



Cour des comptes



Marchés publics de la Défense

Régularité et bonne gestion



Rapport de la Cour des comptes transmis à la Chambre des représentants
Bruxelles, septembre 2022



Cour des comptes

Marchés publics de la Défense

Régularité et bonne gestion



Rapport adopté le 14 septembre 2022 par l'assemblée générale de la Cour des comptes

Marchés publics de la Défense

La Défense a conclu, entre 2018 et 2020, 438 marchés inférieurs à 30.000 euros hors TVA pour un total de 6,5 millions d'euros hors TVA et 948 marchés supérieurs à 30.000 euros hors TVA pour un total de 13,3 milliards d'euros hors TVA.

Pour une sélection de ces marchés, la Cour des comptes a contrôlé la conformité aux prescriptions légales et réglementaires ainsi que les activités de contrôle interne mises en place par la Défense. La valeur des marchés supérieurs à 30.000 euros hors TVA examinés oscille entre 0,031 et 233 millions d'euros hors TVA.

Processus d'achat au sein de la Défense

La Direction générale des ressources matérielles est l'ordonnateur principal dans le processus d'achat de la Défense. Elle comprend deux piliers dotés d'une structure identique « en miroir » : la gestion du matériel et de l'équipement d'une part, et la passation des marchés publics d'autre part. Une telle structure constitue une bonne pratique, car elle réduit les risques de scission de marché pour les achats centralisés. L'existence d'une sous-section chargée du contrôle des prix, entre autres missions, est une autre bonne pratique à souligner.

La Cour a constaté un environnement de contrôle relativement développé et formalisé, même si la qualité des données sur les marchés publics mérite d'être améliorée. Les activités de contrôle mises en place par la Défense contribuent activement à diminuer les risques inhérents à la fonction achat.

L'examen de l'exécution des marchés a cependant révélé plusieurs faiblesses. Par exemple, l'interprétation de l'impact financier d'un avenant par la Défense lui permet, dans certains cas, d'échapper au contrôle administratif et budgétaire et de faire approuver un avenant par un ordonnateur qui n'en a pas la compétence.

Marchés inférieurs ou égaux à 30.000 euros

La Cour des comptes relève des irrégularités dans l'application des grands principes liés aux marchés publics, à l'exception du principe de proportionnalité. Parmi les trente marchés repris dans l'échantillon d'audit, près de la moitié n'a pas fait l'objet d'une mise en concurrence en raison de situations monopolistiques, souvent en lien avec des exigences médicales. Pour la Cour des comptes, ces contraintes, justifiées dans certains cas, n'autorisent pas à systématiquement déroger au principe de mise en concurrence. La recherche d'autres distributeurs ou encore la remise en question constructive de la réponse au besoin sont des solutions à envisager.

Parmi les marchés ayant fait l'objet d'une mise en concurrence, le principe d'égalité et de non-discrimination n'a pas été respecté pour certains d'entre eux, notamment en exigeant des produits d'une marque déterminée dans l'inventaire des besoins ou encore en octroyant aux opérateurs économiques des délais de réponse différents. De telles pratiques sont de nature à restreindre la concurrence.

Le principe du forfait implique une fixation des prix avant l'attribution du marché, sous réserve d'une possible révision de prix au stade de l'exécution. Pour deux marchés, ce principe n'a pas été respecté.

À titre d'exemple, la Défense a autorisé, dans ses documents de marché, une révision de prix sans qu'elle soit encadrée par une formule spécifique, ce qui est contraire au principe du forfait.

Toutefois, la Cour des comptes relève également bon nombre de bonnes pratiques telles que l'archivage ou l'établissement d'un « tableau de conformité » dans plusieurs cahiers des charges. Ce dernier outil clarifie les engagements du soumissionnaire et tend à renforcer la sécurité juridique et la bonne exécution du contrat.

Marchés supérieurs à 30.000 euros

Dans le cadre de l'examen d'une sélection de marchés, la Cour des comptes a observé plusieurs faiblesses.

La Cour des comptes souligne que l'estimation des montants des marchés est réalisée dans le respect des dispositions légales. Elle considère toutefois que, pour des marchés de très longue durée, se limiter à l'estimation des quatre premières années constitue un défaut de transparence budgétaire et financière vis-à-vis des organes de contrôle et d'approbation.

Au stade de la sélection, la Cour des comptes a relevé des lacunes dans la vérification des casiers judiciaires et des obligations fiscales et sociales, ainsi que l'absence de critères de sélection qualitative, pourtant obligatoires, ce qui peut compromettre ultérieurement la bonne exécution des marchés concernés.

La vérification des prix figurant dans les offres remises présente des lacunes importantes susceptibles d'entacher d'irrégularité substantielle l'attribution de certains marchés et de porter atteinte aux intérêts de la Défense lors de l'exécution de ces marchés. La vérification effective des données opérationnelles et économiques sous-jacentes aux offres comportant des prix apparemment anormaux est à la fois une obligation légale et une exigence de bonne gestion. Bien que complexe, cette vérification vise à mieux cerner les caractéristiques techniques du matériel acheté et leurs répercussions sur les prix. La Cour des comptes recommande de renforcer la sous-section MRMP-G/E chargée du contrôle des prix au sein de la Défense, vu l'enjeu et la complexité des marchés.

L'évaluation des offres quant aux critères d'attribution relatifs à la qualité est généralement encadrée et repose sur des éléments objectifs. En revanche, la formule fréquemment utilisée pour le critère prix peut, dans de rares cas, ne pas répondre à l'exigence d'évaluation de la valeur intrinsèque de chaque offre et générer une réduction artificielle du poids de ce critère d'attribution.

Concernant les modifications apportées en cours d'exécution de marché, la Cour a observé des modalités de révision de prix défavorables à la Défense. Ainsi, une révision qui permet aux soumissionnaires de proposer leur propre formule est de nature à compromettre la comparabilité des offres ou à priver la Défense d'une éventuelle diminution des coûts. Soustraire les pièces de rechange de l'application de la formule de révision des prix rend la Défense vulnérable à des hausses injustifiées ou abusives. La Défense doit mieux prospecter afin de fixer elle-même une formule de révision de prix équilibrée et conforme à la législation.

Par ailleurs, la Cour observe une application erronée de la règle *de minimis* (modifications de marché autorisées en dessous d'un certain pourcentage) : l'interprétation de la Défense permettrait de changer la nature globale d'un marché sans relancer une nouvelle procédure de passation, ce qui contrevient au cadre réglementaire d'application.

Enfin, pour les marchés supérieurs à 30.000 euros, la Cour des comptes relève de nombreuses bonnes pratiques telles que des procédures bien documentées, un recours à la prospection bien ancré dans les processus de la Défense et la prise en compte du coût du cycle de vie dans plusieurs de ses marchés.

Procédure contradictoire

Dans le cadre de la procédure contradictoire, la ministre de la Défense et son administration ont reçu de la Cour des comptes le projet de rapport. Un délai d'un mois leur a été octroyé afin de leur permettre de vérifier l'exactitude des constatations factuelles et de donner leur avis sur les conclusions et recommandations de la Cour.

Au terme de ce délai, tant la ministre que l'administration n'ont pas réagi.

Chapitre 1

Introduction	9
1.1 Objet de l'audit	9
1.2 Environnement d'achat à la Défense	9
1.3 Calendrier d'audit	11
1.4 Procédure contradictoire	11
1.5 Rapportage	11

Chapitre 2

Marchés inférieurs ou égaux à 30.000 euros	12
2.1 Réglementation applicable	12
2.2 Données fournies par la Défense	12
2.2.1 Périmètre de l'examen	12
2.2.2 Disponibilité et qualité des données	12
2.2.3 Réglementations appliquées par la Défense	13
2.2.4 Modes de passation utilisés	13
2.2.5 Durée des marchés passés	14
2.2.6 Ordonnateurs et objets des marchés	14
2.2.7 Contrôles internes et externes des marchés	15
2.3 Sélection de marchés de maximum 30.000 euros	16
2.3.1 Méthode de sélection	16
2.3.2 Points de contrôle	16
2.4 Recommandations	24

Chapitre 3

Marchés supérieurs à 30.000 euros	26
3.1 Méthode de sélection	26
3.2 Préparation du marché	26
3.2.1 Identification du besoin	26
3.2.2 Estimation	27
3.2.3 Réglementation applicable	29
3.2.4 Rédaction des documents du marché	29
3.3 Passation	30
3.3.1 Procédure de passation et mise en concurrence	30
3.3.2 Publicité et introduction des offres	30
3.3.3 Sélection	30
3.3.4 Vérification des prix et régularité des offres	33
3.3.5 Évaluation des offres	38
3.3.6 Délégations et compétences	40
3.4 Information et communication	40
3.4.1 Contenu de la décision motivée d'attribution	40
3.4.2 Communication de la décision	41
3.5 Exécution	41
3.5.1 Cautionnement	41
3.5.2 Modifications au marché	42
3.5.3 Contrôle d'une sélection de factures	45
3.6 Recommandations	45

Chapitre 4

Conclusions et recommandations	49
4.1 Processus d'achat au sein de la Défense	49
4.2 Marchés inférieurs ou égaux à 30.000 euros	49
4.3 Marchés supérieurs à 30.000 euros	51
4.4 Recommandations	53

Marchés publics de la Défense

Régularité et bonne gestion

Chapitre 1

Introduction

1.1 Objet de l'audit

La Cour des comptes effectue un contrôle des engagements de la Défense, relatifs à la passation de marchés publics.

Suite à l'analyse de l'environnement d'achat de la Défense et de son processus de gestion des marchés publics, la Cour des comptes a choisi d'examiner d'une part, des dossiers d'engagements relatifs à des marchés estimés à maximum 30.000 euros HTVA et, d'autre part, des marchés estimés à plus de 30.000 euros. Il s'agit de marchés passés entre 2018 et 2020.

En ce qui concerne les marchés de maximum 30.000 euros, la Défense a conclu 438 marchés pour un total de 6.541.828,00 euros HTVA. Sur le plan de la matérialité, ce montant semble modeste au regard des dépenses totales de la Défense. Ces marchés comportent toutefois des risques liés aux règles simplifiées d'application pour ces marchés et, dès lors, à l'attention réduite portée à ces dossiers.

En ce qui concerne les marchés de plus de 30.000 euros, leur niveau de matérialité est globalement supérieur à celui habituellement rencontré dans les autres services publics de l'administration fédérale. La Défense a conclu 948 marchés pour un total de 13,3 milliards d'euros HTVA, dont 9,3 milliards¹ en 2018.

L'examen de dossiers de ces deux catégories de marchés vise à analyser la conformité d'une sélection de ces marchés publics aux prescriptions légales et réglementaires et à évaluer, à l'occasion de cette analyse, si les activités de contrôle interne mises en place par la Défense sont appliquées et efficaces.

L'audit est fondé sur des entretiens avec les responsables des achats, une analyse documentaire et la vérification des pièces des dossiers.

La Cour des comptes tient à souligner la bonne collaboration et la réactivité des services de la Défense tout au long de l'audit.

1.2 Environnement d'achat à la Défense

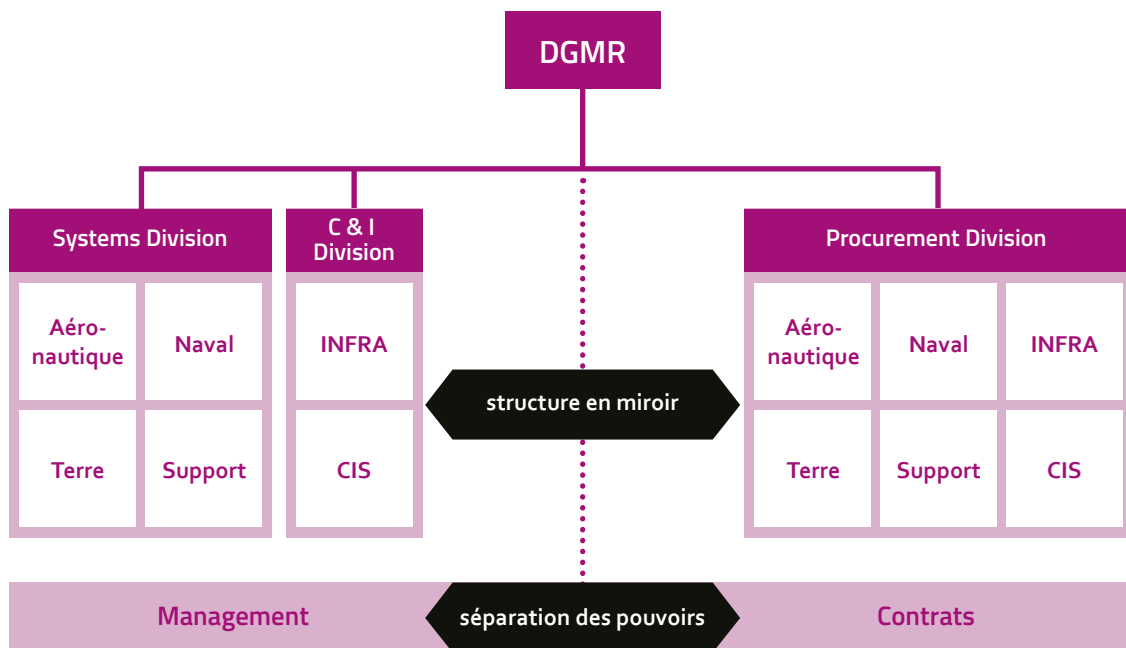
À la Défense, une multitude d'ordonnateurs sont habilités à passer des marchés publics (voir [point 2.2.6](#)). Le processus d'achat relève toutefois principalement de la division Marchés publics de la DGMR (MRMP) chargée des achats centralisés (voir ci-après) et accessoirement d'ordonnateurs décentralisés (entre autres le 5^e Élément médical d'intervention (5EMI), l'Hôpital militaire reine Astrid (HMRA) et l'École royale militaire (ERM) pour les marchés examinés ici).

¹ Ce montant a été engagé principalement pour les marchés relatifs à l'acquisition des avions de combat (F-35), des frégates et des véhicules blindés de combat.

La Direction générale des ressources matérielles (DGMR) comprend deux piliers, ce qui permet d'assurer une séparation de fonctions. Le pilier Management, qui gère le matériel et l'équipement au quotidien, traduit les besoins opérationnels et techniques des clients internes en demandes d'achat. Le pilier Contrats (la division des marchés publics – MRMP) gère les marchés publics.

Ces deux piliers présentent une structure identique « en miroir ». Elle se divise en six sections liées au type de matériel : aéronautique, naval, terre, support (médical, vêtement), infra (bâtiments) et CIS (*communication and information system*).

Organisation de la Direction générale des ressources matérielles (DGMR)



Source : présentation de DGMR lors de la réunion du 19 août 2020 avec la Cour des comptes

La Cour des comptes estime que cette organisation en miroir est une bonne pratique. En effet, elle permet d'une part une séparation structurelle de fonction entre le « client » et la conformité juridique et, d'autre part, une spécialisation des gestionnaires et des acheteurs au niveau notamment de l'équipement et des spécificités des marchés concernés. Comme l'a souligné la Défense au cours des travaux d'audit, une telle structure est de nature à éviter une scission de ces marchés. Ainsi, elle précise que « pour les marchés publics passés de manière centralisée, un seul gestionnaire de matériel est responsable pour l'expression du besoin, et un seul acheteur est responsable de la réalisation du marché public concerné. Ces deux services traitent donc tous les marchés d'un même type de fournitures ou de services et sont, avec leurs chaînes hiérarchiques respectives, à même de détecter des scissions involontaires »².

² Courriel du 11 février 2021 envoyé par la section MRMP-G (la section Management et Support de la MRMP) de la Défense.

1.3 Calendrier d'audit

19 août 2020	Présentation par la Défense de son processus de passation des marchés publics
Marchés de maximum 30.000 euros	
20 octobre 2020	Réception de la liste des marchés
27 octobre 2020	Envoi d'une première sélection de dossiers et demande de documents
Novembre 2020 – février 2021	Travaux d'audit
2 avril 2021	Communication des constats provisoires
7 mai 2021	Réponses de la Défense
9 juillet 2021	Complément d'information par la Défense
16 juillet 2021	Présentation des constats provisoires adaptés
Marchés de plus de 30.000 euros	
26 mars 2021	Réception de la liste des marchés
Avril – juin 2021	Sélection des marchés et examen des pièces disponibles sur les plates-formes de la Défense
Juillet – sept. 2021	Travaux d'audit
21 décembre 2021	Communication des constats provisoires
13 janvier 2022	Présentation des constats provisoires
Communication de l'avant-projet de rapport	
15 juin 2022	Envoi de l'avant-projet de rapport à la ministre de la Défense et au chef de la Défense (Chod)
14 septembre 2022	Approbation du rapport définitif

1.4 Procédure contradictoire

Dans le cadre de la procédure contradictoire, la ministre de la Défense et son administration ont reçu de la Cour des comptes le projet de rapport détaillé ainsi que le présent rapport, synthèse du premier. Un délai d'un mois leur a été octroyé afin de leur permettre de vérifier l'exactitude des constatations factuelles et de donner leur avis sur les conclusions et recommandations de la Cour.

Au terme de ce délai, tant la ministre que l'administration n'ont pas réagi. La Défense a toutefois pu faire valoir sa position lors des deux réunions de clôture qui ont eu lieu les 16 juillet 2021 et 13 janvier 2022. Celle-ci a été prise en compte lors de la rédaction des rapports.

1.5 Rapportage

Ce rapport est la synthèse du rapport détaillé approuvé le 14 septembre 2022 par la Cour des comptes et communiqué à la ministre de la Défense et à son administration. Il se concentre sur les constatations et recommandations de plus grande portée en termes de légalité et/ou de gestion des marchés publics.

Chapitre 2

Marchés inférieurs ou égaux à 30.000 euros

2.1 Réglementation applicable

Les marchés estimés à maximum 30.000 euros HTVA sont régis par des dispositions spécifiques dans la législation relative aux marchés publics applicable à la Défense, à savoir la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (ci-après « loi du 17 juin 2016 ») et la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité (ci-après « loi du 13 août 2011 »).

Pour ces marchés, il peut être fait usage d'une procédure spécifique simplifiée (« marchés de faible montant »³), d'une procédure négociée sans publication préalable ou encore d'autres procédures. Il n'est pas interdit à l'adjudicateur de prévoir une procédure *sui generis* inspirée des procédures formalisées.

2.2 Données fournies par la Défense

2.2.1 Périmètre de l'examen

Avant l'analyse proprement dite d'une sélection de marchés de maximum 30.000 euros (point 2.3), le présent point 2.2 traite de l'analyse des données fournies par la Défense. De 2018 à 2020, la Défense a conclu 438 marchés publics estimés à maximum 30.000 euros, pour un total de 6.541.828,00 euros HTVA⁴. Ces données sont issues d'Ilias, l'outil de gestion budgétaire utilisé par la Défense.

2.2.2 Disponibilité et qualité des données

À la différence des données relatives aux marchés supérieurs à 30.000 euros, examinés au chapitre 3, la Cour des comptes a constaté quelques lacunes dans les données concernant les marchés de maximum 30.000 euros.

