

CRITÈRES D'ATTRIBUTION: CHOIX, PONDÉRATION, COTATION ET MOTIVATION... ET AUTRES COMPLICATIONS?

S'il est un sujet sur lequel de nombreux auteurs se sont essayés, c'est bien celui du critère d'attribution. Et pour cause, il est le fil conducteur de bon nombre de procédures de marchés publics, hantant l'esprit du pouvoir adjudicateur de la rédaction du cahier spécial de charges jusqu'à l'attribution du marché public.

Par cet écrit, nous passerons en revue sa conception (choix du mode de passation et des critères d'attribution ainsi que leur pondération) puis, ses modalités d'utilisation (cotation des offres et motivation).

INTRODUCTION

Le critère d'attribution est un concept au centre de la procédure de marché public. Il pourrait être défini comme l'élément normalement inscrit dans le cahier de charges permettant de départager ou d'arbitrer les offres déposées dans le cadre d'une procédure de marché public. Il s'agit donc bien d'évaluer, de coter, de juger les offres des soumissionnaires et non les soumissionnaires eux-mêmes (qui sont eux appréciés, en amont, d'après les critères de sélection qualitative).

Comment le choisir? Pourquoi le choisir? Comment l'apprécier?

Ce sont les quelques questions auxquelles nous tenterons de répondre en suivant la logique du déroulement chronologique d'une procédure de marché public. En effet, le critère d'attribution anime celle-ci, du début jusqu'à la fin. C'est cette trame qui nous guidera au cours de cet écrit.

En début de course, il s'agit d'abord de déterminer le mode de passation du marché public, ce qui fera que l'on aura un ou plusieurs critères d'attribution, ou pas du tout (1.). Ensuite, lors de l'élaboration du cahier de charges, le pouvoir adjudicateur choisira et définira les critères d'attribution auxquels il aura recours. Ce choix est certes libre, mais la jurisprudence a fixé certaines limites découlant des principes de transparence, d'égalité de traitement et de proportionnalité qui dirigent toute la matière des marchés publics (2.). Toujours au cours de la rédaction du cahier de charges, le pouvoir adjudicateur pondérera (éventuellement) ces critères d'attribution, c'est-à-dire précisera le poids respectif qu'ils auront dans la détermination de l'offre la plus intéressante (3.).

En fin de course, les critères d'attribution, qui ont pourtant déjà mobilisé l'attention du pouvoir adjudicateur, prennent leur effet utile puisqu'il s'agit de les mettre en œuvre via une ou plusieurs méthodes d'analyse des offres (4.) et ce, moyennant une motivation adéquate (5.) afin de parvenir au choix de l'offre la plus intéressante.

1. En amont de la procédure de marché public: le choix du mode de passation conditionne l'existence même de critères d'attribution

Le choix entre les modes généraux de passation d'un marché public, c'est-à-dire l'appel d'offres et l'adjudication, est entièrement libre¹. Ce choix doit être mûrement réfléchi puisqu'il implique une écriture différente du cahier de charges.

En adjudication, le seul critère permettant au pouvoir adjudicateur de désigner l'adjudicataire est celui du prix. Le pouvoir adjudicateur choisit l'offre la moins disante, dit-on. Ceci implique que le cahier spécial des charges comporte suffisamment de précisions et de conditions d'exécution pour que la seule façon dont dispose le soumissionnaire pour remporter le marché soit de jouer sur la composante prix, le reste étant figé – ou presque – dans le cahier de charges².

En appel d'offres par contre, le cahier spécial de charges pourra – mais ne devra pas nécessairement – comporter moins de précisions ou d'exigences de type technique³, une certaine marge d'appréciation étant offerte du fait de ces critères d'attribution. Le pouvoir adjudicateur choisit l'offre la plus intéressante en fonction des différents critères d'attribution qu'il aura préalablement établis.

Nous le répétons, ce choix entre adjudication et appel d'offres est entièrement libre. Pour autant que les autres critères soient bien pris en compte, la circonstance que le pouvoir adjudicateur procure une prédominance au critère du prix parmi les autres critères d'attribution n'enlève pas à la procédure de marché public l'appellation d'appel d'offres⁴. A l'inverse, le critère du prix n'est pas obligatoire en appel d'offres⁵. Il n'est donc pas exclu que le pouvoir adjudicateur choisisse ses critères d'attribution sans prévoir celui du prix. En ce cas, il peut être indispensable, afin d'éviter un "dérapage" de type pécuniaire, de fixer une limite dans le cahier de charges ou une fourchette de prix au sein de laquelle le pouvoir adjudicateur pourra mettre en œuvre le projet souhaité.

Qu'en est-il du mode de passation exceptionnel – en tout cas dans les secteurs classiques – de la procédure négociée? Dans un tel mode de passation, le pouvoir adjudicateur peut "faire comme en adjudication ou comme en appel d'offres" en érigeant le prix comme critère unique ou comme critère parmi d'autres⁶.

Il faut donc en conclure que la question du critère d'attribution et de son éventuelle pondération ne se pose qu'en appel d'offres et éventuellement en procédure négociée, soit là où la procédure de marché public est multicritères car en adjudication, seul le prix compte.

2. En amont de la procédure de marché public: le choix des critères d'attribution est libre, mais non illimité

¹ A.-L. DURVIAUX, "La procédure négociée: spécificités, opportunités et contraintes", *Actualités du droit des marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 93; D. BATSELÉ, P. FLAMME et P. QUERTAINMONT, *Initiation aux marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 132.

