



Cour des comptes

# Les marchés publics de l'Institut bruxellois pour la gestion de l'environnement

Rapport de la Cour des comptes

transmis au Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale



Rapport adopté le 4 décembre 2013 par l'assemblée générale de la Cour des comptes

## SYNTHÈSE

La Cour des comptes a procédé à un contrôle de légalité des marchés publics passés par l'Institut bruxellois pour la gestion de l'environnement.

Elle a relevé des carences dans leur gestion administrative tant au niveau de la passation que de l'exécution. Ainsi, l'organisation et les procédures actuelles ne permettent pas d'identifier de manière exhaustive et rapide la totalité des marchés en cours, leur coût et les services chargés de leur gestion. Or, le service des marchés publics et assurances, dont la composition doit être renforcée, devrait avoir une vue complète et permanente sur la passation et l'exécution des marchés passés par l'Institut.

Dans la phase d'attribution du marché, les obligations relatives à la publicité doivent être respectées et la réalisation de la sélection qualitative doit être améliorée ; il convient, entre autres, de distinguer les critères de sélection et d'attribution. En outre, dans un souci de simplification administrative, le recours à la déclaration sur l'honneur devrait être généralisé.

L'utilisation de la procédure d'appel d'offres, général ou restreint, doit respecter les prescrits légaux et réglementaires. Il en va de même pour la procédure négociée, avec ou sans publicité, pour laquelle il convient d'accorder une attention particulière à l'utilisation de l'hypothèse du prestataire unique. Enfin, les obligations relatives à l'information des soumissionnaires et au délai d'attente doivent également être respectées.

En matière d'exécution des marchés, certains cahiers spéciaux des charges comportent un grand nombre d'erreurs et d'inexactitudes. Les modalités relatives au cautionnement doivent être suivies. Le principe du service fait et accepté doit, sauf exceptions, être respecté, notamment en procédant à une réception des travaux, fournitures ou services. En cas de défaut d'exécution, il convient d'appliquer les sanctions prévues par la réglementation ou les documents du marché.

## TABLE DES MATIÈRES

<b>1</b>	<b>Introduction</b>	<b>5</b>
1.1	Réglementation applicable	5
1.2	Qualification des prestations	5
1.3	Méthode	5
<b>2</b>	<b>Gestion administrative des marchés</b>	<b>5</b>
2.1	Contexte	5
2.1.1	Délégations de compétences	5
2.1.2	Services concernés par les marchés publics au sein de l'IBGE	6
2.2	Procédures incomplètes et obsolètes	6
2.3	Non-respect des règles de délégation et absence de rapport sur l'usage de la délégation accordée aux fonctionnaires dirigeants	8
2.4	Mission non remplie par le service des marchés publics et assurances	8
2.5	Impossibilité de recenser les marchés publics	8
2.6	Dossiers et informations incomplets ou introuvables	9
2.7	Non-respect des règles budgétaires et comptables	9
2.8	Retard dans le paiement	9
<b>3</b>	<b>Caractère pluriannuel de certains marchés</b>	<b>9</b>
<b>4</b>	<b>Passation des marchés</b>	<b>10</b>
4.1	Règles de publicité	10
4.2	Sélection qualitative	10
4.2.1	Exigences de la sélection qualitative	11
4.2.2	Procédure de sélection	11
4.3	Modes de passation	12
4.3.1	Appel d'offres général et restreint	12
4.3.2	Procédure négociée avec publicité	13
4.3.3	Procédure négociée sans publicité	14
4.4	Non-utilisation de marques ou de systèmes	17
4.5	Examen des offres et attribution du marché	17
4.5.1	Carences diverses	17
4.5.2	Rapport d'attribution	17
4.5.3	Évaluation des offres	18
4.6	Motivation, information et délai d'attente	19
4.6.1	Décision motivée d'attribution du marché	20
4.6.2	Information des candidats ou des soumissionnaires	20
4.6.3	Délai d'attente	21

4.7	Notification de l'attribution du marché	21
<b>5</b>	<b>Exécution des marchés</b>	<b>21</b>
5.1	Présence d'un cahier spécial des charges ou d'un document en tenant lieu	21
5.2	Mention de la réglementation applicable	22
5.3	Obligation de constituer un cautionnement	22
5.4	Paie ment	23
5.5	Moyens d'action du pouvoir adjudicateur	23
5.6	Réception des travaux, des fournitures et des services	24
<b>6</b>	<b>Conclusion et recommandations</b>	<b>24</b>
6.1	Gestion des marchés	25
6.2	Passation des marchés	25
6.3	Exécution des marchés	27

## 1 Introduction

La Cour des comptes a procédé à un contrôle de légalité des marchés publics passés par l'Institut bruxellois pour la gestion de l'environnement (IBGE).

Les résultats de ce contrôle ont été adressés, le 18 avril 2013, au directeur général de l'Institut. Celui-ci a apporté, le 17 mai 2013, quelques précisions concernant les observations figurant dans l'avant-projet de rapport. Aucun débat contradictoire oral n'a été demandé par l'organisme.

Par courrier du 17 juillet 2013, le projet de rapport a été adressé à la ministre de l'Environnement, de l'Énergie, de la Politique de l'eau, de la Rénovation urbaine, de la Lutte contre l'incendie et l'Aide médicale urgente et du Logement. La Cour n'a pas reçu de réponse à ce jour.

### 1.1 Réglementation applicable

Les marchés publics passés par l'Institut concernent uniquement les secteurs classiques et sont dès lors soumis aux dispositions du régime général :

- la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ;
- l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics ;
- l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics ainsi que son annexe, le cahier général des charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et des concessions de travaux publics.

### 1.2 Qualification des prestations

Les marchés publics examinés dans le cadre du présent audit sont des marchés publics de travaux, de fournitures ou de services au sens de l'article 5 de la loi du 24 décembre 1993.

### 1.3 Méthode

La Cour a examiné 79 marchés conclus par l'IBGE du point de vue de la gestion administrative, de la passation et de l'exécution.

## 2 Gestion administrative des marchés

### 2.1 Contexte

#### 2.1.1 Délégations de compétences

S'agissant d'un organisme d'intérêt public de catégorie A, c'est la ministre du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale chargée de l'Environnement, de l'Énergie, de la Politique de l'eau, de la Rénovation urbaine, de la Lutte contre l'incendie et l'Aide médicale urgente et du Logement, qui représente l'autorité hiérarchique.

En vertu de l'arrêté du gouvernement du 6 mars 2008<sup>1</sup>, les fonctionnaires dirigeants de l'IBGE ont la compétence d'arrêter le cahier spécial des charges (CSC), de choisir les modes de passation ainsi que de conclure et d'exécuter les marchés de travaux, de fournitures et de services lorsqu'ils sont égaux ou inférieurs à 10.000 euros hors TVA pour les marchés de services et les marchés de fournitures de matériel roulant et de matériel scientifique et à 31.000 euros hors TVA pour les autres marchés.

En matière d'approbation de factures relatives aux marchés publics, la délégation est entière et concerne tous les marchés quel qu'en soit le montant, pour autant que ces factures s'inscrivent dans le cadre de l'exécution normale du marché et dans les limites de la réalisation de l'objet initial du marché.

### 2.1.2 Services concernés par les marchés publics au sein de l'IBGE

L'IBGE compte neuf divisions ou directions totalisant 59 départements ; la majorité d'entre eux, appelés services acheteurs, conçoivent, attribuent et vérifient l'exécution des marchés publics.

Un service des marchés publics et assurances, créé au sein du département de l'économat de la direction de la logistique, a pour mission de vérifier tous les cahiers spéciaux des charges et, à la demande des services acheteurs, de prêter assistance à toutes les étapes de la passation d'un marché.

### 2.2 Procédures incomplètes et obsolètes

En matière de marchés publics, seule une note intitulée *Gestion des marchés publics : procédure interne* a pu être produite. Non datée, se référant à l'ancien arrêté de délégation de 1998<sup>2</sup>, elle n'est pas actualisée. Cette note explicite essentiellement les modalités afférentes aux autorisations externes (cabinet de la ministre de l'Environnement, de l'Énergie et de la Politique de l'eau et Inspection des finances) mais elle donne peu d'informations sur les procédures internes et les mesures de contrôle interne indispensables aux dossiers de marchés publics. Elle précise uniquement que la dépense doit être approuvée par la ligne hiérarchique et le responsable budgétaire, qu'elle doit être rattachée à un projet inscrit dans le « *programme de travail de l'institut* » et que le service marchés publics et assurances doit viser les cahiers spéciaux des charges.

L'intranet de l'Institut met à la disposition des agents des modèles de documents mais ils sont incomplets. Leur utilisation est malaisée pour des personnes dont les connaissances de la réglementation des marchés publics sont fragmentaires, d'autant plus qu'ils comportent des erreurs ou des mentions inappropriées.