La Cour des comptes a constaté des informations manquantes, des incohérences et aussi des contradictions dans les données reprises dans le rapportage réalisé par la Défense dont celles relatives aux contrôles de l'Inspection des finances. Il s'agit principalement d'erreurs d'encodage

³ Sont visés les marchés qui n'atteignent pas 30.000 euros HTVA, dont le régime est prévu aux articles 92 et 162 de la loi du 17 juin 2016. Une procédure spécifique simplifiée similaire n'a en revanche pas été introduite dans la loi du 13 août 2011.

⁴ Selon le listing de l'ensemble des marchés publics dont l'estimation était inférieure au seuil de 30.000 euros HTVA, communiqué le 7 mai 2021 par le service MRMP de la Défense à la demande de la Cour des comptes. Seuls 6 marchés sur les 438 ont une estimation égale au seuil de 30.000 euros HTVA tel que fixé à l'article 92 de la loi du 17 juin 2016 pour les marchés de faible montant.

dans le logiciel Ilias. À la suite de ces différents constats, la Défense a vérifié et corrigé les données reprises dans la liste de ces marchés pour la période 2018-2020.

La Cour recommande de veiller à la qualité des enregistrements dans Ilias et notamment au bon encodage des interventions de l'Inspection des finances, y compris en période d'affaires courantes.

2.2.3 Réglementations appliquées par la Défense

Pour la passation des marchés de maximum 30.000 euros, la Cour des comptes constate, tant en nombre de marchés qu'en montant attribué, une nette prédominance de la réglementation établie par la loi du 17 juin 2016 (secteurs classiques) par rapport à la loi du 13 août 2011 (défense et sécurité).

2.2.4 Modes de passation utilisés

Comme l'illustre le tableau ci-après, les procédures les plus couramment utilisées sont la procédure négociée sans publication préalable et la procédure simplifiée prévue à l'article 92 de la loi du 17 juin 2016 (« marché public de faible montant »). Vu les caractéristiques de ces deux procédures (absence de publication, formalisme réduit, possibilité de négociations), leur fréquente utilisation pour des achats de faible valeur est justifiée.

Procédures de passation utilisées pour les marchés dont l'estimation est inférieure ou égale au seuil de 30.000 euros HTVA de 2018 à 2020, en nombre de marchés

Type de procédure	Montant en euros (HTVA)	Nombre de marchés
2018	2.608.195,00	191
Marché public de faible montant	882.073,00	64
Procédure négociée directe avec publication préalable	26.509,00	1
Procédure négociée sans publication préalable	1.641.613,00	123
Centrale d'achat	58.000,00	3
2019	1.974.235,00	127
Marché public de faible montant	1.079.195,00	78
Procédure négociée sans publication préalable	825.889,00	46
Centrale d'achat	69.151,00	3
2020	1.959.398,00	120
Marché public de faible montant	1.034.512,00	74
Procédure négociée sans publication préalable	896.872,00	44
Centrale d'achat	15.453,00	1
Procédure ouverte	12.561,00	1
Total général	6.541.828,00	438

Source : Cour des comptes sur la base des informations fournies par la Défense (au 11/02/2021)

La liste communiquée par la Défense comportait plusieurs marchés avec une double qualification au niveau procédural dans les différents documents du dossier administratif : à la fois marché de faible montant (article 92 de la loi) et procédure négociée sans publication préalable (article 42 de la loi). Sur le plan juridique, il est impossible d'utiliser ces deux procédures simultanément. En effet, chacune d'elles a ses spécificités. Ainsi, la mise en œuvre d'une procédure négociée sans publication préalable requiert la vérification des motifs d'exclusion obligatoire, ce qui n'a été réalisé dans aucun des dossiers examinés. L'exigence de mention des critères d'attribution n'a pas non plus été respectée dans la plupart des cas⁵.

Concernant les modes de passation utilisés, la Cour recommande à la Défense de qualifier correctement la procédure à mettre en œuvre (soit « marché de faible montant », soit « procédure négociée sans publication préalable »).

2.2.5 Durée des marchés passés

Les contrats ponctuels sont plus fréquents que les marchés pluriannuels durant les trois années examinées. Cette situation, normale, résulte du fait qu'ils ont pour vocation de répondre à des besoins non-récurrents. La Cour des comptes note par ailleurs qu'entre 2018 et 2020 le nombre de contrats ponctuels a diminué, ce qui est le reflet d'une diminution globale des dépenses pour l'ensemble des marchés inférieurs ou égaux à 30.000 euros.

La Cour des comptes observe toutefois la mise en œuvre de plusieurs contrats annuels et pluriannuels à bordereau de prix. Cette pratique est à encourager, car elle permet d'anticiper les besoins à court et moyen terme, encadrant ainsi les prix et les modalités applicables aux besoins futurs, sans engager la Défense par des commandes fermes.

Enfin, douze marchés conclus entre 2018 et 2020 ont une durée « illimitée ». Il apparaît de la description des marchés examinés que cette durée est justifiée, leur objet étant l'acquisition et l'entretien de matériel pendant toute sa durée de vie.

2.2.6 Ordonnateurs et objets des marchés

2.2.6.1 Ordonnateurs

Les compétences d'achat de la Défense sont réparties entre une multitude d'ordonnateurs déterminés par l'arrêté ministériel du 31 juillet 2018. Tant en quantité qu'en volume financier, la majorité des marchés inférieurs ou égaux à 30.000 euros est passée par MRMP, service de la Défense chargé des achats centralisés. Il est suivi par les services 5EMI (5^e Élément médical d'intervention), HMRA (Hôpital militaire reine Astrid) et ERM (École royale militaire).

À la Direction générale des ressources matérielles (DGMR), chaque section traite d'un type de matériel spécifique, impliquant une politique de gestion propre. La majorité des marchés inférieurs ou égaux à 30.000 euros est gérée par MRMP-N, à savoir la section navale. Elle est suivie principalement par MRMP-S (section support), MRMP-L (section terre), MRMP-I (section infrastructure) et MRMP-A (section aéronautique).

⁵ Les références de ces marchés sont : 20GE060, 20GE190, 20GE330, 20GE360, 20GE390, 20GE410, 20GE500, 20GE810, 19GE550, 19GE930, 18NA420, 18NA409, 19GE991, 18GE962.

La Cour recommande d'identifier et d'analyser les politiques d'acquisition spécifiques aux six sections de MRMP afin de détecter de manière plus ciblée les éventuelles lacunes et difficultés.

2.2.6.2 Objets et catégories de marché (familles d'achats)

La liste des marchés met en évidence, dans quelques cas, des objets particulièrement proches. Cependant, d'après l'examen de l'objet, une éventuelle scission artificielle de marché ne pourrait concerner, en toute hypothèse, qu'un nombre insignifiant de cas. Pour les marchés que la Cour des comptes a pu relier à une catégorie, les dépenses les plus importantes portent sur les produits médicaux, le matériel naval et les vêtements de travail.

2.2.7 Contrôles internes et externes des marchés

La Cour des comptes a pu constater un environnement de contrôle relativement développé et des procédures uniformisées et traduites en schémas. Les documents détaillant les procédures à suivre sont mis à disposition des acheteurs. Les activités de contrôle mises en place par la Défense, en particulier la centralisation des contrôles via la section Contrôle administratif et budgétaire de la section BFC (ci-après « BFC-A »)⁶, contribuent activement à diminuer les risques inhérents à la fonction achat.

En ce qui concerne les contrôles a posteriori⁷, la Cour des comptes observe qu'aucun des 191 marchés passés avant l'entrée en vigueur de la circulaire du 21 décembre 2018 n'a fait l'objet d'un tel contrôle par BFC-A en 2019 et 2020. Selon la Défense, cette absence de contrôle résulte de rotation du personnel et du surcroît de travail occasionné par l'entrée en vigueur de cette circulaire. Pour la Cour, une absence complète de contrôle sur une dépense cumulée de 2,6 millions d'euros HTVA constitue un point faible. En réponse à ce constat, communiqué en 2021 en cours d'audit, BFC-A a contrôlé de manière aléatoire les dossiers attribués en 2018-2020⁸.

Durant la période d'application de la circulaire relative aux affaires courantes (de décembre 2018 à octobre 2020)⁹, la Cour observe que la circulaire a été correctement appliquée par la Défense. Seuls 4 marchés sur 183 marchés entre 5.500 euros¹⁰ et 30.000 euros n'ont pas fait l'objet d'un contrôle par BFC-A et par l'Inspection des finances avant leur engagement comptable.

La Cour souligne que la qualité des données fournies initialement par la Défense, et corrigées par la suite, était variable. En effet, dans plusieurs dossiers examinés par la Cour, les organes de contrôle étaient intervenus alors que les listes initialement remises par la Défense indiquaient le contraire.

⁶ Il s'agit d'un service spécifique qui assure le contrôle administratif et budgétaire interne des dossiers devant être soumis à l'Inspection des finances.

⁷ Pour les marchés inférieurs à 30.000 euros, la section BFC-A effectue un contrôle a posteriori et aléatoire des marchés de l'année X en l'année X+1.

⁸ Courriel de MRMP du 1^{er} avril 2022 ayant pour objet le contrôle a posteriori exécuté en 2021 sur les marchés de faible montant passés durant la période hors affaires courantes.

⁹ Vu l'application de la circulaire du 21 décembre 2018, les contrôles a posteriori de BFC-A ont été suspendus en accord avec l'Inspection des finances.

¹⁰ Seuil établi par la circulaire du 21 décembre 2018 relative aux affaires courantes. En vertu de cette circulaire, tout marché d'une estimation égale ou supérieure à 5.500 euros HTVA passé entre le 21 décembre 2018 et le 1^{er} octobre 2020 devait faire l'objet d'une approbation par l'Inspection des finances avant son engagement.

Sur ce point, la Cour réitère sa recommandation de veiller à la qualité des enregistrements dans l'outil de gestion budgétaire de la Défense, Ilias et notamment au bon encodage des interventions de l'Inspection des finances, y compris en période d'affaires courantes.

2.3 Sélection de marchés de maximum 30.000 euros

2.3.1 Méthode de sélection

Dans une première phase, la Cour des comptes a sélectionné aléatoirement 17 marchés dans la liste des marchés publics de maximum 30.000 euros en veillant à une diversité de montants. Sur ces 17 marchés, 10 ont une estimation supérieure au seuil de 5.500 euros HTVA fixé par la circulaire. Un critère de diversité a également été recherché quant à la réglementation applicable¹¹, la durée d'exécution¹², l'objet¹³ et l'année de passation¹⁴.

Dans une seconde phase, 13 autres marchés ont été sélectionnés selon la méthode dite du sondage par unité monétaire (*monetary unit sampling* - MUS) pour renforcer l'assise des résultats de l'audit. Un échantillon de 30 marchés inférieurs ou égaux à 30.000 euros a ainsi été examiné par la Cour, pour un total de 511.784 euros. Malgré le caractère aléatoire de la sélection, 12 des 30 marchés ont été passés par le 5^e Élément médical d'intervention (5EMI)¹⁵.

2.3.2 Points de contrôle

Les dossiers ont été examinés sous l'angle du respect des principes généraux applicables aux marchés publics : concurrence, égalité et non-discrimination, transparence, proportionnalité, forfait et modalités de paiement, règles d'estimation et interdiction de scission de marché. La Cour des comptes a également vérifié la mise en œuvre des processus de contrôle et d'approbation.

2.3.2.1 Principe de concurrence

Pour les marchés de faible montant, les adjudicateurs doivent faire jouer la concurrence, notamment en consultant les conditions de plusieurs opérateurs économiques. Les preuves d'une telle consultation doivent être jointes au dossier administratif. À titre exceptionnel, une absence de mise en concurrence, par exemple pour cause de monopole, peut se justifier.

¹¹ Ainsi, 13 sont régis par la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, 4 autres par la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité.

¹² Parmi les marchés, 4 ont une durée d'un an, 5 sont pluriannuels avec une durée limitée, 6 autres ont été passés par la Défense pour répondre à des besoins ponctuels. Enfin, 2 ont une durée illimitée.

¹³ Dans la sélection, on compte notamment 7 marchés qui correspondent à du matériel médical et des produits pharmaceutiques, 2 à des fumigènes de détresse et 4 non catégorisés par l'équipe d'audit.

¹⁴ Une majorité des marchés sélectionnés datent de 2020, 3 de 2019 et 2 de 2018. Cette répartition s'explique par le processus de digitalisation des documents justificatifs qu'ont connus MRMP et BFC-A : seuls les marchés de 2020 étaient complètement digitalisés et accessibles sur les plates-formes Procstore et Ilias. Pour information, Procstore est un outil Sharepoint de la section MRMP pour la rédaction, le partage et l'archivage des documents de marché. Ilias est l'outil de gestion budgétaire utilisé par la Direction générale Budget et Finances de la Défense, en parallèle de la plate-forme Fedcom mise en place et gérée par le Service public fédéral Stratégie et Appui.

¹⁵ Les marchés inférieurs ou égaux à 30.000 euros passés par cet ordonnateur représentent 15 % du nombre total de marchés repris dans la liste de la Défense, soit 1.191.855,00 euros.

Totalité de la sélection

Seuls 15 des 30 marchés sélectionnés ont fait l'objet d'une mise en concurrence. De plus, un marché a été exécuté sur base d'un contrat conclu via la *NATO Support and Procurement Organisation* (NSPA), organisation chargée des marchés dépendant de l'OTAN. Ce dernier n'a donc pas nécessité une procédure de passation spécifique.

Pour les 14 autres marchés, l'absence d'une mise en concurrence résulte d'un supposé monopole de l'adjudicataire ; 2 d'entre eux ont été attribués sur la base de données de procédures antérieures. C'est le cas du marché 19ST193 (achat de vêtements de représentation, de sacs de voyage et de sacs à dos pour l'équipe nationale militaire) où la Défense n'a consulté que l'adjudicataire du marché précédent afin d'obtenir des fournitures identiques. C'est également le cas du marché 20LA322 (Signal Day & Night) : le service d'achat a justifié l'octroi du marché à l'adjudicataire sur la base des documents de passation d'un autre marché, passé deux mois plus tôt.

Dans la plupart des cas, le monopole était justifié au moyen d'une « attestation d'exclusivité » remise par l'adjudicataire. Sans constituer une preuve d'exclusivité, une telle attestation est un indice important pour l'établir. La production de cette attestation est donc une bonne pratique à compléter par une vérification périodique de sa pertinence, le cas échéant de manière aléatoire.

Spécificités des marchés liés au secteur de la santé

Sur les 14 marchés qui n'ont pas fait l'objet d'une mise en concurrence, 10 sont liés au secteur médical et pharmaceutique. Pour cette dernière catégorie de marchés¹⁶, la Défense exprime la difficulté de concilier les exigences de la réglementation relative aux marchés publics avec les spécificités du secteur médical. Outre les brevets et les exclusivités de distribution, la Défense met notamment en avant la liberté thérapeutique, le principe *evidence based medicine*¹⁷, les exigences d'interopérabilité et les nécessités liées à l'utilisation et à la formation.

En pratique, les besoins médicaux sont analysés au sein de la composante médicale par des médecins : ils recherchent l'unanimité quant au choix du produit. Ils sont invités à exprimer au mieux leurs exigences afin que le besoin soit correctement décrit dans la demande d'achat.

Par exemple, dans le cadre du dossier 20GE390 (acquisition de deux défibrillateurs), du matériel intentionnellement identique à celui acquis antérieurement a été acheté. S'agissant d'un appareil spécifique conçu pour une utilisation militaire dans le cadre d'un déploiement en zone d'opérations, les agents ne sont pas en mesure de gérer une diversité de matériel. Il en va de même pour l'achat de colle d'étanchéité crânienne. Des produits alternatifs existent, mais la Défense utilise déjà cet article pour l'appui médical opérationnel et dispose d'un personnel formé à cette technique. Sa priorité est la maîtrise par son personnel d'une seule technique, pour une action rapide et sécurisée.

¹⁶ Au-delà de la sélection opérée pour l'audit, et sur la base des données globales communiquées par la Défense, le secteur médical et pharmaceutique représente un total d'au moins 1.491.093,00 euros, de 2018 à 2020, en marchés inférieurs ou égaux à 30.000 euros.

¹⁷ Ce principe traduit le poids de la littérature scientifique à l'heure de sélectionner des produits et méthodes à utiliser par le corps médical.

La Cour ne dispose pas des compétences médicales permettant d'infirmier ou de confirmer les motifs avancés. Elle estime cependant suffisamment convaincants les éléments avancés pour justifier l'achat d'un matériel identique dans les deux marchés précités.

En revanche, concernant le dossier 18GE962 (fourniture de produits pharmaceutiques de type nucléaire (CBRN)), la Défense n'a consulté qu'un seul opérateur, et ce, sans fournir de justification ni d'attestation d'exclusivité.

Pareillement, la Défense a attribué le marché d'oxymètres de pouls (marché 19GE991) à l'adjudicataire du marché précédent, en invoquant l'existence d'une exclusivité d'importation et de commercialisation de ce produit en Belgique ainsi que le caractère urgent de l'achat pour garantir un approvisionnement continu. Aucune justification particulière n'est jointe au dossier à ce sujet. Or, le dossier révèle qu'il existe des alternatives à moindre coût, même au sein de la gamme.

Enfin, l'attestation d'exclusivité jointe au dossier 20GE410 (contrat de maintenance pour un chromatographe) mentionne une exigence de certification de la part du fabricant pour l'installation, la réparation ou la maintenance de ces équipements. Or, cette exigence ne rend pas impossible une réelle mise en concurrence, comme en témoigne l'offre de services disponible sur le marché. La Défense a estimé qu'il était préférable de faire entretenir ces appareils par le fabricant, dans un souci de continuité.

En conclusion, la Cour rappelle que l'ensemble des équipements médicaux et des produits pharmaceutiques et à usage médical¹⁸ sont visés par l'exigence de mise en concurrence. Cette exigence se traduit, entre autres, par une consultation du marché. Par conséquent, la Cour invite la Défense à s'y conformer dès que possible. Si la liberté thérapeutique doit évidemment être préservée, celle-ci ne peut justifier l'absence d'une mise en concurrence des fournitures médicales lorsque cela est possible¹⁹.

Concernant le principe de concurrence, la Cour adresse à la Défense la recommandation suivante : dès le début du processus de concertation, inviter les médecins chargés de la description des exigences à prospecter le marché, avec le soutien du service achat compétent, pour connaître les capacités du secteur à répondre au besoin et remettre en question, le cas échéant, la réponse au besoin ; conserver la preuve de cette prospection dans les dossiers administratifs ; lorsque la nécessité d'utiliser un matériel identique est démontrée, chercher des distributeurs alternatifs au lieu de consulter uniquement le fournisseur historique ; vérifier périodiquement la pertinence des attestations d'exclusivité, le cas échéant de manière aléatoire.

¹⁸ Le vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV) vise dans la classe 330 les «matériels médicaux, pharmaceutiques et produits de soins personnels» (Règlement (CE) 213/2008 du 28 novembre 2008), par exemple les sérums, antisérums, vaccins, hormones, stéroïdes, vitamines, antibiotiques, contraceptifs, préparations pharmaceutiques, spécialités pharmaceutiques, solutions, réactifs, produits de contraste, produits à usage clinique, etc.

¹⁹ Cour de justice de l'Union européenne, arrêt C-328/92 du 3 mai 1994, Commission européenne/Espagne, <https://curia.europa.eu>.