² D. BATSELÉ, P. FLAMME et P. QUERTAINMONT, *Initiation aux marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 137.

³ A.-L. DURVIAUX, *ibid.* p. 87.

⁴ C.E., 11.12.2001, n°101.745; P. THIEL, *Mémento des marchés publics et PPP 2011*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 293: à défaut de prendre en compte les critères d'attribution autres que le prix, le pouvoir adjudicateur transforme la procédure d'appel d'offres en adjudication: Y. CABUY et R. DE PESSEMIER, "La relation entre motivation et cotation dans les décisions d'attribution des marchés publics: analyse de quelques cas issus du contrôle de tutelle sur les décisions des pouvoirs bruxellois", *Chronique des marchés publics 2007-2008*, Bruxelles, EBP, 2008, p. 262; J. NOËL (sous la dir.), *Les marchés publics – Droits belge et européen – Principes et applications*, volume 1, Charleroi, Esimap, 2001, p. 201.

⁵ C.E., 4.05.2006, 158.316.

⁶ Nous le verrons plus loin, en procédure négociée, en deçà des seuils de publicité européenne, le pouvoir adjudicateur n'est pas contraint de fixer des critères d'attribution.

Une fois le mode de passation déterminé, il convient, en appel d'offres et en procédure négociée, de choisir les critères d'attribution qui feront partie intégrante du cahier de charges ou des documents en tenant lieu.

Quels critères choisir donc?

L'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 en énumère divers, à titre exemplatif. Ils peuvent être; le prix, le délai de livraison, le coût d'utilisation, la rentabilité, la qualité, le caractère esthétique et fonctionnel, la valeur technique, le service après-vente et l'assistance technique⁷. Il est loisible au pouvoir adjudicateur de laisser son imagination en créer d'autres⁸, sous réserve des précisions qui vont être abordées plus loin.

Les critères d'attribution peuvent être de type "quantitatif" ou "qualitatif". Il est mal aisé de distinguer les deux types qui parfois se télescopent. Retenons de façon sommaire que le critère d'attribution de type quantitatif peut être défini comme faisant l'objet d'une évaluation objective plutôt basée sur des chiffres alors que celui de type qualitatif nécessite une appréciation qui sera plutôt subjective, c'est-à-dire dépendante de l'avis de chacun.

Ainsi, par exemple, le prix, le délai d'exécution/de livraison, relevant de la première catégorie, resteront identiques quel que soit "l'angle de vue". Une opération mathématique permettra la comparaison. Par contre, l'évaluation du critère de la qualité architecturale ou de l'esthétique, appartenant au second type, donnera lieu à une part de subjectivité, chacun pouvant avoir une opinion différente sur la question.

L'intérêt de cette distinction est triple: d'une part, en fonction du type de critère d'attribution, il peut être précieux d'utiliser des méthodes d'analyse des offres différentes; d'autre part, le Conseil d'Etat a reconnu cette part de subjectivité au critère d'attribution de type qualitatif⁹, ce qui rend, selon nous, le contrôle de la haute juridiction encore plus marginal; enfin, le Conseil d'Etat a admis, en procédure négociée, qu'il n'était pas illogique de pondérer tous les critères (de type qualitatif) à l'exception du prix (de type quantitatif) parce que le pouvoir adjudicateur "*entendait retenir une offre de qualité sans négliger le prix de cette qualité*"¹⁰.

Si le pouvoir adjudicateur choisit librement les critères qui lui permettent de déterminer l'offre la plus intéressante, cette liberté n'est pas absolue. Le Conseil d'Etat, par une jurisprudence constante¹¹, a, en effet, indiqué que: "*tant les directives européennes que la législation belge relative aux marchés publics laissent aux pouvoirs adjudicateurs la liberté de choix des critères d'attribution dans la procédure d'appel d'offres; toutefois, cette liberté de choix n'est pas illimitée; tout d'abord, les critères retenus doivent viser à identifier l'offre "économiquement la plus avantageuse" soit, sur la*

⁷ Voyez également: Guide de la Commission européenne sur les règles applicables aux procédures de passation des marchés publics de fournitures dans les secteurs autres que ceux de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (disponible sur <http://www.marchespublics.be/documents/doctrine/guideCEFournitures.pdf>; consulté le 21.06.2011).

⁸ Voyez les exemples cités par M.-A. FLAMME et consorts, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, Bruxelles, Confédération nationale de la construction, 1996-1997, tome 1A, p. 277 et s ainsi que p. 1060 et s.; voyez aussi: J. NOËL, *ibid.*, p. 521 et s.

⁹: C.E., 5.09.2008, n°186.075.

¹⁰ C.E., 15.03.2006, n°156.428; notons que le Conseil d'Etat souligne la circonstance qu'il s'agissait d'une procédure négociée sans publicité, au sein de laquelle il n'est pas obligatoire d'indiquer ni de pondérer les critères d'attribution pour autant que l'on reste en dessous des seuils de publicité européenne: art. 121 et 122bis de l'arrêté royal du 8.01.1996.

¹¹ C.E., 4.05.2006, n° 158.316; C.E., 2.07.2007, n°173.072; C.E., 1.04.2009, n°192.128; jurisprudence émanant de la C.J.U.E.: C.J.U.E., 18.10.2001, C-19/00, point 37; C.J.U.E., 4.12.2003, C-448/01, point 39.

base de la loi du 24 décembre 1993 précitée, l'offre "la plus intéressante" et doivent donc être liés à l'objet du marché; ensuite, un critère d'attribution ne peut avoir pour effet de conférer au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix pour l'attribution du marché, ce qui serait le cas d'un critère vague, aléatoire et imprécis; enfin, les critères choisis doivent respecter le principe de non-discrimination, ce qui implique qu'ils soient objectifs et indistinctement applicables à toutes les offres" (nous soulignons).