Il est dès lors nécessaire que le service des marchés publics et assurances élabore des modèles de documents couvrant l'ensemble des marchés de l'IBGE et, en particulier, des modèles de

---

1 Article 4 de l'arrêté du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 6 mars 2008 portant délégation de compétences aux fonctionnaires dirigeants de l'Institut bruxellois pour la gestion de l'environnement et à la Commission de régulation pour l'énergie en Région de Bruxelles-Capitale en ce qui concerne le budget et la gestion individuelle du personnel, *Moniteur belge* du 7 avril 2008, p. 18535 à 18539.

2 Arrêté du 16 juillet 1998 du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale portant délégation de compétences aux fonctionnaires dirigeants de l'Institut bruxellois pour la gestion de l'environnement en ce qui concerne le budget et la gestion individuelle du personnel, *Moniteur belge* du 15 août 1998, p. 26133 à 26135.

cahiers spéciaux des charges selon l'objet du marché et la procédure retenue. Ces modèles, appliquant correctement les modalités figurant dans la réglementation des marchés publics, seraient utilisés par l'ensemble des services concernés.

De même, les étapes du cycle des achats ne sont pas définies avec précision selon les différents types de marchés, tandis que la chronologie même de ces étapes n'est pas précisée.

Néanmoins, une application informatique est en cours d'élaboration et des tests sont effectués avec le département de l'économat. Cette application complète le *workflow* actuel de EPM<sup>3</sup> en y introduisant certaines étapes des marchés publics (approbation de cahiers spéciaux des charges et de la décision d'attribution du marché).

Une analyse approfondie de ce système ne peut être réalisée à ce stade, en raison de l'état d'avancement de son élaboration. Des premiers constats peuvent cependant être formulés.

- Il n'y a pas de lien entre le montant de l'estimation du marché et les étapes et obligations qui peuvent en découler.
- Il n'existe pas de procédure simplifiée pour les marchés dont le montant de la dépense à approuver est inférieur ou égal à 5.500 euros hors TVA.
- Le système ne permet pas le calcul et le suivi des délais de paiement.
- La procédure semble complexe en cas de modification apportée par un acteur.

Dans sa réponse, l'Institut a précisé que différentes améliorations ont déjà été apportées.

- Les différents modèles figurant sur l'intranet ont été remaniés de la façon suivante :
  - chaque CSC a été élaboré en fonction du type de marché et du mode de passation ;
  - chaque CSC de référence est mis à jour systématiquement au regard de l'évolution de la réglementation ;
  - des documents simplifiés, tels qu'un rapport d'analyse et un formulaire d'offre, ont été créés ;
  - d'autres documents vont également être rédigés, par exemple une liste de vérification mentionnant tous les documents utiles pour chaque procédure.
- Un vade-mecum reprenant les règles générales de la législation et incorporant les règles internes sera rédigé ; il identifiera les points de contrôle à développer et incorporera les risques liés à chaque étape des procédures.
- Des formations, qui sont en cours, portent non seulement sur les règles de base en vigueur mais aussi sur les nouvelles dispositions ; des formations portant sur les procédures internes seront également réalisées, une fois celles-ci arrêtées.

---

<sup>3</sup> Logiciel de suivi de factures et de bons de commande, lié au logiciel PIA, qu'il alimente par des écritures automatiques.

- Un système de blocage propre au programme financier EPM a été créé et généralisé à l'ensemble de l'Institut ; il permet à la cellule précitée de refuser les dossiers qui ne respectent pas la réglementation des marchés publics et sera abandonné lorsqu'un système spécifique de gestion des marchés publics sera mis en place.

### **2.3 Non-respect des règles de délégation et absence de rapport sur l'usage de la délégation accordée aux fonctionnaires dirigeants**

À plusieurs reprises, les règles de délégation n'ont pas été correctement appliquées. Les seuils prévus pour les délégations ne correspondant pas à ceux qui figurent dans la réglementation des marchés publics, des confusions peuvent apparaître.

Contrairement à ce qui est prévu à l'article 4, § 4, de l'arrêté du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 6 mars 2008, les fonctionnaires dirigeants ne font pas rapport à la ministre de tutelle de l'usage de la délégation qui leur est accordée en matière de marchés publics.

### **2.4 Mission non remplie par le service des marchés publics et assurances**

Contrairement à ce que prévoit la note de procédure relative aux marchés publics, les cahiers spéciaux des charges ne sont pas tous validés par le service des marchés publics et assurances. Ainsi que le confirment les entretiens avec les gestionnaires, la plupart des dossiers ne contiennent pas de trace de ce contrôle. Il importe de mentionner que l'effectif de ce service est limité à 1,5 équivalent temps plein.

Dans sa réponse, l'Institut précise que le conseil de direction a décidé de revoir le fonctionnement de la cellule précitée : elle compte désormais deux personnes à temps plein et la matière relative aux assurances en a été détachée.

La cellule s'inscrit également dans différentes actions afin d'optimiser et d'élargir ses relations (réseau des acheteurs publics durables, contacts réguliers avec le ministère de la Région de Bruxelles-Capitale, etc.).

### **2.5 Impossibilité de recenser les marchés publics**

Malgré la demande de la Cour des comptes, l'Institut n'a pas été en mesure de constituer une liste exhaustive des marchés publics qu'il a conclus en 2011.

L'échantillon des marchés dont la légalité et la régularité ont été vérifiées a dès lors été constitué sur la base de données comptables.

Aucune statistique de marchés ne peut être réalisée à partir de ces données puisqu'une ligne de commande peut représenter un lot faisant partie d'un marché qui en comprend plusieurs et que, de même, une seule commande peut être comprise dans un marché global à commandes. Par ailleurs, la représentativité de l'échantillon au regard du nombre de marchés passés ne peut être calculée. Enfin, les données relatives aux marchés publics figurant dans le système comptable présentent des erreurs dans le code indiquant la procédure de passation.

Ces marchés sont identifiés uniquement par leur objet ; il n'existe pas de numérotation ou de mode d'identification des marchés publics qui soient communs à tous les services concernés.



Dans sa réponse, l'Institut précise qu'un plan d'action est en cours d'élaboration par la cellule des marchés publics ; il portera, notamment, sur une centralisation effective des marchés publics via la numérotation de chaque CSC.

## 2.6 Dossiers et informations incomplets ou introuvables

Pratiquement tous incomplets au départ, les dossiers produits ont pu, en partie seulement, être complétés ; ils contenaient de nombreux documents non signés et non datés. Seuls quatre dossiers n'ont jamais pu être fournis.

## 2.7 Non-respect des règles budgétaires et comptables

L'article 53, dernier alinéa, de l'ordonnance du 23 février 2006<sup>4</sup> impose que l'engagement comptable soit préalable à l'engagement juridique. En matière de marchés publics, c'est la notification de l'attribution du marché au soumissionnaire retenu qui constitue l'engagement juridique.

Parmi les marchés retenus, l'engagement comptable n'a pas précédé l'engagement juridique dans quinze cas.

## 2.8 Retard dans le paiement

Sur un total de 196 factures examinées, 21, afférentes à des marchés de plus de 5.500 euros hors TVA<sup>5</sup>, n'ont pas été payées dans le délai imposé par l'article 15, § 1<sup>er</sup> à § 3, du cahier général des charges figurant en annexe à l'arrêté royal du 26 septembre 1996.

Ces retards n'ont pas provoqué le paiement d'intérêts de retard alors que l'article 15 précité stipule, en son § 4, que « *lorsque les délais fixés pour le paiement par les § 1<sup>er</sup> à 3 sont dépassés, l'adjudicataire a droit au paiement, de plein droit et sans mise en demeure, par mois ou partie de mois de retard, à un intérêt* ».

## 3 Caractère pluriannuel de certains marchés

Certains marchés audités présentent, dès le lancement de la procédure, un délai pluriannuel. Les documents du marché peuvent également conférer un caractère pluriannuel au marché en prévoyant la répétition du marché initial ou une clause de reconduction.

L'utilisation d'une telle clause, tacite ou non, n'est pas prévue par la réglementation des marchés publics, même si celle-ci précise, depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2009, que le calcul du montant estimé d'un marché de travaux, fournitures ou services tient compte de toute forme d'option éventuelle et des reconductions éventuelles<sup>6</sup> du marché.

4 Ordonnance organique du 23 février 2006 portant les dispositions applicables au budget, à la comptabilité et au contrôle, *Moniteur belge* du 23 mars 2006, p. 16710 à 16731.

