

AVIS DE LA COMMISSION DES MARCHES PUBLICS

Concerne : Le DUME des tiers à la capacité desquels il est fait recours

Lors de ses réunions des 18 février 2019 et 29 avril 2019, la Commission des marchés publics a examiné la question sous-objet et a émis l'avis suivant.

Conformément à l'article 73, § 1^{er}, alinéa 2 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, le Document unique de marché européen (DUME) doit contenir les informations relatives au tiers lorsque le soumissionnaire a recours à la capacité de celui-ci en vertu de l'article 78 de la même loi. Les conséquences de cette obligation sont les suivantes.

- 1° L'absence du DUME relatif au tiers entraîne la non-sélection de l'opérateur économique (voir C.E. n° 242.092 du 10 juillet 2018) ou l'irrégularité substantielle de l'offre (voir arrêt du C.E. n° 242.220 du 14 août 2018, dans lequel le Conseil d'Etat n'évoque pas la non-sélection mais s'interroge sur l'application de l'article 76, §§ 1^{er} et 3, de l'arrêté royal du 17 avril 2017).
- 2° La réglementation n'impose pas que le DUME soit signé par le tiers.

La loi du 17 juin 2016 ainsi que les arrêtés passation ne prévoient pas que le DUME relatif au tiers à la capacité duquel il est fait appel doit être signé par ce tiers. Le règlement d'exécution (UE) 2016/7 de la Commission du 5 janvier 2016 établissant le formulaire type pour le document unique de marché européen n'est pas tout à fait clair à propos de la signature du tiers. Une question a donc été posée à la Commission européenne :

« Le règlement d'exécution UE 2016/7 du 5 janvier 2016 nous enseigne qu'un DUME distinct contenant les informations pertinentes doit être fourni pour chacune des entités auxquelles il est fait appel. Néanmoins, une question se pose : le tiers à la capacité duquel il est fait appel, doit-il signer son DUME ?

Il nous semble que la Commission européenne n'avait pas l'intention d'imposer la signature du DUME dans la mesure où le formulaire type, prévu à l'annexe 2 du règlement d'exécution (UE) 2016/7 du 5 janvier 2016 se termine par : « Date, lieu, et lorsque cela est requis ou nécessaire, signature(s) : [...] ».

La question de la signature est également évoquée à l'annexe 1^{er} du règlement précité :

« En ce qui concerne la (les) signature(s) du DUME, veuillez noter qu'il peut ne pas être nécessaire que le DUME soit signé lorsqu'il est transmis parmi un ensemble de documents dont l'authenticité et l'intégrité sont garanties par la (les) signature(s) requise(s) pour le moyen de transmission utilisé (15). »

Note en bas de page 15 : « Par exemple: si dans une procédure ouverte, l'offre et le DUME qui l'accompagne sont transmis au moyen d'un courriel doté d'une signature électronique du type requis, alors il peut ne pas être nécessaire que le DUME soit muni d'une (de) signature(s) supplémentaire(s). L'utilisation d'une signature électronique sur le DUME peut également ne pas être nécessaire lorsque le DUME est intégré dans une plateforme de passation électronique de marchés et que l'utilisation de cette plateforme requiert une authentification électronique. ».

Le législateur belge a utilisé cette faculté et impose la signature de manière globale de l'offre, de ses annexes et du DUME par l'apposition d'une signature sur le « rapport de dépôt » (pour plus d'informations, voir article 42 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques : https://www.publicprocurement.be/sites/default/files/documents/dispo_ar_classique_version_2018_2.pdf).

La question de savoir si la tiers à la capacité duquel il est fait appel doit signer le DUME n'est, par contre, pas réglée de façon expresse dans la réglementation belge.

De plus, la rubrique « Informations relatives au recours aux capacités d'autres entités » de l'annexe 2 du règlement précité contient la note suivante : « un formulaire DUME distinct contenant les informations demandées dans les sections A et B » doit être « dûment rempli et signé par les entités concernées ».

Cette précision doit-elle être lue en combinaison avec les dispositions précitées ou une interprétation isolée de cette phrase concernant la signature par les tiers à la capacité desquels il est fait appel est-elle de mise (ce qui pourrait signifier que plus de formalités sont imposées à ces tiers qu'aux soumissionnaires eux-mêmes) ? »

La réponse suivante a été formulée par la Commission européenne le 2 avril 2019 :

«Après nouvel examen de la question, je vous confirme notre réponse initiale à savoir que : les exigences de signature du DUME ne doivent pas être plus lourdes pour les entités auxquelles il est fait appel que pour l'opérateur économique qui repose sur les capacités de ces dernières. Les modalités prévues par la législation belge pour l'opérateur économique principal peuvent donc parfaitement être appliquées aux entités à la capacité desquelles cet opérateur économique recourt.

Nous sommes en effet d'avis que la mention, dans le cadre explicatif à la Partie II point C « Informations relatives au recours aux capacités d'autres entités », d'un DUME distinct « dûment rempli et signé par les entités concernées » ne doit pas être prise au pied de la lettre compte tenu que : d'une part, les dispositions de la Partie VI « Dispositions finales » prévoient la signature du DUME par l'opérateur économique principal « lorsque cela est requis ou nécessaire » ; et d'autre part, le règlement d'exécution (UE) 2016/7 établissant le formulaire type pour le DUME ne fournit aucune motivation particulière et explicite allant dans le sens d'exigences plus strictes pour les entités aux capacités desquelles il est fait recours. En outre, et pour votre information, il résulte de l'e-procurement workshop qui a eu lieu en Autriche il y a deux semaines que cet Etat membre n'exige pas non plus la signature du DUME dans ce cas.

- 3° L'adjudicateur peut, s'il l'estime nécessaire, imposer dans les documents du marché la signature du DUME par le tiers. Il devra dès lors définir le type de signature demandé.
- 4° Le soumissionnaire est responsable des renseignements fournis par ces tiers. Il est donc dans l'intérêt du soumissionnaire de s'assurer qu'il dispose du DUME signé par le tiers (quelque soit le type de signature). En effet, le soumissionnaire doit se prémunir contre les fausses déclarations de son sous-traitant. Toutefois, sauf disposition contraire dans les documents de marché, ladite signature du tiers n'a pas à être mise à disposition sur la plateforme.
- 5° Lorsque l'adjudicateur impose dans les documents de marchés une signature qualifiée ou que le soumissionnaire demande une signature qualifiée dans sa relation avec le tiers, la signature peut être apposée des manières suivantes :
 - a. soit au moyen d'Adobe Reader qui peut être utilisé pour signer la version PDF du DUME ; pour de plus amples informations, voir <https://eid.belgium.be/fr/faq/comment-signer-un-document-de-maniere-electronique-avec-acrobat-reader-dc#7258>
 - b. soit au moyen d'un logiciel de signature spécifique, qui permet la signature de la version XML du DUME ; un exemple de ce logiciel et le manuel d'utilisation qui l'accompagne sont disponibles à l'adresse suivante : <https://sign.publicprocurement.be>.
- 6° Le DUME ne doit pas être confondu avec la preuve de l'engagement du tiers que le soumissionnaire doit fournir à l'adjudicateur.