Examinons ces limites.

a) 1^e limite: lien entre les critères d'attribution et l'objet du marché

Les critères d'attribution doivent être liés à l'objet du marché et proportionnés à ce marché de façon à déterminer l'offre "économiquement la plus avantageuse" en droit européen ou "la plus intéressante" en droit belge¹². Les critères d'attribution visent donc à classer les offres, mais non les soumissionnaires.

Ceci exclut nécessairement que le pouvoir adjudicateur ait recours à un critère de sélection qualitative (visant à apprécier la qualité d'un soumissionnaire) au titre de critère d'attribution. L'erreur fréquente consiste à ériger, d'une façon déguisée ou non, l'expérience en critère d'attribution, ce qui a été déjà censuré par le Conseil d'Etat¹³ et la Cour de Justice de l'Union Européenne¹⁴. Les termes "offre économiquement la plus avantageuse" ne sauraient donc pas viser la capacité du soumissionnaire à assurer le marché public proposé du fait d'une certaine expérience. Si la position de la jurisprudence est claire à ce sujet, il reste que cette stricte séparation entre critères de sélection qualitative et critères d'attribution n'est guère appréciée par certains¹⁵ et rend particulièrement ardu le choix de l'offre la plus intéressante en matière de marché public de services. Notez que la nouvelle réglementation des marchés publics a tenu compte de cette critique puisque l'article 33, par. 3 de la loi du 15 juin 2006, non encore entré en vigueur, dispose: "*Dans le cas d'un marché public ou d'un lot, ayant exclusivement pour objet des services visés à l'annexe II, B, de la présente loi, des éléments liés à la capacité technique et professionnelle du soumissionnaire peuvent, à titre exceptionnel, constituer des critères d'attribution. Cette possibilité ne peut être mise en œuvre que s'il est démontré que cela est rendu nécessaire par les exigences particulières du marché ou du lot concerné*".

La question d'un lien entre critère d'attribution et objet du marché prend un sens particulier à propos des critères d'attribution de nature écologique ou sociale. Retenons essentiellement que la Cour de Justice de l'Union Européenne a précisé que la nécessité de discerner l'offre "économiquement la plus avantageuse" n'impliquait pas l'utilisation exclusive de critères purement économiques et que le pouvoir adjudicateur était donc autorisé à faire usage de critères de type écologique ou social pour autant qu'ils aient un lien avec l'objet du marché et qu'ils aient une utilité dans la détermination de l'offre la plus intéressante.

¹² C.J.U.E., 24.11.2005, C-331/04, point 21; dans l'un de ses arrêts, la C.J.U.E. a estimé que la pondération à hauteur de 45 % d'un critère de nature écologique n'entravait pas l'analyse des critères afin de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse; la question était ici de savoir en quoi un critère d'attribution de type écologique pouvait aider à choisir l'offre la plus avantageuse économiquement: C.J.U.E., 4.12.2003, C-448/01; dans ce même arrêt, la Cour estime que n'est pas lié à l'objet du marché public (fourniture d'électricité) le critère d'attribution de fourniture d'électricité d'origine renouvelable faite dans le passé (point 68).

¹³ C.E., 25.05.2010, n° 204.259; voyez en doctrine: D. BATSELÉ, P. FLAMME et P. QUERTAINMONT, *ibid.*, p. 178.

¹⁴ C.J.U.E., 24.01.2008, C-532/06, point 30.

¹⁵ P. THIEL, *ibid.*, p. 516 et s.

Ainsi a-t-elle validé, dans le cadre d'un marché public de fourniture de bus, le critère d'attribution élaboré par la Ville d'Helsinki et consistant à octroyer des "points supplémentaires pour les soumissionnaires qui satisfaisaient à certains niveaux d'émissions d'oxyde d'azote et de bruit"¹⁶.

Par contre, dans un marché public de services de restauration, le critère d'attribution qui vise à attribuer des points aux soumissionnaires qui s'approvisionneront auprès de producteurs locaux est discriminatoire et ne permet pas la libre circulation des services et biens. Il n'atteint du reste pas nécessairement l'objectif de réduction de l'empreinte écologique en ce qu'un soumissionnaire, provenant de loin, peut parcourir de nombreux kilomètres pour se fournir dans le cadre géographique déterminé.

- b) 2^e limite: exclusion de critères d'attribution vagues, aléatoires et imprécis offrant une liberté inconditionnée au pouvoir adjudicateur

L'essence de cette limite est de permettre aux soumissionnaires de comprendre à quelle sauce ils vont être mangés et ce, afin de préparer leur offre au mieux¹⁷. Pas question donc d'insérer un critère d'attribution trop aléatoire, ou insuffisamment défini, ou obscur, ce qui lui laisserait finalement une marge de manœuvre trop large¹⁸.

Le Conseil d'Etat a précisé que *"la lecture des documents du marché ne permet pas de comprendre s'il s'agit, pour les soumissionnaires, de proposer un prix de vente bas ou élevé; à défaut de préciser les attentes de la partie adverse quant à la manière la plus optimale pour les soumissionnaires de rencontrer ce critère d'attribution, les documents du marché confèrent [au pouvoir adjudicateur] une liberté inconditionnée de choix pour l'attribution du marché et contreviennent au principe d'égalité entre les soumissionnaires ainsi qu'aux articles 16 de la loi du 24 décembre 1993 et 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, les soumissionnaires ne pouvant déposer une offre en parfaite connaissance de cause"*¹⁹.