5 Le cahier général des charges ne s'applique pas aux marchés dont le montant hors TVA est égal ou inférieur à ce seuil (article 3, § 3, de l'arrêté royal du 26 septembre 1996). Les délais de paiement de ces marchés sont fixés dans les conditions générales de vente de l'adjudicataire.

6 Cet alinéa a été introduit aux articles 2, alinéa 2 (travaux), 28, alinéa 3 (fournitures) et 54, alinéa 7 (services), de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 par l'arrêté royal du 29 septembre 2009 modifiant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et certains arrêtés royaux pris en exécution de cette loi, *Moniteur belge* du 2 octobre 2009, 2<sup>e</sup> éd., p. 65794 à 65870.

L'audit a mis en exergue trois cas de tacite reconduction.

Nonobstant l'évocation, dans la réglementation des marchés publics, de marchés de fournitures et de services à durée indéterminée<sup>7</sup>, la Cour des comptes rappelle que l'utilisation d'une clause de reconduction tacite est de nature à prolonger indéfiniment un marché et à créer ainsi une situation monopolistique. Cette manière de procéder met à mal le principe de la concurrence, consacré notamment par le fait qu'un marché doit impérativement faire l'objet d'une limitation dans le temps. En règle générale, une durée totale de quatre ans doit être retenue, mais, dans des cas bien précis, elle pourrait s'avérer plus longue, à condition de faire l'objet d'une motivation adéquate.

## 4 Passation des marchés

Pour remédier aux manquements constatés, l'Institut a précisé dans sa réponse que des formations relatives aux bonnes pratiques ont été organisées. Elles ont pour but « *d'attirer l'attention des gestionnaires de dossiers sur les problèmes soulevés par la Cour des comptes et ayant déjà fait l'objet de remarques de la part de la cellule précitée. De manière globale, l'objectif est de renforcer les connaissances des gestionnaires opérationnels de manière didactique et pédagogique.* »

### 4.1 Règles de publicité<sup>8</sup>

Onze marchés de travaux, de fournitures ou de services, soit près de 14 % des marchés examinés, sont concernés par ces règles de publicité.

À l'exception d'un cas, l'obligation de publier un avis d'attribution de marché<sup>9</sup> n'est pas toujours respectée, ou est mal appréciée. Pour les autres marchés qui n'atteignent pas le seuil de la publicité européenne, une publication est intervenue, au niveau belge uniquement, dans le *Bulletin des adjudications*. Quelques dossiers présentent des avis de marché dont le contenu diverge de celui du CSC ou du document en tenant lieu.

La Cour des comptes rappelle l'importance de l'avis de marché (premier document dont prennent connaissance les soumissionnaires éventuels) et la nécessité de faire figurer, dans les dossiers des marchés concernés par l'obligation de publicité, la copie des avis de marché et avis de marché passé publiés.

### 4.2 Sélection qualitative<sup>10</sup>

La sélection qualitative est obligatoire dans le cas d'une adjudication, d'un appel d'offres ainsi que d'une procédure négociée avec publicité ; elle est facultative dans l'hypothèse d'une procédure négociée sans publicité.

<sup>7</sup> Articles 28, alinéa 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> (fournitures) et 54, alinéa 5, 2<sup>o</sup> (services), de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

<sup>8</sup> Articles 1<sup>er</sup> à 15 (travaux), 27 à 41 (fournitures) et 53 à 67 (services) de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

<sup>9</sup> Circulaire de la chancellerie du premier ministre, du 25 juin 2008 – Marchés publics – Publicité européenne – Obligation de publier un avis d'attribution de marché, *Moniteur belge* du 30 juin 2008, p. 33358 et 33359.

<sup>10</sup> Articles 16 à 20ter (travaux), 42 à 47 (fournitures) et 68 à 74 (services) de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Circulaire des services du premier ministre, du 10 février 1998 – Marchés publics – Sélection qualitative des entrepreneurs, des fournisseurs et des prestataires de services, *Moniteur belge* du 13 février 1998, p. 4216 à 4225.

En cas de recours à une telle procédure, le pouvoir adjudicateur doit indiquer clairement dans les documents du marché si une phase de sélection qualitative est prévue et, dans ce cas, mentionner les causes d'exclusion et les critères de sélection qualitative retenus. Il doit également spécifier les attestations et documents à fournir et indiquer les seuils minima requis au niveau des exigences de la capacité financière, économique et technique<sup>11</sup>.

La réglementation des marchés publics opère une nette distinction entre les critères de sélection qualitative et ceux relatifs à l'attribution du marché<sup>12</sup>.

À cet égard, deux marchés présentent une confusion puisque des critères utilisés pour l'attribution des marchés relèvent de la sélection qualitative et, plus précisément, de la capacité technique des candidats ou des soumissionnaires<sup>13</sup>.

#### 4.2.1 Exigences de la sélection qualitative

Les exigences de la sélection qualitative se retrouvent dans 31 marchés, représentant plus de 39 % des marchés examinés.

Nonobstant quelques mentions inappropriées, les exigences de la sélection qualitative figurant dans le cadre de marchés faisant l'objet d'appels d'offres ou de procédures négociées avec publicité sont correctement énoncées.

Quant aux marchés faisant l'objet d'une procédure négociée sans publicité, les exigences de la sélection qualitative concernent, dans certains cas, les causes d'exclusion ainsi que les capacités économique, financière et technique ; dans d'autres, elles concernent uniquement une ou plusieurs parties de ces exigences, les causes d'exclusion et la capacité technique, ou uniquement cette dernière. Pour les marchés de travaux, la sélection qualitative se limite au respect de l'agrégation d'entrepreneurs de travaux.

Dans un souci de simplification administrative, le pouvoir adjudicateur a recouru, pour les causes d'exclusion, à une déclaration sur l'honneur explicite ou, plus rarement, implicite. Toutefois, tout en tenant compte des vérifications qu'il a lui-même effectuées, le pouvoir adjudicateur est tenu de réclamer au soumissionnaire retenu, avant l'attribution du marché, les documents couverts par la déclaration sur l'honneur.

#### 4.2.2 Procédure de sélection

Les modalités de mise en œuvre de la phase de sélection qualitative par l'IBGE ne donnent aucune assurance quant à une exploitation optimale de cette procédure afin de sélectionner adéquatement les compétiteurs.

---

<sup>11</sup> Conseil d'État, arrêt n° 159.657 du 7 juin 2006.

<sup>12</sup> Exposé des motifs de la loi du 24 décembre 1993, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-1993, n° 656-1, p. 25. Circulaire du 10 février 1998, *Moniteur belge* du 13 février 1998, p. 4216.

<sup>13</sup> Cour de cassation, arrêt n° C.11.0738.F du 29 juin 2012.

L'examen de nombreux marchés font apparaître plusieurs problèmes :

- confusion entre sélection qualitative et attribution du marché, deux phases pourtant nettement distinctes ;
- carences constatées dans le chef du pouvoir adjudicateur lors de la vérification des exigences relatives à la sélection qualitative ;
- manque de précision dans la définition des critères relatifs à la sélection qualitative, recours à des critères non préalablement annoncés, ou encore absence pure et simple d'exigence en matière de sélection qualitative dans le CSC ;
- sélection de soumissionnaires alors que leur offre ne répond pas totalement aux exigences relatives à la sélection qualitative ;
- inadéquation entre les exigences reprises dans le CSC et les attestations transmises par les adjudicataires et mentionnées dans le rapport d'attribution ;
- absence de décision motivée de sélection qualitative et ce, malgré l'existence d'un rapport de décision relatif à cette phase et communiqué aux firmes non sélectionnées.

Enfin, la vérification de certaines causes d'exclusion est faite par le pouvoir adjudicateur au moyen de l'application *digiflow* pour l'attestation de l'office précité et de la banque-carrefour des entreprises pour l'attestation de non-faillite ou de situations similaires. Si le tableau d'analyse des offres indique que les candidats ou soumissionnaires sont en règle, il importe toutefois que les résultats de cette vérification soient versés au dossier afin de garantir la réalité du contrôle opéré.

### 4.3 Modes de passation

Les marchés retenus dans l'échantillon ont été passés par appel d'offres général et restreint ainsi que par procédure négociée, avec et sans publicité.

#### 4.3.1 Appel d'offres général et restreint<sup>14</sup>

La procédure de l'appel d'offres général concerne près de 9 % des marchés examinés, soit sept marchés : l'un concerne des travaux et les six autres, des services. La forme restreinte de l'appel d'offres, quant à elle, a été utilisée dans un seul cas, pour un marché de services.

Les critères d'attribution de ces marchés sont tous pondérés, à l'exception d'un seul cas, dans lequel ils sont simplement rangés par ordre décroissant d'importance.

