

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### **Aperçu de jurisprudences de la Cour de justice des Communautés européennes et du Conseil d'Etat en matière de passation de marchés publics (2003-2007)**

Van Melsen, Renaud

*Published in:*

Chroniques de droit public - Publiekrechtelijke kronieken

*Publication date:*

2007

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Van Melsen, R 2007, 'Aperçu de jurisprudences de la Cour de justice des Communautés européennes et du Conseil d'Etat en matière de passation de marchés publics (2003-2007)', *Chroniques de droit public - Publiekrechtelijke kronieken*, pp. 519-572.

#### **General rights**

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

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

#### **Take down policy**

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

# Aperçu de jurisprudences de la Cour de justice des Communautés européennes et du Conseil d'Etat en matière de passation de marchés publics (2003-2007)<sup>1</sup>

Renaud VAN MELSEN<sup>2</sup> - Assistant aux F.U.N.D.P. de Namur, Académie universitaire « Louvain », Centre PROJUCIT  
Avocat au Barreau de Bruxelles

## — RÉSUMÉ

La présente contribution propose un aperçu systématique de la jurisprudence récente tant du Conseil d'Etat que de la Cour de justice relative aux opérations de passation d'un marché public *postérieures* à l'ouverture des demandes de participation ou des offres, ainsi qu'aux opérations antérieures mais intimement liées à celles-ci (détermination de la procédure de passation, des spécifications techniques, des exigences de sélection et des (sous-)critères d'attribution) et, même si la protection juridictionnelle offerte aux candidats-soumissionnaires qui s'estiment irrégulièrement évincés n'y est pas analysée dans toutes ses dimensions, aux incidences procédurales particulières que présentent ces questions.

Elle abordera dès lors successivement l'application donnée aux règles touchant aux opérations préalables évoquées, à la sélection des candidats-soumissionnaires, à la régularité des offres et à l'attribution (ou à la renonciation) proprement dite.

## — SAMENVATTING

Huidige bijdrage beoogt een systematisch overzicht te geven van de recente rechtspraak zowel van de Raad van State als van het Hof van Justitie met betrekking tot de handelingen inzake de gunning van overheidsopdrachten die plaatsvinden *na* de opening van de aanvragen tot deelneming of van de offertes, alsmede betreffende de voorafgaandelijke doch nauw hiermee verbonden rechtshandelingen (vaststelling van de gunningsprocedure, van de technische specificaties, van de selectievereisten en van de (sub)gunningscriteria). De auteur behandelt eveneens de bijzondere procedurele vragen die zich terzake stellen, al wordt de rechtsbescherming van de kandidaten-inschrijvers die zich ten onrechte uitgewonnen achten niet in zijn algemeenheid besproken.

Komen derhalve achtereenvolgens aan bod de toepassingen die gegeven worden aan de regelgeving inzake de bedoelde voorafgaandelijke handelingen, de selectie van kandidaten-inschrijvers, de regelmatigheid van de offerte en tenslotte de gunningsfase zelf.

<sup>1</sup> La matière est arrêtée au 15 décembre 2007. L'auteur a cependant tenu à y intégrer, en raison de l'incidence pratique capitale des enseignements novateurs qui s'en dégagent, l'arrêt rendu par la Cour de justice le 24 janvier 2008 (C.J.C.E., *Emm. G. Lanakis AE*, 24 janvier 2008, C-532/06).

<sup>2</sup> L'auteur tient à remercier MM. Bruno LOMBAERT, chargé d'enseignement aux F.U.S.L. et avocat au Barreau de Bruxelles, et Aurélien VANDEBURIE, Assistant aux F.U.N.D.P. et avocat au Barreau de Liège, pour leur relecture attentive et leurs observations.