2.3.2.2 Principe d'égalité et de non-discrimination

Les adjudicateurs ont l'obligation de traiter les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination²⁰. Dans 6 des 15 dossiers qui ont fait l'objet d'une mise en concurrence, la Défense n'a pas respecté ce principe.

Lors de l'appel à manifestation d'intérêt relatif au marché 20LA320 (acquisition de *Detonating Cord Connectors* pour «breaching»), la Défense n'a pas imposé le même délai de réponse aux différents opérateurs. Ceux-ci ne disposaient que de deux jours ouvrables après avoir reçu l'invitation, alors que l'adjudicataire ne s'est pas vu imposer un tel délai. Au final, seul l'adjudicataire a transmis une offre, plus de quinze jours plus tard. La Défense estime qu'il n'existe aucune règle stricte pour la demande d'information dans le cadre d'une prospection.

Pour la Cour des comptes, lorsque la Défense demande à des opérateurs de manifester leur intérêt dans le cadre de la prospection, ces opérateurs économiques doivent être traités dans le strict respect du principe d'égalité et donc recevoir un délai de réponse identique²¹.

Concernant le marché 19GE930 (acquisition d'articles de dentisterie), la Cour constate que le marché a été attribué au soumissionnaire ayant remis l'offre la plus complète par rapport à l'inventaire initial, sans que les prix ou le délai de livraison soient pris en compte. La Défense explique ce choix par deux éléments : il s'agissait d'un achat-pont pour éviter des ruptures de stock ; les articles manquants ont été achetés via la procédure des achats locaux.

La Cour des comptes relève que le rapport d'attribution ne mentionne pas le délai de livraison. Or, les deux soumissionnaires évincés ont communiqué un délai beaucoup plus compétitif (2 jours contre 60 pour l'adjudicataire). Interrogée par la Cour, la Défense explique que, selon son expérience, le délai d'exécution renseigné dans l'offre de l'adjudicataire ne correspond pas au délai réel de livraison (inférieur à 60 jours).

Pour la Cour des comptes, assurer la continuité des approvisionnements est un objectif légitime, mais qui peut être atteint par une meilleure planification du renouvellement du marché initial ou via une clause de réexamen insérée dans le cahier spécial des charges de ce marché initial. À défaut, lorsqu'un « marché-pont » est organisé, on ne peut admettre, en l'absence d'une offre totalement complète et lorsqu'une solution alternative existe pour les produits non fournis, que des éléments essentiels comme le prix et le délai de livraison ne soient pas pris en compte. Par ailleurs, seul le délai proposé dans les offres doit être pris en compte et non le délai supposé en vertu d'expériences antérieures. Enfin, vu la procédure de passation, un allotissement du marché aurait permis à la Défense d'avoir directement des fournisseurs pour chaque article de son inventaire sans nécessité de relancer de nouvelles procédures.

Dans les dossiers 18NA420 et 19NA806 relatifs à des cordages, des offres ont été écartées pour des non-conformités liées à leurs conditions de livraison alors que l'offre de l'adjudicataire comprend elle-même une non-conformité, à savoir une réserve expresse sur son délai d'engagement

²⁰ Articles 4 de la loi du 17 juin 2016 et 5 de la loi du 13 août 2011.

²¹ En cas de marché de faible montant, le Conseil d'État précise que les principes d'égalité et de transparence imposent au pouvoir adjudicateur, lorsque celui-ci procède à des négociations, de mener celles-ci dans le strict respect de l'égalité « procédurale » entre les soumissionnaires, ce qui implique, entre autres choses, que chacun de ceux-ci reçoive les mêmes informations utiles à l'élaboration et à l'amélioration de son offre et doive avoir les mêmes possibilités d'améliorer son offre (Conseil d'État, arrêt n° 243.438 du 18 janvier 2019, www.raadvst-consetat.be).

(60 jours alors que la demande de prix prévoit un minimum de 90 jours). Cette offre n'a pas été écartée et l'adjudicataire a eu la possibilité de la régulariser à la demande de la Défense. La Cour des comptes observe que le non-respect des exigences de la Défense entraîne des conséquences différentes dans le chef des soumissionnaires. De plus, la possibilité de négocier ou de clarifier les offres n'a été octroyée qu'à un soumissionnaire au lieu d'être ouverte à tous en vue d'obtenir la meilleure offre (ici, celle du concurrent écarté).

Dans plusieurs dossiers, le formulaire de remise de prix reprend sous les spécifications techniques un volet intitulé « partie connue » et « nom du fabricant ». La Défense estime qu'il s'agit d'éléments répertoriés à titre purement informatif. Pour la Cour des comptes, ce caractère informatif doit être mentionné explicitement, en précisant qu'il s'agit du fabricant des produits actuellement utilisés. En effet, la formulation actuelle laisse à penser qu'il s'agit du produit à fournir obligatoirement. Dans deux autres dossiers²², les marques exigées figurent expressément dans l'inventaire des besoins et non à titre d'exemple.

La Cour des comptes rappelle que la mention de marques est de nature à restreindre la concurrence par son caractère discriminatoire à l'encontre des fournisseurs d'un matériel d'une marque différente.

Concernant le principe d'égalité et de non-discrimination, la Cour adresse à la Défense la recommandation suivante : octroyer à tous les opérateurs économiques le même délai pour introduire une offre ou manifester leur intérêt au stade de la prospection ; éviter d'exiger des marques spécifiques ou, à défaut, en motiver l'absolue nécessité (si la Défense souhaite indiquer les produits actuellement utilisés, modifier le formulaire de remise de prix standard en précisant qu'il s'agit d'une mention purement informative) ; faire usage de la possibilité de négocier ou de clarifier les offres, dans le respect du principe d'égalité, afin d'obtenir un résultat plus intéressant pour la Défense ; en cas de besoins diversifiés, allouer le marché par famille d'articles afin de disposer d'un fournisseur pour chaque article à l'issue de la procédure de passation.

2.3.2.3 Principe de transparence

Ce principe se traduit dans le chef de l'adjudicateur par l'obligation de rédiger des documents retraçant fidèlement les différentes étapes du processus de passation et de l'exécution du marché et, dans certains cas, de les communiquer aux tiers.

La Cour des comptes observe de bonnes pratiques, telles que l'archivage des mails d'invitation à soumissionner, la rédaction de cahiers spéciaux des charges simplifiés en cas de marchés de faible montant relativement complexes, l'établissement de rapports d'attribution, la communication d'un courrier d'attribution à l'adjudicataire choisi.

Néanmoins, la Cour a constaté que le rapport d'attribution est parfois incomplet (absence de mention du prix d'attribution du marché²³, absence de mention d'une attribution sur la base du mono-

²² Dossier 19NA812 relatif à des filtres pour l'air conditionné et dossier 18NA409 relatif à des machines à laver et sèche-linge professionnels. Dans ce dernier cas, l'offre présentant une marque alternative a été déclarée « non conforme à une disposition non essentielle du cahier des charges » et n'a donc pas été écartée sur cette base. Si l'exigence d'une marque a pu empêcher les autres opérateurs économiques de remettre une offre, l'opérateur qui a malgré tout proposé une alternative n'a donc pas été impacté par cette exigence.

²³ Marché public 20GE500 (acquisition de produits de grimage).

pole²⁴, mention des prix sans indication des corrections y apportées²⁵) ou s'écarte de la réalité (mention de l'introduction de plusieurs offres ou d'un prix conforme au marché, à tort²⁶). Selon la Défense, il s'agit dans certains cas d'erreurs matérielles résultant de copier-coller malheureux. Dans deux dossiers²⁷, des offres sont déclarées non conformes sans explications ou moyennant un motif a priori peu intelligible et non vérifiable. Au cours de l'audit, la Défense a fourni les explications et pièces justificatives adéquates à ce propos. Elle admet que, à l'avenir, les motifs de non-conformité devraient être mieux précisés dans le rapport d'attribution.

Enfin, sauf exception, aucun courrier ou mail n'est envoyé aux opérateurs évincés pour leur communiquer la décision d'attribution.

Concernant le principe de transparence, la Cour adresse à la Défense la recommandation suivante : poursuivre les bonnes pratiques constatées en termes de transparence et mieux préciser les motifs de non-conformité dans le rapport d'attribution ; communiquer d'initiative par courriel aux opérateurs évincés la décision d'attribution, même en l'absence d'obligation légale et dans l'optique d'assurer une meilleure qualité des futures mises en concurrence (cette communication ne devrait pas augmenter sensiblement la charge de travail puisque le rapport d'attribution est déjà établi).

2.3.2.4 Principe de proportionnalité

Ce principe oblige l'adjudicateur à déterminer de manière adaptée aux spécificités et à la complexité du marché les clauses essentielles de passation et d'exécution telles que le délai de remise des offres, les critères d'attribution ou encore les exigences techniques. La Cour des comptes n'a pas constaté d'irrégularité en lien avec ce principe dans les marchés inférieurs ou égaux à 30.000 euros.

2.3.2.5 Principe du forfait

Ce principe²⁸ implique que les prix unitaires ou globaux liés à l'exécution du marché soient connus des parties avant l'attribution et l'exécution du marché, sous réserve d'une possible révision de prix. Les factures présentes dans les dossiers correspondaient aux offres. En règle générale, la Défense a respecté le principe du forfait dans la passation des marchés publics inférieurs ou égaux à 30.000 euros. Dans deux cas, toutefois, ce principe n'a pas été respecté.

- Dossier 19GE550 (acquisition de produits pharmaceutiques) : une révision de prix est autorisée par la Défense sans mention d'une formule encadrant une potentielle augmentation des prix.
- Dossier 20GE410 (maintenance d'un chromatographe en phase liquide) : alors que le marché a une durée indéterminée, il est prévu qu'en 2024 une nouvelle demande de prix soit envoyée à l'adjudicataire en vue de la prolongation du contrat. De plus, le marché comporte une seconde partie dite « à bordereau de prix » pour l'entretien correctif non prévu. Le soumissionnaire indique des prix, mais précise que « *[c]es prix sont non-tarifaires et seront définis dans un devis fait par la firme, au moment opportun* ». Pour la Cour des comptes, ce manque d'encadrement méconnaît le principe du forfait.

²⁴ Marché public 18LA310 (acquisition de munitions pour le FN-303 (arme non létale)).

²⁵ Marché public 19GE930 (achat de matériel de dentisterie).

²⁶ Marché public 20LA320 (acquisition de *Detonating Cord Connectors*).

²⁷ Marchés publics 18NA420 et 19NA806 relatifs à des cordages.

²⁸ Articles 9 de la loi du 17 juin 2016 et 7 de la loi du 13 août 2011.

Dans le prolongement du principe du forfait, la Cour des comptes relève que, dans le dossier 20GE390 (acquisition de deux défibrillateurs), l'offre est accompagnée d'un document type de la Défense. Il s'agit d'un « tableau de conformité » portant sur les garanties, l'installation et l'entretien du matériel, etc. Il énonce une série d'exigences de la Défense dans une colonne et les commentaires du soumissionnaire et son accord (ou non) dans une autre. Simplifiable dans sa forme, ce document permet d'informer directement le soumissionnaire de ses obligations et de marquer expressément son consentement sur une série d'exigences contractuelles. Cette bonne pratique est de nature à améliorer la sécurité juridique et la bonne exécution du contrat.

Concernant le principe du forfait, la Cour des comptes adresse à la Défense la recommandation suivante : pour les marchés pluriannuels, encadrer les éventuelles évolutions de prix en fixant les paramètres avant l'attribution du marché ; pour les contrats d'entretien, solliciter dans le contrat initial un encadrement des prestations futures au moyen soit d'un pourcentage de réduction sur le catalogue pour les prestations hors inventaire soit d'un taux horaire et d'une marge définis pour ces prestations.

2.3.2.6 Estimation et scission de marché

L'estimation du montant du marché lors du lancement de la procédure détermine les règles qui lui sont applicables.

Des contrats inférieurs à 30.000 euros portant sur des objets similaires se répètent régulièrement, chaque année ou tous les deux ans. Souvent, ils ont le même adjudicataire.

Une telle pratique n'est pas nécessairement irrégulière pour autant que les règles d'estimation soient respectées. Le seuil de 30.000 euros s'apprécie en effet sur une base annuelle, de sorte qu'il est possible de lancer un marché chaque année pour un besoin identique. En revanche, pour la Cour des comptes, cette pratique peut s'avérer défavorable en termes de gestion et d'efficacité.

Le caractère récurrent découle en premier lieu des informations figurant dans les dossiers administratifs (notamment la demande d'accord préalable, lorsque le besoin est décrit et motivé), en second lieu de l'existence d'autres marchés avec des objets similaires et, enfin, de la nature intrinsèque de certains services ou fournitures : par exemple, par nature, l'achat de munitions est un besoin récurrent, les prestations de maintenance s'inscrivent dans la durée, etc.

Sur les 30 marchés de la sélection, 18 présentent un caractère récurrent (cordages, fumigènes de détresse, munitions, vêtements de sport, maintenance de chromatographe, produits de grimage, colle d'étanchéité crânienne, matériel de dentisterie, spécialités pharmaceutiques, défibrillateurs, etc.). Parmi ceux-ci, 10 concernent du matériel ou des produits pharmaceutiques/médicaux destinés pour l'essentiel au 5^e Élément médical d'intervention (5EMI). La Défense invoque cinq motifs pour expliquer l'absence de regroupement des besoins médicaux dans des marchés plus importants et pluriannuels :

- Une approche graduelle, des appareils étant d'abord testés en nombre réduit²⁹ ;

²⁹ Par exemple, pour les défibrillateurs, des modules opérationnels d'appui médical se sont ajoutés au fur et à mesure de la mise en place de nouvelles capacités. Les différents appareils médicaux ont d'abord été testés en théâtre, d'où un achat préliminaire en nombre réduit. La Défense estime que d'ici 2026, la création de cinq modules Sort supplémentaires au sein de la composante médicale permettra un achat d'échelle via la division des marchés publics (MRMP).

- La fluctuation du besoin, la Défense ne pouvant se projeter dans l'avenir pour certaines fournitures en plus grande quantité ;
- La limitation des capacités de stockage impliquant de travailler en flux tendu ;
- L'absence de perspective stable au niveau budgétaire pour correctement passer les marchés publics médicaux, l'enveloppe insuffisante imposant parfois de choisir quel matériel privilégier et de réaliser des marchés de « soudure » ;
- Le manque de personnel qualifié en marchés publics au sein du 5EMI.

Pour compléter son analyse, la Cour a examiné la liste de tous les marchés de moins de 30.000 euros. Il en ressort que le nombre de fournisseurs ayant obtenu des contrats pour plus de 30.000 euros durant une même année (soit 31 fournisseurs) tend à diminuer (18 en 2018, 9 en 2019 et 4 en 2020) et que seuls deux cas de scission semblent avérés³⁰. Dans un seul cas, la scission des marchés a entraîné l'absence de consultation d'un organe de contrôle³¹.

Par contre, l'examen d'un dossier³² a permis de constater que la directive relative au contrôle administratif et budgétaire DGBF-SPS-ABFCTL-CXXX-001 prévoit que ce contrôle est effectué sur la base de la valeur de la modification (ou de la valeur cumulée des modifications) et non de la somme de cette valeur et du montant initial³³. Il en résulte qu'il est possible de quasiment doubler le montant d'un marché sans devoir passer par l'organe de contrôle. Une telle possibilité, estime la Cour des comptes, est susceptible de porter atteinte aux principes de bonne gestion qui sont à l'origine du contrôle administratif et budgétaire.

Concernant l'estimation et la scission de marché, la Cour des comptes adresse à la Défense la recommandation suivante : prévoir, pour les besoins récurrents, des marchés pluriannuels en quantité présumée avec possibilité de résilier chaque année si le besoin venait à disparaître ; investiguer la possibilité de regrouper en un seul marché les besoins relevant des mêmes familles d'achat³⁴ ; rechercher activement des collaborations avec des adjudicateurs ayant des besoins similaires, notamment dans le domaine médical, afin de participer à des centrales d'achat ; adapter la directive relative au contrôle administratif et budgétaire DGBF-SPS-ABFCTL-CXXX-001 afin que soient pris en compte non seulement le montant de la modification, mais aussi le montant initial du marché pour déterminer le seuil d'intervention de BFC-A et de l'Inspection des finances.

2.3.2.7 Respect du processus de contrôle et d'approbation

Pour les 30 marchés de la sélection, la Cour des comptes observe que les services d'achat de la Défense (MRMP et les ordonnateurs décentralisés) ont suivi la procédure d'achat, à savoir qu'ils

³⁰ L'examen de la Cour des comptes ne peut prétendre à l'exhaustivité dans la mesure où seule la liste des marchés ne dépassant pas 30.000 euros a été examinée et non celle des marchés d'un montant supérieur. De plus, hormis pour la sélection des 30 marchés dont les dossiers ont été complètement analysés, seuls les intitulés et les années de passation des marchés ont été examinés et non les documents y relatifs. Or, ces intitulés s'avèrent parfois laconiques et peu intelligibles.

³¹ Dossiers 20LA319 et 20LA322 (acquisition de Signal Day and Night).

³² Dossier 19ST193 (acquisition de vêtements et de sacs de présentation). Ce marché vise des commandes complémentaires passées sur la base des marchés 18ST193 et 18ST194 et dans les mêmes conditions. Ceux-ci ont été conclus pour un montant total de 29.301 euros HTVA.

³³ La directive susvisée établit, en ce qui concerne le montant des modifications, les seuils de 31.000 euros pour BFC-A et 67.000 euros pour l'Inspection des finances.

³⁴ Pour la Cour des comptes, il existe des possibilités de regrouper certains besoins des catégories « Produits pharmaceutiques et médicaux » (1.491.093 euros) et « Vêtements de travail et accessoires » (272.110,00 euros).

ont rédigé les demandes officielles nécessaires à la passation de ces marchés. Cette procédure a été suivie pour chacun des 30 marchés, malgré l'urgence de certains dossiers.

Enfin, la Cour des comptes n'a constaté aucune irrégularité dans l'approbation des demandes et des décisions d'attribution, celles-ci ayant bien été effectuées par les ordonnateurs compétents³⁵.

2.4 Recommandations

Le tableau ci-dessous reprend l'ensemble des recommandations formulées dans le chapitre 2 consacré à l'examen des marchés inférieurs ou égaux à 30.000 euros HTVA.

Thématiques	Recommandations	Destinataires
Marchés inférieurs ou égaux à 30.000 euros		
Qualité du rapportage	1 Veiller à la qualité des enregistrements dans Ilias et notamment au bon encodage des interventions de l'Inspection des finances, y compris en période d'affaires courantes	Défense
Mode de passation	2 Qualifier correctement la procédure à mettre en œuvre, soit « marché de faible montant », soit « procédure négociée sans publication préalable »	Défense
Ordonnateurs	3 Identifier et analyser chacune des politiques d'acquisition spécifiques aux différentes sections de MRMP afin de détecter les éventuelles lacunes et difficultés de manière plus ciblée	Défense
Principe de concurrence	4 Lorsque la nécessité d'utiliser le même matériel est démontrée, chercher des distributeurs alternatifs au lieu de consulter uniquement le fournisseur historique	Défense
	5 Vérifier périodiquement la pertinence des attestations d'exclusivité, le cas échéant de manière aléatoire	Défense

³⁵ Arrêté ministériel du 31 juillet 2018 portant délégations de pouvoir par le ministre de la Défense en matière de passation et d'exécution des marchés publics et des contrats de concessions, en matière d'aliénation et en matière de dépenses diverses.