Ceci implique en outre que les critères doivent être compris par le pouvoir adjudicateur lui-même qui doit être capable de percevoir leur mise en œuvre concrète et d'en contrôler la véracité. Une erreur commune est d'inscrire au cahier spécial de charges un critère d'attribution, parfois insuffisamment décrit, que le pouvoir adjudicateur ne pourra pas évaluer que difficilement – voire pas du tout – parce que ne disposant pas des connaissances techniques ou parce que le critère sera simplement invérifiable. Ainsi en est-il du critère d'attribution de la robustesse d'une machine à laver industrielle sans autre précision ou du critère d'attribution consistant en l'origine renouvelable de l'énergie, ce qui n'est pas contrôlable par le pouvoir adjudicateur²⁰.

Notons encore que si les critères peuvent recevoir des éléments de précision non présents dans le cahier des charges et apparaissant donc lors de l'évaluation des offres, ces éléments de précision ne peuvent pas conduire à dénaturer les critères fixés dans le cahier des charges ni à influencer la préparation des offres des soumissionnaires si ceux-ci avaient été en possession de ces éléments de

¹⁶ V. DOR et V. DE FRANQUEN, "Les marchés publics écologiques – Possibilités, contraintes, écueils", *Chronique des marchés publics 2008-2009*, EBP Publishers, Bruxelles, 2009, p. 736.

¹⁷ Voyez en ce sens: C.J.U.E., 18.10.2001, C-19/00, point 42; C.J.U.E., 24.01.2008, C-532/06, point 37.

¹⁸ C.E., 19.10.2005, n° 150.483; M.-A. FLAMME, "Méthodologie de cotation des offres dans les marchés publics et de son contrôle juridictionnel", *Entr. et dr.*, 2007, p. 126; C.E., 16.09.2004, n°134.986.

¹⁹ C.E., 2.07.2007, n°173.072.

²⁰ C.J.C.E., 4.12.2003, C-448/01, point 51; pour une application du Conseil d'Etat à propos du critère d'attribution de réduction du délai d'exécution, voyez: C.E., 11.05.2011, n°213.200.

précision²¹. Une prudence toute particulière s'impose donc ici car le risque est grand d'influer d'une façon ou d'une autre et donc de biaiser la procédure.

c) 3^e limite: critères d'attribution objectifs et indistinctement applicables à toutes les offres

Ils doivent être objectifs et indistinctement applicables à toutes les offres afin de respecter le principe d'égalité de traitement. Ceci est à mettre en relation avec l'interdiction d'indiquer des noms de marques ou d'indiquer une fabrication ou une origine déterminée qui conduirait à éliminer certaines offres²². En d'autres mots, un critère ne peut aboutir à privilégier certaines offres.

De plus, chaque critère doit recevoir la même interprétation tout au long de la procédure de marché public²³.

CAS PARTICULIER DE LA PROCÉDURE NÉGOCIÉE

Il convient de relever qu'en procédure négociée en deçà des seuils de publicité européenne, la réglementation des marchés publics n'impose pas la fixation de critères d'attribution. Ceci découle du libellé de l'article 122*bis* de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 qui impose la pondération des critères d'attribution au-delà des seuils de publicité européenne, ce qui suppose qu'ils soient prévus. Au contraire de l'appel d'offres et de l'adjudication, aucune disposition n'indique que le pouvoir adjudicateur doit retenir respectivement l'offre la plus intéressante ou l'offre la plus basse.

Il faut en déduire que le pouvoir adjudicateur, en procédure négociée, dispose d'une large marge d'appréciation, ce qui n'efface pas l'obligation de motiver correctement sa décision tant matériellement que formellement²⁴.

Nous suggérons d'énumérer dans le cahier de charges quelques critères d'attribution auxquels le pouvoir adjudicateur aura *notamment* recours. Ceci permet de "cadrer" et d'objectiver la comparaison des offres sans la cadenasser, ce qui est bien utile vu la particularité de la procédure négociée.

3. En amont de la procédure de marché public: la pondération des critères d'attribution

Après avoir choisi le mode de passation et les critères d'attribution, le pouvoir adjudicateur peut ou doit pondérer ceux-ci.

La pondération est l'opération par laquelle l'auteur du cahier de charges définit l'importance relative de chaque critère d'attribution et chiffre cette importance à propos de chaque critère, que ce soit en termes de points, de pourcentages ou autres. Notons que le recours à la pondération est également envisageable pour les critères de sélection qualitative en procédure restreinte, permettant ainsi d'"écrémer" les candidats lors de la phase de sélection qualitative.

En appel d'offres en dessous des seuils de publicité européenne, l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 impose uniquement qu'un ordre de préférence des critères soit indiqué. A défaut, les

²¹ C.E., 3.03.2008, n°180.337; C.J.U.E., 24.11.2005, C-331/04.

²² A.R., 8.01.1996, art. 85; voyez également: P. THIEL, *ibid.*, p. 216.

²³ C.E., 19.06.2009, n°194.415; C.J.U.E., 18.10.2001, C-19/00, point 43; P. THIEL, "Critères de sélection et d'attribution des marchés publics", *Actualités du droit des marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 191.