## I. INTRODUCTION

## II. LA DÉTERMINATION DE LA PROCÉDURE ET DES CONDITIONS DU MARCHÉ

## A. Eléments de compétence

## B. La détermination de la procédure d'attribution et des conditions du marché

## 1. Principes

## 2. Les cas dans lesquels il peut être recouru à la procédure négociée

a. *Procédure négociée sans publicité*

b. *Procédure négociée avec publicité*

## C. La détermination des spécifications techniques

## III. LA SÉLECTION QUALITATIVE

## A. Introduction

## B. Les documents probants

## C. L'appréciation du pouvoir adjudicateur

## 1. La fiabilité : l'absence de causes d'exclusion

## 2. Les exigences de capacité financière, économique et technique

a. *Notion et méthodes de sélection*

b. *L'obligation d'annoncer les éléments d'appréciation de l'aptitude*

## 3. La possibilité d'invoquer la capacité d'entités tierces

## D. L'agrément

## 1. Notion

## 2. Rapport avec les exigences de sélection qualitative

## 3. Moment auquel il doit être satisfait aux conditions d'agrément

## IV. L'EXAMEN DE LA RÉGULARITÉ DES OFFRES

## A. Notions

## B. Détermination de la nature de l'irrégularité

## C. La décision relative aux irrégularités

## D. La prise de contact

## E. La question des variantes

## 1. Notion

## 2. Variantes définies par le cahier spécial des charges

## 3. Variantes libres

## F. Le cas particulier du contrôle des prix anormaux

## 1. Généralités

## 2. Décision relative à l'anormalité apparente de certains prix

## 3. Décision relative au caractère en définitive anormal du prix

a. *Généralités*

b. *Motifs admissibles*

c. *Incidence de l'influence marginale des prix anormaux*

## V. L'ATTRIBUTION

## A. Le choix des critères d'attribution

## 1. Notions et principes

## 2. Conditions de légalité

a. *Distinction entre sélection et attribution : interdiction de principe de critères touchant à la personnalité du soumissionnaire*

b. *Les principes d'égalité et de non-discrimination*

c. *La détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse*

d. *Interdiction d'une liberté d'appréciation absolue*

e. *Le principe de transparence*

f. *L'annonce des critères d'attribution*

## 3. La pondération obligatoire des critères d'attribution

a. *Principes*

b. *La nécessité d'annoncer la méthode d'évaluation des offres*

## 4. La problématique des sous-critères

a. *La ventilation a posteriori en sous-critères*

b. *La ventilation a posteriori de la pondération entre sous-critères annoncés*

## B. L'évaluation des offres et la motivation de la décision d'attribution

## 1. Principes généraux

2. *La nécessité d'une comparaison effective et d'un examen minutieux des différentes offres*

3. *L'application des critères et éléments annoncés*

4. *Les principes d'égalité et de non-discrimination*

5. *L'identification de l'offre la plus avantageuse : la méthodologie de notation et l'attribution de notes*

## C. Le déroulement de la procédure négociée

## D. La renonciation à la passation d'un marché

## VI. Conclusion

## 1. Introduction

**1. Objet** - De nombreuses monographies et contributions de qualité sont consacrées à la matière des marchés publics et analysent la vaste jurisprudence qui s'y rapporte<sup>3</sup>. A notre connaissance cependant, aucune étude offrant un aperçu systématique des principales dernières décisions tant du Conseil d'Etat que de la Cour de justice relatives à la procédure de passation n'est parue à ce jour pour la période de référence<sup>4-5</sup>.

Nul ne doute du rôle prépondérant qu'occupe cette jurisprudence dans la définition de la portée concrète de dispositions d'une réglementation complexe et parfois imprécise, ainsi que dans le maintien d'une cohérence d'ensemble. Ses développements apparaissent tout en nuances, et apportent des précisions nécessaires, parfois dans le silence de la loi. Ils se révèlent néanmoins d'un abord difficile, même pour le juriste averti. Le volume de la jurisprudence de la Haute juridiction administrative représente déjà en soi un obstacle de taille à une appréhension globale. Les nombreux arrêts rendus sous le bénéfice de l'extrême urgence, *standstill* oblige, ne facilitent pas l'analyse, l'examen sommaire qui caractérise

cette procédure rendant parfois malaisé d'en dégager un enseignement clair et définitif. Enfin, des divergences d'appréciation, parfois irréductibles, se sont développées, singulièrement entre les chambres néerlandaises et françaises.