Principe d'égalité	6 Octroyer à tous les opérateurs économiques le même délai pour introduire une offre ou manifester leur intérêt au stade de la prospection	Défense
	7 Éviter d'exiger des marques spécifiques ou, à défaut, en motiver l'absolue nécessité (si la Défense souhaite indiquer les produits actuellement utilisés, modifier le formulaire de remise de prix standard en précisant qu'il s'agit d'une mention purement informative)	Défense
	8 Faire usage de la possibilité de négocier ou de clarifier les offres, dans le respect du principe d'égalité, afin d'obtenir un résultat plus intéressant pour la Défense	Défense
	9 En cas de besoins diversifiés, allouer le marché par famille d'articles afin de disposer d'un fournisseur pour chaque article à l'issue de la procédure de passation	Défense
Principe du forfait	10 Pour les marchés pluriannuels, encadrer les éventuelles évolutions de prix en fixant les paramètres avant l'attribution du marché	Défense
	11 Pour les contrats d'entretien, solliciter dans le contrat initial un encadrement des prestations futures au moyen soit d'un pourcentage de réduction sur le catalogue pour les prestations hors inventaire soit d'un taux horaire et d'une marge définis pour ces prestations	Défense
Estimation et scission de marché	12 Prévoir, pour les besoins récurrents, des marchés pluriannuels en quantité présumée avec possibilité de résilier chaque année si le besoin venait à disparaître	Défense
	13 Investiguer la possibilité de regrouper en un seul marché les besoins relevant des mêmes familles d'achat	Défense
	14 Rechercher activement des collaborations avec des adjudicateurs ayant des besoins similaires, notamment dans le domaine médical, afin de participer à des centrales d'achat	Défense
	15 Adapter la directive relative au contrôle administratif et budgétaire DGBF-SPS-ABFCTL-CXXX-001 afin que soient pris en compte non seulement le montant de la modification, mais aussi le montant initial du marché pour déterminer le seuil d'intervention de BFC-A et de l'Inspection des finances	Défense

Chapitre 3

Marchés supérieurs à 30.000 euros

3.1 Méthode de sélection

Dans la liste des marchés supérieurs à 30.000 euros passés par la Défense au cours de la période 2018-2020, la Cour des comptes en a sélectionné aléatoirement vingt en fonction des critères suivants : importance budgétaire, type de marché, année d'attribution et réglementation applicable³⁶.

Les marchés ayant déjà fait l'objet d'un audit par la Cour ainsi que les quatre marchés exceptionnels de plusieurs milliards (les avions de combat F-35, les frégates, les chasseurs de mines et les véhicules blindés Griffon et Jaguar) ont été soustraits de la sélection. Celle-ci s'est donc opérée sur des marchés dont les montants oscillent entre 30.000 euros et 300 millions d'euros HTVA.

Ces vingt marchés représentent un montant total de 529 millions d'euros dont 407 millions passés en application de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité.

3.2 Préparation du marché

3.2.1 Identification du besoin

Tous les marchés examinés ont fait l'objet d'une préparation par les gestionnaires de matériel, résumée dans les demandes d'achat (DA). Ces DA mentionnent les antécédents du dossier, l'expertise du service dirigeant et la prospection réalisée, autant d'éléments primordiaux pour assurer une bonne rédaction des documents de marché.

La Cour relève une bonne pratique qui consiste à envisager, pour les investissements, de manière quasi systématique le coût du cycle de vie dans son approche et dans son évaluation des offres.

Pour le marché 19CSCo2 (services postaux), la Défense exige que les opérateurs détiennent une licence octroyée par l'IBPT³⁷. Un soumissionnaire ne détenant pas en son nom une telle licence a souhaité faire valoir, via la sous-traitance, la capacité d'un autre opérateur. Il a ainsi joint à son offre une convention de collaboration et des attestations de bonne exécution. Son offre a pourtant été déclarée irrégulière au motif que ce soumissionnaire ne disposait pas personnellement de cette licence. Or, le recours à la capacité d'un tiers pour exécuter le marché est permis par la réglementation. La décision d'écarter ce soumissionnaire s'avère donc illégale et l'exigence de disposer personnellement d'une licence ne correspond pas au besoin objectif de la Défense.

³⁶ La Cour des comptes a opté pour une répartition égale du nombre de marchés entre les secteurs classiques et les secteurs de la défense et de la sécurité.

³⁷ Institut belge des services postaux et des télécommunications.

Pour le marché 20SM140 (achat et livraison de carburants pour les avions et hélicoptères), un seul opérateur, déjà adjudicataire du précédent marché, a soumissionné malgré l'existence de plusieurs soumissionnaires potentiels. L'un de ceux-ci évoque l'impossibilité de répondre aux exigences établies pour les carburants à livrer et les services demandés.

Concernant l'identification du besoin, la Cour adresse à la Défense la recommandation suivante : réaliser une étude approfondie du secteur, des possibilités d'allotissement et de son propre besoin afin de réduire ou de lever les obstacles à une réelle mise en concurrence.

3.2.2 Estimation

Pour chaque marché de la sélection, l'estimation du montant a été réalisée dans le respect des dispositions légales. La Cour des comptes estime toutefois que certains usages, sans être illégaux, manquent de transparence envers les organes de contrôle et d'approbation quant à l'ampleur réelle des marchés.

D'une part, pour plusieurs marchés³⁸, le cahier des charges prévoit une clause de prolongation potentielle d'une durée de 6 à 12 mois selon le cas pour éviter toute rupture d'approvisionnement (transition avec le marché public suivant). Or, cette prolongation n'est mentionnée ni dans la demande d'achat (DA) ni dans la demande d'accord préalable (DAP) : la durée et l'estimation du montant du marché ne prennent pas en compte cette prolongation.

D'autre part, les montants à engager pour la maintenance des véhicules à acquérir dans le cadre des marchés 19LP101³⁹, 18LP302⁴⁰ et 20ST638⁴¹ sont limités, dans la DAP, aux premières années d'exécution des marchés alors que les contrats conclus et le besoin en maintenance courent sur des périodes beaucoup plus longues. Ainsi, la DAP du marché 19LP101 (camions) ne mentionne les frais que pour quatre ans, comme l'y autorise la législation⁴². Certes, une faculté de résiliation anticipée dans le chef des deux parties est prévue dans le cahier des charges. En pratique, elle est cependant impossible à mettre en œuvre. En effet, dans sa demande d'achat (DA)⁴³, la Défense précise que « le constructeur (y compris ses sous-traitants) est le seul à pouvoir assurer la maintenabilité des véhicules », et qu'il s'agit d'une « situation monopolistique pour la plus grande partie des pièces de rechange ». La durée réelle du marché (entre 15 et 35 ans) est donc largement supérieure à quatre ans. La demande d'accord préalable (DAP) devrait refléter cette situation dans ses prévisions financières.

La DAP est un document interne qui joue un rôle primordial. Après approbation par l'ordonnateur compétent, ce document vise à lancer le marché. Pour la Cour des comptes, omettre dans ce document les clauses de prolongation ou l'estimation des coûts et de la durée raisonnablement

³⁸ 20SM140, 19CSC02, 18LA3SAA, 18LA3IFS, 19ST210 et 20IS220.

³⁹ Acquisition et maintenance de 636 camions légers et 243 camions lourds.

⁴⁰ Acquisition et maintenance de 322 véhicules de commandement et de liaison.

⁴¹ Achat ponctuel de deux remorques avec *Explosion Containment Bin*, couplé à un marché pluriannuel à bordereau de prix pour la durée de vie du matériel relatif à l'entretien et à la livraison d'ensembles, de pièces de rechange, d'accessoires et de consommables au profit de la Défense.

⁴² Cette estimation basée sur les quatre premières années découle de l'application de l'article 27, 2°, de l'arrêté royal du 23 janvier 2012. Cette disposition établit qu'en cas de marché à durée indéterminée, « l'estimation des marchés de fournitures [...] se détermine [...] en se fondant sur la valeur mensuelle estimée du marché multipliée par quarante-huit ».

⁴³ Demande d'achat n° 9A8S1, p. 3.

prévisible constitue un défaut de transparence envers les organes de contrôle et d'approbation tels que l'Inspection des finances et le conseil des ministres.

Par ailleurs, dans deux cas, les estimations se sont révélées significativement plus élevées ou plus basses que le montant attribué.

- Dans le marché 19IP810 (travaux d'entretien préventif et correctif d'un pipeline), une défaillance dans la prospection est à l'origine d'un écart important. Estimé à l'origine à 3.306.250 euros hors TVA, le marché a été attribué à 5.294.998,84 euros hors TVA, soit près de deux millions d'euros de plus. Cette différence découlerait d'une sous-évaluation de certains postes au mètre tels que les prescriptions générales et la réalisation du micro-tunnel sous la Meuse⁴⁴.
- Concernant le marché 19LP101 (camions), la Cour des comptes constate également une différence significative de près de 75 millions d'euros⁴⁵ entre le montant estimé dans la DAP (344 millions) et celui approuvé lors de l'attribution (269 millions). Selon la Défense, « *initialement, le prix de l'adjudicataire correspondait bien à l'estimation du budget dans la phase DAP (5 % de différence). Grâce à la mise en concurrence et aux négociations, presque tous les soumissionnaires ont diminué significativement leurs prix. L'adjudicataire a même profité de la période des négociations pour renégocier les différents contrats avec leurs fournisseurs et même changer quelques sous-traitants afin d'être plus compétitifs* ». Une telle différence peut inciter à s'interroger sur la qualité de la prospection.

Dans ce dernier cas, le montant final est moins élevé que le montant initialement prévu. Si une telle situation peut a priori être jugée positivement, elle amène toutefois à s'interroger sur la qualité de l'offre initiale du soumissionnaire ou sur les risques éventuels de surcoûts lors de l'exécution.

En cas d'augmentation importante du montant, une telle situation, si elle venait à se répéter dans d'autres marchés, pourrait conduire la Défense à :

- être dans l'obligation de relancer des procédures de passation retardant l'attribution d'un contrat et provoquant potentiellement des ruptures d'approvisionnement ;
- ne pas en attribuer certains, pourtant essentiels pour l'exécution de ses missions, faute de moyens budgétaires suffisants.

Concernant l'estimation des marchés, la Cour adresse à la Défense la recommandation suivante : via les documents administratifs internes, informer les organes de contrôle des montants à engager sur la totalité de la durée du contrat pour la maintenance et/ou découlant d'une clause de prolongation ; en vue d'obtenir une estimation financière réaliste de ses marchés à passer, prospecter de manière approfondie, d'une part, en prenant en compte l'entièreté des missions à attribuer et, d'autre part, en consultant plusieurs opérateurs correspondant au profil recherché.

⁴⁴ Dans le rapport d'attribution dudit marché, le caractère acceptable des prix est motivé par le fait que l'ensemble des informations communiquées aux soumissionnaires pour remettre leur offre n'était pas connu des agents lors de leur prospection. Des documents complémentaires, inconnus des agents de la Défense au stade de la demande d'accord préalable (DAP), ont également été communiqués aux opérateurs avant le dépôt de leur offre. Voir p. 8 du rapport d'attribution du marché 19IP810 approuvé le 2 janvier 2020 par le ministre de la Défense.

⁴⁵ Au stade de la DAP : 344.345.561 euros TVAC, au stade de l'attribution : 268.876.080 euros TVAC. Ces deux estimations comprennent une durée de maintenance de quatre ans.

3.2.3 Réglementation applicable

À la différence de la plupart des administrations fédérales, la Défense doit, pour la passation de ses marchés publics et en fonction de leur objet, appliquer soit la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics passés dans les secteurs classiques, soit la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité.

Parmi les vingt marchés examinés, la Cour des comptes n'a constaté aucune erreur dans le choix de la législation à appliquer.

3.2.4 Rédaction des documents du marché

Pour la rédaction des documents de marché, les services d'achat recourent à des documents types élaborés par la section Management & Support de MRMP. Cette bonne pratique pour la rédaction de la partie administrative du cahier des charges présente, par ailleurs, certaines limites. Ainsi, pour cinq marchés examinés⁴⁶, la Cour constate des dispositions contradictoires avec les caractéristiques de ces marchés.

Par exemple, un cahier des charges⁴⁷ prévoit une clause de prolongation d'un an alors qu'il s'agit d'un marché à prix global, dont la durée initiale est fixée dans l'offre du soumissionnaire, ce qui exclut toute prolongation. Un autre cahier des charges⁴⁸ fixe une formule de révision de prix précise alors qu'une annexe mentionne que la formule de révision est à proposer par le soumissionnaire.

De telles incohérences induisent des risques de confusion dans le chef des parties, avec leurs conséquences contentieuses, tant en phase de passation que d'exécution.

Par ailleurs, dans plusieurs marchés, le cahier des charges prévoit une faculté de résiliation anticipée dans le chef des deux parties. Pour les marchés de longue durée, comme celui relatif aux camions, une telle clause fait peser sur la Défense un risque contractuel inutile. La résiliation du marché par l'adjudicataire⁴⁹ mettrait la Défense dans l'incapacité de maintenir sa flotte, vu la situation de monopole de fait du prestataire retenu. Or, les impératifs de continuité du service public rendu par la Défense et la protection des intérêts essentiels de la sécurité du Royaume ne peuvent être tributaires d'une résiliation sans motif de la part d'un prestataire.

Concernant la rédaction des documents du marché, la Cour adresse à la Défense la recommandation suivante : lors de l'utilisation de documents types, veiller à la cohérence des dispositions reprises dans le cahier des charges avec les spécificités techniques et juridiques du marché à passer ; pour les marchés caractérisés notamment par des prestations de maintenance sur le long terme, interdire à l'adjudicataire, dans les documents de marché, de résilier le marché sans motif.

⁴⁶ À savoir : 20IP005 ; 20CSC02 ; 19IP810 ; 20IS220 et 19ST210.

⁴⁷ Marché 20IS220 (enlèvement et traitement de déchets radioactifs).

⁴⁸ Marché 19ST210 (chaussures de combat).

⁴⁹ Par exemple, en cas de désaccord durant l'exécution sur des augmentations de prix des pièces de rechange.

3.3 Passation

De manière générale, la Cour des comptes observe un encadrement des marchés à travers les différentes étapes de leur passation. Ainsi, à travers les différentes pièces composant les dossiers administratifs, la Cour observe que la Défense procède à la sélection des candidats/soumissionnaires et à l'examen des offres au regard des documents de marché tant au stade de l'étude de leur régularité qu'à celui de leur évaluation.

Néanmoins, pour certains marchés, la Cour des comptes constate des lacunes importantes exposées ci-après.

3.3.1 Procédure de passation et mise en concurrence

La Cour des comptes observe qu'une très grande majorité des marchés supérieurs à 30.000 euros sélectionnés ont fait l'objet d'une procédure de passation et d'une mise en concurrence conformément à la réglementation applicable.

3.3.2 Publicité et introduction des offres

Parmi les marchés examinés, la Cour des comptes n'a constaté aucune erreur quant au niveau de publicité octroyé aux marchés passés.

Toutefois, la Cour observe que le contenu de certains avis de marché ne respecte pas la réglementation. Ainsi, pour quatre marchés⁵⁰, l'obligation de mentionner le nombre minimal de candidats retenus et, le cas échéant, leur nombre maximum, n'est pas respectée⁵¹. Pour le marché 20ST638 (remorques avec *Explosion Containment Bin*), l'avis de marché est pratiquement vide, ce qui constitue une entrave au principe de transparence.

Concernant la publicité et l'introduction des offres, la Cour adresse à la Défense la recommandation suivante : veiller à la qualité des avis publiés au regard des exigences établies par la réglementation applicable, notamment en adaptant ses documents modèles.

3.3.3 Sélection

La phase de sélection comprend deux parties distinctes, la première consacrée à la vérification des motifs d'exclusion, la seconde à la capacité des opérateurs à exécuter le marché.

3.3.3.1 Motifs d'exclusion

Les motifs d'exclusion⁵² visent à ne pas confier de marchés publics à des personnes dont le comportement porte atteinte aux services publics ou à l'intérêt général.

⁵⁰ Ces quatre marchés sont 18LP302, 18LA3SAA, 19ST210 et 20ST638.

⁵¹ Article 60, § 2, alinéa 2, de l'arrêté royal du 23 janvier 2012.

⁵² Secteurs classiques : articles 67 à 70 de la loi du 17 juin 2016 et 61 à 64 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ; secteurs de la défense et de la sécurité : articles 63 et suivants de l'arrêté royal du 23 janvier 2012.

La rencontre d'un motif d'exclusion « obligatoire » chez un candidat ou un soumissionnaire entraîne en principe son exclusion. Les motifs d'exclusion « facultatifs », quant à eux, peuvent entraîner l'exclusion du candidat ou du soumissionnaire.

Pour cinq marchés⁵³, les motifs d'exclusion facultative sont absents du cahier des charges. En ce qui concerne les domaines de la défense et de la sécurité, actuellement, l'application de ces critères n'est qu'une recommandation⁵⁴.

Pour la Cour des comptes, ces motifs devraient être appliqués pour vérifier notamment l'état de faillite des candidats ou soumissionnaires, ce qui limite le risque d'une défaillance dans l'exécution des marchés. Cette application permettrait aussi de vérifier que l'opérateur n'a pas commis de faute professionnelle grave et qu'il est suffisamment fiable pour éviter les atteintes à la sécurité de l'État. À défaut de prévoir ces motifs, la Défense ne sera pas autorisée à effectuer ces vérifications, ni à en tirer les conséquences.

La Cour observe également que les dossiers administratifs de cinq marchés⁵⁵ ne contiennent pas certaines preuves de la vérification des obligations sociales et fiscales ainsi que des casiers judiciaires. Dans deux autres dossiers⁵⁶, le délai de vérification des obligations fiscales et sociales n'a pas été respecté⁵⁷. Pour le marché 19ST210 (chaussures de combat), la Cour des comptes constate également que les critères d'exclusion n'ont pas été vérifiés dans le chef des tiers auxquels trois candidats ont fait appel pour répondre aux critères de sélection⁵⁸. En cours d'audit, la Défense a précisé que la situation des tiers est bien contrôlée pour les dossiers plus récents.

Dans le cadre de la vérification des candidats dont le siège social est basé à l'étranger, la Cour des comptes a observé dans un marché une tolérance non motivée de la part de la Défense quant au recours aux simples déclarations sur l'honneur par certains candidats étrangers. Pour savoir quels moyens de preuve sont fixés par chaque État de l'Union afin de vérifier le bon respect des critères d'exclusion des opérateurs ayant leur siège social sur leur territoire, la Défense doit consulter la plate-forme européenne e-Certis⁵⁹.

⁵³ En lien avec les secteurs classiques : 19CSCo2. Dans les domaines de la défense et de la sécurité : 18LP302, 18LA3SAA, 18LA3IFS et 20ST638.