L'utilisation, par l'IBGE, de certains critères d'attribution est sujette à critique : ces critères relèvent en fait de la sélection qualitative, et plus particulièrement de la capacité technique, de la régularité des offres, ou ils constituent une appréciation peu pertinente et non discriminante qui ne permet pas d'opérer un choix objectif de l'offre régulière la plus intéressante, et ne portent pas sur la qualité intrinsèque de l'offre.

---

<sup>14</sup> Articles 14 et 16 de la loi précitée.

Articles 114 et 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

La Cour des comptes a également relevé quelques situations préoccupantes comme la prise en compte d'offres alors qu'elles ne satisfont pas à un critère d'attribution du marché (délai d'exécution supérieur à celui exigé par le CSC), l'attribution d'un marché sur la base d'une offre irrégulière, une proposition de négociation illégale dans le cadre d'un appel d'offres, ou encore l'existence d'exigences discriminatoires aboutissant à des marchés qui s'apparentent davantage à une subvention qu'à un réel marché, ou enfin l'absence d'une réelle mise en concurrence à l'occasion d'appel d'offres général succédant à différents marchés antérieurs qui ont fait l'objet d'une procédure négociée avec publicité.

#### 4.3.2 Procédure négociée avec publicité<sup>15</sup>

Cette procédure est utilisée dans le cadre de trois marchés de services. Chaque fois, le pouvoir adjudicateur a invoqué l'hypothèse figurant à l'article 17, § 3, 4<sup>o</sup>, de la loi du 24 décembre 1993. Cette hypothèse précise qu'il peut être traité par procédure négociée en respectant les règles de publicité déterminées par le Roi lorsque « *dans le cas d'un marché public de services, la nature des services est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre son attribution selon la procédure d'adjudication ou d'appel d'offres* ».

Il importe de souligner, à propos de cette hypothèse, que, bien souvent, ce n'est pas la nature des services qui entraîne un manque de précision des spécifications du marché, mais bien le manque de précision du pouvoir adjudicateur sur ses propres choix.

Comme pour toute procédure négociée, le pouvoir adjudicateur est tenu de motiver les raisons du recours à une telle procédure<sup>16</sup>. Tel n'est pas le cas pour deux des marchés examinés.

Les trois marchés faisant l'objet d'une procédure négociée avec publicité comportent des critères d'attribution : dans deux cas, ceux-ci sont rangés par ordre décroissant d'importance et, dans le dernier, ils ont tous la même valeur.

L'utilisation, dans le cadre d'un marché de services, d'un sous-critère d'attribution relevant de la régularité de l'offre n'est pas acceptable.

S'agissant de procédures négociées avec publicité, les exigences de la sélection qualitative doivent figurer uniquement dans l'avis de marché. Tel n'est pas le cas pour deux des trois marchés analysés, les exigences précitées se retrouvant également – parfois avec des différences – dans le CSC. L'IBGE n'a donc pas assimilé les caractéristiques de ce mode de passation.

---

<sup>15</sup> Article 17, § 3, de la loi du 24 décembre 1993.

Articles 122 à 122ter de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

<sup>16</sup> Conseil d'État, arrêt n° 192.241 du 7 avril 2009.

Articles 65/4, alinéa 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> et 65/5, alinéa 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, ainsi que 65/29 de la loi précitée, selon le cas.

### 4.3.3 Procédure négociée sans publicité<sup>17</sup>

Cette procédure, suivie dans 68 cas, soit 86 % de l'ensemble des marchés examinés, est de loin la plus utilisée.

À l'instar de la procédure négociée avec publicité, l'utilisation d'une hypothèse de procédure négociée sans publicité oblige le pouvoir adjudicateur à indiquer les motifs de droit et de fait justifiant ou permettant d'y recourir<sup>18</sup>.

L'analyse a suscité des critiques relatives à l'utilisation de certaines hypothèses de procédure négociée sans publicité, voire à l'absence de justification du recours à une hypothèse définie.

#### 4.3.3.1 Utilisation d'un seuil déterminé

Mentionnée à l'article 17, § 2, 1<sup>o</sup>, a), de la loi du 24 décembre 1993, l'hypothèse du seuil déterminé autorise le recours à la procédure négociée sans publicité lorsque la dépense à approuver d'un marché public de travaux, de fournitures et de services ne dépasse pas 67.000 euros hors TVA<sup>19</sup>. Cette hypothèse a été invoquée dans 19 marchés, représentant près de 28 % des marchés faisant l'objet d'une procédure négociée sans publicité.

L'examen de ces marchés suscite des remarques relatives, notamment, à la consultation de la concurrence, à l'utilisation de critères d'attribution dont certains sont inadéquats et à l'existence de situations préoccupantes.

Une consultation de la concurrence a été organisée pour la totalité des marchés à l'examen.

Dix-sept marchés prévoient, à côté du critère « prix », d'autres critères dont l'utilisation suscite les mêmes critiques que celles formulées pour les marchés faisant l'objet d'un appel d'offres.

Les marchés examinés se référant à l'hypothèse a) de l'article 17, § 2, 1<sup>o</sup>, de la loi du 24 décembre 1993, révèlent de nombreuses situations à appréhender :

- recours, malgré tout, à la publicité et confusion avec une procédure restreinte ;
- faible résultat de la mise en concurrence par le recours à la procédure négociée sans publicité ;
- scission d'un marché de service passé par procédure négociée sans publicité en contravention avec l'article 120, dernier alinéa, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Pour ce même marché, malgré une concurrence importante, un délai trop court pour déposer offre a limité le nombre d'offres reçues ;
- offres déclarées régulières dans le cadre d'un marché stock (fourniture de machines horticoles et d'outils divers) alors qu'aucun des trois soumissionnaires n'a transmis les documents requis.

<sup>17</sup> Article 17, § 2, de la loi du 24 décembre 1993.

Articles 120 à 122bis de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

<sup>18</sup> Articles 65/4, alinéa 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> et 65/5, alinéa 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, ainsi que 65/29 de la loi précitée, selon le cas.

<sup>19</sup> Article 120, al. 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal précité.

#### 4.3.3.2 Absence d'offre

Cette hypothèse, figurant à l'article 17, § 2, 1<sup>o</sup>, e), de la loi du 24 décembre 1993, précise que le pouvoir adjudicateur peut recourir à la procédure négociée sans publicité si « aucune offre n'a été déposée à la suite d'une adjudication ou d'un appel d'offres, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées ».

Cette situation concerne un seul cas, celui d'un marché de services relatif à une formation, où l'on ne trouve aucune trace de la consultation, pourtant requise, de plusieurs firmes, ni de la motivation de cette absence.

#### 4.3.3.3 Prestataire unique

Figurant à l'article 17, § 2, 1<sup>o</sup>, f), de la loi du 24 décembre 1993, l'hypothèse du prestataire unique permet de recourir à la procédure négociée sans publicité lorsque « les travaux, fournitures ou services ne peuvent, en raison de leur spécificité technique, artistique ou tenant à la protection des droits d'exclusivité, être confiés qu'à un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services déterminé ». Le recours à une telle hypothèse postule toutefois que le pouvoir adjudicateur puisse faire la preuve de la spécificité ou de l'exclusivité qui caractérise l'entreprise à laquelle il désire s'adresser. Dans ce cas, la consultation de la concurrence s'avère impossible lorsqu'une spécificité quelconque ou des droits d'exclusivité sont invoqués<sup>20</sup>.

Cette hypothèse, qui est de stricte interprétation, concerne six marchés, représentant près de 7,6 % des marchés faisant l'objet d'une procédure négociée sans publicité.

La Cour a constaté, à l'exception d'un seul cas, l'utilisation incorrecte de l'hypothèse précitée.

Alors que le pouvoir adjudicateur doit établir l'existence de raisons justifiant l'usage de cette hypothèse et prouver que ces raisons rendent absolument nécessaire l'attribution du marché à un prestataire unique, le recours au prestataire unique n'est, en effet, pas toujours motivée ni démontrée de manière pleinement satisfaisante.

L'examen de différents marchés montre également une utilisation tantôt inappropriée, tantôt abusive de cet article 17, § 2, 1<sup>o</sup>, f), de la loi du 24 décembre 1993.

#### 4.3.3.4 Répétition de travaux ou de services

Cette hypothèse figurant à l'article 17, § 2, 2<sup>o</sup>, b) de la loi du 24 décembre 1993 est invoquée dans six marchés. Dans cinq cas, la procédure négociée sans publicité fait suite à une adjudication publique et, dans un seul cas, à un appel d'offres général.

Le nombre de répétitions, qualifiées à tort de reconductions par l'IBGE, s'élève toujours à deux. L'objet de tous ces marchés concerne des services. L'audit a porté tant sur des premières que sur des secondes répétitions.