Quelque différente qu'elle soit, la difficulté n'en est pas moins présente s'agissant des décisions de la Cour de justice, qui développe au moyen de techniques d'interprétation qui lui sont propres et à la faveur des principes généraux qu'elle a dégagés, des solutions qui apparaissent parfois, sinon imprévisibles, du moins étonnantes, peu praticables, ou qui ne s'intègrent que difficilement dans les traditions communément admises et la jurisprudence interne établie. Sa jurisprudence n'est par ailleurs pas exempte d'adaptations, voire de revirements.

La présente contribution se rapporte aux opérations relatives à l'attribution d'un marché public qui se déroulent *postérieurement à l'ouverture des offres ou des demandes de participation*. Elle ne traite dès lors pas du champ d'application, matériel et personnel, de la réglementation des marchés publics ou des questions entourant la qualification d'un marché<sup>6</sup>, ni de la protection juridictionnelle offerte aux candidats-soumissionnaires qui s'estiment ir-

<sup>3</sup> A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système*, Bruxelles, Bruylant, 2006 ; P. FLAMEY et K. WAUTERS, *Overheidsopdrachten. Overzicht van rechtspraak Raad van State 1997-2005*, Bruges, Vanden Broele, 2005 ; Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges - L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Bruxelles, Larcier, 2005 ; B. SCHUTYSER, « De rechtspraak van het Hof van Justitie (1998-2004) en de Raad van State (1998-2003) inzake de gunning van overheidsopdrachten », *T. Gem.*, 2005, pp. 97-124 ; J. STEVENS, « Overheidsopdrachten », *T.B.P.*, 2004, pp. 145-149 et « Overheidsopdrachten », *T.B.P.*, 2003, pp. 494-509 ; D. BATSELÉ, Ph. FLAMME et Ph. QUERTAINMONT, *Initiation aux marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 2001 ; C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachtenrecht (klassieke sectoren) - Algemene inleiding - Gunning van overheidsopdrachten*, Anvers, Maklu, 2001 ; D. D'HOOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Bruges, La Chartre, 1997 ; M.-A. FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique sur la réglementation des marchés publics*, Bruxelles, Confédération nationale de la construction, 1996-1997 ; G. VANDERSANDEN, « Examen de Jurisprudence (1993-1998). Communautés européennes. Le droit économique de la CEE (deuxième partie) », *R.C.J.B.*, 2000, pp. 627-689.

<sup>4</sup> Certaines contributions recouvrent toutefois partiellement l'objet du présent examen : voy. B. SCHUTYSER, *op. cit.*, *T. Gem.*, 2005, pp. 97-124, ainsi que, en ce qui concerne le Conseil d'Etat, P. FLAMEY et K. WAUTERS, *op. cit.*, 2005. La jurisprudence récente de la Cour de justice en la matière a également fait l'objet d'une analyse systématique et fouillée dans l'étude remarquable d'A.L. DURVIAUX, précitée. Voy. aussi J. STEVENS, *op. cit.*, *T.P.P.*, 2004, pp. 145-149.

<sup>5</sup> Il sera cependant parfois renvoyé à des décisions antérieures au 1<sup>er</sup> janvier 2003 à titre illustratif, ou pour souligner une évolution ou la continuité jurisprudentielle.

<sup>6</sup> Sur cette question, voy. A.L. DURVIAUX, *op. cit.*, 2006, pp. 29-214, n° 9-202 ; Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *op. cit.*, 2005, pp. 17-110, n° 7-88 ; B. SCHUTYSER, « Het toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten : een aantal evoluties in de rechtspraak van het Hof van Justitie (1998-2003) », *T.B.P.*, 2004, pp. 259-279. Sur la notion plus spécifique d'attribution directe ou « in house », voy. également C. DUBOIS, « To be or not to be 'in house'? Observations relatives à l'exception 'in house' après l'arrêt Carbotermo », *C.D.P.K.*, 2007, pp. 213-240 ; A.L. DURVIAUX « Les relations *in house* : un pas de plus dans une direction délicate », *Bulletin Juridique des Contrats Publics*, hors-série, mai 2007, pp. 22-33 ; G. LAENEN, « Aanbesteding, inbesteding, verzelfstandiging en PPS: de strenge hand van Europa en de gevolgen voor de (lokale) besturen. Een overzicht », *C.D.P.K.*, 2006, spéc. pp. 587-595, n° 8-22 ; S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Londres, Sweet & Maxwell, 2005, pp. 390-396, n° 6.166-6.172 ; C. DE KONINCK et V. PETITAT, « Inbesteding