⁵⁴ Concernant ces critères, le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 23 janvier 2012 précise que « le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'appliquer toutes les causes d'exclusion visées au paragraphe 2 [de l'article 63 de l'arrêté royal]. Dans les cas énumérés dans cette disposition, même si le pouvoir adjudicateur n'est pas a priori obligé d'exclure un candidat ou un soumissionnaire de la participation au marché, il faut néanmoins tenir compte du principe de bonne gestion ». Pour les marchés dans les secteurs classiques, une modification législative est en cours pour clarifier que c'est bien l'exclusion qui est facultative ou obligatoire et non pas les motifs. En d'autres termes, les critères sont toujours applicables, la marge d'appréciation du pouvoir adjudicateur s'exerçant uniquement sur la décision d'exclusion ou de non-exclusion.

⁵⁵ Ces marchés sont 19CSCo2, 19LP101, 20SM140, 18SC504 et 20ISoo2. Plus précisément, l'absence des pièces suivantes, pour le 20ISoo2 : casier judiciaire de la société daté du 9 janvier 2020 ; pour le marché 20SM140, attestation de non-faillite jointe au dossier et les extraits de casier judiciaire des membres du conseil d'administration ; pour le dossier 18SC504 : l'attestation de non-faillite ; pour le dossier 19CSCo2, les extraits de casier judiciaire des membres du conseil d'administration. Pour le marché 19LP101, l'extrait de casier judiciaire était présent, mais incomplet (2 pages sur 3 disponibles).

⁵⁶ Marchés 20LP005 (rénovation d'une piste finlandaise) et 19ST210 (chaussures de combat).

⁵⁷ Dans le cadre de la réglementation relative aux secteurs classiques, les obligations fiscales et sociales doivent être vérifiées dans un délai de 20 jours conformément aux articles 62, § 2 et 63, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Dans la réglementation relative aux marchés dans le domaine de la défense et de la sécurité, seules les obligations fiscales doivent être vérifiées dans un délai de 48 heures suivant le moment ultime pour l'introduction de la demande de participation ou de l'offre, en application de l'article 65, § 2, al. 4, de l'arrêté royal du 23 janvier 2012.

⁵⁸ Article 79, alinéa 1 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012.

⁵⁹ Cette plate-forme est accessible en ligne : <https://ec.europa.eu/tools/ecertis/#/homePage>.

Concernant les motifs d'exclusion, la Cour adresse à la Défense la recommandation suivante : vérifier strictement les motifs d'exclusion obligatoire des candidats/soumissionnaires ainsi que des tiers à qui ces derniers font appel pour satisfaire aux critères de sélection ; inclure dans tous ses marchés les motifs d'exclusion facultative. Elle adresse également cette recommandation au législateur : clarifier l'obligation de vérification des motifs d'exclusion facultative par le pouvoir adjudicateur.

3.3.3.2 Critères de sélection

L'adjudicateur doit également vérifier si le soumissionnaire est apte à exécuter le futur marché. À cette fin, il recourt à des critères de sélection ayant trait à la capacité économique, financière, technique ou professionnelle⁶⁰.

Dans deux marchés⁶¹, aucun critère de sélection qualitative n'a été fixé, la Défense ne s'estimant pas contrainte par la législation d'en fixer. De son point de vue, une telle fixation n'est pas requise si, au terme de la prospection, il s'avère qu'un secteur est suffisamment mature. De plus, l'absence de critères de sélection lui permet d'exclure le moins d'entreprises possible.

Pour la Cour des comptes, l'obligation de vérifier que l'offre provient d'un soumissionnaire « *qui répond aux critères de sélection fixés par le pouvoir adjudicateur (...)* »⁶² implique la fixation de tels critères. De plus, en ne fixant pas de tels critères, la Défense ouvre potentiellement le marché à des opérateurs qui, bien qu'ils puissent répondre aux exigences techniques, n'ont pas la capacité de préfinancer et/ou de traiter techniquement les multiples demandes. Cette pratique accentue les risques de défaillance dans l'exécution du marché et met également en danger l'existence même de l'opérateur économique. Le fait qu'un secteur soit mature n'empêche pas un opérateur peu fiable d'introduire une offre, laquelle ne pourra être écartée si des critères de sélection n'ont pas été définis.

Dans l'avis du marché 19ST210 (chaussures de combat), la Défense pose comme critère de sélection la production de certificats CE EN ISO 20347 ou EN ISO 20345⁶³. Bien qu'il s'agisse de deux normes établies par l'Union européenne pour les chaussures de sécurité et de travail, une telle disposition aurait dû s'ouvrir à d'autres normes équivalentes, en intégrant la mention « ou équivalent », à charge du candidat d'apporter la preuve de cette équivalence⁶⁴.

Pour le marché 19LP101 (camions), un candidat fait appel à la capacité d'un tiers pour répondre aux critères de sélection. Or, aucun document d'entente ou d'engagement de ce tiers à mettre

⁶⁰ Secteurs classiques : articles 71 de la loi du 17 juin 2016 et 65 et suivants de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ; secteurs de la défense et de la sécurité : articles 69 et suivants de l'arrêté royal du 23 janvier 2012.

⁶¹ Marchés 19LS372 (entretien et réparation de véhicules) et 20SM140 (carburant pour avions et hélicoptères).

⁶² Article 66, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi du 17 juin 2016. L'obligation de fixer des critères de sélection est d'ailleurs confirmée par l'exception à ce principe prévue à l'article 93, alinéa 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 : « *En ce qui concerne les marchés passés par procédure négociée sans publication préalable et dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de fixer des critères de sélection spécifiques. Les articles 65 à 70 ne sont pas d'application. Néanmoins, conformément à l'article 42, § 3, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi, les documents du marché peuvent déroger au présent alinéa* ».

⁶³ « *Le candidat fournisseur présentera un ou plusieurs certificats établis par des instituts ou services officiels reconnus, chargés du contrôle de la qualité et dont la compétence est reconnue, attestant la conformité des produits bien identifiés par des références à certaines spécifications ou normes : certificat CE EN ISO 20347 ou EN ISO 20345 concernant des chaussures de la gamme commerciale du candidat* ».

⁶⁴ Article 7, § 1^{er}, a), de l'arrêté royal du 23 janvier 2012.

ses moyens à disposition ne se trouve dans le dossier administratif. Malgré ses sollicitations⁶⁵, la Défense devra se contenter d'une déclaration sur l'honneur émanant du candidat. Or, une telle déclaration n'est pas suffisante, car on ne peut juger équivalents l'engagement ferme d'un tiers et une déclaration sur l'honneur émanant du candidat⁶⁶.

Concernant les critères de sélection, la Cour adresse à la Défense la recommandation suivante : fixer des critères de sélection qualitative conformément à la réglementation pour réduire le risque d'attribuer les marchés à des opérateurs économiques ne disposant pas de la capacité requise ; vérifier que l'engagement des tiers, lorsqu'il est requis, soit dûment produit ; permettre, dans le cadre de la sélection, la production de certificats équivalents à ceux mentionnés dans les documents du marché.

3.3.4 Vérification des prix et régularité des offres

Cette étape de la procédure vise non seulement à vérifier l'engagement des soumissionnaires à exécuter le marché, mais aussi à exclure les offres reposant sur des prix anormaux⁶⁷ ou des prestations, produits et/ou travaux non conformes aux exigences techniques imposées par l'adjudicateur dans son cahier des charges.

La Cour observe que, pour la majorité des marchés, l'examen de régularité est correctement étayé par des rapports d'attribution et les annexes disponibles.

Néanmoins, la Cour des comptes relève des manquements importants et récurrents dans l'examen de la régularité des prix remis par les soumissionnaires. Or, un contrôle approfondi des prix participe de la mise en œuvre du principe d'égalité entre soumissionnaires, autant que de la lutte contre la distorsion de concurrence et la violation des obligations légales dans les domaines du droit de l'environnement, du droit social et du travail.

Absence d'identification des prix anormaux

La vérification des prix étant obligatoire, la décision motivée d'attribution doit toujours en faire état et refléter la position du pouvoir adjudicateur. À tout le moins, les justifications étayées doivent toujours figurer dans le dossier administratif.

En dépit d'un bon encadrement administratif du marché 19LP101 (camions), pour 10 postes de l'inventaire (de plus de 100.000 euros chacun) sur 57⁶⁸, aucune explication ne figure dans le dossier malgré des écarts de 40 à 100 % par rapport à la moyenne⁶⁹. Or, la vérification des prix s'opère

⁶⁵ À ce sujet, la Défense précise qu'un tel document avait été sollicité auprès du candidat. Ce dernier ne pouvant garantir de fournir avant la date limite le document et afin de ne pas retarder davantage le dossier de sélection, la Défense avait décidé d'accepter la déclaration du candidat et de régulariser la situation lors de la seconde phase de la procédure de passation. En l'espèce, cette régularisation n'a pas eu lieu.

⁶⁶ Article 79 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012.

⁶⁷ Article 22 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012.

⁶⁸ Le marché a été structuré en deux inventaires : un de 57 postes portant sur l'« achat initial » (annexe A, appendice 1, du cahier spécial des charges) et un autre de 20 postes portant sur le « contrat ouvert pluriannuel » (annexe A, appendice 2, du cahier spécial des charges), à savoir la maintenance préventive, les pièces détachées et l'assistance technique.

⁶⁹ Par exemple, la moyenne des prix pour le poste 1 est de 9,2 millions d'euros alors que l'adjudicataire offre 4,7 millions (-48,74 %), la moyenne des prix pour le poste 3 est de 5,2 millions d'euros alors que l'adjudicataire offre 2 millions (-61,57 %), la moyenne des prix pour le poste 17 est de 2,8 millions d'euros alors que l'adjudicataire offre 1,4 million (-52,14 %).

poste par poste. Pour 8 autres postes (de plus de 100.000 euros chacun), l'explication fournie par le soumissionnaire retenu ou par la Défense n'est pas acceptable. Ainsi, dans les offres, la somme des prix moyens de ces 18 postes est de 30,5 millions d'euros, alors que le prix moyen du soumissionnaire concerné atteint à peine 13,6 millions. Ces prix très avantageux ont permis à ce dernier d'obtenir le meilleur score alors que le caractère apparemment anormal du prix de chacun de ces postes n'a pas été examiné ou n'est pas suffisamment justifié, contrairement à ce qu'indique le rapport d'attribution⁷⁰.

La Défense estime que le faible coefficient de variation entre les prix totaux des différentes offres (achat initial), qui comprend les postes relevés par la Cour des comptes, justifie de n'examiner que les prix des postes significatifs.

La Cour souscrit à la nécessité de réserver une plus grande attention aux postes significatifs. Elle rappelle cependant que le pouvoir adjudicateur doit vérifier tant le prix global du marché que le prix poste par poste. L'apparente normalité du prix global ne permet pas au pouvoir adjudicateur de s'affranchir de l'examen des prix de chaque poste. Ensuite, s'il est possible d'invoquer le caractère non négligeable d'un ou plusieurs postes, il importe au préalable de définir ce que recouvre cette notion dans la décision d'attribution⁷¹. Par ailleurs, un ensemble de postes individuellement négligeables peut également constituer une irrégularité substantielle en raison de leur cumul. Enfin, malgré le montant important du marché, un poste à 9 millions d'euros (cabines non blindées), par exemple, ne semble pas pouvoir être qualifié de négligeable. Pour la Cour, dès lors que la Défense choisit de répartir les articles et prestations en différents postes, assortis d'un prix, il lui incombe d'examiner chacun de ceux-ci. Cet examen doit consister à déterminer lesquels sont négligeables ou non et à motiver adéquatement l'acceptation des différences importantes entre ces prix. Il s'agit, certes, d'une tâche ardue et complexe, mais qui s'impose pour cerner au mieux les caractéristiques techniques du matériel acheté et leurs répercussions sur les prix.

La Défense estime que, en outre, le soumissionnaire est libre d'imputer ses frais généraux et ses bénéfices aux différents postes.

Si la jurisprudence témoigne parfois de souplesse dans l'application de cette disposition, en admettant des taux distincts, c'est sous condition que la méthode soit appliquée uniformément à tous les postes⁷². En conséquence, le pouvoir adjudicateur doit avoir la garantie que les frais et bénéfices sont répartis sur les différents postes proportionnellement à l'importance de ceux-ci, comme le prévoit l'article 16 de l'arrêté royal relatif à la passation des marchés dans les domaines de la défense et de la sécurité. La jurisprudence citée ne permet nullement une répartition libre de ces éléments du prix.

Pour le marché SAA20021 (munitions de petit calibre), la Cour constate que la vérification des prix n'apparaît pas dans le rapport d'attribution. De manière similaire, le rapport d'attribution du marché 20ST638 (remorques avec *Explosion Containment Bin*) indique que le contrôle des prix a

⁷⁰ « L'analyse des prix a été effectuée poste par poste pour tous les postes de l'inventaire (voir doc « Éval des prix » en annexe K). Par poste, la moyenne et le coefficient de variation ont été calculés pour analyser le caractère acceptable des prix. De cette analyse, on constate que presque tous les postes présentent une légère variation et par la même occasion des prix très comparables. Une variation significative a uniquement été constatée pour les kits préparatoires de protection châssis au sein des différents soumissionnaires [...] ».

⁷¹ Le coût du poste concerné peut, bien entendu, être un élément d'appréciation déterminant, mais l'importance stratégique du poste, quel qu'en soit le montant, peut également influencer sur une telle qualification.

⁷² Conseil d'État, arrêt n° 245.960 du 30 octobre 2019, www.raadvst-consetat.be.

été effectué par la division des marchés publics (MRMP), sans qu'un document reprenant le résultat de ce contrôle soit disponible dans le dossier administratif. Dans ces deux dossiers, la Défense a indiqué en cours d'audit les raisons pour lesquelles des prix n'avaient pas été examinés ou pas jugés anormaux. La Cour rappelle que la motivation doit toujours figurer dans l'acte ou, à tout le moins, dans le dossier administratif, une motivation a posteriori étant inopérante.

Absence de justifications admissibles

Dans plusieurs cas, la Défense a identifié des prix apparemment anormaux. Elle a sollicité des justifications durant la procédure ou en a formulé en cours d'audit.

Concernant le marché 19LP101 (camions), pour huit postes (de plus de 100.000 euros chacun), le soumissionnaire retenu ou la Défense fournit une explication qui n'est cependant pas acceptable. Par exemple, l'adjudicataire a remis un prix de 0 euro pour un poste. Sa justification⁷³ est qu'il peut optimiser son offre finale en abandonnant complètement le coût de ce poste en ajustant le prix d'achat suite à un recalcul intégral des coûts. Une telle justification empêche la vérification des prix unitaires et contrevient à l'application de l'article 16 de l'arrêté royal relatif à la passation des marchés dans les domaines de la défense et la sécurité⁷⁴. La pratique qui consiste à lisser le prix d'un poste sur les différents postes de l'inventaire est considérée par le Conseil d'État comme rendant impossible la comparaison des offres et susceptible d'être qualifiée d'irrégularité substantielle⁷⁵.

Dans ce même marché, pour la maintenance préventive, les écarts sont également significatifs puisque le prix offert par le soumissionnaire retenu (14 millions d'euros) n'atteint pas la moitié de la moyenne des prix (30 millions d'euros). La justification⁷⁶, bien que plausible, semble trop succincte au vu de la différence de prix et de l'enjeu opérationnel d'une telle maintenance pour le bon entretien de la flotte.

Pour le marché 20LP005 (rénovation piste finlandaise), les justifications transmises par les soumissionnaires interrogés sont, pour certaines, non chiffrées et très générales ; et pour d'autres, succinctes et basées sur le prix de sous-traitants. De telles justifications sont contraires à la jurisprudence du Conseil d'État, qui précise que les justifications des soumissionnaires doivent être acceptables, précises, concrètes et étayées en fait⁷⁷. Elles doivent également se baser sur une structure de prix et un coût horaire. Le renvoi au prix d'un sous-traitant est insuffisant⁷⁸.

⁷³ La justification de l'adjudicataire, que nous traduisons du néerlandais, tient dans les quelques lignes suivantes : « Dans notre offre initiale du 25 juin 2020, nous avons proposé un prix de 1067,64 euros pour la location annuelle des équipements de diagnostic pour le LtCa et le HyCa. En interne, nous sommes arrivés à la conclusion que nous pouvions optimiser notre offre BAFO en abandonnant complètement le coût de la location. Le prix d'achat a été légèrement ajusté, passant de notre offre initiale de 21 086,98 euros à 21 970,84 euros, en raison d'un nouveau calcul intégral des coûts ».

⁷⁴ « Les prix unitaires et les prix globaux de chacun des postes du métré récapitulatif ou de l'inventaire sont établis en respectant la valeur relative de ces postes par rapport au montant total de l'offre. Tous les frais généraux et financiers, ainsi que le bénéfice, sont répartis sur les différents postes proportionnellement à l'importance de ceux-ci ».

⁷⁵ Conseil d'État, arrêt n° 252.543 du 23 décembre 2021, www.raadvst-consetat.be.

⁷⁶ « Bien que [le soumissionnaire concerné] ait transmis des prix beaucoup plus concurrentiels que la moyenne, ceux-ci ne doivent pas être considérés comme anormaux. En effet, il est vrai que [le soumissionnaire concerné] se démarque au niveau des coûts et de la fréquence de remplacement des «cost drivers», mais ceci s'explique clairement avec leur approche axée sur des échantillonnages ».

⁷⁷ Conseil d'État, arrêts n° 229.457 du 3 décembre 2014 et n° 238.183 du 12 mai 2017, www.raadvst-consetat.be.

⁷⁸ Conseil d'État, arrêt n° 231.392 du 1^{er} juin 2015, www.raadvst-consetat.be.

Pour le marché SAA20021 (munitions de petit calibre), la Défense a précisé qu'elle n'avait pas exécuté la vérification des prix de chaque poste en raison de prix globaux remis d'un montant comparable. La Cour des comptes rappelle que l'examen du prix total ne suffit pas, car les prix anormaux des postes non négligeables constituent également une irrégularité substantielle.

Le rapport d'attribution du marché 20ST638 (remorques avec *Explosion Containment Bin*) indique que « les prix de la BAFO sont inférieurs au résultat de la prospection militaire préalable, mais demeurent, dès lors, acceptables, cohérents et conformes au marché ». La Défense a expliqué en cours d'audit que l'estimation financière du projet s'est basée sur un produit similaire d'un opérateur n'ayant pas introduit d'offre ultérieurement. Cette différence de prix résulte probablement, selon la Défense, de l'octroi d'une ristourne afin d'obtenir une référence supplémentaire sur ce type de marché.

Pour la Cour, la justification basée sur le fait qu'un prix est acceptable, car inférieur au résultat de la prospection est insuffisante dès lors que l'un des objectifs de la vérification est, précisément, d'identifier si un prix n'est pas, apparemment, anormalement bas. La ristourne en vue d'obtenir une référence ne permet pas de faire l'économie de l'examen de la normalité du prix.

Concernant le marché 20IP805 (travaux d'un piping Manifold), le rapport d'attribution énonce l'absence de prix unitaire ou global anormalement bas ou élevé. Le dossier administratif contient une analyse des prix réalisée par un sous-traitant : celle-ci apparaît sommaire et les motivations émises sont insuffisantes. Or, la Cour des comptes observe, dans l'inventaire, un nombre important de prix unitaires apparemment anormaux, sans justifications jointes⁷⁹.