²⁴ L. 24.12.1993, art. 65/4; A.R., 8.01.1996, art. 25, 51 et 80; voyez également en jurisprudence: C.E., 15.03.2006, n° 156.428.

critères sont d'égale importance et le Conseil d'Etat a estimé que le pouvoir adjudicateur n'était pas autorisé à pondérer a posteriori les critères dont il avait précisé qu'ils n'étaient pas classés par ordre décroissant d'importance²⁵.

En procédure négociée en deçà des seuils, rien n'étant prévu, il ne repose sur le pouvoir adjudicateur ni l'obligation de pondérer ni l'obligation d'établir un ordre de préférence.

Par contre, en vertu des articles 115 (en appel d'offres) et 122bis (en procédure négociée) de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, l'obligation de pondération existe au sein des procédures dont les montants dépassent les seuils de publicité européenne. En cas d'impossibilité de pondérer (qui devra être justifiée), les critères d'attribution devront être présentés selon leur ordre d'importance.

Remarquons qu'en cas de pondération, l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 autorise le recours à des fourchettes pour pondérer les critères d'attribution, mais l'écart de ces fourchettes doit être approprié et ce, afin de respecter les principes de transparence et d'égalité de traitement. Un exemple peut être donné avec l'arrêt du 18 janvier 2011 dans lequel le Conseil d'Etat précise, à propos de critères d'attribution établissant des échelles de valeur variant de 0 à 10 selon que l'offre ne satisfait pas ou qu'elle satisfait ou qu'elle présente des caractéristiques appréciables, que le pouvoir adjudicateur "*dispose (...) de la possibilité d'évaluer, sur une échelle de plusieurs degrés, la manière dont une fourniture satisfait aux prescriptions techniques du marché*"²⁶.

A l'instar de ce qui se passe pour les critères d'attribution, la Cour de Justice de l'Union Européenne²⁷ ainsi que le Conseil d'Etat ont estimé que l'ajout de sous-critères et de leur pondération en cours d'analyse des offres, qui n'étaient donc pas inscrits dans le cahier de charges et "*qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation*", n'est pas compatible avec des principes de publicité, de transparence et d'égalité de traitement²⁸. Le Conseil d'Etat admet donc que des sous-critères et éventuellement leur "sous"-pondération soient introduits en cours d'analyse des offres pour autant que les principes de transparence et d'égalité de traitement soient respectés et que le poids initial de chaque critère soit maintenu²⁹. Ceci est évidemment à manipuler avec précaution vu le péril à transformer l'esprit d'un cahier spécial de charges, les critères d'attribution et leur pondération et donc de biaiser la procédure de marché public.

4. En aval de la procédure de marché public: les méthodes d'analyse des offres

Avant d'entamer ce point, deux commentaires préalables s'imposent. D'une part, la liberté dont jouit le pouvoir adjudicateur lors de l'élaboration du cahier de charges à propos du choix des critères d'attribution ne peut aller jusqu'à ajouter un critère d'attribution en cours de procédure ni à en soustraire un³⁰. D'autre part, lorsque le pouvoir adjudicateur, comparant les offres déposées,

²⁵ C.E., 30.11.2009, n°198.370.

²⁶ C.E., 18.01.2011, n°210.489.

²⁷ C.J.U.E., 24.01.2008, C-532/06, point 45: la réglementation s'oppose à ce que "*le pouvoir adjudicateur fixe ultérieurement des coefficients de pondération et des sous-critères pour les critères d'attribution mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché*".

²⁸ C.E., 4.10.2010, n° 207.848.

²⁹ Y. CABUY et R. DE PESSEMIER, *ibid.*, p. 266.

³⁰ C.E., 19.10.2005, n°150.423 ; C.E., 19.06.2009, n°194.415; voyez aussi: circ. région wallonne, 25.11.2010, inforum n° 251691; en doctrine, voyez: Y. CABUY et R. DE PESSEMIER, *ibid.*, p. 260.

constate l'irrégularité d'un critère d'attribution, seuls la renonciation au marché et le recommencement de la procédure permettent de corriger l'erreur³¹.

La méthode d'analyse des offres peut être définie comme étant l'opération consistant à comparer les offres, à les coter et à les classer.

La réglementation actuelle des marchés publics ne prescrit aucune méthode particulière. C'est donc un domaine qui a pu laisser libre court à l'inventivité des pouvoirs adjudicateurs, mais surtout de ceux qui manient les "chiffres" avec aisance, sans préjudice du respect des principes de transparence, d'égalité de traitement et de proportionnalité.

Au stade du choix d'une méthode d'analyse des offres, le Conseil d'Etat a estimé que le pouvoir adjudicateur n'était pas tenu par la réglementation "*d'indiquer dans le cahier spécial des charges la méthode d'analyse des critères d'attribution du marché*"³², ce qui lui procure une certaine souplesse lorsqu'il sera amené à analyser les offres. Un système de cotation préalablement défini dans le cahier spécial des charges pourrait, en effet, contraindre le pouvoir adjudicateur à rejeter des offres pourtant intéressantes³³. Toujours est-il qu'en vue d'un éventuel contrôle par le Conseil d'Etat, la méthode d'analyse des offres doit ressortir de la motivation de l'analyse faite par le pouvoir adjudicateur³⁴.

Notons que l'analyse des offres s'effectue critère par critère, ce qui autorise le pouvoir adjudicateur à varier de méthode d'analyse selon le critère envisagé. Après avoir analysé chaque offre du point de vue de chacun des critères d'attribution, le pouvoir adjudicateur va reconstituer le résultat final de chaque offre grâce à la pondération des critères.