régulièrement évincés<sup>7</sup>, ni des aspects essentiellement procéduraux qui précèdent l'ouverture des offres ou des demandes de participation, comme la publication d'un avis de marché, les délais de réception des offres<sup>8</sup> ou le déroulement de la procédure d'ouverture des plis. Sont par contre abordées les opérations préalables qui sont intrinsèquement liées à la sélection et à l'appréciation des offres, tels le choix de la procédure de passation ainsi que la détermination des spécifications techniques et des exi-

gences de sélection et d'attribution, de même que les incidences procédurales que peuvent présenter les questions traitées, notamment au regard de l'intérêt à agir devant le Conseil d'Etat.

Est également exclue du champ d'investigation systématique la jurisprudence des juridictions judiciaires, souvent peu accessible en l'absence de publication, ainsi que du Tribunal de première instance des Communautés européennes<sup>9</sup>.

zonder aanbesteding », *NjW*, 2005, pp. 1082-1089 et « Inbesteding zonder aanbesteding . Aanscherping van de voorwaarden in het Parking-Brixen-arrest van het Hof van Justitie », *NjW*, 2005, pp. 1233-1235.

<sup>7</sup> En matière de réparation en nature, en particulier sur le régime de l'article 21 bis de la loi du 24 décembre 1993, voy. P. TEERLINCK, « Nog altijd geen effectieve rechtsbescherming bij overheidsopdrachten : de wetgever *versus* de Raad van State », *R.W.*, 2006-2007, pp. 162-170 ; P. LEWALLE et L. DONNAY, « Sur les difficultés d'application du standstill dans la passation des marchés publics », *Rev. Fac. Dr. Liège*, 2006, pp. 215-230 ; C. DE WOLF, « Rechtsbescherming inzake overheidsopdrachten : Alea jacta est ? », *Entr. & Dr.*, 2005, pp. 7-35 ; P. FLAMEY (avec la collaboration de S. KNAEPEN), « Schadeloosstelling *in natura* bij onregelmatige gunningen », in C. DE KONINCK, P. FLAMEY et K. RONSE, *Schade en schadeloosstelling bij de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten*, Anvers, Maklu, 2005, spéc. pp. 92-152 ; P. FLAMEY et S. KNAEPEN, « Standstillverplichting bij overheidsopdrachten », *NjW*, 2005, pp. 653-662 ; M. GELDERS et W. TIMMERMANS, « Artikel 21 bis van de Overheidsopdrachtenwet in Europees perspectief », *T.B.P.*, 2005, pp. 3-25 ; A. WIRTGEN, « Enkele beschouwingen bij de wettelijk verplichte bevroingsperiode inzake overheidsopdrachten », *T. Gem.*, 2005, pp. 125-134 ; W. TIMMERMANS et M. GELDERS, « Standstill Obligations in European and Belgian Public Procurement Law », *P.P.L.R.*, 2005, pp. 265-290 ; G. LAENEN et J. DEBIÈVRE, « Recente ontwikkelingen inzake de standstill bij het gunnen van overheidsopdrachten : een analyse », *R.W.*, 2004-2005, pp. 1001-1014 ; E. VAN NUFFEL et D. LAGASSE, « Les recours préventifs en matière de marchés publics : le législateur a enfin transposé les directives « recours » 89/665 et 92/13, mais l'a-t-il bien fait ? », *J.T.*, 2004, pp. 849-856. Sur le – futur – régime de la nouvelle loi du 16 juin 2006 relative à l'attribution, à l'information aux candidats et soumissionnaires et au délai d'attente concernant les marchés publics et certains marchés de travaux, de fournitures et de services, non encore entrée en vigueur à ce jour, voy. B. LOMBAERT et I. MATHY, « L'obligation de 'standstill' avant la passation des marchés publics : un premier commentaire de la nouvelle loi (avant la prochaine modification?) », *Bulletin Juridique des Contrats Publics*, hors-série, mai 2007, pp. 38-46 ; P. THIEL et V. DOR, « Aperçu du futur régime des marchés publics en Belgique », *Rev. dr. comm.*, 2007, spéc. pp. 27-38, n° 65-93 ; E. VAN NUFFEL, « La protection juridictionnelle dans la passation des marchés publics », in *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration : actes du colloque du 29 septembre 2006 organisé par les Facultés universitaires Saint-Louis*, Bruges, La Charte, 2007, spéc. pp. 189-203, n° 34-53 ; J. STEVENS, « Standstill bij overheidsopdrachten », *NjW*, 2006, pp. 684-688. À propos de la délicate question de la répartition des compétences entre le Conseil d'Etat et les juridictions judiciaires en matière de protection préventive, voy. E. VAN NUFFEL, in *op.cit.*, La Charte, 2007, spéc. pp. 159-169 et 185-186, n° 8-16 et 31 ; P.O. de BROUX, « Les marchés publics et la loi relative à la motivation formelle des actes administratifs » in *La motivation formelle des actes administratifs*, Bruxelles, La Charte, 2005, pp. 221-266, spéc. pp. 233-234, n° 3-19 ; P. NIHOUL, « Le Conseil d'Etat et les marchés publics : Je t'aime, moi non plus », *Entr. & Dr.*, 2005, spéc. pp. 39-46 ; Y. HANNEQUART et A. DELVAUX, « L'attribution d'un marché public et les recours judiciaires autres que l'action en dommages-intérêts », in *Liber amicorum Commission Droit et Vie des Affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 711-748, spéc. pp. 712-736, n° 2-32.

