Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les marchés publics

De Roy, David

Published in:
Droit de l'informatique et des technologies de l'information : chroniques de jurisprudence : 1995-2001

Publication date:
2003

Document Version
le PDF de l'éditeur

Link to publication

Citation for pulished version (HARVARD):
De Roy, D 2003, Les marchés publics. Dans *Droit de l'informatique et des technologies de l'information : chroniques de jurisprudence : 1995-2001.* Dossiers du Journal des Tribunaux , Numéro 41, Larcier , Bruxelles, p. 193-214.

General rights
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Download date: 27. Apr. 2024

Chapitre 11

Les marchés publics informatiques[631]

David De Roy*

191. – Les marchés publics informatiques demeurent fort méconnus, sans doute parce qu'on localise leur étude à l'intersection de deux domaines indifférents l'un à l'autre, à bien des égards : le droit de l'informatique (dont quelques aspects, parmi les plus importants, sont envisagés dans la présente chronique) et celui des marchés publics.

En dépit de quelques publications d'une grande utilité[632], la littérature consacrée aux marchés publics informatiques est peu abondante et la jurisprudence – ainsi qu'on le verra pour la période de référence – se révèle tout aussi pauvre, à tout le moins sur le plan quantitatif.

Ces considérations suggèrent à quel point la conception de ce chapitre peut apparaître stimulante, mais ... délicate.

I. – Généralités

A. Cadre législatif

192. – La période sous revue a été marquée par l'entrée en vigueur d'une nouvelle législation relative aux marchés publics. Dans une large mesure, celle-ci résulte – à tout le moins en ce qui concerne la passation

* Référendaire près la Cour de Cassation et chercheur au CRID (F.U.N.D.P.).

631 Contribution achevée le 15 mai 2002.

632 Outre la rubrique présentée par P. Debroux dans la précédente chronique (*J.T.*, 1996, pp. 239-244) et l'ouvrage d'E. Montero (*Les marchés publics d'acquisition de logiciels – Guide juridique d'aide à la rédaction des cahiers des charges*, cahiers du C.R.I.D., n° 5, Namur, F.N.D.P., 1990) qui constituent toujours de très précieuses références en la matière, on notera le chapitre que consacrent D. Batselé, Ph. Flamme, et Ph. Quertainmont aux spécificités des marchés informatiques (*Initiation aux marchés publics*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 248-260); pour la France, voy. J.-P. Maublanc, «Le contentieux des marchés et contrats passés par les personnes publiques en matière informatique», extrait de «Informatique, communication et créations immatérielles», éd. CRUICI (Université Montesquieu – Bordeaux IV), dans *Petites affiches*, n° 54 du 17 mars 2002, pp. 6-14.

des marchés – de la transposition des directives européennes portant coordination des procédures de passation des marchés publics[633].

Sans qu'il soit possible de décrire, même brièvement, ce cadre normatif[634], on rappellera de manière très schématique[635] que les principes généraux sont inscrits dans la loi du 24 décembre 1993[636]; que les règles de passation sont régies par trois arrêtés royaux des 8, 10 janvier et 18 juin 1996[637] dont les champs d'application respectifs sont définis essentiellement par référence à des critères que déterminent tantôt les secteurs dans lesquels les marchés sont passés[638], tantôt les entités soumises à cette

633 Dir. 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (*J.O.C.E.*, L 209/1 du 24 juillet 1992); Dir. 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (*J.O.C.E.*, L 199/1 du 9 août 1993); Dir. 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (*J.O.C.E.*, L 199/54 du 9 août 1993); Dir. 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (*J.O.C.E.*, L 199/84 du 9 août 1993). Les Dir. 92/50/CEE, 93/36/CEE et 93/37/CEE ont été modifiées par la Dir. 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 oct. 1997 modifiant les directives 92/50/CEE, 93/36/CEE et 93/37/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, des marchés publics de fournitures et des marchés publics de travaux (*J.O.C.E.*, L 328/1 du 28 nov. 1997); la Dir. 93/38/CEE a été modifiée par la Dir. 98/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 févr. 1998 modifiant la directive 93/38/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (*J.O.C.E.*, L 101/1 du 1er avril 1998).

634 Une description synthétique de celui-ci est donnée par D. BATSELÉ, Ph. FLAMME et Ph. QUERTAINMONT, *op. cit.*, pp. 7-10; voy. égal. D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, 2e éd., Bruges, Die Keure, 1997, pp. 120-134.

635 De nombreuses études ont été consacrées à cette législation; sans prétendre à l'exhaustivité, on citera les ouvrages de D. BATSELÉ, Ph. FLAMME et Ph. QUERTAINMONT, *Initiation aux marchés publics*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2001; D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, 2e éd., Bruges, Die Keure, 1997; M.-A. FLAMME e.a., *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6e éd., Bruxelles, CNC, 1996-1997; M.-A. et Ph. FLAMME, «La loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics», *J.T.*, 1994, pp. 385-402; P. LEWALLE, «La loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et les mesures d'exécution», *La nouvelle réglementation des marchés publics* (M.-A. FLAMME et P. LEWALLE éd.), C.D.V.A., Liège, collection scientifique de la Faculté de Droit, 1997, pp. 13-134.

636 L. 24 déc. 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (*M.B.*, 22 janv. 1994).

637 A.R. 8 janv. 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de service et aux concessions de travaux publics (*M.B.*, 26 janv. 1996) (mod. par A.R. 25 mars 1999, *M.B.*, 9 avril 1999, 2e éd.); A.R. 10 janv. 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (*M.B.*, 26 janv. 1996) (mod. par A.R. 25 mars 1999, *M.B.*, 28 avril 1999); A.R. 18 juin 1996 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (*M.B.*, 25 juin 1996) (mod. par A.R. 17 mars 1999, *M.B.*, 26 mars 1999).

638 Il y a lieu de distinguer selon que le marché est passé dans un des quatre secteurs dits «spéciaux» que sont l'eau, l'énergie, les transports et les télécommunications (A.R. 10 janv. et 18 juin 1996), ou qu'ils le sont dans les autres dits «classiques» (A.R. 8 janv. 1996).

législation[639]; que les règles relatives à l'exécution de ces marchés font l'objet d'un arrêté royal du 26 septembre 1996, auquel est annexé le Cahier général des charges[640].

193. – On soulignera la distinction soigneusement ménagée par la nouvelle législation entre les marchés, selon leur nature de travaux, de fournitures ou de services. Ceci a pour effet, s'agissant plus particulièrement de la catégorie des services, d'affirmer sans ambiguïté l'assujettissement à la législation de prestations qui, sous l'empire de l'ancienne législation, étaient fréquemment émancipées de ce cadre normatif, principalement à raison de leur dimension intellectuelle[641]. On imagine aisément l'incidence de cette évolution sur les marchés de services informatiques dont la composante intellectuelle est souvent prépondérante. Ceux-ci sont d'ailleurs explicitement visés au nombre des catégories de marchés de services tombant dans le champ d'application de la législation relative aux marchés publics[642]. On verra cependant que la dimension informatique requiert une attention particulière dans d'autres marchés qui, à première vue, ne relèvent pas directement de cette catégorie[643].