Pour la Défense, l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 n'oblige pas l'adjudicateur à solliciter des informations complémentaires concernant ses prix auprès du soumissionnaire concerné s'il estime que les prix anormaux n'ont qu'un faible impact sur le prix total. Pour la Cour des comptes, il y a d'abord lieu de respecter le principe de transparence, en mentionnant l'existence de ces prix anormaux dans la décision motivée d'attribution. En deuxième lieu, si les postes en question sont considérés comme négligeables, cette appréciation doit figurer dans le rapport et être motivée, ce qui n'est pas ici le cas. Enfin, après avoir réalisé ces opérations, la Défense pourrait en effet considérer qu'interroger les soumissionnaires n'est pas requis si les postes sont négligeables. Cependant, pour la Cour des comptes, le principe de bonne administration exigeait une telle interrogation dans la mesure où le marché a été attribué uniquement sur la base du prix et que la différence entre le 1^{er} et le deuxième classés n'était que de 12.000 euros. Or, plusieurs écarts entre soumissionnaires excédaient ce montant.

Pour le marché 19IP855 (construction d'un *Security Control Center*), une analyse des prix anormaux a été réalisée et des justifications sollicitées. Néanmoins, la Cour des comptes observe que l'adjudicataire a répondu, pour certains prix anormaux, en les baissant ou les maintenant sans se justifier, et pour d'autres, en les augmentant ou les justifiant par référence aux prix de sous-traitants. Une telle manière de procéder n'est pas conforme à la réglementation. Outre les prix restés sans justification, il est essentiel de rappeler que le but de la vérification des prix n'est pas de permettre au soumissionnaire d'adapter ses prix sans présenter de justification, mais de comprendre

⁷⁹ L'offre de l'adjudicataire repose sur des prix unitaires dont huit postes ont une différence de 30 à 180 % par rapport aux prix moyens des trois soumissionnaires.

les raisons qui expliquent objectivement les prix remis afin, dans une procédure négociée, d'éventuellement les adapter si, et seulement si, cela est justifié.

La Cour des comptes constate que la Défense dispose d'un service spécialisé dans l'expertise des prix⁸⁰. Les effectifs de ce service ont été réduits depuis 2012 et sont insuffisants au regard de l'importance financière des marchés de la Défense et de leur complexité. L'intervention de ce service n'a lieu qu'à la demande de l'officier acheteur et de l'Inspection des finances et ne dépend donc pas du montant du marché. Il peut donc arriver que des marchés très importants ne fassent pas l'objet d'un contrôle alors que des marchés de moindre ampleur sont contrôlés. De plus, de nombreuses demandes sont reçues en fin d'année budgétaire, ce qui n'est pas compatible avec un contrôle de qualité, celui-ci nécessitant environ six semaines de recherches. Vu la limitation des moyens, les services concernés ont reçu en 2021 un briefing reprenant une méthodologie et de bonnes pratiques. Une première phase de contrôle vérifie ainsi les prix, sous la responsabilité de l'officier acheteur. La section d'expertise des prix auprès des acheteurs, quant à elle, a diffusé des recommandations et de bonnes pratiques⁸¹. Dans une seconde phase, lorsque l'application des bonnes pratiques ne permet pas de déterminer avec une assurance raisonnable si les prix sont acceptables ou non, un contrôle des prix complet est réalisé par la section d'expertise des prix. Pour la Cour des comptes, cette méthodologie est une bonne pratique. Toutefois, les modalités de la première vérification par l'officier acheteur devraient être davantage développées, concrétisées et formalisées dans l'instruction détaillée⁸². Son application devrait être vérifiée périodiquement.

En conclusion, la Cour constate que la vérification des prix par la Défense présente des lacunes susceptibles d'entacher d'irrégularité l'attribution de certains marchés et de porter atteinte aux intérêts de la Défense lors de l'exécution des marchés.

Concernant la vérification des prix et la régularité des offres, la Cour adresse à la Défense la recommandation suivante : procéder, pour chaque marché, à une vérification tant du prix global que des prix poste par poste, déterminer quels postes sont négligeables et le motiver adéquatement, expliquer de manière précise et adéquate dans la décision d'attribution ou le dossier administratif les raisons justifiant l'acceptation d'offres comprenant des prix apparemment anormaux ; mobiliser les ressources nécessaires afin de procéder, en priorité dans les marchés de grande ampleur, à la vérification effective des données opérationnelles et économiques sous-jacentes aux offres comportant des prix apparemment anormaux ; développer davantage la vérification des prix réalisée par l'officier acheteur dans l'instruction dédiée au contrôle des prix.

⁸⁰ Section d'expertise des prix (MRMP-G/E/F).

⁸¹ La section MRMP-G/E/F propose ainsi de comparer les offres remises avec les derniers prix remis lors du contrat précédent, ou encore avec des prix appliqués dans des secteurs similaires. Elle propose également de demander, à titre informatif, des prix via d'autres canaux. Autre possibilité mise en avant : solliciter des informations complémentaires auprès de nations amies.

⁸² Instruction détaillée DGMR-GID-ACQOFF-MGEF-001_F_E001_R001.

3.3.5 Évaluation des offres

Pour six marchés⁸³, la Défense recourt, pour évaluer le critère prix, à l'utilisation de la formule suivante :

$$\text{Cote prix} = 50 \% - 100 \% * ((\text{prix} - \text{prix moyen}) / \text{prix moyen})$$

Pour justifier l'utilisation de cette formule, la Défense met en avant un arrêt du Conseil d'État (arrêt n° 232.959 du 19 novembre 2015) qui n'a pas sanctionné son usage lors d'un recours contre une décision qui la mettait en œuvre.

Il résulte de l'arrêt précité que le Conseil d'État, saisi en extrême urgence, se limite à exiger qu'une proportionnalité positive existe entre l'offre la plus basse et le score le plus élevé, ce qui était le cas pour le marché concerné.

Néanmoins, la Cour des comptes a pu modéliser cet effet : en présence d'autres prix, cette formule est susceptible de modifier le classement des soumissionnaires. Ainsi, à qualité et prix inchangés pour deux offres, l'existence d'une troisième peut inverser le classement entre les deux premières et conduire à octroyer le marché à celui qui était second classé sans cette troisième offre. Pour la Cour des comptes, une formule qui peut modifier la position relative entre deux offres en fonction de la totalité des offres reçues ne répond pas à l'exigence d'évaluation de la valeur intrinsèque de chaque offre.

De plus, cette formule peut entraîner une perception tronquée des points maximaux attribuables. Son application a pour effet, en cas d'offres relativement proches en termes de prix, de réduire artificiellement le poids de ce critère. La pondération du critère prix par rapport aux autres critères dépendra, en effet, du taux de dispersion des prix de toutes les offres réceptionnées. Si les offres présentent des prix similaires, la pondération du critère prix sera moindre (pratiquement divisée par deux) alors qu'elle sera maximale en présence d'offres présentant des prix très différents. En cours d'audit, la Défense a exprimé sa préoccupation de baser son choix davantage sur le critère qualité que sur celui du prix.

Ensuite, deux accords-cadres⁸⁴ relatifs à l'acquisition de munitions de calibres variés ont été attribués aux participants sans application de critères d'attribution, ni fixation d'un prix maximum. Ce n'est qu'au stade de l'attribution des marchés subséquents que le cahier des charges prévoit l'application du critère d'attribution prix auquel s'ajoute, en cas d'urgence, un critère lié au délai de livraison. Cette manière de procéder méconnaît l'obligation de fixer les mêmes critères d'attribution pour le choix des parties à l'accord-cadre et l'attribution des marchés subséquents⁸⁵. Pareille obligation a été supprimée de la législation relative aux marchés publics relevant des secteurs classiques, les critères fixés pour l'accord-cadre et les marchés subséquents pouvant dès lors différer. La Cour estime que le législateur devrait évaluer ce point et, le cas échéant, adapter en conséquence la législation relative aux marchés publics liés aux domaines de la défense et de la sécurité.

⁸³ 19CSC02, 18LP302, 19ST210, 19LP101 et l'attribution des marchés subséquents découlant des accords-cadres suivants : 18LA3SAA et 18LA3IFS.

⁸⁴ 18LA3SAA et 18LA3IFS.

⁸⁵ Article 30 de la loi du 13 août 2011.

Par contre, s'agissant de marchés dépassant le seuil européen, il est nécessaire de fixer tant pour l'accord-cadre⁸⁶ que pour les marchés subséquents des critères, dont la pondération doit être mentionnée obligatoirement⁸⁷. Or, tel n'est pas le cas dans ces deux dossiers.

Par ailleurs, l'absence de prix, à tout le moins maximum, fixés au stade de l'accord-cadre engendre des risques pour la Défense, tels que le risque d'entente entre les participants invités à soumissionner lors de marchés subséquents ou le risque, en cas de participant unique pour un lot⁸⁸, d'un prix peu concurrentiel.

Selon la Défense, les prix unitaires remis dans ce secteur sont fortement influencés par les prix des matières premières et du transport. Les entreprises sont dès lors réticentes à travailler avec des formules de révision de prix, préférant établir un prix au stade de la commande. Cette manière de procéder permet également de prendre en compte l'importance de la commande et les autres commandes similaires. En cas de doute ou à la demande de l'Inspection des finances, un contrôle détaillé des prix est effectué.

Pour le marché 20SM140 (carburant pour avions et hélicoptères), la Défense prévoit, pour les livraisons urgentes de carburant, l'application du « prix du jour », aucun tarif forfaitaire n'ayant été fixé lors de la passation du marché.

Pour trois marchés⁸⁹, un critère qualité accompagne également le critère prix. Son application est encadrée et repose sur des éléments objectifs : demande de documents justificatifs, octroi de points en fonction d'éléments mesurables établis. La Cour des comptes estime qu'il s'agit d'une bonne pratique.

Pour un autre marché⁹⁰, l'application de la méthodologie s'avère bien documentée, mais un défaut de transparence apparaît dans le traitement des points octroyés par les utilisateurs-testeurs. En effet, une incertitude demeure sur l'absence de prise en compte des résultats de certains testeurs.

Concernant l'évaluation des offres, la Cour adresse à la Défense la recommandation suivante : examiner de manière approfondie les différentes formules possibles de pondération et de cotation des critères d'attribution afin de répondre au mieux aux besoins de la Défense et à l'exigence d'évaluation de la valeur intrinsèque de chaque offre ; fixer des critères d'attribution tant pour les accords-cadres que pour les marchés subséquents, pondérer ces critères lorsque le seuil européen est atteint, prévoir dès l'accord-cadre un prix plafond révisable ou des mécanismes formalisés de contrôle de prix pour les marchés subséquents afin d'éviter tout abus à ce stade ; mentionner clairement dans le cahier des charges les modalités de test et, dans les rapports d'évaluation et d'attribution, l'exécution de ces mesures.

Au législateur, sur ce point, la Cour adresse la recommandation suivante : évaluer et le cas échéant adapter dans la législation relative aux marchés publics dans les domaines de la défense et de la

⁸⁶ Pour l'accord-cadre proprement dit, de tels critères pourraient concerner le délai de garantie, les modalités de paiement, les services complémentaires (logistique, stockage ...), etc.

⁸⁷ Article 112 de l'arrêté royal du 23 janvier 2012.

⁸⁸ Tel est le cas pour le lot 10 de l'accord-cadre 18LA3SAA et pour les lots 3 et 4 pour l'accord-cadre 18LA3IFS.

⁸⁹ 18LP302, 19LP101 et 19ST210.

⁹⁰ Marché 19ST210 (chaussures de combat).

sécurité l'obligation d'avoir pour l'attribution de l'accord-cadre et des marchés subséquents, les mêmes critères d'attribution.

3.3.6 Délégations et compétences

Pour les marchés sélectionnés, la Cour des comptes observe que la Défense a suivi les procédures d'achat en vigueur⁹¹ et que l'intervention des ordonnateurs au stade de la passation des marchés respecte l'arrêté ministériel portant délégations de pouvoir par le ministre de la Défense⁹².

3.4 Information et communication

3.4.1 Contenu de la décision motivée d'attribution

De manière générale, la Cour des comptes observe que les décisions motivées d'attribution sont correctement étayées par les services de la Défense : elles reprennent les différentes étapes du processus de passation ayant conduit à la désignation de l'adjudicataire.

Néanmoins, la Cour des comptes a constaté des lacunes concernant le contenu de la décision motivée d'attribution.

Pour cinq marchés⁹³, la décision motivée d'attribution ne mentionne pas le montant approuvé du marché, pourtant requis⁹⁴. Dans le marché 20LP005 (rénovation d'une piste finlandaise), la version française indique que la Défense approuve la communication, dans l'offre de l'adjudicataire, d'un montant dévolu à la sécurité du chantier alors que les documents de marché imposent, sous peine d'irrégularité substantielle, la communication d'un pourcentage. Dans la version néerlandaise, destinée aux soumissionnaires non retenus, la Défense mentionne erronément que le pourcentage est communiqué.

Pour le marché 19LP810 (travaux d'entretien préventif et correctif d'un pipeline), la décision motivée d'attribution ne mentionne pas l'acceptation d'une offre déposée sans signature qualifiée, exigence pourtant imposée sous peine d'irrégularité dans la réglementation et reprise dans le cahier des charges.

Dans ces deux marchés, le défaut de transparence constaté est susceptible de porter préjudice au droit pour les soumissionnaires évincés d'être informés de l'ensemble des éléments de fait et de droit leur permettant de contester la décision d'attribution.

⁹¹ Les dossiers administratifs soumis à la Cour des comptes comprennent ainsi les avis de BFC-A et de l'Inspection des finances. Le cas échéant, les accords du ministre du Budget et du conseil des ministres sont également joints. Pour autant que leurs caractéristiques l'exigent, les projets de marché concernés ont été transmis à la commission parlementaire susvisée.

⁹² Arrêté ministériel du 31 juillet 2018 portant délégations de pouvoir par le ministre de la Défense en matière de passation et d'exécution des marchés publics et des contrats de concessions, en matière d'aliénation et en matière de dépenses diverses, abrogé le 15 octobre 2021 par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2021 portant délégations de pouvoir par le ministre de la Défense en matière de passation et d'exécution des marchés publics, des accords-cadres et des contrats de concessions, en matière d'aliénation et en matière de dépenses diverses.

⁹³ Ces marchés sont 20SM140, 19CSC02, 18LP302, 18LA3SAA et 19ST210.

⁹⁴ Articles 5, 1^o et 37, de la loi du 17 juin 2013.

Concernant le contenu de la décision motivée d'attribution, la Cour des comptes adresse à la Défense la recommandation suivante : veiller à la concordance entre les versions linguistiques et à la transparence des décisions.

3.4.2 Communication de la décision

La Cour des comptes a également constaté des lacunes concernant la communication de la décision d'attribution. Dans un cas⁹⁵, les courriels informant les soumissionnaires de la décision du pouvoir adjudicateur n'ont pas été envoyés en même temps que les courriers recommandés⁹⁶, ce qui a pour effet de postposer le 1^{er} jour du délai d'introduction du recours auprès du Conseil d'État à la date du dernier envoi⁹⁷. Dans un autre cas⁹⁸, les courriers d'information ne mentionnent pas les bonnes dispositions légales⁹⁹ et méconnaissent en outre l'article 41/1 de la loi susvisée en ne prévoyant pas de référence explicite aux articles 46, 47, 55 et 56 de la loi¹⁰⁰. De ce fait, le délai d'introduction du recours en annulation ne prend cours qu'après quatre mois suivant la communication de la décision motivée. Ces situations ont pour effet de faire peser sur la Défense un risque inutile.

Concernant la communication de la décision, la Cour des comptes adresse à la Défense la recommandation suivante : effectuer les envois simultanément et mentionner les bonnes dispositions légales dans les courriers afin d'éviter une prolongation des délais de recours contre les décisions prises.

3.5 Exécution

De manière générale, l'exécution des marchés est encadrée par les services dirigeants de la Défense. Vu le caractère très récent de la plupart des marchés de l'échantillon, l'analyse de l'exécution de ceux-ci ne peut prétendre à l'exhaustivité. La Cour observe que les factures examinées sont justifiées notamment au moyen de procès-verbaux de réception, d'états d'avancement ou, le cas échéant, d'un contrôle de la formule de révision de prix. Les avenants font également l'objet de rapports d'exécution approuvés par l'ordonnateur compétent. Néanmoins, la Cour des comptes a constaté des lacunes importantes. Elles sont exposées ci-après.

3.5.1 Cautionnement

Parmi les 20 marchés examinés, 3¹⁰¹ ont fait l'objet d'un cautionnement constitué tardivement, sans qu'un courrier recommandé de mise en demeure soit envoyé.

Pour la Défense, un suivi de la constitution des cautionnements est réalisé. Les retards résulteraient de difficultés techniques rencontrées par les sociétés étrangères concernées.

⁹⁵ Marché 201P005 (rénovation d'une piste finlandaise).

⁹⁶ Les courriers recommandés ont été envoyés le 9 octobre 2020 tandis que les courriels destinés aux soumissionnaires évincés et à l'adjudicataire ont été transmis respectivement les 16 et 21 octobre 2020.

⁹⁷ Article 23, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013.

⁹⁸ Marché 191P855 (construction d'un *Security Control Center*).

⁹⁹ Par exemple, il est renvoyé aux articles 11 ou 30 de la loi du 17 juin 2013 alors que les dispositions applicables sont les articles 61 (qui renvoie aux articles 36 et s.) et 62 (qui renvoie à l'article 43). De plus, la première phrase de la mention des voies de recours est source d'une possible confusion : le soumissionnaire dispose de 15 jours non pour informer la Défense, mais bien pour introduire son recours.

¹⁰⁰ Ce manquement est également constaté dans les dossiers 19LP101, 19ST210 et 18LP302.

¹⁰¹ Il s'agit des marchés SAA20021, IFS20032 et 19ST210.

Concernant le cautionnement, la Cour adresse à la Défense la recommandation suivante : joindre aux dossiers administratifs les documents prouvant le suivi de la constitution des cautionnements.

3.5.2 Modifications au marché

3.5.2.1 Révision de prix

Exception au principe du forfait, la clause de révision de prix¹⁰² doit être mentionnée dans les documents du marché de manière claire, précise et univoque¹⁰³. Les modalités de révision doivent prendre en compte l'évolution des prix des principaux composants tels que les salaires, les charges sociales, le prix des matières premières.

Dans trois marchés¹⁰⁴, la Défense a invité les soumissionnaires à communiquer dans leur offre leur formule de révision de prix en précisant les indices et les valeurs de base, le moment de mise en œuvre de la formule, etc.

Dans les deux premiers marchés¹⁰⁵, la comparabilité des offres est compromise puisque les formules reposent sur des indices différents et auront donc un impact différent sur les prix forfaitaires au stade de l'exécution.

Pour le troisième¹⁰⁶, la Défense a intégré dans son cahier des charges diverses modalités de révision de prix : taux fixe ou formule de révision des prix proposée par le soumissionnaire dans son offre sur la base d'indices (inter)nationaux représentatifs de l'évolution des prix et directement consultables sur internet par le service dirigeant. Ces formules permettent de comparer les offres¹⁰⁷, mais ne répondent pas à la condition d'être basées sur des paramètres objectifs et contrôlables et d'utiliser des coefficients de pondération appropriés¹⁰⁸. En outre, elles privent la Défense du bénéfice d'une éventuelle diminution des coûts des matières premières.