Sur la réparation par équivalent, voy. K. RONSE (avec la collaboration de V. PETITAT), « Schade en schadeloosstelling bij equivalent naar aanleiding van de onregelmatige gunning van overheidsopdrachten », in C. DE KONINCK, P. FLAMEY et K. RONSE, *op. cit.*, Anvers, Maklu, 2005, pp. 183-327.

<sup>8</sup> Sur ces questions au demeurant liées dans une certaine mesure, voy. e.a. A.L. DURVIAUX, *op. cit.*, 2006, pp. 416-418, n° 387-388 ; P. FLAMEY, « Bekendmakings-, selectie- en gunningsvoorschriften in de klassieke overheidsopdrachten (I) », *C.D.P.K.*, 1998, pp. 22-36.

<sup>9</sup> Ce dernier connaît en première instance des recours dirigés contre les décisions d'attribution prises par les institutions des Communautés européennes, auxquelles s'appliquent directement, pour partie, les dispositions des directives de passation (voy. le Règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 du Conseil du 25 juin 2002 portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes, *J.O.C.E.*, 16 septembre 2002, L 248, p. 1, spécialement ses articles 104 et 105), et pour le surplus les

**2. Méthode** – Sans prétendre trancher toutes les questions que suscitent les opérations de passation de marchés publics, la présente contribution entend, au-delà d'une simple recension des décisions rendues, en cerner les implications et tenter d'opérer une synthèse des enseignements qu'il est permis d'en tirer d'une part, en particulier sur des points délicats ou en pleine évolution, mais aussi proposer une analyse sur des questions controversées, en vue de dégager certaines solutions claires. Dans cette optique, elle s'attachera tout spécialement à mettre en lumière les évolutions, revirements et bouleversements qui se sont développés dans la jurisprudence récente, ainsi que les discordances, parfois profondes, qui sont apparues en son sein. Bien que conscient de ce que les chambres de la Haute juridiction administrative développent parfois des angles d'analyse variables ou spécifiques, particulièrement suivant la langue de la procédure, le présent examen a pris le parti, dans la lignée du prescrit de l'article 160 de la Constitution<sup>10</sup>, de ne pas souligner ces spécificités, à moins d'une réelle divergence. Néanmoins, le lecteur soucieux de cette question pourra aisément

déterminer la langue des décisions relatées sur la base de l'indication de la forme sociale des requérants qui sont, dans leur grande majorité, des personnes morales ou des sociétés momentanées.