194. – Pour le surplus, il y a lieu de noter que bon nombre de décisions et d'observations citées dans la présente rubrique reposent sur l'ancienne législation, essentiellement constituée de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, de l'arrêté royal du 12 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, ainsi que de l'arrêté ministériel du 10 août 1977 établissant le cahier général des charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services. La plupart de ces enseignements jurisprudentiels peuvent cependant être utilement pris en compte dans l'application de la nouvelle législation.

B. Pratique et contentieux des marchés publics informatiques

195. – Au risque de susciter quelque doute quant à l'utilité de soumettre à une approche particulière les marchés publics informatiques, il

639 L'attribution des marchés passés dans les secteurs spéciaux sera régie par l'A.R. du 10 janv. 1996 pour les pouvoirs adjudicateurs et les entreprises publiques, par l'A.R. du 18 juin 1996 pour les entreprises privées titulaires de droits exclusifs dans l'un de ces quatre secteurs.

640 A.R. 26 sept. 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics (*M.B.*, 18 oct. 1996) (mod. par A.R. 14 oct. 1998, *M.B.*, 27 oct. 1998; A.R. 15 févr. 1999, *M.B.*, 24 févr. 1999; A.R. 29 avril 1999, *M.B.*, 19 mai 1999).

641 D. BATSELÉ, Ph. FLAMME et Ph. QUERTAINMONT, *op. cit.*, p. 34, n° 28.

642 Catégorie 7 de la liste de services, faisant l'objet de l'annexe 2 à la loi du 24 déc. 1993.

643 Services de télécommunications, de sécurité, ...

convient de se demander si la spécificité de ceux-ci n'est pas, dans une certaine mesure, remise en question, au point que ces marchés ne doivent plus être considérés qu'à la lumière du régime commun à l'ensemble des commandes publiques[644]. Deux indices pourraient être révélateurs de cette tendance : d'une part, les cadres réglementaires dans lesquels était censée s'inscrire la politique d'informatisation de nombreuses administrations, et qui soumettaient notamment la passation des marchés publics informatiques à des mécanismes de tutelle particuliers, ont été mis à mal[645]; d'autre part, à l'exception de commandes portant exclusivement sur l'acquisition de matériel informatique, la réalisation de logiciels, la mise à disposition de personnel spécialisé en informatique ou les services de la société de l'information[646], la dimension informatique ne constitue généralement qu'un élément, parmi d'autres, de commandes dont l'objet apparaît, en soi, étranger aux marchés informatiques : service de photographie aérienne et constitution de bases de données géographiques, survol d'un réseau de pipelines[647], ... Cette évolution ne doit toutefois pas occulter certains aspects très caractéristiques de l'informatique[648], aspects à la confrontation desquels les principes très généraux et communs à l'ensemble des commandes publiques trouvent une application particulière. Nous tenterons précisément de le démontrer au fil des développements qui suivent.

Par ailleurs, il n'est pas rare, aujourd'hui, que la passation de marchés de fournitures ou de services informatiques aille de pair avec la conclusion, à titre accessoire, de contrats relatifs à des services à première vue étrangers au domaine de l'informatique, mais néanmoins indispensables à la satisfaction des besoins du pouvoir adjudicateur en cette matière. On songera avant tout aux contrats de financement de l'acquisition de matériel informatique[649].

644 D. BATSELÉ, Ph. FLAMME et Ph. QUERTAINMONT, *op. cit.*, p. 252, n° 254.

645 *Ibidem*, pp. 249-253.

646 Pour un aperçu de quelques marchés que les pouvoirs publics peuvent être amenés à passer relativement à ce service de la société de l'information, voy. D. DE ROY, «Regards croisés sur l'offre de services de la société de l'information par les communes», *Rev. Ubiquité*, n° 12, 2002, p. 74.

647 C.E. (6e ch.), 3 mars 1991, arrêt n° 79071, *Publi Air c/ Etat belge, Min. Déf. Nat.*

648 On citera, à titre d'exemple, l'évolution permanente des matériels et des logiciels (D. BATSELÉ, Ph. FLAMME et Ph. QUERTAINMONT, *op. cit.*, pp. 253 et s.).

649 A titre d'exemple, on citera les techniques de financement auxquelles le Gouvernement wallon a fait appel pour assurer l'acquisition d'équipements informatiques et leur installation dans les établissements d'enseignement primaire et secondaire (Cour des comptes, *157e Cahier d'observations (12e Cahier d'observations adressé au Parlement wallon)*, fasc. Ier (*Doc. Parl. wall.*, 157(2000-2001) – n° 1)).

196. – De toute évidence, la récolte de décisions rendues par le Conseil d'Etat, les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire ou bien encore par la Cour de justice des Communautés européennes au cours de la période examinée, et susceptibles d'alimenter cette rubrique, se révèle fort maigre. On ajoutera que, dans certains des arrêts relevés, le Conseil d'Etat a statué sur une demande de suspension et qu'il lui a suffi, pour la rejeter, de constater que l'exigence relative au risque de préjudice grave difficilement réparable dont doit faire état le requérant[650] n'était pas rencontrée, sans qu'il lui soit nécessaire d'examiner plus avant les griefs tenant à la légalité de la procédure d'attribution du marché.

Ce nombre peu élevé de décisions recensées nous a incité à élargir quelque peu la perspective dans laquelle s'inscrit cet aperçu des marchés publics informatiques, et à soumettre celui-ci à l'éclairage qu'en donne la Cour des comptes. A raison du contrôle de légalité[651] que celle-ci exerce sur l'action de nombreuses entités publiques, et grâce à l'information qu'elle communique, sous des formes diverses, aux assemblées législatives, elle dispense à l'observateur de l'action administrative un enseignement précieux. Quelques-unes des observations formulées au cours de la période de référence alimenteront ainsi cette rubrique.

197. – Il n'est pas inutile de noter combien les regards que portent ces institutions sur la légalité des décisions afférentes à l'attribution et à l'exécution des marchés publics sont conditionnés par les perspectives dans lesquelles s'inscrivent leurs compétences de contrôle[652]. C'est dire si leurs approches respectives de la légalité peuvent révéler d'importantes différences. L'homogénéité de cette rubrique s'en ressentira probablement; l'occasion d'alimenter grâce à ces sources différentes un aperçu de la pratique et du contentieux des marchés publics informatiques n'en est pas pour autant dépourvue d'intérêt.

650 L. coord. C.E., art. 17.

651 Les enseignements livrés par les contrôles de gestion que la Cour est aujourd'hui habilitée à exercer en vertu de l'art. 5 de la loi du 29 oct. 1846 relative à l'organisation de la Cour des comptes (tel que mod. par L. 10 mars 1998) n'ont pas été pris en considération dans le cadre de la présente contribution.

652 Ainsi, p. ex., l'exigence d'égalité entre soumissionnaires apparaîtra «comme *règle de protection* des administrés dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, comme *instrument de sauvegarde des deniers publics* dans les invocations, plus nombreuses qu'on ne l'imagine, qu'en fait la Cour des comptes» (P.J. DELAHAUT, «La notion d'égalité dans les marchés publics», *A.P.T.*, 1981, p. 176).