Par ailleurs, pour ce même marché, le cahier des charges prévoit¹⁰⁹ de soustraire les pièces de rechange à la formule de révision de prix et d'autoriser l'adjudicataire à transmettre de nouveaux prix. Ce droit reconnu à l'adjudicataire rend la Défense vulnérable à des hausses injustifiées ou abusives. La Défense propose de se réserver la possibilité de réaliser un contrôle des prix.

¹⁰² Article 38/7 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

¹⁰³ Article 10 de la loi du 17 juin 2016 pour les marchés liés aux secteurs classiques. Dans les domaines de la défense et de la sécurité, le législateur ne reprend pas cette exigence et délègue également au Roi la mission de fixer les modalités de révision (article 7, § 1^{er}, al. 3, de la loi du 13 août 2011).

¹⁰⁴ 19CSCo2, 18LP302 et 19LP101.

¹⁰⁵ Marché 519CSCo2 (services postaux) et 18LP302 (acquisition de véhicules de commandement).

¹⁰⁶ Marché 19LP101 (camions).

¹⁰⁷ Y compris la formule proposée par le soumissionnaire, car la Défense a prévu que l'évaluation du critère « prix » de l'offre sera exécutée sur la base d'un coefficient de simulation de 4 %.

¹⁰⁸ Article 38/7 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

¹⁰⁹ Le point 9.d.6 dudit cahier mentionne que « les formules de révision des prix mentionnées ci-dessus ne sont pas d'application pour les prix de catalogue des pièces de rechange, mais la firme peut, chaque année, en transmettre des nouveaux qui devront ensuite être validés par la Défense. Cependant, afin de pouvoir contrôler si l'évolution des prix des pièces de rechange n'est pas anormale, le service dirigeant aura accès d'une façon permanente au catalogue des pièces de rechange du soumissionnaire (sur papier, digitale et/ou via internet). Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit d'effectuer une vérification des prix (voir ci-dessous) en cas de hausse des prix jugée anormale ».

Pour la Cour, une telle solution peut être envisagée, mais ne donnera à la Défense aucun outil contractuel pour faire baisser le prix en cas d'abus puisque le fournisseur est en situation d'exclusivité.

Dans le cahier des charges établi pour le marché 20ST638 (remorques avec *Explosion Containment Bin*), la Défense prévoit une formule de révision de prix basée sur l'indice belge des prix à la consommation, ce qui est permis en cas de difficultés à établir une formule de révision des prix¹¹⁰. Le dossier ne contient toutefois aucun élément permettant d'identifier de telles difficultés et, vu le type de matériel (essentiellement composé de métal) ou de prestations (maintenance par une société étrangère), l'indice des prix à la consommation est inapproprié¹¹¹.

De manière générale, la Défense estime inapproprié de fixer elle-même les éléments de la formule tels que les indices, le moment de mise en œuvre, etc. vu sa connaissance insuffisante du marché et de la structure des prix, contrairement au soumissionnaire. De plus, les soumissionnaires issus de différents pays veulent chacun utiliser leurs indices nationaux. La Défense se limite donc à s'assurer que la formule de révision des prix du soumissionnaire rencontre ces deux conditions : refléter fidèlement le marché ; être clairement établie au moment de la notification.

Pour la Cour des comptes, l'objectif de la formule de révision de prix n'est pas de compenser intégralement et parfaitement l'évolution des prix des principaux composants du prix de revient. Il s'agit avant tout de s'assurer que les prix demeurent réalistes et non de supprimer les risques économiques induits par la remise d'une offre. Une meilleure prospection permettra à la Défense de mieux connaître le marché et les structures de prix pratiquées et de fixer elle-même une formule. Il va de soi que les indices peuvent prendre en compte la situation spécifique du pays d'établissement des soumissionnaires ou sous-traitants. La Défense passe régulièrement des marchés internationaux. Elle peut par exemple fixer elle-même les principaux indices à prendre en compte pour le coût de la main-d'œuvre. En effet, des chiffres officiels sont généralement disponibles en ligne pour les pays de production¹¹².

Dans deux marchés¹¹³, la Cour des comptes souligne la bonne pratique mise en place par la Défense consistant à appliquer la formule de révision de prix en continu, pour chaque état d'avancement des travaux ou pour chaque livraison. Cette mesure a permis d'une part de remettre des offres au plus proche des coûts réels en ne mettant pas sous pression financière les adjudicataires et, d'autre part, de réviser les prix à la baisse en fonction de l'évolution des indices de prix concernés¹¹⁴.

Concernant la révision de prix, la Cour adresse à la Défense la recommandation suivante : imposer dans ses cahiers des charges une formule de révision de prix reposant sur des indices que la Défense définit elle-même en fonction de sa prospection et des spécificités du marché ; pour les

¹¹⁰ Article 38/7 des règles générales d'exécution des marchés publics (RGE).

¹¹¹ L'article 7 de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, exige par ailleurs que la révision rencontre l'évolution des prix des principaux composants du prix de revient.

¹¹² Pour les pays européens, Eurostat publie ainsi un *Indice du coût de la main-d'œuvre par Nace Rév. 2*, page consultée le 9 mai 2022. Un *Employment Cost Index* détaillé est également publié par le *U.S. Bureau of Labor Statistics*, page consultée le 9 mai 2022.

¹¹³ 19IP810 et 20SM140.

¹¹⁴ Pour le marché 19IP810 relatif à des travaux d'entretien préventif et correctif d'un pipeline, 17.000 euros ont ainsi été économisés par la Défense.

pièces de rechange, insérer un mécanisme permettant de commander dans les catalogues aux prix standards avec ristourne ultérieure en application de la formule de révision.

3.5.2.2 Règle de *minimis*

Cette règle¹¹⁵ autorise des modifications au marché initial sans lancer une nouvelle procédure de passation pour autant que la valeur de la modification soit inférieure aux seuils fixés pour la publicité européenne et inférieure à dix (fournitures) ou quinze (travaux) pour cent de la valeur du marché initial. En cas de modifications successives, cette valeur correspond à la valeur cumulée nette des modifications successives.

Pour le marché 19IP855 (construction d'un *Security Control Center*), la Défense adopte un avenant en vue de connecter les installations de surveillance actuelles à un nouveau réseau de fibres optiques pour un montant de 525.096,60 euros hors TVA.

Pour la Cour des comptes, les termes « valeur cumulée nette des modifications successives » signifient l'obligation de prendre en compte tant les modifications en valeur positive que négative. S'il en était autrement, des modifications importantes en plus et en moins se neutraliseraient d'un point de vue financier, et seraient considérées comme minimales alors que la nature globale du marché serait objectivement modifiée de manière conséquente. En l'espèce, la Cour conclut que le seuil des 15 % est dépassé¹¹⁶. La Défense considère au contraire que l'on peut compenser les valeurs négatives et positives des modifications successives¹¹⁷.

Concernant le marché 20SM140 (carburant pour avions et hélicoptères) et son troisième avenant¹¹⁸, la Cour constate dans le rapport d'exécution l'absence de justification juridique autorisant l'approbation de ces modifications au marché. Pour rappel, tout acte juridique doit être motivé en fait et en droit.

La Cour constate également une faiblesse dans le processus de contrôle de l'exécution des marchés au sein de la Défense. Malgré une estimation spécifique mentionnée pour ces modifications dans le rapport d'exécution (le montant de l'avenant est de 200.000 euros, soit 600.000 euros pour les trois dernières années), la Défense a estimé que celles-ci n'avaient pas d'impact sur le montant global du marché. Le dossier n'a dès lors été soumis ni à BFC-A, ni à l'Inspection des finances. En l'espèce, le montant global du marché calculé par la Défense correspond uniquement au budget alloué pour ce besoin au lancement de la procédure de passation et sans ajustement aux prix de l'adjudicataire¹¹⁹. Pour la Cour, l'interprétation de la Défense implique qu'aucun avenant restant dans les limites du budget n'aurait « d'impact financier ». Pourtant, la plupart des avenants créent entre les parties un nouvel engagement juridique et financier. La Cour estime que les avenants,

¹¹⁵ Article 38/4 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

¹¹⁶ La valeur du marché initial est de 3.768.962,11 euros hors TVA, fixant le seuil des 15 % à 565.344,32 euros. La Défense a calculé la valeur des modifications successives en additionnant les nouveaux postes et en soustrayant les postes supprimés, donnant au total 525.096,60 euros. Selon la Cour, l'ensemble de ces postes doivent être additionnés, ce qui totalise 721.912,54 euros.

¹¹⁷ La Défense se base sur l'opinion du professeur S. Arrowsmith, exposée dans *The law of public and utilities procurement*, Londres : Sweet & Maxwell, 2014, p. 598.

¹¹⁸ Cet avenant annule et remplace les deux premiers. La décision couvre donc les modifications apportées par les deux premiers avenants.

¹¹⁹ Au sein de la Défense, c'est essentiellement le cas des marchés à bons de commande pour les munitions, les services postaux et le carburant.

même s'ils restent dans les limites du budget initial, mais créant un nouvel engagement juridique et financier, devraient faire l'objet d'un contrôle administratif et budgétaire.

Le même raisonnement doit être appliqué pour déterminer la compétence de l'ordonnateur. La modification, d'une valeur totale de 600.000 euros, a été ici approuvée par un ordonnateur dont la compétence est limitée à 175.000 euros. La Défense invoque l'absence d'impact financier de ces modifications sur le budget global. Pour la Cour des comptes, l'ordonnateur qui est intervenu n'était pas compétent¹²⁰.

Concernant la règle *de minimis*, la Cour adresse à la Défense la recommandation suivante : pour l'application de la règle *de minimis*, interpréter les termes « valeur cumulée nette des modifications successives » comme l'obligation de prendre en compte tant les modifications en valeur positive que négative ; intégrer dans ses rapports d'exécution portant modification au marché la base juridique permettant l'adoption d'un tel avenant ; soumettre au contrôle administratif et budgétaire et à l'ordonnateur compétent les avenants restant dans les limites du budget initial, mais créant un nouvel engagement juridique et financier.

3.5.3 Contrôle d'une sélection de factures

Sur la base de l'échantillon examiné, les factures présentes dans les dossiers correspondaient aux offres. La Défense a veillé à respecter le principe du forfait dans la passation des marchés publics.

3.6 Recommandations

Le tableau ci-après reprend l'ensemble des recommandations formulées dans le chapitre 3 consacré à l'examen des marchés supérieurs à 30.000 euros.

Thématiques	Recommandations	Destinataires
Marchés supérieurs à 30.000 euros		
Estimation	16 Via les documents administratifs internes, informer les organes de contrôle des montants à engager sur la totalité de la durée du contrat pour la maintenance et/ou découlant d'une clause de prolongation	Défense
Documents de marché	17 Veiller à la cohérence des dispositions et à la qualité des informations reprises dans les cahiers des charges et avis de marché au regard des spécificités techniques et juridiques du marché à passer	Défense
	18 Pour les marchés caractérisés notamment par des prestations de maintenance sur le long terme, interdire à l'adjudicataire, dans les documents de marché, de résilier le marché sans motif	Défense

¹²⁰ Article 4, § 3, de l'arrêté ministériel du 31 juillet 2018.

Thématiques	Recommandations	Destinataires
Sélection (motifs d'exclusion)	19 Vérifier strictement les motifs d'exclusion obligatoire des candidats/soumissionnaires ainsi que des tiers à qui ils font appel pour satisfaire aux critères de sélection	Défense
	20 Inclure dans tous ses marchés les motifs d'exclusion facultative	Défense
	21 Clarifier l'obligation de vérification des motifs d'exclusion facultative par le pouvoir adjudicateur	Législateur
Sélection (capacité)	22 Fixer des critères de sélection qualitative conformément à la réglementation pour réduire le risque d'attribuer les marchés à des opérateurs économiques ne disposant pas de la capacité requise	Défense
	23 Vérifier que l'engagement des tiers, lorsqu'il est requis, soit dûment produit	Défense
	24 Permettre, dans le cadre de la sélection, la production de certificats équivalents à ceux mentionnés dans les documents du marché	Défense
Vérification des prix	25 Procéder, pour chaque marché, à une vérification tant du prix global que des prix poste par poste ; déterminer quels postes sont négligeables et le motiver adéquatement ; expliquer de manière précise et adéquate dans la décision d'attribution ou le dossier administratif les raisons justifiant l'acceptation d'offres comprenant des prix apparemment anormaux	Défense
	26 Mobiliser les ressources nécessaires afin de procéder, en priorité dans les marchés de grande ampleur, à la vérification effective des données opérationnelles et économiques sous-jacentes aux offres comportant des prix apparemment anormaux	Défense
	27 Développer davantage la vérification des prix réalisée par l'officier acheteur dans l'instruction dédiée au contrôle des prix	Défense

Thématiques	Recommandations	Destinataires
Évaluation des offres	28 Examiner de manière approfondie les différentes formules possibles de pondération et de cotation des critères d'attribution afin de répondre au mieux aux besoins de la Défense et à l'exigence d'évaluation de la valeur intrinsèque de chaque offre	Défense
	29 Fixer des critères d'attribution tant pour les accords-cadres que pour les marchés subséquents ; pondérer ces critères lorsque le seuil européen est atteint ; prévoir dès l'accord-cadre un prix plafond révisable ou des mécanismes formalisés de contrôle de prix pour les marchés subséquents afin d'éviter tout abus à ce stade	Défense
	30 Évaluer et, le cas échéant, adapter dans la législation relative aux marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité l'obligation d'avoir pour l'attribution de l'accord-cadre et des marchés subséquents, les mêmes critères d'attribution	Législateur
	31 Mentionner clairement dans le cahier des charges les modalités de test et, dans les rapports d'évaluation et d'attribution, l'exécution de ces mesures	Défense
Décision motivée d'attribution	32 Veiller à la concordance entre les versions linguistiques et à la transparence des décisions	Défense
Communication de la décision	33 Effectuer les envois simultanément et mentionner les bonnes dispositions légales dans les courriers afin d'éviter une prolongation des délais de recours contre les décisions prises	Défense
Cautionnement	34 Joindre aux dossiers administratifs les documents prouvant le suivi de la constitution des cautionnements	Défense
Modifications au marché (révision de prix)	35 Imposer dans ses cahiers des charges une formule de révision de prix reposant sur des indices que la Défense définit elle-même en fonction de sa prospection et des spécificités du marché	Défense
	36 Pour les pièces de rechange, insérer un mécanisme permettant de commander dans les catalogues aux prix standards avec ristourne ultérieure en application de la formule de révision	Défense
Modifications au marché (de minimis)	37 Pour l'application de la règle <i>de minimis</i> , interpréter les termes « valeur cumulée nette des modifications successives » comme l'obligation de prendre en compte tant les modifications en valeur positive que négative	Défense
	38 Intégrer dans ses rapports d'exécution portant modification au marché la base juridique permettant l'adoption d'un tel avenant	Défense

Thématiques	Recommandations	Destinataires
Recommandations transversales		
Prospection	<p>39 Prospecter régulièrement et activement le marché auprès de plusieurs opérateurs correspondant au profil recherché pour :</p> <ul style="list-style-type: none"> • connaître les capacités du secteur à répondre aux besoins (exigences techniques, allotissement, etc.) ; • disposer d'une estimation réaliste du marché à passer en prenant en compte l'entièreté des missions à octroyer ; • connaître la structure des coûts afin de vérifier efficacement les prix et de fixer une formule de révision de prix adaptée. <p>Conserver la preuve de cette prospection dans les dossiers administratifs</p>	Défense
Contrôle interne	<p>40 Soumettre au contrôle administratif et budgétaire et à l'ordonnateur compétent les avenants restant dans les limites du budget initial, mais créant un nouvel engagement juridique et financier</p>	Défense

Chapitre 4

Conclusions et recommandations

Le présent audit avait pour objectifs :

- d'analyser une sélection de marchés au regard des réglementations relatives aux marchés publics des secteurs classiques ainsi que dans les domaines de la défense et de la sécurité :
 - d'une part, les marchés d'un montant inférieur ou égal à 30.000 euros ;
 - d'autre part, les marchés de plus de 30.000 euros ;
- d'évaluer, à l'occasion de cette analyse, le contrôle interne de la Défense applicable aux marchés publics.

4.1 Processus d'achat au sein de la Défense

Le processus d'achat relève principalement de la Direction générale des ressources matérielles (DGMR) et, accessoirement, d'ordonnateurs décentralisés. La Cour des comptes souligne de bonnes pratiques dans l'organisation de la DGMR. Ainsi, sa structure permet de bien séparer la gestion du matériel et de l'équipement de la passation des marchés publics. La séparation de fonction entre le « client » interne et la conformité juridique est ainsi garantie. Ces deux fonctions sont organisées selon une même structure (dite en miroir), ce qui réduit les risques de scission de marché pour les achats centralisés. Par ailleurs, l'existence d'une sous-section MRMP-G/E, chargée notamment du contrôle des prix, est une autre bonne pratique à souligner.

La Cour a pu constater un environnement de contrôle relativement développé ; les procédures y sont uniformisées et traduites en schémas. Les activités de contrôle mises en place par la Défense, en particulier la centralisation des contrôles via BFC-A¹²¹, contribuent activement à diminuer les risques inhérents à la fonction achat.

L'examen de l'exécution des marchés a révélé plusieurs faiblesses relatives à la détermination de l'ordonnateur compétent et des modalités de contrôle administratif et budgétaire pour certaines modifications aux marchés en cours d'exécution.

4.2 Marchés inférieurs ou égaux à 30.000 euros

Pour ces marchés, la Cour constate la qualité variable des données fournies initialement par la Défense. Après vérifications et corrections réalisées par la Défense, il apparaît que la très grande majorité des marchés entre 5.500 et 30.000 euros, qui devaient être soumis au contrôle administratif et budgétaire préalable durant la période d'affaires courantes, ont effectivement fait l'objet d'un contrôle par BFC-A et l'Inspection des finances. Par contre, pour ce qui concerne la période hors affaires courantes couvrant l'essentiel de l'année 2018, il faut noter l'absence complète de contrôle par ces organes sur une dépense cumulée de 2,6 millions d'euros HTVA. Cette absence constitue un point faible des activités de contrôle mises en place pour diminuer les risques inhé-

¹²¹ Service spécifique qui assure le contrôle administratif et budgétaire interne des dossiers devant être soumis à l'Inspection des finances.

rents à la passation et à l'exécution des marchés de maximum 30.000 euros HTVA. Pour couvrir ce risque, la Défense a exécuté en 2021 un contrôle aléatoire a posteriori de ces marchés.

La Défense a veillé, dans la majorité des dossiers, à appliquer et documenter ses procédures de passation de marchés publics, en vue du respect des dispositions légales et réglementaires applicables en la matière.

Toutefois, la Cour des comptes relève des irrégularités dans l'application des grands principes liés aux marchés publics, à l'exception du principe de proportionnalité. Pour 14 marchés inférieurs ou égaux à 30.000 euros sur les 30 sélectionnés, aucune mise en concurrence n'a été réalisée en raison de situations monopolistiques. Pour 10 d'entre eux, cette absence est motivée par des exigences médicales telles que l'interopérabilité, la liberté thérapeutique et la formation des agents. Pour la Cour des comptes, ces contraintes justifiées dans certains cas n'autorisent pas à déroger au principe de mise en concurrence lorsque cela est possible ni à faire l'économie d'une remise en question constructive de la réponse au besoin. Une prospection documentée doit avoir lieu. Si la nécessité d'utiliser le même matériel est démontrée, consulter uniquement le fournisseur historique ne suffit pas : il est souhaitable de chercher d'autres distributeurs.