A l'évidence, la jurisprudence ne saurait être appréhendée en faisant abstraction des règles écrites qu'il lui appartient d'appliquer. Cette réglementation est en pleine effervescence. Certes, à ce jour, la phase de passation des marchés publics demeure régie par la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, et ses arrêtés d'exécution<sup>11</sup>, dont on sait qu'ils visaient à transposer une seconde génération de directives européennes. Entre-temps, de nouveaux instruments ont cependant été adoptés au niveau communautaire<sup>12</sup>, qui ont amené le législateur belge à voter le 15 juin 2006, une nouvelle loi éponyme<sup>13</sup>, dont la quasi-totalité des dispositions entrera en vigueur à une date à déterminer par le Roi, après adoption des nouveaux arrêtés d'exécution<sup>14</sup>. Différentes contributions ont mis en lumière leurs innovations<sup>15</sup>, dont certaines ont d'ores et déjà été introduites

dispositions largement analogues à celles contenues dans ces instruments, reprises dans un règlement (voy. le Règlement (CE, Euratom) n° 2342/2002 de la Commission du 23 décembre 2002 établissant les modalités d'exécution du Règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 du Conseil portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes, *J.O.C.E.*, 31 décembre 2002, L 357, p. 1, spécialement son Titre V de la Première partie, et son considérant 25).

<sup>10</sup> « *Il y a pour toute la Belgique un Conseil d'État [...]* ».

<sup>11</sup> Arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, *M.B.*, 26 janvier 1996 (ci-après A.R. n° 1) ; arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, *M.B.*, 26 janvier 1996 (ci-après A.R. n° 2).

<sup>12</sup> Directive 2004/18/CE du Parlement Européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *J.O.U.E.*, 30 avril 2004, p. 114 ; Directive 2004/17/CE du Parlement Européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, *J.O.U.E.*, 30 avril 2004, p. 1.

<sup>13</sup> *M.B.*, 15 février 2007, p. 7.355.

<sup>14</sup> Le retard accusé en la matière a amené le Gouvernement fédéral à adopter, le 23 novembre 2007, un arrêté royal de transition afin d'assurer la transposition de plusieurs obligations nouvelles découlant des dernières directives en matière de passation (voy. ci-après), qui ne sont toutefois applicables qu'aux seuls marchés « européens ».

<sup>15</sup> En ce qui concerne les nouvelles directives, voy. e.a., outre les récentes monographies générales, V. BERTRAND, « La réforme européenne des marchés publics dans les 'secteurs classiques' », *J.T. dr. eur.*, 2005, pp. 1-12 ; J. ARNOULD, « Secondary Policies in Public Procurement: The Innovations of the New Directives », *P.P.L.R.*, 2004, pp. 187-197 ; C. DE KONINCK, P. FLAMEY et K. RONSE, « Nieuwigheden in de overheidsopdrachtenrichtlijn 2004/18/EG betreffende de klassieke sectoren. Een korte vooruitblik op de nieuwe wet overheidsopdrachten », *C.D.P.K.*, 2005, pp. 342-361 ; S. VAN GARSSE, « Nieuwe richtlijn overheidsopdrachten. Codificatie van het Europees aanbestedingsrecht in de klassieke sectoren », *NjW*, 2004, pp. 944-949 ; R. WILLIAMS, « The New Procurement Directives of the European Union », *P.P.L.R.*, 2004, pp. 153-159. À propos de la nouvelle loi, voy. C. DE KONINCK, « De wetten van 15 en 16 juni 2006 inzake overheidsopdrachten - *Ratio legis* en belangrijke nieuwigheden », *R.W.*, 2006-2007, pp. 2-19, spéc. pp. 4-14, n° 10-76 ; P. THIEL et V. DOR, op. cit., *Rev. dr. comm.*, 2007, spéc. pp. 3-27, n° 1-64.

dans le droit actuellement applicable, à la faveur de modifications successives<sup>16</sup> souvent dictées par le souci d'éviter une condamnation par la Cour de justice.