Parmi les différentes méthodes de cotation des offres, relevons les plus courantes ou celles qui ont donné lieu aux jurisprudences les plus saillantes ou aux critiques de la doctrine. Le relevé des méthodes d'analyse des offres n'est guère aisé du fait d'une grande liberté laissée aux pouvoirs adjudicateurs, aussi ne prétend-il pas à l'exhaustivité.

Une première méthode, souvent appliquée dans la pratique, consiste à comparer chaque offre au regard de chaque critère, à gratifier la meilleure offre de 100 % des points sur le critère envisagé et à faire une règle de trois pour allouer les points aux autres offres.

Cette méthode est plébiscitée par certains³⁵ du fait de la proportionnalité des points ainsi dévolus à chaque offre et donc du respect des principes de proportionnalité et d'égalité de traitement.

Nous sommes d'avis qu'une méthode d'analyse "relative" comporte l'avantage de respecter une certaine proportionnalité, mais aussi l'inconvénient de ne pas permettre une cotation sur la base de la valeur intrinsèque de l'offre. Aussi, dans une telle méthode, le meilleur prix parmi les offres considérées obtient le maximum des points alors qu'il n'est pas nécessairement aussi méritant parce que tous les prix sont élevés. A l'inverse, une méthode d'analyse "absolue" aura l'avantage d'une certaine prévisibilité dans la cotation.

Au vu de cela, nous estimons que le choix de la méthode devra donc être fait en fonction du type de critère et de la "qualité" des offres déposées. Toutefois, nous préconisons une méthode dite relative d'une part parce qu'elle respecte les principes de proportionnalité et d'égalité de traitement tandis

³¹ C.E., 20.04.1999, n° 79.829; C.E., 6.12.2006, n°165.639; C.E., 4.06.2008, n° 183.795.

³² C.E., 16.01.2007, n°166.770; C.E., 16.12.2005, n° 152.843.

³³ A.-L. DURVIAUX, *ibid.*, p. 87.

³⁴ Y. CABUY et R. DE PESSEMIER, *ibid.*, p. 269.

³⁵ *ibid.*, p. 272.

que la réglementation des marchés publics contient certains garde-fous tels que le contrôle des prix anormaux ou des prix inacceptables et la possibilité de renoncer à passer le marché.

L'autorité de tutelle bruxelloise condamne une seconde méthode qui consiste à attribuer le maximum des points à l'offre la meilleure pour le critère d'attribution et à attribuer 0 point à la moins bonne, toutes les autres offres se voyant créditer de points de manière linéaire du fait, selon elle, du non-respect du principe de proportionnalité et de ce que l'écart de prix entre les offres n'est pas reflété dans la cotation³⁶.

Elle a aussi été critiquée par M.-A. Flamme car faisant dépendre la cotation d'"alternatives étrangères", c'est-à-dire de possibilités qui sont étrangères à la cotation des offres. Reprenons un exemple éclairant du spécialiste qui illustre la circonstance que la notation des offres et donc leur classement peut dépendre de la régularité d'une offre: "*Supposons que 300 points aient été attribués au critère prix et 700 points à l'ensemble des autres critères. Trois offres A, B et C ont été reçues, l'offre C étant à la limite de la régularité. L'évaluation de ces offres sur tous les critères autres que le prix a conduit aux résultats suivants: A: 680 points, B: 555 points, C: 400 points. Les prix des offres sont: A: 8.000.000 €, B: 6.000.000 €, C: 4.000.000 €, ce qui conduit, en appliquant la méthode, aux résultats suivants concernant le prix: A: 0 point, B: 150 points, C: 300 points. Globalement, l'offre B est donc la meilleure (555 + 150 = 705 points) suivie de près par C (400 + 300 = 700 points) et l'offre A est la dernière (680 points). Supposons que le soumissionnaire A introduise un recours pour faire reconnaître que l'offre C est irrégulière et que ce recours soit accepté; en appliquant la même méthode de cotation aux seules offres A et B, les points attribués pour le prix sont les suivants: A: 200 points et B: 300 points. La cote globale de A est alors de 880 points et celle de B est de 855 points si bien que la méthode conduit cette fois à déclarer que A est meilleure que B*"³⁷.

Cette critique nous paraît tout à fait pertinente et met en avant la précarité du classement fait de façon relative, c'est-à-dire en attribuant les points en fonction des offres considérées. Toutefois, cette précarité nous semble exister en tout état de cause. L'irrégularité d'une offre ou l'éviction d'un candidat ou d'un soumissionnaire non sélectionné qualitativement aura nécessairement un impact sur le classement des offres.

La méthode montre ses limites puisque difficilement applicable lorsqu'il ne reste que deux offres (M.-A. Flamme ne donne d'ailleurs pas 0 point à la moins bonne offre).

Il existe une troisième méthode de cotation selon laquelle le pouvoir adjudicateur fixe des bornes de cotation, l'offre obtenant la cote minimale empoche cette borne inférieure tandis que l'offre recevant la meilleure note obtient la borne maximale (c'est cette borne supérieure qui la rapproche de la méthode explicitée juste avant).

Citons, à titre d'exemple, le cas suivant soumis au Conseil d'Etat: "*le pouvoir adjudicateur a redistribué des points pour l'aspect logistique en faisant une interpolation linéaire entre deux valeurs avec un minimum de 50 (délais de livraison: trois mois) et un maximum de 100 (délais de livraison : un jour)*"³⁸.