S'agissant d'un marché distinct du marché initial passé par adjudication ou sur appel d'offres, la répétition de travaux ou de services similaires nouveaux doit être notifiée à l'adjudicataire

---

<sup>20</sup> Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 8 janvier 1996, *Moniteur belge* du 26 janvier 1996, p. 1552.

du marché initial ; une décision motivée d'attribution de la répétition doit également être rédigée.

Dans tous les cas, une notification de l'attribution de la répétition à l'adjudicataire du marché initial a bien été établie. Par contre, la décision motivée d'attribution de la répétition fait toujours défaut.

#### 4.3.3.5 Absence d'hypothèse

Pour 36 marchés de travaux, de fournitures et de services, soit près de 53 % des marchés analysés, l'IBGE a omis de préciser l'hypothèse de procédure négociée sans publicité à laquelle il se réfère, voire d'indiquer qu'il s'agit d'une procédure négociée.

Ces marchés ont majoritairement trait à la masse d'habillement, mais il y en a également d'autres de nature diverse : fourniture de divers matériels pour le service d'élagage et d'un système de communication, le leasing de photocopieuses du service de reprographie, la fourniture de mazout, etc.

L'examen de ces marchés a suscité des remarques relatives, notamment, à la consultation de la concurrence, à l'hypothèse de procédure négociée sans publicité qui aurait pu être invoquée, à l'utilisation de critères d'attribution et à certaines situations critiquables.

L'audit a révélé, pour la plupart de ces marchés (75 %), un manque évident, voire une absence totale, de formalisation de la passation et de l'exécution. Les marchés concernés se caractérisent généralement par un défaut de consultation de la concurrence (56 % de l'ensemble). Cette consultation n'intervient réellement que dans quelques cas et parfois elle n'est qu'apparente ou faussée par les spécifications techniques du marché.

À l'exception de deux cas, ces marchés recourent implicitement l'hypothèse a) de l'article 17, § 2, 1<sup>o</sup>, de la loi du 24 décembre 1993.

Pour les marchés à l'examen, l'IBGE a, dans de rares cas, utilisé des critères d'attribution pondérés. Généralement, l'accent est mis sur le seul critère « prix », sur l'offre présentant le meilleur rapport qualité/prix ou sur le fournisseur habituel.

Quelques marchés dont les documents sont dépourvus de la mention d'une hypothèse de procédure négociée sans publicité portent à critique :

- marchés juridiques passés par et pour le cabinet de la ministre de tutelle à la charge budgétaire de l'IBGE, sans possibilité pour ce dernier de s'assurer de la conformité de ces frais avec ses missions ;
- situation monopolistique d'une firme depuis 1993, dans le cadre de certains marchés (maintenance de système de sécurité dans les immeubles de l'IBGE) et dont la gestion est incertaine en raison du caractère incomplet et de l'archivage désordonné des dossiers y relatifs ;
- contacts informels et consultation orale de la concurrence sans réel marché public (contrat de leasing pour photocopieuses) ;
- reconduction répétée d'un marché de services (nettoyage écologique de locaux) rendant le délai et l'estimation de son montant indéterminés ;



- absence de rapport d'attribution (marché de services de restauration) ;
- insuffisance de réelle mise en concurrence dans des marchés de fournitures d'habillement, en raison d'exigence de modèles ou marques particulières, de tailles peu courantes, de composition technique des articles calquée sur des catalogues déterminés. Dans ce contexte, 19 marchés ont été attribués à l'unique offre régulière. Reconnaisant ces défauts récurrents, le service concerné a prévu que la situation serait rétablie en 2013 ;
- absence de décision motivée et de consultation à la concurrence (marché de services relatif à des insertions dans plusieurs journaux).

#### 4.4 Non-utilisation de marques ou de systèmes

Les clauses contractuelles propres à un marché déterminé ne peuvent comporter des qualifications techniques mentionnant des produits d'une fabrication ou d'une provenance déterminée, ou des procédés particuliers qui ont pour effet de favoriser ou éliminer certaines entreprises. Est notamment prohibée l'indication de marques commerciales ou industrielles, de brevets ou de types, ou celle d'une origine ou d'une production déterminée<sup>21</sup>. La circulaire du 23 juin 2004<sup>22</sup> a rappelé cette interdiction et les deux seules dérogations à ce principe général, lesquelles sont d'interprétation restrictive<sup>23</sup>.

L'audit a mis en évidence la mention de marques pour quelques marchés de fournitures.

#### 4.5 Examen des offres et attribution du marché

##### 4.5.1 Carences diverses

Des carences diverses ont été observées telles que le recours à des termes ou procédures inadéquats créant un risque de confusion entre différents modes de passation de marchés, une composition non valide du bureau d'ouverture des offres, l'utilisation de coefficients majorant certains prix en adjudication publique qui entraînent des surcoûts, ou encore l'utilisation d'une clause d'exclusion inappropriée dans les documents de quelques marchés qui génèrent un risque de limiter l'ouverture à la concurrence.

##### 4.5.2 Rapport d'attribution

Le pouvoir adjudicateur doit rédiger un rapport d'attribution du marché ou d'analyse des offres servant de base à la décision d'attribution, ou de non-attribution, du marché. En procédure ouverte, ce document concerne tant la phase de sélection qualitative que celle d'analyse des offres ; par contre, en procédure restreinte et négociée avec publicité, il importe que ces deux phases soient dissociées et figurent dans des documents séparés.

Un rapport d'attribution du marché doit également être dressé en cas de procédure négociée sans publicité. Il comporte la phase de sélection qualitative – à condition que celle-ci soit

---

<sup>21</sup> Article 85 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

<sup>22</sup> Circulaire du 23 juin 2004, *Moniteur belge* du 25 juin 2004, 2<sup>e</sup> éd., p. 52324 et 52325.

<sup>23</sup> Lorsqu'une telle indication est justifiée par l'objet du marché et lorsque, à titre exceptionnel, il n'est pas possible de donner une description du marché au moyen de spécifications suffisamment précises et intelligibles pour tous les intéressés ; dans ce cas, la mention « ou équivalent » doit toujours être indiquée.

mentionnée dans les documents du marché –, ainsi que l'analyse comparative des offres, compte tenu des éventuelles modifications intervenues à la suite de la négociation.

À l'exception de 5 cas, un rapport d'attribution du marché qualifié de « *rapport de décision* » au sein de l'Institut a été rédigé pour 42 marchés, soit pour plus de 53 % des marchés examinés<sup>24</sup>.

#### 4.5.3 Évaluation des offres

Dans le cadre de l'évaluation des offres, les prix offerts par les soumissionnaires et leur correction éventuelle doivent impérativement figurer dans le rapport d'attribution. Le pouvoir adjudicateur doit tenir compte non seulement des prix offerts, mais également des autres éléments chiffrables, dont la TVA, qui viendront augmenter ses débours. Cette remarque concerne tant la détermination de l'offre régulière la plus basse en cas d'adjudication<sup>25</sup> que, par analogie, l'évaluation du critère « prix » lors d'un appel d'offres ou d'une procédure négociée sans publicité.

Si le pouvoir adjudicateur dispose d'une large autonomie quant à la fixation, la pondération et l'appréciation des critères d'attribution du marché, il est néanmoins tenu de motiver les cotations attribuées aux soumissionnaires, conformément à la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. Il importe également que la méthode d'évaluation des offres, déterminée par le pouvoir adjudicateur, soit raisonnable, cohérente et non discriminatoire<sup>26</sup>. Elle ne peut se résumer à un classement reprenant dans un simple tableau les points attribués aux divers soumissionnaires. Elle doit se référer aux critères d'attribution du marché indiqués, selon le cas, dans l'avis de marché ou le CSC, ainsi qu'à leur pondération. Enfin, elle doit pouvoir être expliquée en cas de recours<sup>27</sup>. Cette méthode ne doit pas être indiquée dans le CSC ou le document en tenant lieu<sup>28</sup>, mais se trouver dans les documents du marché, par exemple dans le rapport d'attribution du marché ou d'analyse des offres.

Concernant le critère « prix », l'offre la moins chère doit toujours obtenir le maximum des points, tandis que les autres reçoivent une cote proportionnelle au montant de l'offre précitée.

L'audit a mis en évidence quelques situations critiquables :

- recours à une méthode de cotation (relative au critère « délai d'exécution ») sans lien avec les spécificités d'un marché ; cotation subjective de critères (gestion de projet et embarras pour les environs du chantier) à défaut de méthode de cotation. Certaines de ces méthodes, peu satisfaisantes, peuvent également présenter le risque de remettre en question l'attribution d'un marché ;

---

<sup>24</sup> Compte tenu toutefois de l'absence de formalisation de certains marchés et des marchés faisant l'objet de répétitions au sens de l'article 17, § 2, 2°, b), de la loi du 24 décembre 1993.