Il s'agira dès lors également de confronter la jurisprudence commentée aux principales innovations dans la matière abordée, afin d'évaluer la pertinence qu'elle peut conserver dans le futur.

**3. Structure** – La procédure d'attribution ou de passation du marché postérieure à l'ouverture des offres se subdivise classiquement en *trois phases distinctes*, au moins conceptuellement, même si dans les procédures ouvertes elles sont généralement examinées en même temps et coulées dans une décision unique.

Dans un premier temps, le pouvoir adjudicateur procède à la sélection des candidats ou des soumissionnaires (III). S'il s'agit d'une procédure restreinte, il invite alors les candidats sélectionnés à remettre offre. Il examine ensuite la régularité des offres remises (IV), et analyse enfin, dans la phase d'attribution proprement dite, les offres régulières à l'aune des critères d'attribution en principe annoncés (V).

*Préalablement* à ces opérations, il incombe toutefois au pouvoir adjudicateur de prendre la décision d'émettre un marché, de définir la procédure selon laquelle le marché sera attribué et d'en déterminer l'objet et les conditions, en principe par l'adoption d'un cahier spécial des charges (II). Ces questions doivent faire l'objet de décisions prises par le pouvoir adjudicateur en question,

en observant les règles de compétence qui s'imposent à lui.

## II. La détermination de la procédure et des conditions du marché

### A. Éléments de compétence

**4. Portée** – A l'instar de tout acte administratif, l'ensemble des décisions prises dans le cadre d'un marché public doivent l'être par l'organe légalement compétent de l'identité adjudicatrice. Sont ainsi visées, notamment, les décisions relatives à l'attribution ou à la sélection mais également la décision d'émettre un marché public ainsi que l'acte arrêtant les dispositions du Cahier spécial des charges et tous les éléments nécessaires pour les besoins de la procédure à laquelle il est recouru<sup>17</sup>.

Le Conseil d'Etat s'est expressément prononcé en ce sens à propos de la définition des critères d'attribution pour un marché à passer par concours<sup>18</sup>, des modifications à apporter aux dispositions d'un cahier spécial des charges préalablement à l'ouverture des offres<sup>19</sup> ou encore de la renonciation à une procédure<sup>20</sup>.

**5. Appréciation *ab initio*** – Les actes susvisés doivent être adoptés *dès l'origine* par un organe compétent. En effet, dans la mesure où la compétence des autorités administratives ressortit à l'ordre public et compte tenu

A propos des nouvelles procédures, voy. plus spécialement, en ce qui concerne le dialogue compétitif, A.L. DURVIAUX, *op. cit.*, 2006, pp. 501-520, n° 450-461 ; D. D'HOOGHE en S. JOCHEMS, « De 'concurrentiegericht dialogoog': much ado about nothing ? », *T.B.P.*, 2005, pp. 511-522 ; Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *op. cit.*, 2005, pp. 187-197, n° 159-167 ; S. VAN GARSSE, « Een vooruitblik op de nieuwe procedure van de concurrentiegericht dialogoog », *T. Gem.*, 2005, pp. 149-154 ; A. BROWN, « The Impact of the New Procurement Directive on Large Public Infrastructure Projects: Competitive Dialogue or Better the Devil You Know? », *P.P.L.R.*, 2004, pp. 160-177 ; sur les accords-cadre, C. DE KONINCK et H. VAN PEER, « De nieuwe overheidsopdrachtenrichtlijnen en de aanwending van raamovereenkomsten », *C.D.P.K.*, 2006, pp. 56-66 ; Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *op. cit.*, 2005, pp. 197-201, n° 168-171 ; à propos du système d'acquisition dynamique, A.L. DURVIAUX, *op. cit.*, 2006, pp. 530-532, n° 477-481 ; Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *op. cit.*, 2005, pp. 201-205, n° 172-174.