C. – L' e-procurement ou la dématérialisation des procédures liées aux marchés publics

198. – L'action administrative n'échappe pas au déferlement des nouvelles technologies de l'information et de la communication (les NTIC); celles-ci laissent notamment augurer d'importants bouleversements dans la pratique des commandes publiques, où, sous le couvert du concept d'*e-procurement*, se laisse profiler la substitution progressive des moyens électroniques de communication au traditionnel support papier[653].

Même si la dématérialisation des procédures liées aux marchés va inévitablement doter la passation et l'exécution des commandes publiques d'une importante dimension informatique, cette évolution ne doit pas être confondue avec les marchés informatiques proprement dits, auxquels est consacrée la présente rubrique : ceux-ci visent à répondre aux besoins éprouvés par les administrations et entités publiques en matière informatique (hardware, software, personnel, ...), là où l'*e-procurement* affectera les procédures, et ce, quels que soient l'objet du marché ou la nature des besoins qu'il vise à satisfaire.

199. – Cela étant, il n'est pas exclu que, dans un avenir plus ou moins proche, cette transformation des procédures suscite une jurisprudence abondante et que les juges investis du contentieux des marchés publics jouent un rôle créateur en la matière. Comme nous l'avons suggéré par ailleurs, l'*e-procurement* confronte à la nécessaire stabilité du cadre normatif les indispensables évolutions technologiques. Face à ces préoccupations qui, dans une large mesure, peuvent paraître antinomiques, un moyen terme pourrait consister en la définition d'un cadre fixant «les garanties que doivent offrir les dispositifs techniques de manière à ce que les procédures dématérialisées restent conformes aux principes cardinaux du droit des marchés publics (concurrence effective, égalité des soumissionnaires, transparence des procédures, ...)»[654]. Cette manière de procéder ménagerait ainsi une plus grande marge de manœuvre aux pouvoirs adjudicateurs dans la conduite de leurs procédures; elle aurait également pour effet de leur imposer un soin particulier dans la gestion de leurs marchés, le risque de recours juridictionnels n'en étant que plus grand. Affaire à suivre ...

653 D. De Roy, «La dématérialisation des procédures liées aux marchés publics : enjeux, défis et opportunités actuelles», *Entr. et dr.*, 2001, pp. 326-334.

654 *Ibidem*, p. 330.

II. – Aperçu de jurisprudence

A. Le choix du mode de passation

200. – Pour faire bref, on rappellera que la législation distingue essentiellement trois modes de passation des commandes publiques[655] : l'adjudication (qui permet d'attribuer le marché au soumissionnaire qui a remis l'offre la moins élevée), l'appel d'offres (qui aboutit à retenir l'offre jugée la plus avantageuse au regard de critères préalablement annoncés, tels que le prix, les caractéristiques techniques, ...) et la procédure négociée (anciennement dénommée «de gré à gré»).

201. – Si le choix entre l'adjudication et l'appel d'offres est laissé à l'entière discrétion du pouvoir adjudicateur[656], il est toutefois peu probable, s'agissant des marchés informatiques, que le seul critère du prix suffise à départager les offres; par conséquent, et sous réserve de l'hypothèse où les caractéristiques techniques du marché sont à ce point précises qu'elles ne sauraient permettre au soumissionnaire de «personnaliser» son offre, la procédure d'appel d'offres sera préférée à celle de l'adjudication.

202. – En certaines circonstances, visées par la loi[657], le pouvoir adjudicateur peut renoncer à la mise en concurrence formellement organisée dans le cadre de l'adjudication ou de l'appel d'offres, et y préférer l'organisation d'une procédure négociée[658]. Celle-ci présente évidemment, à l'égard des deux autres modes de passation, l'avantage de la souplesse, puisque les clauses et conditions du marché seront élaborées à la faveur d'échanges entre le pouvoir adjudicateur et un (ou plusieurs) entrepreneur(s), fournisseur(s) ou prestataire(s) de services[659]. Nonobstant cet attrait, la procédure négociée n'en garde pas moins un caractère excep-

655 Sur les différents modes de passation des marchés publics, cons. not. D. Batselé, Ph. Flamme et Ph. Quertainmont, *op. cit.*, pp. 175-192; D. D'Hooghe, *op. cit.*, pp. 11 et s.; M.-A. Flamme e.a., *op. cit.*, pp. 230-231; P. Lewalle, *op. cit.*, pp. 88-96, 101-105 et 107-110.

656 Sans préjudice de restrictions qui limiteraient ce choix, restrictions éventuellement imposées par un pouvoir subsidiant ou recommandées par un pouvoir de tutelle (D. Batselé, Ph. Flamme et Ph. Quertainmont, *op. cit.*, p. 176, note 291).

657 Art. 17 (pour les secteurs classiques) et 39 (pour les secteurs spéciaux) de la loi du 24 déc. 1993.

658 D. Batselé, Ph. Flamme et Ph. Quertainmont, *op. cit.*, pp. 181-189; D. D'Hooghe, *op. cit.*, pp. 270 et s.; M.-A. Flamme e.a., *op. cit.*, pp. 320 et s.; P. Lewalle, *op. cit.*, pp. 93-96.

659 Bien que la consultation de plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services soit requise, il arrive fréquemment que le pouvoir adjudicateur s'en dispense sans faire état de justifications particulières (Cour des comptes, *156e Cahier d'observations adressé à la Chambre des représentants*, fasc. Ier, sess. 1999-2000, p. 339).

tionnel. Le pouvoir adjudicateur ne pourra donc y recourir que dans les hypothèses limitativement énumérées par la loi; celles-ci sont de stricte interprétation; la régularité et la pertinence de leur invocation ne pourront être contredites par les circonstances dans lesquelles le marché a été attribué et exécuté.

Ainsi, dans le cadre du Projet informatique de cartographie continue (P.I.C.C.) initié par l'Exécutif régional wallon en 1991, plusieurs marchés ont été attribués, dont l'un portait sur la coordination technique et administrative du P.I.C.C. et de tout projet cartographique de la Région[660]. Ce marché de services a été attribué à l'Association intercommunale hennuyère de mécanographie (A.I.H.M.), choisie en raison – semble-t-il[661] – de son expérience en matière de cartographie. La Cour des comptes a estimé, en substance, que cette prétendue expérience justifiant le choix de ce partenaire était démentie par la politique peu heureuse d'acquisition de moyens informatiques préconisée et initiée par l'A.I.H.M. dans le cadre de la mission qui lui était confiée[662].

Une autre circonstance dans laquelle le recours au gré à gré (ou à la procédure négociée) peut être justifié est l'urgence résultant d'événements imprévisibles, incompatibles avec les délais exigés par les autres procédures. C'est précisément d'une telle situation d'urgence que s'est prévalu le Bureau d'intervention et de restitution belge (BIRB) pour attribuer, le 10 janvier 1996, un marché de services relatif à l'assistance pour l'analyse du projet IRIS-R projet d'informatisation du système de paiement du BIRB, requis pour l'agrément de celui-ci en tant qu'organisme payeur des interventions financières du FEOGA. La Cour des comptes a douté de la réalité de l'urgence invoquée : «Etant donné que le règlement (CE) n°1663/95, avec les orientations pour les critères d'agrément d'un organisme payeur jointes en annexe, est entré en vigueur le 15 juillet 1995 et qu'il est applicable à partir de l'exercice FEOGA commençant le 16 octobre 1995, les circonstances imprévisibles peuvent difficilement être invoquées. En outre, l'urgence alléguée semble peu défendable, dans la mesure où le BIRB n'a conclu que le 10 juin 1996 le contrat de gré à gré avec l'adjudicataire et que près de 20 mois se sont écoulés entre les premiers contacts formels pris avec celui-ci et le début de l'exécution du projet IRIS-R, soit le 18 novembre 1997»[663].

