au sein des deux SPF, telles que l'utilisation d'instructions et de formulaires types, la numérisation des documents et la mise en place d'un outil informatique centralisé de gestion documentaire, le recours plus fréquent aux centrales de marchés ainsi que, au SPF Emploi, la mise en place en 2014 d'une cellule Marchés publics¹¹¹, l'examen des contrats en cours et le monitoring des besoins.

Par ailleurs, la Cour prend acte des mesures déjà adoptées pour assurer le respect du droit des marchés publics, comme la nouvelle procédure interne de passation des marchés de services juridiques et la remise en concurrence progressive des marchés informatiques au SPF Mobilité ainsi que la résiliation et la régularisation progressives des contrats irréguliers au SPF Emploi.

3.2 Recommandations

La Cour des comptes rappelle le respect dû aux règles des marchés publics, notamment les principes de concurrence, l'interdiction de citer des marques ou d'utiliser des spécifications techniques ayant pour effet de restreindre la concurrence, la conformité des actes posés aux dispositions des documents du marché, la nécessité de motiver de manière adéquate le recours à la procédure négociée, l'obligation de vérifier les conditions d'accès au marché ainsi que la régularité des offres introduites. Elle attire également l'attention sur le principe budgétaire de l'imputation préalable sur les crédits d'engagement.

En termes de gestion des marchés, la Cour recommande:

- de généraliser l'utilisation des documents types existants ;
- de finaliser les projets de système informatique centralisé de partage des documents liés aux marchés publics ;
- de documenter les procédures de marchés par la numérisation systématique des pièces (notamment les preuves de consultation de la concurrence, de vérification du droit d'accès et de communication des décisions) à des fins de gestion, de

¹¹¹ Le SPF Mobilité dispose également d'un service spécialisé (voir point 1.2).

- conservation et de justification du respect des obligations légales ;
- de recourir à des benchmarks reconnus pour décrire les performances des systèmes et programmes informatiques sans citer de marques ;
 - de motiver adéquatement le choix des critères d'attribution liés à la capacité technique du soumissionnaire ;
 - d'enregistrer des engagements provisionnels en début d'exercice, pour le leasing des véhicules et les dépenses de fonctionnement de faible montant (frais de parking, restaurant, formation...), et de liquider à la charge de ceux-ci les dépenses à mesure de leur réalisation ;
 - de charger les cellules spécialisées en marchés publics de collecter et d'archiver les documents de tous les marchés ;
 - de prendre en compte l'ensemble du cycle de vie dans les documents du marché, lors de l'acquisition ou du développement de logiciels, et créer les conditions d'une mise en concurrence à l'expiration du marché ;
 - d'être attentif à la compétence des personnes ayant signé l'offre, quelle que soit la procédure de passation.

Recommandations transversales aux départements de l'administration générale

Suite aux observations et constatations qu'elle a communiquées aux départements audités, la Cour des comptes rappelle en premier lieu le respect de la réglementation relative aux marchés publics. Elle adresse en second lieu une série de recommandations transversales aux départements de l'administration générale. Plusieurs d'entre elles ont une portée générale, alors que d'autres concernent plus spécifiquement certains départements.

1 Respect de la réglementation

Les différents départements sont tenus d'appliquer la réglementation relative aux marchés publics dans son intégralité.

Ainsi, ils doivent recourir à une procédure de marché public pour toutes les fournitures et prestations soumises à la législation en vigueur, y compris pour les services juridiques et les situations d'exclusivité. Une mise en concurrence doit en principe être réalisée pour tous les marchés passés, même lorsqu'ils sont inférieurs au seuil applicable aux marchés constatés sur simple facture acceptée. Ils doivent veiller enfin à un meilleur respect des règles liées à l'estimation du montant des marchés, à la limitation de principe de leur durée et à l'interdiction de citer des marques ou des spécifications techniques de nature à restreindre ou empêcher la concurrence.