Cette méthode a pour mérite d'être transparente, facilement explicable aux soumissionnaires et de permettre la cotation en fonction de la valeur intrinsèque de l'offre et non en fonction des offres déposées, ce qui en fait aussi son inconvénient. Le second inconvénient réside dans la circonstance qu'il faut être en mesure d'évaluer ces bornes qui, mal estimées, risqueraient de bloquer le pouvoir

³⁶ *Ibid.*, pp. 271-272.

³⁷ M.-A. FLAMME, "De la méthodologie de cotation...", *ibid.*, p. 124.

³⁸ C.E., 16.09.2004, n°134.986.

adjudicateur. Que faire si toutes les offres dépassent la borne minimale? Quid si une offre surpasse les espérances et va au-delà ou en deçà de la borne maximale?

Un quatrième procédé consiste à indiquer dans le cahier de charges, qu'à propos d'un critère d'attribution en particulier, en deçà d'un minimum déterminé, l'offre d'un soumissionnaire ne sera pas retenue³⁹. Cette pratique, qui n'est pas consacrée par une quelconque disposition légale ou réglementaire, présente un intérêt non négligeable puisqu'elle permet d'écarter une offre dont un des aspects est trop peu intéressant de telle sorte que l'offre est jugée insuffisante dans son entièreté. Le Conseil d'Etat l'a admise⁴⁰.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat a censuré la méthode – la cinquième examinée ici – consistant, à propos du critère de prix, à attribuer le maximum de points à l'offre contenant un prix se rapprochant le plus de la moyenne des prix ressortant de toutes les offres. L'objectif, certes louable, du pouvoir adjudicateur était d'obtenir un "prix juste" afin de préserver la qualité et de garantir la bonne exécution du marché public. Le Conseil d'Etat a rejeté la méthode, estimant d'abord que la méthode était *"très aléatoire au regard de l'objectif poursuivi par [le pouvoir adjudicateur] lors de la fixation [du] critère, à savoir l'obtention d'un "juste prix"; en effet, "la moyenne des honoraires offerts par tous les soumissionnaires" peut se situer aussi bien dans le haut que dans le bas de la fourchette retenue ; ce critère ne garantit donc pas le prix le plus avantageux"*. Il l'a également rejeté en considérant que le principe de libre concurrence et la notion d'offre "économiquement la plus avantageuse" impliquent qu'il soit retenu *"le prix régulier le plus bas et non le prix moyen"*⁴¹.

A l'inverse, le Conseil d'Etat n'a pas censuré la formule mathématique, indiquée dans le cahier de charges, en vertu de laquelle il est attribué *"zéro point à l'offre dont le taux d'honoraires s'écarte de 1,5 % ou plus du taux moyen d'honoraires"* parce que *"cette dégressivité certes rapide n'apparaît pas à première vue disproportionnée au regard d'un taux moyen d'honoraires qui se situe entre 8 et 9 % ni au regard du montant du marché, une différence de 1,5 % représentant près de 57.000 €"*⁴².

Notez, pour le surplus, qu'il existe différentes méthodes d'aide à la prise de décision applicables à la problématique des marchés publics et intégrées dans des logiciels et notamment celle qui consiste à fixer deux niveaux de performance (le niveau neutre *"que le pouvoir adjudicateur désire au moins voir atteint"* et le niveau bon *"que le pouvoir adjudicateur juge bon d'atteindre"*⁴³ qui reçoivent la valeur respective de 0 et 100), puis à évaluer l'attractivité d'une offre par rapport à une autre sur un critère d'attribution déterminé et enfin à apprécier l'attractivité d'un critère d'attribution par rapport à un autre⁴⁴.

5. En aval de la procédure de marché public: la motivation de la décision d'attribution au regard des critères d'attribution

La question de la motivation de la cotation des offres au regard des critères d'attribution est bien délicate puisqu'elle repose essentiellement sur des éléments d'ordre factuel et suppose un juste équilibre entre la souveraineté de décision du pouvoir adjudicateur et la nécessité de veiller au bon respect de la réglementation des marchés publics et des principes de bonne administration et de le vérifier. Le contrôle exercé par le Conseil d'Etat ne peut être que marginal puisque ce dernier ne peut

³⁹ Pour un exemple soumis au Conseil d'Etat, voyez: C.E., 18.01.2011, n°210.489.

⁴⁰ C.E., 28.02.2006, n°155.632.

⁴¹ C.E., 4 mai.05.2006, n°158.316.

⁴² C.E., 1.04.2009, n°192.128.

⁴³ M.-A. FLAMME, "Méthodologie de cotation des offres ...", *ibid.*, p. 120.

⁴⁴ Le Conseil d'Etat n'a pas non plus critiqué cette méthode: C.E., 16.01.2007, n° 166.770.

s'immiscer dans l'appréciation faite par le pouvoir adjudicateur. La haute juridiction est uniquement autorisée à censurer l'erreur manifeste d'appréciation ou l'inexactitude des motifs ou des faits matériels. En d'autres mots, sauf ces cas, le Conseil d'Etat "*ne peut substituer son appréciation à celle [du pouvoir adjudicateur] et refaire notamment l'analyse des offres à [sa] place*"⁴⁵.