660 Cour des comptes, *153e Cahier d'observations (8e Cahier d'observations adressé au Parlement wallon)*, fasc. Ier, pp. 82-84 (*Doc. Parl. wall.*, 208(1996-1997) – n° 1).

661 Telle est, à tout le moins, l'approche que suggère la relation des faits par le *Cahier d'observations* de la Cour des comptes.

662 Cour des comptes, *153e Cahier d'observations (8e Cahier d'observations adressé au Parlement wallon)*, fasc. Ier, p. 83.

203. – Par ailleurs, en dépit des avantages qu'il présente indéniablement, le recours à la procédure négociée fera parfois courir au pouvoir adjudicateur le risque de ne pouvoir mener la négociation que sur la base de prix peu compétitifs et qui ne résisteraient pas à une mise en concurrence. Ainsi, dans le cadre du même projet P.I.C.C., la Cour des comptes a noté que, dans le cadre de sa mission de coordination, l'A.I.H.M. avait «acquis de gré à gré, en janvier 1992, un système d'information géographique alors que, trois mois plus tard, après un appel d'offres, la direction de la Topographie et de la Cartographie [du Ministère wallon de l'Equipement et des Transports] optait pour un système similaire proposé par une firme concurrente. L'offre de la firme choisie par l'A.I.H.M. étant considérée comme moins performante eu égard aux objectifs du P.I.C.C. Au surplus, les prix obtenus de gré à gré par l'A.I.H.M. se sont révélés nettement moins avantageux que ceux obtenus par appel d'offres»[664].

B. – Elaboration du cahier spécial des charges et des avis préalables à l'attribution du marché

204. – Pour chaque commande, le cahier spécial des charges, qui jette les dés du jeu de la concurrence, va préciser les exigences techniques et administratives particulières s'imposant au cocontractant du pouvoir adjudicateur au titre des obligations qui lui incombent dans le cadre du marché, ainsi que certaines conditions particulières d'attribution et d'exécution du marché, parmi lesquelles figurent notamment les critères de sélection qualitative des candidats et d'attribution du marché[665], de même que les délais de remise des candidatures et des offres[666]. Certaines de ces informations seront, par ailleurs, diffusées par le biais des avis concourant à la publicité préalable à l'attribution du marché.

663 Cour des comptes, *156e Cahier d'observations adressé à la Chambre des représentants*, fasc. Ier, sess. 1999-2000, p. 339.

661 Cour des comptes, *153e Cahier d'observations (8e Cahier d'observations adressé au Parlement wallon)*, fasc. Ier, p. 83 (*Doc. Parl. wal.* 208 (1996-1997) – n° 1).

665 Voy. *infra*, nos 206-212.

666 D. BATSELÉ, Ph. FLAMME et Ph. QUERTAINMONT, *op. cit.*, pp. 205-206; D. D'HOOGHE, *op. cit.*, pp. 313-341; M.-A. FLAMME e.a., *op. cit.*, pp. 558, 691 et 749.

BIBLIOTHEQUE
DROIT - NAMUR

L'incidence de telles clauses et informations sur l'effectivité de la concurrence et, partant, sur l'issue de la procédure d'attribution du marché n'est pas neutre[667].

Dans le cadre d'un marché relatif à la fourniture, la mise en place et la mise en service d'un système informatique utile au suivi des patients du Centre hospitalier universitaire de Liège, il semble que plusieurs firmes intéressées par cette commande aient renoncé à présenter une offre, à raison du caractère excessif des résultats exigés et des pénalités définies par le cahier spécial des charges pour sanctionner le non-respect de ces obligations de résultat[668]. Les observations suscitées par l'exécution de ce marché ont d'ailleurs confirmé les effets déplorables de cette définition inadéquate des clauses du cahier spécial des charges : l'adjudicataire – qui avait pourtant remis offre en connaissance de cause – n'a pas respecté les délais qui lui étaient impartis et ne s'est toutefois pas vu appliquer les importantes pénalités.

De même, l'examen des circonstances dans lesquelles a été attribué un marché de services relatif à l'étude du dimensionnement du réseau Intranet de la Région wallonne (WIN), fait craindre que l'égalité entre soumissionnaires n'ait pas été effectivement garantie, ainsi qu'en témoignent les délais très courts dans lesquels ils avaient été invités à déposer leur offre, et ce, en dépit de la complexité technique du marché. Il semble, en effet, que ce délai ait avantagé l'adjudicataire «qui, dans le cadre d'une première négociation en gré à gré avec le pouvoir adjudicateur précédant la mise en concurrence du 13 novembre 1996, avait déjà déposé une offre similaire le 4 octobre 1996»[669].

L'analyse de ce même marché d'études incite à rappeler que la pondération des critères d'examen de la valeur des offres annoncés préalablement à la passation du marché ne peut davantage avoir pour effet de compromettre l'égalité entre les soumissionnaires. En l'espèce, «les pondérations particulières des critères et sous-critères d'appréciation des offres ont eu pour effet de donner la plus grande importance au critère relatif à la méthode de travail proposée par les soumissionnaires. Cette situation a été de nature à avantager le même adjudicataire puisque ce dernier disposait, du fait de ses travaux afférents à sa première offre du 4 octobre 1996, de propositions circonstanciées rencontrant les différents aspects de ce critère»[670].

667 D. D'HOOGHE, *op. cit.*, pp. 23-25.

668 Cour des comptes, *157e Cahier d'observations (12e Cahier d'observations adressé au Parlement de la Communauté française)*, fasc. Ier, p. 34 (*Doc. Cons. Com. fr.*, 113 (2000-2001) – n° 1).

669 Cour des comptes, *155e Cahier d'observations (10e Cahier d'observations adressé au Parlement wallon)*, fasc. Ier, pp. 86-87 (*Doc. Parl. wall.*, 425 (1998-1999) – n° 1).

670 *Ibidem*, p. 87.

205. – Enfin, bien qu'il ait déjà été brièvement évoqué dans la précédente chronique[671], on ne peut passer sous silence l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 24 janvier 1995, dans l'affaire C-359/93, en cause de *Commission européenne c/ Royaume des Pays-Bas*. On sait que la Cour de justice avait condamné les Pays-Bas pour avoir introduit dans le cahier des charges d'un marché de fourniture et de maintenance d'un poste de travail météorologique une spécification technique définie par référence à un produit d'une marque déterminée[672], et ce, sans ajouter la mention «ou équivalent», ce qui, pour la Cour, pouvait notamment avoir pour effet de dissuader les opérateurs économiques utilisant des systèmes analogues de soumissionner à l'appel d'offres[673]. Le juge communautaire a également fustigé l'omission de préciser dans l'avis de marché les personnes admises à assister à l'ouverture des offres, ainsi que le jour, l'heure et le lieu de cette ouverture : emboîtant le pas à M. l'avocat général TESAURO, la Cour avait souligné l'importance de ces informations «qui permettent aux fournisseurs potentiels de connaître l'identité de leurs concurrents et de vérifier s'ils répondent aux critères de sélection qualitative prévus»[674]. La Cour insiste là sur une autre[675] caractéristique que doit revêtir l'exigence de mise en concurrence des commandes publiques, à savoir la transparence des procédures.