<sup>25</sup> Article 15, alinéa 2, de la loi du 24 décembre 1993.

<sup>26</sup> Cour de justice de l'Union européenne, affaire C-234/03 du 27 octobre 2005.

<sup>27</sup> Conseil d'État, arrêt n° 86.905 du 25 avril 2000.

<sup>28</sup> Conseil d'État, arrêt n° 166.770 du 16 janvier 2007.

- recours à un argument non relevant pour justifier la reconduction d'un marché au profit d'un même soumissionnaire ;
- intervention d'un jury non défini dans le CSC qui effectue une analyse globale des offres sans références précises aux critères d'attribution prévus dans ce document ;
- critères d'attribution (prix ou pondération) écartés dans l'analyse des offres et prise en considération d'offres non conformes au regard d'un critère d'attribution pourtant prévu (qualité et cohérence du concept) ;
- soumissionnaire retenu sur la base de critères non repris dans le CSC et non-respect des exigences prescrites par celui-ci, notamment en matière de classement des offres ;
- faiblesse dans la motivation de l'attribution des marchés qui ne garantit pas qu'elle ait été faite dans le respect de l'ensemble des critères d'attribution annoncés, ni parfois selon la pondération initialement prévue ;
- existence de pratiques, telles que la négociation avec un soumissionnaire ou encore l'absence de demandes de précision auprès de celui-ci, mettant ainsi en cause les principes de respect de la concurrence et d'égalité de traitement des soumissionnaires ;
- confusion entre critère d'attribution du marché et, tantôt, critère d'évaluation de l'offre, tantôt, critère relevant de la sélection qualitative ;
- indices de procédés nuisant au principe de transparence, comme la présence de critères d'attribution dans l'analyse des offres alors que le CSC en est dépourvu ;
- non-respect du CSC lors de l'élaboration du rapport de décision et recours à une méthode d'attribution de marché modifiant, in fine, le mode de passation initialement choisi par le pouvoir adjudicateur.

#### 4.6 Motivation, information et délai d'attente

Régies, avant le 25 février 2010, par l'article 21bis de la loi du 24 décembre 1993<sup>29</sup>, les dispositions relatives à la motivation, à l'information et aux voies de recours ont été modifiées par la loi du 23 décembre 2009<sup>30</sup>, qui transpose en droit belge la directive 2007/66/CE<sup>31</sup>, et par l'arrêté royal du 10 février 2010<sup>32</sup>.

---

29 Cet article, entré en vigueur le 15 juillet 2004, a été inséré dans la loi du 24 décembre 1993 par l'article 302 de la loi-programme du 9 juillet 2004, *Moniteur belge* du 26 janvier 1996, p. 55361 et 55362.

30 Loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *Moniteur belge* du 28 décembre 2009, 3e éd., p. 81856 à 81865.

31 Directive du Parlement et du Conseil, du 11 décembre 2007, modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, *Journal officiel de l'Union européenne* n° L335 du 20 décembre 2007, p. 31 à 46.

32 Arrêté royal du 10 février 2010 modifiant certains arrêtés royaux exécutant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *Moniteur belge* du 16 février 2010, p. 9240 à 9374.

#### 4.6.1 Décision motivée d'attribution du marché<sup>33</sup>

Le pouvoir adjudicateur est tenu d'indiquer, dans la décision motivée d'attribution du marché, les considérations de droit et de fait qui ont servi de fondement au choix de l'entrepreneur, du fournisseur ou prestataire de services. L'établissement d'une décision motivée d'attribution est obligatoire pour tout marché, à l'exception toutefois des marchés constatés par simple facture acceptée<sup>34</sup>. Elle doit être transmise à l'adjudicataire et aux soumissionnaires dont l'offre n'a pas été choisie, dès que le pouvoir adjudicateur a pris la décision d'attribution ou à condition qu'ils en fassent la demande écrite, selon le cas. Ce document doit être conservé dans le dossier du pouvoir adjudicateur.

De manière générale, la Cour des comptes constate, outre la présence de nombreuses lacunes dans les dossiers produits, que la décision motivée d'attribution du marché, malgré son importance, manque dans les marchés examinés. L'Institut a tendance à globaliser, dans le rapport de décision, le rapport d'attribution proprement dit et la décision motivée d'attribution du marché. Ces deux documents ayant une finalité différente, il ne s'indique pas de transmettre, à titre de décision motivée d'attribution, un rapport d'attribution (ou une partie de celui-ci) qui comprend parfois nombre d'annexes et de détails dont certains pourraient présenter un caractère confidentiel.

#### 4.6.2 Information des candidats ou des soumissionnaires<sup>35</sup>

Le pouvoir adjudicateur se voit imposer l'obligation d'informer les candidats et les soumissionnaires aux différents stades de la procédure d'attribution des marchés. Ces informations sont spécifiques des situations rencontrées durant la passation d'un marché. Le pouvoir adjudicateur doit ainsi porter à la connaissance des compétiteurs tantôt de simples informations factuelles les concernant, tantôt la décision motivée d'attribution du marché.

À l'exception de sept cas, les services de l'Institut satisfont à cette obligation<sup>36</sup>, mais, parfois, l'information donnée est incomplète ou comprend des mentions inappropriées.

---

<sup>33</sup> Articles 65/4 à 65/6 de la loi du 24 décembre 1993 (marchés atteignant les seuils européens).

Article 65/29 de la loi précitée (marchés n'atteignant pas les seuils européens mais d'un montant hors TVA supérieur à 67.000 euros).

Articles 65/29, 2<sup>e</sup> phrase, de la loi précitée et article 80 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (marchés dont le montant hors TVA est inférieur ou égal à 67.000 euros mais supérieur à 5.500 euros).

<sup>34</sup> Article 122, alinéa 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, de l'arrêté royal précité.

<sup>35</sup> Articles 65/7 à 65/10 de la loi du 24 décembre 1993 (marchés atteignant les seuils européens).

Article 65/29 de la loi précitée (marchés n'atteignant pas les seuils européens mais d'un montant hors TVA supérieur à 67.000 euros).

Article 65/29, 2<sup>e</sup> phrase, de la loi précitée et article 80 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (marchés dont le montant hors TVA est inférieur ou égal à 67.000 euros mais supérieur à 5.500 euros).

<sup>36</sup> Compte tenu toutefois de l'absence de formalisation de certains marchés, des marchés faisant l'objet de répétitions au sens de l'article 17, § 2, 2<sup>o</sup>, b), de la loi précitée et des marchés pour lesquels une seule offre a été déposée.

#### 4.6.3 Délai d'attente<sup>37</sup>

Pour rappel, du 15 juillet 2004 au 17 août 2008, le délai d'attente est fixé à dix jours ; il est passé à quinze jours depuis le 18 août 2008<sup>38</sup>.

Parmi les marchés examinés, quatre sont tenus par l'obligation de respecter un délai d'attente. L'IBGE a respecté ce délai dans un seul cas ; pour les autres marchés, il n'a pas été respecté ou les documents transmis n'y font pas référence.

#### 4.7 Notification de l'attribution du marché<sup>39</sup>

Étape essentielle marquant le début de l'engagement juridique du pouvoir adjudicateur envers son cocontractant, une notification a, pour la presque totalité des marchés examinés, été spécialement rédigée et transmise au soumissionnaire retenu. La notification est parfois comprise dans le bon de commande adressé à l'adjudicataire ou dans la convention conclue avec celui-ci.

Il importe que ce document indique le montant du marché attribué à l'adjudicataire, puisqu'il peut différer de celui mentionné dans l'offre retenue, à la suite de corrections opérées par le pouvoir adjudicateur lors de l'analyse des offres ou de la négociation (en procédure négociée uniquement).

## 5 Exécution des marchés

### 5.1 Présence d'un cahier spécial des charges ou d'un document en tenant lieu

La présence d'un CSC est relevée dans 44 cas, soit près de 56 % des marchés examinés. Parmi eux, 6 marchés, qui concernent des répétitions conformément à l'article 17, § 2, 2°, b), de la loi du 24 décembre 1993, se réfèrent au CSC du marché initial faisant l'objet, selon le cas, d'une adjudication publique ou d'un appel d'offres général ; 3 autres marchés font, quant à eux, l'objet d'une convention.

L'examen des cahiers spéciaux des charges ou des documents en tenant lieu fait apparaître des mentions inappropriées :

- recours à des termes devenus obsolètes suite à l'actualisation de la réglementation : « soumission » au lieu d' « offre », ou encore « suggestion » au lieu de « variante libre » ;
- références erronées ou clauses inadéquates dans le CSC : dispositions spécifiques propres aux marchés de travaux reprises dans des cahiers spéciaux des charges de marchés de

<sup>37</sup> Articles 65/11 à 65/13 de la loi précitée (marchés atteignant les seuils européens).