Toutefois, au plus le cahier de charges a laissé une latitude au pouvoir adjudicateur du fait de la complexité particulière du marché, au plus il devra étoffer la motivation de son choix au regard des critères d'attribution, notamment en traçant une ligne de conduite d'analyse des offres. "*A cet égard, conférer une note à un élément ne suffit pas en soi à la justifier ni à l'objectiver; exiger une telle motivation ne revient pas (...) à s'immiscer dans l'exercice du pouvoir d'appréciation, mais ne fait que correspondre au vœu du législateur et a pour but de rendre transparentes et intelligibles les décisions prises par une autorité administrative qui ne peut se réfugier derrière un langage technique ou chiffré difficilement compréhensible ou derrière l'assistance d'hommes de l'art*"⁴⁶.

Aussi, la motivation de la décision d'attribution du marché public est adéquate lorsque le soumissionnaire évincé connaît les points forts et les points faibles de son offre par rapport aux offres des autres soumissionnaires⁴⁷ ou comprend les raisons de son éviction⁴⁸. Un simple tableau récapitulatif des points, sans précision, ne suffit pas à motiver adéquatement la décision d'attribution⁴⁹, pas plus qu'une considération générale de laquelle il ne ressort pas qu'une comparaison effective ait été effectuée⁵⁰. *A contrario*, un tableau des points accompagné de brefs commentaires est lui suffisant⁵¹.

L'obligation de motivation ne va pas jusqu'à exiger que le pouvoir adjudicateur indique dans son rapport d'analyse des offres, lieu de sa motivation, les motifs des motifs⁵², c'est-à-dire qu'il explicite les raisons pour lesquelles il donne, par exemple, une appréciation négative. Ainsi, un pouvoir adjudicateur motivera-t-il à suffisance sa décision lorsqu'il y précisera les qualités d'un projet d'architecture qu'il commentera eu égard aux souhaits exprimés dans le cahier spécial des charges. Par exemple, le pouvoir adjudicateur pourra-t-il dire: "le projet reçoit tels points parce qu'il intègre notre souci d'homogénéité à l'égard des bâtiments avoisinants en reprenant le même style architectural " mais ne devra pas expliquer en quoi le style du bâtiment à construire correspond à celui des immeubles existants, sous réserve, toujours, d'une erreur manifeste d'appréciation, censurée par le Conseil d'Etat.

CONCLUSION

Le critère d'attribution, pierre angulaire, du marché public, ne cessera pas de faire couler beaucoup d'encre. Malgré son importance, il faut constater que cette matière est essentiellement régie par la jurisprudence qui affine et peaufine son appréciation, s'agissant d'une matière non abordée par la loi.

⁴⁵ C.E., 1.04.2009, n°192.128; C.E., 18.01. 2011, n°210.489

⁴⁶ C.E., 7.03.2006, n°155.931; en ce sens, voyez aussi: C.E., 6.02.2006, n° 154.549.

⁴⁷ C.E., 16.12.2005, n° 152.843; voyez aussi: C.E., 30.01.2003, n° 115.269; C.E., 11.01.2010, n°199.416; C.E., 16.12.2005, n° 152.843; voyez les références citées in Y. CABUY et R. DE PESSEMIER, *ibid.*, p. 253.

⁴⁸ C.E., 17.05. 2011, n°213.294.

⁴⁹ C.E., 15.03.2006, n°156.427 ; C.E., 25.04.2000, n° 86.905.

⁵⁰ C.E., 19.10.2005, n° 150.423.

⁵¹ C.E., 2.04.2003, n°117.877.

⁵² C.E., 3.03.2008, n°180.337 ; voyez également les références citées in Y. Cabuy et R. De Pessemier, *ibid.*, p. 254; C.E., 18.06.2007, n° 172.400.

Le critère d'attribution est un levier puissant puisqu'il joue du début à la fin de la procédure de marché public. Et sa mauvaise conception peut constituer un retour de manivelle douloureux.

Au stade de l'écriture du cahier de charges et du choix des critères d'attribution, il faut être vigilant à leur utilité et à leur praticabilité. Chaque pouvoir adjudicateur doit pouvoir se demander si le critère d'attribution qu'il indique a un sens particulier au marché qu'il est en train de créer et s'il pourra sans trop de difficulté vérifier ce qui sera proposé par les soumissionnaires. A défaut, l'attribution ne pourra pas se faire à l'offre la plus intéressante ou à l'offre économiquement la plus avantageuse. La pondération des critères relève également de la logique que le pouvoir adjudicateur veut donner à son marché. Veut-il privilégier la qualité, la rapidité, la disponibilité ou le prix ?

Au stade de la comparaison des offres, le critère d'attribution permet d'encadrer l'analyse des offres qui est nécessairement faite critère par critère. Il révèle la logique qui en a dominé sa conception. Les méthodes d'analyse des offres sont diverses et variées. Certaines permettent une comparaison des offres entre elles alors que d'autres tentent d'évaluer une offre en fonction de sa valeur intrinsèque. Toutes devront respecter les principes de transparence, de proportionnalité et d'égalité de traitement. Et la motivation qui accompagnera cette analyse devra permettre aux soumissionnaires évincés de comprendre les raisons de leur écartement, sans que l'on ne puisse substituer l'appréciation faite par le pouvoir adjudicateur, sauf erreur manifeste d'appréciation ou erreur de motifs.

De façon prosaïque, si les critères d'attribution sont les outils du peintre, la méthode d'analyse des offres est la façon dont le peintre en fera usage, et le marché la peinture. A vos pinceaux donc!

Nous restons à votre disposition pour toute l'aide que nous pourrions vous apporter.

MVR/IDG 09-09-2011.