C. – Procédures de sélection et d'attribution Confusion

206. – De manière générale, on notera que l'attribution d'un marché public fait suite à une procédure au cours de laquelle le pouvoir adjudicateur va se montrer attentif, d'une part, au profil de l'entrepreneur, du fournisseur ou du prestataire de services (sélection qualitative des entreprises)[676] et, d'autre part, aux caractéristiques des offres déposées en la circonstance (examen des offres)[677]. La pratique révèle combien le risque

671 *J.T.*, 1996, p. 240.

672 Le logiciel UNIX de connexion de divers ordinateurs.

673 Arrêt, pt 27.

674 *Ibidem*, pt 20.

675 La critique relative à la mention UNIX revenait à dénoncer le recours à des critères entravant les courants commerciaux intracommunautaires.

676 Sur la procédure de sélection qualitative, voy. not. D. BATSELÉ, Ph. FLAMME et Ph. QUERTAINMONT, *op. cit.*, pp. 209-219; D. D'HOOGHE, *op. cit.*, pp. 343 et s.; M.-A. FLAMME e.a., *op. cit.*, pp. 233 et s.; Ph. FLAMME, «Les critères de sélection et d'attribution», in *La nouvelle réglementation des marchés publics* (M.-A. FLAMME et P. LEWALLE éd.), Liège, Collection scientifique de la Faculté de Droit, 1997, pp. 135-147; P. LEWALLE, *op. cit.*, pp. 112-116.

677 Quelques enseignements relatifs à l'examen des offres sont livrés ci-après (*infra*, nos 207-212).

de confusion entre sélection des entreprises et le choix des offres est grand.

Même si la sélection qualitative des entreprises et l'examen des offres ne s'inscrivent pas toujours dans des procédures chronologiquement distinctes[678], ils ne peuvent être confondus, et ce, à raison des finalités différentes des examens auxquels procède le pouvoir adjudicateur. Le choix des critères utiles à chacun de ces examens révèle cependant certains errements.

Analysant les modalités d'attribution et d'exécution du marché de services relatif à l'étude du dimensionnement du réseau WIN, la Cour des comptes a notamment relevé «que ce sont les critères et sous-critères relatifs aux capacités des soumissionnaires (qualifications de la société et de son personnel) et non aux qualités de leur offre qui ont déterminé en définitive l'attribution du marché»[679].

A l'occasion de l'examen de la passation de la commande de matériel informatique à l'usage des établissements d'enseignement primaire situés en Région wallonne, la Cour des comptes a également dénoncé une confusion entre les phases de sélection qualitative et d'attribution du marché. Elle note que, dans le cadre de cette procédure, «le chiffre d'affaires de deux firmes [avait] été estimé insuffisant en comparaison de leurs offres respectives»[680]; elle observe que «le critère du chiffre d'affaires relève [...] de la première phase (sélection qualitative) tandis que le montant de l'offre est pris en considération dans la seconde phase (attribution du marché)».

D. Examen des offres et attribution du marché

207. – Dans la comparaison des offres et l'évaluation de chacune d'entre elles au regard des critères d'attribution, l'entité adjudicatrice jouit d'un large pouvoir d'appréciation que la législation relative aux marchés publics n'assortit pas de limites particulières[681]. Celles-ci découlent

678 Ainsi, dans le cadre des procédures ouvertes, les entrepreneurs intéressés procèdent simultanément au dépôt de leur candidature (laquelle permettra, grâce aux critères de sélection, de cerner leur profil) et de leur offre (qui, pour autant que la candidature ait été reçue, sera examinée au regard des critères d'attribution du marché).

679 Cour des comptes, *155e Cahier d'observations (10e Cahier d'observations adressé au Parlement wallon)*, fasc. Ier, p. 87 (*Doc. Parl. wall.*, 425(1998-1999) – n° 1).

680 Cour des comptes, *157e Cahier d'observations (12e Cahier d'observations adressé au Parlement wallon)*, fasc. Ier (*Doc. Parl. wall.*, 157(2000-2001) – n° 1).

681 A l'exception de la procédure d'adjudication, au terme de laquelle le pouvoir adjudicateur doit nécessairement – à tout le moins s'il décide d'attribuer le marché – retenir l'offre établie au montant le moins élevé.

des principes régissant, de manière générale, l'action des autorités administratives menée en vertu d'une compétence discrétionnaire. Ces principes commandent notamment la *motivation réelle* des décisions : celles-ci doivent reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit. En portant l'appréciation qui lui permettra de désigner l'offre qu'il juge la plus intéressante, le pouvoir adjudicateur doit procéder à l'analyse des offres avec soin, objectivité et en garantissant le principe d'égalité entre les soumissionnaires.

208. – Statuant sur un recours en annulation dirigé contre la décision d'attribution d'un marché pluriannuel de fourniture et d'entretien d'ordinateurs personnels et d'imprimantes au profit des organismes de la Défense nationale, le Conseil d'Etat a été amené, dans un arrêt du 13 février 1997, à préciser la portée et les limites de ces exigences[682].

Les sept moyens pris à l'appui du recours portaient précisément sur la manière dont le pouvoir adjudicateur avait procédé à l'appréciation des offres. Quelques enseignements livrés par cet arrêt méritent d'être épinglés.

209. – Répondant au premier moyen qui invoquait une violation du principe d'égalité, de l'article 14 de la loi du 14 juillet 1976 et des articles 4 et 44 de l'arrêté royal du 12 avril 1977, notamment en ce que l'Etat belge avait «adjugé le marché à IBM sur base d'un autre critère d'attribution, qui n'était mentionné ni dans la loi ni dans le cahier spécial des charges, ce critère étant la préférence donnée aux ordinateurs pourvus d'un processeur de type PENTIUM», le Conseil d'Etat va décider que «l'autorité n'a pas fait du 'type PENTIUM' un critère d'attribution mais a seulement constaté que le matériel proposé par IBM présentait un avantage technique par rapport à celui présenté par la requérante; que cette constatation était légitime dès lors que, comme en l'espèce, le cahier spécial des charges ne mentionnait que des exigences minimales; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches».

Là où la requérante invoquait une violation des mêmes principes et dispositions légales et réglementaires, que lui faisaient craindre dix différences constatées entre les versions française et néerlandaise du cahier spécial des charges, différences dont l'une touchait à l'indication du délai de validité de l'offre[683], le Conseil d'Etat va noter qu'elle «n'établit pas que la différence qu'elle relève aurait influencé le choix qu'elle critique;

682 C.E. (3e ch.), 13 févr. 1997, arrêt n° 64520, *S.A. PRIMINFO c/ E.B., Min. Déf. Nat.*

683 Cinquième moyen.

que le moyen ne peut être retenu». Cette réponse paraît évidemment très significative de la perspective dans laquelle s'inscrit le contrôle de légalité exercé par le Conseil d'Etat : il se conçoit avant tout comme une garantie offerte au soumissionnaire qui s'estime lésé par une irrégularité commise au cours de la procédure d'attribution, et qu'il a intérêt à voir sanctionner. Dès lors que la prétendue irrégularité ne l'a pas lésé, il est vain de l'invoquer.