Article 65/30 de la loi précitée (marchés n'atteignant pas les seuils européens mais d'un montant hors TVA supérieur à 67.000 euros).

<sup>38</sup> Article 3 de la loi du 8 juin 2008 portant des dispositions diverses (II), *Moniteur belge* du 16 juin 2008, 2<sup>e</sup> éd., p. 30562 et 30563, entré en vigueur le 18 août 2008 par l'article 28 de l'arrêté royal du 31 juillet 2008 modifiant certains arrêtés royaux pris en exécution de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *Moniteur belge* du 18 août 2008, p. 43583.

<sup>39</sup> Articles 117 à 119 et 122 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

services, référence erronée dans une convention d'un prestataire autre que l'adjudicataire du marché, etc. ;

- non-conformité du CSC avec les exigences requises par l'un ou l'autre mode de passation du marché adopté ;
- conditions de vente spéciales et générales de l'adjudicataire privilégiées au détriment de dispositions reprises dans le CSC.

### 5.2 Mention de la réglementation applicable

Les cahiers spéciaux des charges établis dans le cadre des marchés publics faisant l'objet du présent audit se réfèrent tous à la loi du 24 décembre 1993 ainsi qu'à ses arrêtés d'application. Il est à noter toutefois que, dans la presque totalité des CSC examinés, l'IBGE utilise la mention incorrecte suivante : « *toutes les modifications à la loi et aux arrêtés (...), en vigueur au jour de l'ouverture des offres* ». La réglementation applicable à un marché déterminé est en effet celle en vigueur au moment du lancement de la procédure.

La Cour a également observé que la mention de la réglementation applicable est totalement absente d'une des trois conventions répertoriées, contrairement aux deux autres.

### 5.3 Obligation de constituer un cautionnement<sup>40</sup>

Dans de rares cas, le cautionnement a été constitué en respectant le délai prévu à l'article 5, § 3, alinéa 1<sup>er</sup>, du cahier général des charges. Par contre, dans plusieurs autres, le cautionnement a été constitué mais avec retard par rapport au délai précité et sans que appliquer la pénalité prévue, de plein droit et sans mise en demeure, à l'article 6, § 1<sup>er</sup>, du cahier général des charges.

Parfois, l'obligation figurant dans le CSC de constituer un cautionnement n'a pas été remplie, alors qu'elle doit l'être si elle est expressément prévue dans le CSC, quel que soit le délai d'exécution du marché ou son montant. Or, quelques dossiers ne comportent aucune trace du cautionnement qui aurait dû être constitué.

La Cour a également relevé deux dérogations figurant dans certains cahiers spéciaux des charges et relatives à l'obligation de constituer un cautionnement. La première stipule qu'« *aucun cautionnement n'est exigé pour le présent marché, s'agissant de prestations intellectuelles contrôlées au fur et à mesure de leur exécution et pour lesquelles le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de refuser d'honorer toute facture soumise par l'adjudicataire en cas de non-respect par celui-ci de ses obligations contractuelles* » et la seconde que « *la nature des services ne justifie pas la constitution d'un cautionnement. Il s'agit de prestations essentiellement intellectuelles dont la qualité est appréciée par le comité d'accompagnement et rémunérées après son approbation* ».

Ces deux dérogations, qui mettent l'accent sur le caractère intellectuel des prestations pour justifier l'absence de cautionnement, ne sont pas pertinentes : aucune raison valable ne peut en effet justifier un tel traitement de faveur. L'audit a suffisamment montré que le contrôle, par le pouvoir adjudicateur, des prestations intellectuelles ou autres est loin d'être satisfaisant. En outre, en cas de non-respect, par l'adjudicataire, de ses obligations

---

<sup>40</sup> Articles 5 à 9 du cahier général des charges.

contractuelles, le pouvoir adjudicateur dispose, pour l'y obliger, de diverses sanctions telles que les pénalités, les amendes de retard ou les mesures d'office. Enfin, lorsque des sommes sont dues à l'adjudicataire pour des prestations réellement réalisées, elles doivent être payées dans le délai prévu ; si ce n'est pas le cas, des intérêts de retard lui sont dus de plein droit, conformément à l'article 15, § 4, du cahier général des charges.

En ce qui concerne les marchés faisant l'objet de répétitions au sens de l'article 17, § 2, 2°, b), de la loi du 24 décembre 1993, les documents transmis par l'IBGE ne donnent aucune garantie que le cautionnement du marché initial a été conservé pour les répétitions précitées. Un seul cas fait exception.

Enfin, compte tenu du caractère lacunaire de certains dossiers, il n'a pas été possible de vérifier si, dans cinq marchés, les modalités relatives à l'obligation de constituer un cautionnement avaient été respectées.

#### 5.4 Paiement<sup>41</sup>

L'article 8 de la loi du 24 décembre 1993 précise qu'aucun marché ne peut stipuler d'acompte que pour un service fait et accepté. L'octroi d'avances est toutefois permis, mais en raison de leur caractère exceptionnel, dans les cas limitativement énumérés à l'article 5, § 1<sup>er</sup>, 1° et 2°, de l'arrêté royal du 26 septembre 1996.

L'audit a mis en évidence que les marchés dont le paiement avait lieu par tranches ne respectaient pas le principe du service fait et accepté, puisque le paiement de la première tranche intervient à la notification suivant la signature de la convention, ou, à tout le moins, ne donnaient aucune assurance que ce principe était respecté.

Par ailleurs, la Cour a également observé des paiements anticipatifs dans un marché de services financiers ; dans un autre marché de services, l'Institut ne disposait pas des pièces justificatives nécessaires au bon contrôle des déclarations de créance, mettant ainsi en lumière la faiblesse du contrôle interne au sein du service concerné. À propos du contrôle des comptes de l'IBGE par un réviseur d'entreprises, la facturation était antérieure à la date de rédaction du rapport.

Enfin, la Cour des comptes tient à rappeler également que, depuis le 8 août 2002, conformément à l'article 15 du cahier général des charges, quel que soit le marché, les délais en matière de paiement ne peuvent en aucun cas être rendus plus longs par le CSC, toute disposition contraire étant réputée non écrite<sup>42</sup>.

#### 5.5 Moyens d'action du pouvoir adjudicateur<sup>43</sup>

Les manquements dans le chef de l'adjudicataire peuvent donner lieu à l'application de diverses sanctions, telles que les pénalités, les amendes de retard ou les mesures d'office.

<sup>41</sup> Article 15 du cahier général des charges.

<sup>42</sup> Article 3, § 1<sup>er</sup>, dernier alinéa, de l'arrêté royal du 26 septembre 1996.

Circulaire de la chancellerie du premier ministre, du 12 mars 2009 – Marchés publics – Délais de paiement et intérêts de retard, *Moniteur belge* du 16 mars 2009, p. 22240 et 22241.

<sup>43</sup> Articles 20 (tous les marchés), 48 (travaux), 66 (fournitures) et 75 (services) du cahier général des charges.

Le CSC de certains marchés comporte des dispositions relatives aux moyens d'action du pouvoir adjudicateur, mais elles sont quelquefois mal rédigées. Ainsi, concernant les amendes de retard, le CSC contient parfois des mentions contradictoires.

Sur la base des vérifications opérées et faute de documents relatifs à la réception des prestations, il n'est pas possible de se prononcer sur le respect du délai d'exécution et l'existence de sanctions qui auraient été appliquées ou auraient dû l'être, durant la période de référence, pour des fautes commises par les adjudicataires lors de l'exécution de marchés de travaux, fournitures et services.

### **5.6 Réception des travaux, des fournitures et des services<sup>44</sup>**

La réception d'un marché consiste en la vérification, par le pouvoir adjudicateur, de la conformité des prestations exécutées par l'adjudicataire aux règles de l'art ainsi qu'aux clauses et conditions du marché<sup>45</sup>. Il s'agit d'une étape importante de la phase d'exécution du marché, car elle participe au principe du service fait et accepté, ouvrant le droit, pour l'adjudicataire, au paiement des prestations accomplies.

Les documents figurant dans les dossiers des marchés examinés, ou qui ont dû être réclamés, font apparaître qu'une phase de réception des prestations est parfois prévue et organisée. Toutefois, l'audit a révélé des situations contrastées.

Lorsque le prix du marché est payé par acomptes (généralement mensuels), au fur et à mesure de son avancement, une réception intervient pour les prestations réalisées dans l'état d'avancement et acceptées par le pouvoir adjudicateur.

Par ailleurs, la phase de réception des travaux, fournitures et services n'a pas été réellement formalisée, malgré l'existence, pour certains marchés, d'un comité d'accompagnement chargé de suivre l'exécution des prestations.