La motivation formelle du recours à la procédure négociée ainsi que des décisions relatives à la sélection et à l'attribution doit être améliorée. Ces dernières doivent en particulier intégrer l'ensemble des motifs de droit et de fait.

La Cour attire également l'attention sur la distinction de principe entre les critères de sélection qualitative et les critères d'attribution, sur la vérification systématique des conditions de droit d'accès des candidats et soumissionnaires et sur la régularité des offres introduites, y compris la validité juridique des signatures.

En outre, elle insiste sur la nécessité d'une application correcte des règles générales d'exécution, notamment en termes de cautionnement, de réception et de paiement. Ces règles prévoient également l'interdiction de modifier les marchés en cours d'exécution en dehors de certaines hypothèses limitées.

Les départements doivent veiller à documenter correctement le déroulement de leurs procédures. L'ensemble des documents relatifs à la passation du marché doit en outre être conservé pendant au moins dix ans.

Enfin, la Cour rappelle les principes généraux suivants :

- le pouvoir adjudicateur doit respecter les dispositions qu'il a lui-même insérées dans le cahier spécial des charges¹¹² ;

¹¹² En vertu du principe général de droit *patere legem quam ipse fecisti*.

- l'engagement budgétaire doit précéder l'engagement juridique.

2 Recommandations

Afin de mieux se conformer à la réglementation, la Cour recommande aux départements :

- de prendre en compte, dans les documents du marché, l'ensemble du cycle de vie, lors de l'acquisition ou du développement de logiciels, et créer les conditions d'une mise en concurrence à l'expiration du marché ;
- de prévenir tout risque d'enfermement propriétaire pour les marchés ICT ;
- de ne recourir à la procédure négociée que lorsque la législation l'autorise et motiver adéquatement ce recours ;
- d'utiliser des benchmarks reconnus pour décrire les performances des systèmes et programmes informatiques sans citer de marques ;
- de motiver adéquatement le choix d'un critère d'attribution lié à la capacité technique du soumissionnaire au regard des exigences particulières du marché concerné ;
- de vérifier de manière systématique les conditions d'accès et de sélection qualitative des candidats et des soumissionnaires, y compris l'exactitude de la déclaration implicite sur l'honneur ;
- de vérifier de manière systématique la régularité des offres introduites et s'assurer de la compétence des personnes ayant signé l'offre, quelle que soit la procédure de passation ;
- de mettre en œuvre des méthodes d'évaluation des offres respectueuses des principes de transparence et d'égalité de traitement ;
- d'appliquer systématiquement les mesures ou sanctions prévues en cas de défaut de constitution de cautionnement ;
- d'assurer le paiement de plein droit et sans mise en demeure des intérêts de retard, en cas de paiement tardif des factures.

Par ailleurs, en termes de gestion des marchés, elle leur recommande :

- de planifier les besoins et la mise en œuvre des marchés ;
- d'adopter des mesures de contrôle interne adéquates, telles que la centralisation, au sein d'une cellule spécialisée, du contrôle et de la coordination des procédures et dossiers d'achats ;
- de constituer les dossiers d'achat de manière à permettre la vérification de la correspondance entre les montants facturés et ceux repris dans les documents du marché ;
- d'utiliser les documents types existants ou d'en élaborer ;
- de documenter les procédures mises en œuvre, en conservant les documents relatifs à l'attribution et à l'exécution d'un marché dans un dossier unique et complet ;
- de tenir à jour une liste exhaustive de leurs marchés et de mettre en œuvre un système efficace et formalisé de suivi des commandes passées.

Ce rapport est disponible uniquement en version électronique et existe également en néerlandais.

Dit verslag is enkel elektronisch beschikbaar en bestaat ook in Nederlandse versie.



DÉPÔT LÉGAL

D/2017/1128/20

ADRESSE

Cour des comptes
Rue de la Régence 2
B-1000 Bruxelles

TÉL.

+32 2 551 81 11

FAX

+32 2 551 86 22

www.courdescomptes.be