210. – Le sixième moyen, pris de la violation du principe général de l'égalité, du principe général de bonne administration, des articles 14 de la loi du 14 juillet 1976, 4 et 14 de l'arrêté royal du 12 avril 1977, faisait grief à l'Etat belge d'avoir successivement comparé les offres à une grille qu'il avait lui-même établie, sans comparer ces offres entre elles. Le Conseil d'Etat va rejeter ce moyen comme manquant en droit, dès lors qu'aux yeux du juge administratif «aucun des principes ni des dispositions légales et réglementaires invoqués n'interdit à l'autorité d'apprécier des offres par rapport à une échelle qu'elle détermine».

211. – En son septième moyen, la requérante faisait grief à l'Etat belge d'avoir «manifestement pris sa décision sur base d'un motif inexact», considérant notamment que l'examen du critère de la valeur technique des offres révélait de nombreuses erreurs en sa défaveur, erreurs que démontrait d'ailleurs un rapport d'expertise établi à sa demande par une institution universitaire. Le Conseil d'Etat va rejeter le moyen, estimant que la requérante n'établissait pas que «la décision attaquée serait le fruit d'une appréciation manifestement inexacte». A l'appui de ce rejet, le juge administratif considère, d'une part, que ni dans la requête ni dans le mémoire en réplique, la requérante ne fait valoir que les erreurs seraient manifestes et, d'autre part, que l'expertise n'a pas été réalisée dans des conditions identiques à celles qui avaient prévalu lors de l'examen des offres par l'administration[684]. Le moyen paraît ainsi rejeté essentiellement parce que ni sa formulation ni le rapport d'expertise auquel il fait référence ne permettent au Conseil d'Etat d'apprécier la prétendue violation de dispositions ou principes qui y sont visés.

212. – Plus fondamentalement, on se demandera toutefois si le Conseil d'Etat ne suggère pas sa réticence à contrôler l'erreur manifeste d'appréciation dans un contentieux où la donnée technique conditionne de manière déterminante l'appréciation portée par l'autorité administrative. Le caractère prétendument manifeste d'une erreur d'appréciation n'est-il d'ailleurs pas contredit par la nécessaire intervention d'un expert censé mettre en évidence ce qui pourrait ne pas apparaître à première vue[685] ? A cet égard, le contentieux des marchés publics informatiques pourrait sans doute contribuer à alimenter la réflexion sur les avancées du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation par le Conseil d'Etat[686] et les limites que les données techniques peuvent ou non lui assigner.

[681] L'expert n'a pas eu à sa disposition les appareils qui ont été testés par l'administration.

E. – Décision d'attribution du marché – Motivation formelle

213. – Une fois l'offre retenue, la décision d'attribution du marché doit également répondre à une exigence de motivation formelle consistant en l'indication des motifs de fait et de droit qui ont conduit le pouvoir adjudicateur à adopter cette décision et à statuer dans le sens que celle-ci détermine. Au nombre des attentes que cette obligation de motivation formelle est censée rencontrer figure évidemment la possibilité, pour le soumissionnaire évincé, «d'apprécier en toute connaissance de cause, l'opportunité d'introduire un recours administratif ou juridictionnel à l'encontre de la décision»[687] d'attribution du marché, et ce, avant même d'avoir pu accéder au dossier administratif de la procédure.

L'obligation de motivation formelle des décisions intervenant en cours et au terme des procédures d'attribution de marchés découle du régime général défini par la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, ainsi que de dispositions de la législation relative aux marchés publics (et plus particulièrement des A.R. des 8 et 10 janv. 1996)[688].

[685] L'erreur manifeste ayant été définie comme celle qui est révélée sans que des investigations particulières s'imposent. C'est l'erreur qui, pour reprendre la métaphore utilisée par D. LAGASSE, n'appelle pas à être examinée à la loupe, mais apparaît aux yeux du myope («Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation par le juge administratif», *A.P.T.*, 1985, p. 309).

[686] Sur les récentes avancées jurisprudentielles en ce domaine, voy. D. LAGASSE, «L'évolution du contrôle exercé par le Conseil d'Etat au contentieux de l'annulation (spécialement pendant la période 1987-1996)», *Le Conseil d'Etat de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)* (éd. B. BLERO), Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 427-472.

[687] A.-L. DURVIAUX, «La transparence dans la procédure de passation des marchés publics», in *La nouvelle réglementation des marchés publics* (M.-A. FLAMME et P. LEWALLE éd.), Liège, Collection scientifique de la Faculté de Droit, 1997, p. 195.

[688] Sur les diverses questions relatives à la motivation formelle des décisions relatives à une procédure de passation, on se référera utilement à D. BATSELÉ, Ph. FLAMME et Ph. QUERTAINMONT, *op. cit.*, pp. 241-247; D. D'HOOGHE, *op. cit.*, p. 45; A.-L. DURVIAUX, *op. cit.*, pp. 183-224; M.-A. FLAMME e.a., *op. cit.*, pp. 660-667, 735 et 809.

214. – Ainsi qu'il l'avait déjà fait à plusieurs reprises[689], le Conseil d'Etat a précisé la portée de l'obligation de motivation formelle de la décision d'attribution sur appel d'offres dans un arrêt du 3 mars 1999[690], faisant suite au recours en annulation de la décision d'attribution, par le ministère de la Défense nationale, au nom et pour le compte d'un organisme lié à l'OTAN, d'un marché public de services relatif au survol d'un réseau de pipelines en Belgique et au Grand Duché de Luxembourg, pour assurer la surveillance par observation aérienne.

La requérante faisait grief au pouvoir adjudicateur de n'avoir pas respecté l'obligation de motivation formelle de la décision d'attribution et, pour ce faire, avait pris un moyen de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, ainsi que de l'article 44, alinéa 7, de l'arrêté royal du 22 avril 1977.

Le pouvoir adjudicateur considérait pour sa part qu'il avait satisfait à l'obligation de motivation formelle, dès lors que la décision se référait au classement des différentes offres dans un ordre déterminé par l'application des critères d'attribution définis dans le Cahier spécial des charges «nécessairement en possession de la requérante».

Le Conseil d'Etat rappelle avant tout que l'obligation de motivation formelle de la décision d'attribution doit permettre de connaître les raisons qui ont déterminé l'autorité à considérer l'offre retenue comme la plus intéressante. Il ajoute que satisfait à cette exigence la référence à un autre document, pourvu que celui-ci soit connu de la personne à la connaissance de laquelle la motivation doit être portée. Le juge administratif observe alors qu'en l'espèce, «la motivation consiste en un simple classement des offres, explicité par la seule mention qu'il a été établi 'sur base des critères d'attribution définis dans le § 8 du cahier spécial des charges'». Il décide, par conséquent, que «ni cette motivation, ni la référence abstraite aux critères d'attribution définis dans le paragraphe 8 du cahier spécial des charges, ne permettent de connaître les raisons concrètes qui ont déterminé le choix de l'autorité».