Des modalités de réception claires et précises doivent non seulement figurer dans les cahiers spéciaux des charges, mais aussi être réellement et intégralement appliquées dans chaque marché de travaux, fournitures et services.

## **6 Conclusion et recommandations**

La Cour des comptes a constaté de nombreuses carences dans la gestion administrative des marchés publics, tant au niveau de leur passation que de leur exécution. Cette situation résulte d'un manque de rigueur et d'une méconnaissance de la réglementation applicable.

Afin de remédier à cette situation, la Cour des comptes formule les recommandations suivantes.

---

<sup>44</sup> Articles 12 et 19 (tous les marchés), 27 et 43 (travaux), 53 et 57 à 65 (fournitures), ainsi que 71 et 74 (services) du cahier général des charges.

<sup>45</sup> Article 19, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du cahier général des charges.



## 6.1 Gestion des marchés

La gestion administrative, l'identification des marchés et l'accès aux documents et aux informations souffrent de nombreuses lacunes : en effet, l'organisation et les procédures actuelles ne permettent pas d'identifier, de manière exhaustive et rapide, la totalité des marchés pendant une période de référence, leur coût et les services qui en ont la gestion.

La Cour des comptes recommande de prendre des mesures pour identifier les marchés, notamment par l'attribution d'un numéro d'ordre avec une nomenclature commune à l'ensemble des services. Pour chaque dossier, l'Institut doit recourir à un numéro d'identification unique (repris en principe sur l'ensemble des documents du marché), à conserver de manière permanente.

La localisation des dossiers et leur contenu doivent également faire l'objet de procédures formalisées. La Cour des comptes insiste sur le fait que, pour être complet, le dossier doit contenir l'ensemble des documents relatifs à la passation et à l'exécution du marché et que ces documents doivent être datés et signés. Par ailleurs, l'IBGE doit veiller à conserver des dossiers complets et accessibles durant dix ans.

Il est indispensable de renforcer le service des marchés publics et assurances, lequel serait chargé de la centralisation des procédures de marché et interviendrait pour la passation et l'exécution de tous les marchés, quel qu'en soit le montant. Afin d'aider les agents chargés des marchés au sein de l'organisme, ce service doit élaborer un vade-mecum des marchés publics tout en actualisant et complétant les modèles de documents.

Ce service doit également devenir, par le biais d'une application informatique, la mémoire de l'IBGE dans ce domaine spécifique et être rattaché directement au directeur général, afin de sauvegarder son indépendance et sa crédibilité par rapport aux autres services.

Le service des marchés publics et assurances et le service opérationnel concerné doivent avoir une vue complète et permanente sur la passation et l'exécution du marché projeté. Il importe dès lors que le service opérationnel justifie d'une connaissance minimale de la réglementation des marchés publics, ce qui n'est actuellement pas le cas.

Pour pallier la méconnaissance de la réglementation des marchés publics, des séances de formation doivent impérativement être organisées dans un avenir proche, en raison de l'adoption d'une nouvelle réglementation en la matière. Ces formations concernent tout particulièrement les services opérationnels chargés de la passation et de l'exécution des marchés.

## 6.2 Passation des marchés

Les documents doivent tenir compte des spécificités de certaines formes particulières de marchés tout en respectant, dans son intégralité, la réglementation y afférente.

L'utilisation d'une clause de reconduction tacite pour prolonger indéfiniment un marché et créer ainsi une situation monopolistique est contraire au principe de concurrence et doit impérativement faire l'objet d'une limitation dans le temps. En règle générale, une durée totale de quatre ans doit être retenue. Dans des cas bien précis, elle pourrait toutefois s'avérer plus importante, à condition de faire l'objet d'une motivation adéquate.

Les obligations relatives à la publicité doivent être intégralement respectées dans le cas des marchés qui y sont soumis. Il importe, à cet égard, d'assurer une parfaite concordance entre l'avis de marché et le CSC.

La réalisation de la sélection qualitative doit principalement être améliorée durant la procédure de sélection. Les critères utilisés pour l'attribution des marchés ne peuvent relever de la sélection qualitative.

Dans un souci de simplification administrative, il est impératif de généraliser le recours à la déclaration sur l'honneur, explicite et surtout implicite, pour les causes d'exclusion ; le pouvoir adjudicateur est toutefois tenu de réclamer au soumissionnaire retenu les documents couverts par la déclaration sur l'honneur, avant l'attribution du marché. Pour la vérification de certaines causes d'exclusion, le pouvoir adjudicateur pourra avoir recours à l'application *digiflow* pour l'attestation de l'Office national de sécurité sociale et à la banque-carrefour des entreprises pour l'attestation de non-faillite ou de situations similaires. La preuve de la consultation sera conservée dans le dossier du marché.

En ce qui concerne plus particulièrement les marchés faisant l'objet d'un appel d'offres restreint ou d'une procédure négociée avec publicité, la Cour des comptes rappelle que le pouvoir adjudicateur est tenu d'établir, sur la base d'un rapport de sélection qualitative, une décision motivée de sélection et d'adresser à tout candidat non sélectionné une information contenant les motifs de sa non-sélection extraits de la décision motivée de sélection.

En appel d'offres général ou restreint, le marché est attribué au soumissionnaire qui a déposé l'offre régulière la plus intéressante en fonction de critères d'attribution qui doivent être mentionnés dans le CSC ou, le cas échéant, dans l'avis de marché. L'utilisation de ces critères doit intervenir dans le strict respect de la réglementation des marchés publics. La Cour des comptes préconise d'éviter les situations problématiques qui ont été observées lors de l'utilisation de ce mode de passation.

Quant à la procédure négociée avec ou sans publicité, les conditions légales d'application de l'article 17, § 2 et § 3, de la loi du 24 décembre 1993 sont, pour rappel, de stricte interprétation et, dans chaque cas, le pouvoir adjudicateur est tenu de justifier formellement le recours à l'hypothèse envisagée. La procédure négociée sans publicité requiert également, si possible, la consultation de plusieurs prestataires de services ; l'absence de consultation doit être motivée en vertu de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

La Cour des comptes insiste pour que les situations critiquables qui ont été dénoncées en cas de recours à la procédure négociée sans publicité soient à l'avenir évitées. Une attention particulière doit être accordée à l'utilisation de l'hypothèse du prestataire unique figurant à l'article 17, § 2, 1<sup>o</sup>, f), de la loi précitée et au respect des modalités y afférentes.

La Cour des comptes rappelle qu'il convient de respecter l'interdiction figurant à l'article 85 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 quant à l'indication de marques commerciales ou industrielles, de brevets ou de types ou à la mention d'une origine ou d'une production déterminée.

Concernant l'examen des offres et l'attribution des marchés, la Cour des comptes préconise, pour l'ensemble des critères d'attribution, d'évaluer les offres sur la base d'une méthode figurant dans le rapport d'attribution du marché ; cette méthode doit être raisonnable, cohérente et non discriminatoire, se référer aux critères d'attribution ainsi qu'à leur pondération et pouvoir être expliquée en cas de recours.

Une décision motivée doit être établie à la suite de l'attribution de tous les marchés publics dont le montant à approuver excède 5,500 euros hors TVA et conservée dans le dossier du pouvoir adjudicateur. Elle ne peut, en aucun cas, se confondre avec le rapport d'attribution du marché ou d'analyse des offres.

Les obligations relatives à l'information et au délai d'attente doivent aussi être intégralement remplies.

### **6.3 Exécution des marchés**

Certains cahiers spéciaux des charges ou documents en tenant lieu comportant un grand nombre d'erreurs et d'inexactitudes, la Cour des comptes recommande d'élaborer ces documents avec soin, selon l'objet du marché et la procédure retenue.

Les modalités relatives au cautionnement figurant aux articles 5 à 9 du cahier général des charges doivent être respectées dans leur intégralité.

En ce qui concerne les modalités de paiement, il importe de toujours respecter le principe du service fait et accepté, puisque les avances ne sont permises que dans les cas limitativement énumérés à l'article 5 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996. Pour rappel, la clause d'un CSC augmentant le délai de paiement est réputée non écrite.

Lorsque l'adjudicataire d'un marché est en défaut d'exécution, le pouvoir adjudicateur est tenu d'appliquer les sanctions figurant dans le CSC ou, à défaut, dans le cahier général des charges, telles que les pénalités, les amendes de retard ou les mesures d'office.

Il convient que l'exécution des travaux, la livraison des fournitures ou la prestation des services fassent l'objet d'une réception ouvrant à l'adjudicataire le droit au paiement.

Dans sa réponse, l'Institut indique avoir pris bonne note des remarques émises par la Cour des comptes ; il va s'efforcer d'améliorer sa gestion des marchés publics tant par la responsabilisation de la cellule des marchés publics que par la sensibilisation des gestionnaires opérationnels.