Parmi les 15 marchés ayant fait l'objet d'une mise en concurrence, le principe d'égalité et de non-discrimination n'a pas été respecté pour 4 d'entre eux, notamment en matière de délai accordé aux opérateurs économiques pour manifester leur intérêt et des exigences de régularité et d'évaluation des offres. Dans 2 autres dossiers, les marques exigées figurent expressément dans l'inventaire des besoins. Or, une telle mention est de nature à restreindre la concurrence.

En ce qui concerne le principe de transparence, la Cour des comptes relève un bon nombre de bonnes pratiques d'archivage, de rédaction des cahiers spéciaux des charges, d'établissement du rapport d'attribution et de communication.

Deux marchés comprennent des dispositions contraires au principe du forfait, dans la formule de révision de prix et dans les tarifs applicables pour la maintenance. La Cour des comptes relève néanmoins une bonne pratique, l'établissement d'un « tableau de conformité » portant sur les garanties, l'entretien et l'installation du matériel, etc. Il clarifie les engagements du soumissionnaire et tend à renforcer la sécurité juridique et la bonne exécution du contrat.

La structure en miroir mise en place au sein de la Défense permet de limiter les risques de scission irrégulière de marchés. En effet, seuls 2 cas potentiels de scission de marché ont été observés sur les 438 marchés de moins de 30.000 euros passés sur la période considérée. Certes, sur les 30 marchés sélectionnés, 18 présentent un caractère récurrent, à savoir qu'ils portent sur des objets similaires et se répètent chaque année (ou tous les deux ans). Une telle pratique n'est pas nécessairement irrégulière pour autant que les règles d'estimation soient respectées. En revanche, cette pratique peut s'avérer défavorable en termes de gestion et d'efficacité. La Cour recommande de regrouper certains besoins par famille d'achats et de lancer des marchés pluriannuels à quantités présumées, avec possibilité de résiliation annuelle si le besoin venait à disparaître.

4.3 Marchés supérieurs à 30.000 euros

À la suite de l'examen de vingt marchés, la Cour des comptes émet un constat identique à celui formulé pour les marchés inférieurs ou égaux à 30.000 euros : la Défense a veillé, dans la majorité des dossiers, à appliquer et documenter ses procédures de passation de marchés publics, en vue du respect des dispositions légales et réglementaires applicables en la matière. Toutefois, la Cour a observé des faiblesses, en particulier pour les marchés visant l'acquisition de véhicules de commandement, de carburants, de chaussures de combat et de camions.

La Cour des comptes attire dès lors en particulier l'attention de la Défense sur les points suivants :

- sur le plan de la préparation des marchés, l'estimation des montants communiquée aux autorités décisionnelles et de contrôle ne reflète pas suffisamment les enjeux financiers réels ;
- sur le plan de la passation :
 - les motifs d'exclusion et la sélection qualitative ;
 - la vérification des prix, étant donné l'impact financier des marchés de la Défense et leur complexité ;
 - les conséquences potentielles de la formule d'évaluation des prix utilisée ;
- sur le plan de l'exécution des marchés, les modifications apportées en vertu de la formule de révision des prix ou de la règle *de minimis*.

En ce qui concerne la préparation des marchés, la Cour relève une bonne pratique qui consiste à envisager de manière quasi systématique le coût du cycle de vie dans son approche et son évaluation des offres. L'identification du besoin est préparée par les gestionnaires de matériel : elle est résumée dans les demandes d'achat. Certains documents de marché devraient toutefois être mieux adaptés aux capacités du secteur concerné afin de favoriser une réelle mise en concurrence (services postaux, carburant).

L'estimation des montants des marchés est réalisée dans le respect des dispositions légales. La Cour des comptes considère toutefois que, pour des marchés de très longue durée, se limiter à l'estimation des quatre premières années constitue, en termes de gestion, un défaut de transparence budgétaire et financière vis-à-vis des organes de contrôle et d'approbation. Par ailleurs, certaines estimations, sans être déraisonnables, ont conduit à un montant attribué significativement plus élevé ou plus bas. La Cour recommande donc d'approfondir la prospection, une pratique bien établie à la Défense, pour affiner les estimations.

Le recours à la législation applicable (secteurs classiques ou défense et sécurité) est correctement motivé. Les services d'achat utilisent des documents types, ce qui constitue une bonne pratique. En aval de ce choix, la Cour constate toutefois dans le cahier des charges de plusieurs marchés la présence de dispositions incompatibles avec le choix opéré. Elle recommande de veiller à une application cohérente du cadre légal et réglementaire.

La phase de passation des marchés est également encadrée par la Défense. Une très grande majorité des marchés sélectionnés a fait l'objet d'une procédure de passation et d'une mise en concurrence conformément à la réglementation applicable. Toutefois, dans un nombre limité de cas, l'avis de marché publié était incomplet.

En ce qui concerne les causes d'exclusion obligatoires, la Cour a relevé des lacunes dans la vérification des casiers judiciaires et des obligations fiscales et sociales. L'examen de la phase de sélection a révélé que la Défense ne s'estime pas contrainte de fixer systématiquement des critères de

sélection qualitative. Pour la Cour des comptes, cette fixation est non seulement obligatoire, mais aussi de nature à préserver la Défense d'opérateurs ne disposant pas d'une capacité suffisante et pouvant donc compromettre la bonne exécution du marché.

En ce qui concerne la régularité des offres, la Cour constate des analyses correctement étayées pour la majorité des marchés. Toutefois, la vérification des prix par la Défense présente des lacunes importantes susceptibles d'entacher d'irrégularité l'attribution de certains marchés et de porter atteinte aux intérêts de la Défense lors de l'exécution des marchés (exécution défailante ou demandes de suppléments). La vérification effective des données opérationnelles et économiques sous-jacentes aux offres comportant des prix apparemment anormaux est à la fois une obligation légale et une exigence de bonne gestion. Il s'agit d'une tâche ardue et complexe, qui requiert parfois des compétences pointues, mais qui s'impose à un pouvoir adjudicateur professionnel tel que la Défense. L'enjeu est de cerner au mieux les caractéristiques techniques du matériel acheté et leurs répercussions sur les prix.

La cotation des offres quant aux critères d'attribution relatifs à la qualité est généralement encadrée et repose sur des éléments objectifs : des éléments mesurables sont établis pour l'octroi des points. En revanche, la formule fréquemment utilisée pour le critère prix est critiquable. Elle peut, dans de rares cas, ne pas répondre à l'exigence d'évaluation de la valeur intrinsèque de chaque offre. De plus, elle peut entraîner une perception tronquée quant aux points maximaux attribuables. Son application peut en effet générer une réduction artificielle du poids du critère prix.

Enfin, pour ce qui concerne les délégations de compétence au stade de la passation, la Cour des comptes constate une correcte exécution de l'arrêté ministériel portant délégations de pouvoir par le ministre de la Défense.

De manière générale, la Cour des comptes observe que les décisions motivées d'attribution sont correctement étayées par les services de la Défense. Elles reprennent les différentes étapes du processus de passation ayant conduit à la désignation de l'adjudicataire. Dans un nombre très limité de cas, un défaut de transparence susceptible de porter préjudice au droit des soumissionnaires évincés a toutefois été constaté. Parfois, le défaut de simultanéité entre le courriel et l'envoi recommandé de la décision, ainsi que l'absence des mentions légales requises, ont pour effet de postposer le délai d'introduction du recours, ce qui fait peser sur la Défense un risque inutile.

L'analyse de l'exécution des marchés s'est limitée à certains aspects, vu le caractère récent de la plupart des marchés de l'échantillon. Elle met en lumière des faiblesses relatives aux modifications apportées aux marchés en cours d'exécution.

Ainsi, dans trois marchés supérieurs à 30.000 euros, la Défense a invité les soumissionnaires à communiquer dans leur offre leur formule de révision de prix, ce qui peut compromettre la comparabilité des offres ou priver la Défense du bénéfice d'une éventuelle diminution des coûts des matières premières. Pour l'un de ces marchés, le cahier des charges prévoit de soustraire les pièces de rechange à la formule de révision de prix et d'autoriser l'adjudicataire à transmettre de nouveaux prix. Ce droit reconnu à l'adjudicataire rend la Défense vulnérable à des hausses injustifiées ou abusives. Globalement, la Défense doit mieux prospecter afin de fixer elle-même une formule de révision de prix équilibrée et conforme à la législation.

Par ailleurs, la règle *de minimis* consiste à autoriser des modifications au marché initial sans nécessité de lancer une nouvelle procédure, pour autant que la valeur cumulée nette des modifications successives soit inférieure aux seuils fixés pour la publicité européenne et inférieure à dix (fournitures) ou quinze (travaux) pour cent de la valeur du marché initial. Pour la Cour des comptes, les termes « valeur cumulée nette des modifications successives » signifient l'obligation de prendre en compte tant les modifications en valeur positive que négative. S'il en était autrement, des modifications importantes en plus et en moins se neutraliseraient d'un point de vue financier, et seraient considérées comme minimales alors que la nature globale du marché serait objectivement modifiée de manière conséquente.

Enfin, pour déterminer l'ordonnateur compétent et le contrôle administratif et budgétaire applicable, la Défense considère qu'un avenant restant dans l'enveloppe budgétaire initiale (indépendamment du montant réel d'attribution) n'a pas « d'impact financier ». Or, chaque avenant crée un nouvel engagement juridique et financier entre les parties. Pour la Cour, l'interprétation avancée par la Défense est une faiblesse : elle lui permet d'échapper au contrôle administratif et budgétaire et de faire approuver un avenant par un ordonnateur qui n'en a pas la compétence.

4.4 Recommandations

Dans ce rapport, la Cour des comptes formule des recommandations. Elles sont reprises dans le tableau ci-après. Toutes sont adressées à la Défense, à l'exception de deux d'entre elles (la n° 21 et la n° 30) qui s'adressent au législateur.

Thématiques	Recommandations	Destinataires	Voir points
Marchés inférieurs ou égaux à 30.000 euros			
Qualité du rapportage	1 Veiller à la qualité des enregistrements dans Ilias et notamment au bon encodage des interventions de l'Inspection des finances, y compris en période d'affaires courantes	Défense	2.2.2 2.2.7
Mode de passation	2 Qualifier correctement la procédure à mettre en œuvre, soit « marché de faible montant », soit « procédure négociée sans publication préalable »	Défense	2.2.4
Ordonnateurs	3 Identifier et analyser chacune des politiques d'acquisition spécifiques aux différentes sections de MRMP afin de détecter les éventuelles lacunes et difficultés de manière plus ciblée	Défense	2.2.6.1
Principe de concurrence	4 Lorsque la nécessité d'utiliser le même matériel est démontrée, chercher des distributeurs alternatifs au lieu de consulter uniquement le fournisseur historique	Défense	2.3.2.1
	5 Vérifier périodiquement la pertinence des attestations d'exclusivité, le cas échéant de manière aléatoire	Défense	

Thématiques	Recommandations	Destinataires	Voir points
Principe d'égalité	6 Octroyer à tous les opérateurs économiques le même délai pour introduire une offre ou manifester leur intérêt au stade de la prospection	Défense	2.3.2.2
	7 Éviter d'exiger des marques spécifiques ou, à défaut, en motiver l'absolue nécessité (si la Défense souhaite indiquer les produits actuellement utilisés, modifier le formulaire de remise de prix standard en précisant qu'il s'agit d'une mention purement informative)	Défense	
	8 Faire usage de la possibilité de négocier ou de clarifier les offres, dans le respect du principe d'égalité, afin d'obtenir un résultat plus intéressant pour la Défense	Défense	
	9 En cas de besoins diversifiés, allouer le marché par famille d'articles afin de disposer d'un fournisseur pour chaque article à l'issue de la procédure de passation	Défense	
Principe du forfait	10 Pour les marchés pluriannuels, encadrer les éventuelles évolutions de prix en fixant les paramètres avant l'attribution du marché	Défense	2.3.2.5
	11 Pour les contrats d'entretien, solliciter dans le contrat initial un encadrement des prestations futures au moyen soit d'un pourcentage de réduction sur le catalogue pour les prestations hors inventaire soit d'un taux horaire et d'une marge définis pour ces prestations	Défense	

Thématiques	Recommandations	Destinataires	Voir points
Estimation et scission de marché	12 Prévoir, pour les besoins récurrents, des marchés pluriannuels en quantité présumée avec possibilité de résilier chaque année si le besoin venait à disparaître	Défense	2.3.2.5
	13 Investiguer la possibilité de regrouper en un seul marché les besoins relevant des mêmes familles d'achat	Défense	
	14 Rechercher activement des collaborations avec des adjudicateurs ayant des besoins similaires, notamment dans le domaine médical, afin de participer à des centrales d'achat	Défense	
	15 Adapter la directive relative au contrôle administratif et budgétaire DGBF-SPS-ABFCTL-CXXX-001 afin que soient pris en compte le montant de la modification, mais aussi le montant initial du marché pour déterminer le seuil d'intervention de BFC-A et de l'Inspection des finances	Défense	
Marchés supérieurs à 30.000 euros			
Estimation	16 Via les documents administratifs internes, informer les organes de contrôle des montants à engager sur la totalité de la durée du contrat pour la maintenance et/ou découlant d'une clause de prolongation	Défense	3.2.2
Documents de marché	17 Veiller à la cohérence des dispositions et à la qualité des informations reprises dans les cahiers des charges et avis de marché au regard des spécificités techniques et juridiques du marché à passer	Défense	3.2.4 3.3.2
	18 Pour les marchés caractérisés notamment par des prestations de maintenance sur le long terme, interdire à l'adjudicataire, dans les documents de marché, de résilier le marché sans motif	Défense	3.2.4

Thématiques	Recommandations	Destinataires	Voir points
Sélection (motifs d'exclusion)	19 Vérifier strictement les motifs d'exclusion obligatoire des candidats/soumissionnaires ainsi que des tiers à qui ils font appel pour satisfaire aux critères de sélection	Défense	3.3.3.1
	20 Inclure dans tous ses marchés les motifs d'exclusion facultative	Défense	
	21 Clarifier l'obligation de vérification des motifs d'exclusion facultative par le pouvoir adjudicateur	Législateur	
Sélection (capacité)	22 Fixer des critères de sélection qualitative conformément à la réglementation pour réduire le risque d'attribuer les marchés à des opérateurs économiques ne disposant pas de la capacité requise	Défense	3.3.3.2
	23 Vérifier que l'engagement des tiers, lorsqu'il est requis, soit dûment produit	Défense	
	24 Permettre, dans le cadre de la sélection, la production de certificats équivalents à ceux mentionnés dans les documents du marché	Défense	
Vérification des prix	25 Procéder, pour chaque marché, à une vérification tant du prix global que des prix poste par poste ; déterminer quels postes sont négligeables et le motiver adéquatement ; expliquer de manière précise et adéquate dans la décision d'attribution ou le dossier administratif les raisons justifiant l'acceptation d'offres comprenant des prix apparemment anormaux	Défense	3.3.4
	26 Mobiliser les ressources nécessaires afin de procéder, en priorité dans les marchés de grande ampleur, à la vérification effective des données opérationnelles et économiques sous-jacentes aux offres comportant des prix apparemment anormaux	Défense	
	27 Développer davantage la vérification des prix réalisée par l'officier acheteur dans l'instruction dédiée au contrôle des prix	Défense	

Thématiques	Recommandations	Destinataires	Voir points
Évaluation des offres	28 Examiner de manière approfondie les différentes formules possibles de pondération et de cotation des critères d'attribution afin de répondre au mieux aux besoins de la Défense et à l'exigence d'évaluation de la valeur intrinsèque de chaque offre	Défense	3.3.5
	29 Fixer des critères d'attribution tant pour les accords-cadres que pour les marchés subséquents ; pondérer ces critères lorsque le seuil européen est atteint ; prévoir dès l'accord-cadre un prix plafond révisable ou des mécanismes formalisés de contrôle de prix pour les marchés subséquents afin d'éviter tout abus à ce stade	Défense	
	30 Évaluer et, le cas échéant, adapter dans la législation relative aux marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité l'obligation d'avoir pour l'attribution de l'accord-cadre et des marchés subséquents, les mêmes critères d'attribution	Législateur	
	31 Mentionner clairement dans le cahier des charges les modalités de test et, dans les rapports d'évaluation et d'attribution, l'exécution de ces mesures	Défense	
Décision motivée d'attribution	32 Veiller à la concordance entre les versions linguistiques et à la transparence des décisions	Défense	3.4.1
Communication de la décision	33 Effectuer les envois simultanément et mentionner les bonnes dispositions légales dans les courriers afin d'éviter une prolongation des délais de recours contre les décisions prises	Défense	3.4.2
Cautionnement	34 Joindre aux dossiers administratifs les documents prouvant le suivi de la constitution des cautionnements	Défense	3.5.1
Modifications au marché (révision de prix)	35 Imposer dans ses cahiers des charges une formule de révision de prix reposant sur des indices que la Défense définit elle-même en fonction de sa prospection et des spécificités du marché	Défense	3.5.2.1
	36 Pour les pièces de rechange, insérer un mécanisme permettant de commander dans les catalogues aux prix standards avec ristourne ultérieure en application de la formule de révision	Défense	

Thématiques	Recommandations	Destinataires	Voir points
Modifications au marché (de minimis)	37 Pour l'application de la règle de <i>de minimis</i> , interpréter les termes « valeur cumulée nette des modifications successives » comme l'obligation de prendre en compte tant les modifications en valeur positive que négative	Défense	3.5.2.2
	38 Intégrer dans ses rapports d'exécution portant modification au marché la base juridique permettant l'adoption d'un tel avenant	Défense	
Recommandations transversales			
Prospection	39 Prospecter régulièrement et activement le marché auprès de plusieurs opérateurs correspondant au profil recherché pour : <ul style="list-style-type: none">• connaître les capacités du secteur à répondre aux besoins (exigences techniques, allotissement, etc.) ;• disposer d'une estimation réaliste du marché à passer en prenant en compte l'entièreté des missions à octroyer ;• connaître la structure des coûts afin de vérifier efficacement les prix et de fixer une formule de révision de prix adaptée. Conserver la preuve de cette prospection dans les dossiers administratifs	Défense	2.3.2.1 3.2.1 3.2.2
Contrôle interne	40 Soumettre au contrôle administratif et budgétaire et à l'ordonnateur compétent les avenants restant dans les limites du budget initial, mais créant un nouvel engagement juridique et financier	Défense	3.5.2.2

Ce rapport est disponible en français et
en néerlandais sur www.courdescomptes.be.



DÉPÔT LÉGAL

D/2022/1128/34

PRÉPRESSE

Imprimerie centrale de la Chambre des représentants

PHOTO DE COUVERTURE

Shutterstock

ADRESSE

Cour des comptes
Rue de la Régence 2
1000 Bruxelles

TÉL.

+32 2 551 81 11

www.courdescomptes.be