F. – Incidence de la conclusion du contrat

215. – Le contrat est formé par la notification, au soumissionnaire dont l'offre a été choisie, de la décision d'attribution du marché. Cette notification n'est pas sans incidence sur les recours juridictionnels ouverts aux soumissionnaires évincés, et plus particulièrement sur la possibilité d'introduire devant le Conseil d'Etat une demande de suspension de l'exécution de la décision d'attribution du marché[691]. Comme le Conseil d'Etat l'a souligné à plusieurs reprises, et notamment dans des litiges relatifs à des marchés publics informatiques[692], le requérant est sans intérêt à poursuivre la suspension de l'exécution d'une décision d'attribution de marché dès lors que cette décision, qui a sorti ses effets, a déjà été notifiée et que, le contrat ayant été ainsi conclu, son existence ne saurait être remise en cause, un arrêt de suspension eût-il été prononcé part le Conseil d'Etat.

[689] A.-L. DURVIAUX, *op. cit.*, pp. 211-213.

[690] C.E. (6e ch.), 3 mars 1999, arrêt n° 79071, *Publi Air c/ Etat belge, Min. Déf. Nat.*

G. – Délai d'exécution du marché et remise des amendes de retard

216. – Les conditions et modalités selon lesquelles l'adjudicataire peut solliciter une remise d'amendes pour retard d'exécution sont strictement définies à l'article 17 du cahier général des charges[693]. Il est vrai qu'en cette matière, une certaine légèreté compromettrait l'efficacité du système d'amendes et, partant, la bonne fin de l'exécution des prestations dans les délais impartis à l'adjudicataire. Par ailleurs, une attitude trop laxiste du pouvoir adjudicateur pourrait rompre *a posteriori* l'égalité entre soumissionnaires, en réservant à l'adjudicataire des conditions plus favorables que n'avaient sans doute pas escomptées ses concurrents : le marché relatif au système informatique de suivi des patients au C.H.U. de Liège constitue – on l'a vu – un exemple significatif[694].

Les observations suscitées par le contrôle de l'exécution de marchés contribuant à l'informatisation des systèmes de paiement du BIRB donnent une illustration révélatrice des irrégularités ou négligences qui peuvent être constatées dans la remise d'amendes pour retard[695]. Il a ainsi été constaté qu'en dépit des conséquences très graves qui pouvaient résulter d'un retard dans l'informatisation des systèmes de gestion des dépenses du BIRB[696], l'exécution des marchés afférents à ce programme d'informatisation a accusé certains retards, pour lesquels des remises d'amendes

[691] Voy. la chronique précédente, *J.T.*, 1996, pp. 242-244, nos 104-110.

[692] C.E. (Prés. 6e ch.), 1er févr. 1999, arrêt n° 78470, *S.A. Siemens Nixdorf Information systems c/ R.W.*

[693] D. BATSELÉ, Ph. FLAMME et Ph. QUERTAINMONT, *op. cit.*, pp. 311 et s.

[694] Voy. *supra*, n° 204.

[695] Cour des comptes, *156e Cahier d'observations adressé à la Chambre des représentants*, fasc. Ier, sess. 1999-2000, pp. 327-343.

[696] Il en allait notamment de l'agrément du BIRB comme organisme payeur des interventions du FEOGA.

semblent avoir été consenties au mépris des dispositions contenues à l'article 17 du cahier général des charges. En outre, il n'est pas indifférent de relever que, pour l'un de ces marchés dont l'exécution a souffert quelque retard, l'évaluation des offres avait notamment «pris en considération la capacité démontrée par les candidats, sur la base d'un calendrier concret, à réaliser le projet dans un laps de temps limité»[697].

H. – Délai de réception des fournitures

217. – L'article 61 du cahier général des charges vise l'hypothèse d'une réception provisoire des fournitures, organisée au lieu de livraison, réception à la suite de laquelle l'administration dispose d'un délai de trente jours pour éprouver les fournitures et notifier sa décision d'approbation ou de refus[698].

La réception des plans photographiques numériques communaux commandés à l'initiative du Gouvernement wallon a trahi quelques errements : en dépit d'une prolongation de quatre mois du délai de réception de ces fournitures, celui-ci n'a pas été respecté : «dix mois après la réception provisoire des produits, certaines fournitures, non conformes aux exigences du cahier spécial des charges, n'ont pu faire l'objet d'une réception définitive»[699]. Quoique l'incompatibilité de ce délai avec celui déterminé pour la réception définitive, conformément aux articles 6 et 64 du cahier général des charges, n'apparaisse pas sur la seule base des éléments relatés par la Cour des comptes, celle-ci a imputé ce retard (et les irrégularités qu'il semble ainsi provoquer) à une préparation budgétaire et administrative insuffisantes.

I. – Paiement pour service fait et accepté

218. – Le paiement du prix afférent aux prestations assurées dans le cadre de marchés publics répond à un principe maintes fois rappelé par la Cour des comptes, notamment lorsqu'elle participe à la liquidation de dépenses exposées par des départements ministériels : ce paiement ne

[697] Cour des comptes, *156e Cahier d'observations adressé à la Chambre des représentants*, fasc. Ier, sess. 1999-2000, p. 333.

[698] D. BATSELÉ, Ph. FLAMME et Ph. QUERTAINMONT, *op. cit.*, pp. 325-326.

[699] Cour des comptes, *154e Cahier d'observations (9e Cahier d'observations adressé au Parlement wallon)*, fasc. Ier, p. 85 (*Doc. Parl. wall.*, 306(1997-1998) – n° 1).

peut intervenir que «pour service fait et accepté». Le principe est consacré par l'article 8 de la loi du 24 décembre 1993[700] qui en aménage les modalités d'application pour ce qui concerne les acomptes et avances.

L'application de cette règle doit conduire à vérifier l'exacte adéquation entre les montants facturés et les prestations auxquelles ils sont censés correspondre. Des difficultés peuvent surgir à cet égard, particulièrement dans les marchés de services tendant à la mise à disposition de personnel spécialisé et chargé d'accompagner le suivi de tâches administratives ou la gestion de besoins logistiques éprouvés par les pouvoirs adjudicateurs : la gestion des moyens informatiques amène souvent les administrations à passer de tels marchés. L'expérience révèle que les modalités de paiement ne sont pas toujours déterminées d'une manière telle que soit assuré le respect de ce principe du paiement pour service fait et accepté[701].

J. – Actions judiciaires

219. – L'article 18, § 2, de l'ancien cahier général des charges (tel qu'établi par l'A.M. du 10 août 1977) disposait que «toute citation devant le juge à la demande de l'adjudicataire et relative à un marché doit, sous peine de forclusion [...] être signifiée à l'administration au plus tard deux ans après le procès-verbal de la réception définitive de l'ensemble des travaux ou après la réception définitive complète de l'ensemble des fournitures»[702].

Un jugement rendu le 4 juin 1999 par le tribunal de première instance de Bruxelles permet de rappeler la portée des règles édictées par cette disposition, et plus particulièrement de celle relative au délai de forclusion de deux ans.

Le Sénat de Belgique décide de résilier de plein droit un marché relatif à la réalisation d'un système informatique *Nomos* comprenant l'achat de matériel et le développement de logiciels d'application sur mesure, au motif qu'à l'occasion d'essais organisés selon un calendrier déterminé par le cahier spécial des charges, l'adjudicataire n'aurait pas démontré qu'il

[700] Cette disposition est directement inspirée de l'art. 4 de la loi du 14 juillet 1976.

[701] Cour des comptes, *156e Cahier d'observations adressé à la Chambre des représentants*, fasc. Ier, sess. 1999-2000, p. 333; Cour des comptes, *155e Cahier d'observations (10e Cahier d'observations adressé au Parlement wallon)*, fasc. Ier, p. 88 (*Doc. Parl. wall.*, 425(1998-1999) – n° 1).

[702] Art. 18 inchangé du nouveau cahier général des charges (P. LEWALLE, *op. cit.*, p. 129).

était capable d'honorer à une date fixée ses obligations. Cette résiliation donne lieu à un litige qui aboutira, dans un premier temps, à la désignation d'un expert chargé notamment d'apprécier la conformité aux prescriptions du cahier spécial des charges du prototype présenté par l'adjudicataire au cours des essais; à la suite du dépôt du rapport d'expertise, des actions sont introduites par l'adjudicataire et son sous-traitant tendant notamment à voir condamner le Sénat au paiement des prestations et de dommages-intérêts au titre de réparation du préjudice causé par la résiliation dont l'expert a précisément démontré le caractère fautif.

Le Sénat soulève tant à l'égard de l'adjudicataire que de son sous-traitant l'exception de forclusion visée à l'article 18, § 2, du cahier général des charges. Le tribunal va décider que l'action du sous-traitant «ne peut se voir appliquer l'exception de forclusion prévue par l'article 18, § 2, du cahier général des charges, puisque celui-ci ne vise que l'adjudicataire». En ce qui concerne l'action de l'adjudicataire, le juge décidera que ce délai n'est institué que dans le cas où il est mis fin au contrat par la réception définitive, et non dans l'hypothèse d'une résiliation unilatérale; il va motiver cette décision dans les termes suivants : «L'article 18, § 2, du cahier général des charges instaure un délai de forclusion dérogatoire au droit commun et qui doit rester d'interprétation restrictive; s'il vise toute citation devant le juge à la demande de l'adjudicataire et relative à un marché, il précise aussi que cette citation doit être signifiée à l'administration au plus tard deux ans après le procès-verbal de la réception définitive». La solution retenue s'imposait de toute évidence.

K. – Autres normes applicables

220. – Le contrôle de légalité des décisions relatives à la passation ou l'exécution des marchés est exercé à l'égard non seulement de la législation relative aux marchés publics, mais également de toute autre norme applicable à ce type de décisions. On songe notamment aux règles régissant la compétence des pouvoirs adjudicateurs, ou déterminant les formalités dont doit être assortie l'adoption de ces décisions (et, notamment, le contrôle administratif et budgétaire), ... Nous avons déjà rendu compte de ce contrôle de légalité au regard de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, ainsi que des principes gouvernant l'appréciation discrétionnaire des autorités administratives.

221. – Un autre exemple de l'incidence de normes ne ressortissant pas directement à la législation sur les marchés publics est offert dans un arrêt du 13 décembre 1996 par lequel le Conseil d'Etat annule différentes décisions afférentes à l'attribution d'un marché de services portant sur la mise à disposition, dans les centres de traitement de l'information de la Défense nationale et de la Gendarmerie, de personnel spécialisé en informatique et télécommunications[703].

Le moyen qui a conduit à l'annulation de ces décisions[704] était pris d'une «violation de l'article 11 de l'arrêté royal du 12 mai 1981 relatif à la coordination et aux moyens de contrôle de l'informatique dans les services publics et du principe général du droit administratif consacrant le parallélisme des formes et des compétences» : la requérante reprochait notamment au Conseil des ministres d'avoir, par sa décision du 29 novembre 1991, «décidé de renoncer à la procédure d'attribution du marché litigieux par la voie du gré à gré et de reprendre la procédure d'appel d'offres dans l'état où elle se trouvait le 10 octobre 1991», et au ministre de la Défense nationale d'avoir, par ses décisions des 2 et 9 décembre 1991, «décidé de ne pas retenir l'offre de la requérante et d'attribuer le marché à la S.A. Telinfo integrated systems». Elle faisait notamment valoir qu'en vertu de l'article 11 de l'arrêté royal du 12 mai 1981 précité, la décision du ministre de la Défense nationale d'attribuer le marché, lequel est d'un montant supérieur à 20.000.000 BEF, aurait dû être soumise à l'approbation du Comité ministériel de coordination économique et sociale. Constatant que cette formalité d'approbation prescrite à peine de nullité[705] n'avait pas été respectée et qu'aucune délibération du Conseil des ministres ne pouvait s'y substituer ni, partant, effacer l'irrégularité, le Conseil d'Etat a ainsi décidé que le moyen était fondé.

---

703 C.E. (6e ch.), 13 déc. 1996, arrêt n° 63566, *S.I.E. c/ Etat belge, Déf. nat.*

704 Pour un aperçu des différents arrêts rendus à propos de ce marché et des moyens formés par la requérante, voy. *Entr. et dr.*, 1997, pp. 291 et s.

705 La sanction de nullité découlait de l'art. 34 de la loi du 23 déc. 1974 relative aux propositions budgétaires 1974-1975, selon lequel sont nulles les conventions ne remplissant pas les conditions fixées par le Roi et auxquelles sont subordonnés les marchés de fournitures et services relatifs au traitement de l'information. L'art. 11 de l'A.R. du 12 mai 1981, dont la requérante invoquait la violation, avait précisément été adopté en vertu de cette disposition légale. Il disposait que «Lorsque la proposition de marché porte sur un montant supérieur à 20.000.000 de francs, elle est soumise à l'approbation du Comité ministériel de coordination économique et sociale». Pour d'autres exemples du contentieux suscité par l'application de l'art. 34 de la loi du 23 déc. 1974, voy. «L'informatique — Chronique de jurisprudence (1976-1986)», *J.T.*, 1988, p. 120, n° 44.

III. – Conclusion

222. – L'aperçu que nous avons tenté de donner des marchés publics informatiques considérés sous l'angle de la légalité des décisions auxquelles ils donnent lieu révèle deux tendances sans doute contradictoires. D'une part, l'analyse de certains aspects[706] conforterait la thèse selon laquelle la spécificité des marchés publics est fortement atténuée, voire même tend à disparaître : les acquis jurisprudentiels ne se distinguent pas de ceux qu'auraient suscités des litiges portant sur d'autres catégories de marchés. D'autre part, certaines questions sans doute communes à l'ensemble des situations régies par le droit des marchés publics paraissent, dans le cas particulier des marchés informatiques, révéler un intérêt particulier à raison des caractéristiques techniques ou fonctionnelles de ces commandes : justification du recours à la procédure négociée, mention des spécifications techniques, classement des offres au regard des performances et détermination des étalons, ...

C'est à la croisée, sans doute inconfortable, de ces deux tendances que doivent être appréhendés la pratique et le contentieux des marchés publics informatiques.

[706] Et d'autres encore auraient pu être envisagés, auxquels nous avons toutefois préféré ne pas nous attarder, tels les effets de la notification de la décision d'attribution sur la possibilité d'en demander la suspension au Conseil d'Etat (problématique envisagée dans la précédente chronique).