<sup>16</sup> Voy. les articles 100 à 103 de la loi-programme du 8 avril 2003 (*M.B.*, 17 avril 2003, p. 19.452), l'arrêté royal du 12 janvier 2006 introduisant de nouveaux modèles d'avis et modifiant trois arrêtés royaux pris en exécution de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (*M.B.*, 27 janvier 2006, p. 4.528), et l'arrêté royal du 21 novembre 2007 modifiant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et certains arrêtés royaux pris en exécution de cette loi (*M.B.*, 7 décembre 2007, p. 60.372).

<sup>17</sup> D. D'HOOGHE, *op. cit.*, 1997, p. 337, n° 841.

<sup>18</sup> C.E., *Gonze*, 4 mars 2004, n° 128.753.

<sup>19</sup> C.E., *s.a. Delta Thermic*, 6 décembre 2006, n° 165.639.

<sup>20</sup> C.E., *s.a. Conduites & Entreprises et s.a. Denys*, 22 novembre 2006, n° 165.006 (renonciation et recommencement) ; C.E., *s.a. Thomas & Co*, 25 juin 2004, n° 133.066.

du principe d'indisponibilité des pouvoirs, il ne saurait en règle être remédié *a posteriori* à l'incompétence de l'auteur de l'acte par le biais d'une ratification<sup>21</sup>.

## **B. La détermination de la procédure d'attribution et des conditions du marché**

### **1. Principes**

**6. Liberté sauf procédure négociée** – Sous la réserve des précisions apportées ci-dessous<sup>22</sup>, le pouvoir adjudicateur dispose en règle d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire tant dans la détermination de la procédure et des critères gouvernant la passation d'un marché (exigences de sélection et critères d'attribution) que dans la définition des conditions de celui-ci (spécifications techniques, exigences de régularité, ...).

Cette règle souffre cependant une importante exception s'agissant du recours à la procédure négociée, singulièrement dans les secteurs classiques.

Dans ces secteurs, la procédure négociée est en effet considérée comme une voie d'exception, par ailleurs fort peu réglementée. Par conséquent, son utilisation est limitée aux cas expressément et limitativement énumérés. Dans les secteurs spéciaux par contre, la procédure négociée avec publicité est traitée comme une procédure de droit commun aux côtés de l'adjudication et de l'appel d'offres, l'approche d'exception ne s'appliquant qu'à la seule procédure négociée sans publicité<sup>23</sup>.

Le Conseil d'Etat rappelle régulièrement que « le pouvoir adjudicateur choisit librement, entre les procédures déterminées par la loi, la procédure de passation à appli-

quer à un marché; qu'il n'en va pas de même de la procédure négociée [...] à laquelle il ne peut être recouru que dans les cas limitativement énumérés [...]; qu'en raison du fait que cette procédure déroge aux principes de concurrence et de publicité, les hypothèses autorisant à y recourir doivent faire l'objet d'une interprétation stricte, celles-ci ne pouvant être étendues, et c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement »<sup>24</sup>.

Cette approche est également consacrée par la Cour de justice<sup>25</sup>.

**7. Décision motivée préalable** – En raison de ce caractère exceptionnel, la jurisprudence tend à circonscrire l'application des dites hypothèses dans d'étroites limites et fait preuve d'une certaine sévérité à cet égard.

La Haute juridiction administrative considère que doit exister **dès avant** le lancement de la procédure (1) une décision expresse (2) prise par l'organe compétent du pouvoir adjudicateur et (3) motivée par rapport à l'une des catégories visées à l'article 17 ou 39, §2, de la loi du 24 décembre 1993. Elle a ainsi décidé « qu'en l'espèce, il ne résulte d'aucun document du dossier administratif que, préalablement au lancement de cette procédure ou lors du lancement de cette procédure, une décision aurait été prise pour faire application d'un des cas énumérés par l'article 17, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 et à l'article 30 de la directive 2004/18/CE [...] ; qu'en l'absence de décision et de justifications dans les pièces du dossier administratif, le Conseil d'Etat est dans l'impossibilité de vérifier, au regard des conditions de stricte interprétation prévues par les dispositions précitées, la légalité de la décision de recourir à

<sup>21</sup> En ce sens, le Conseil d'Etat a déjà considéré, dans un autre cadre, que « la régularité d'un acte administratif s'apprécie en principe au jour où il est pris; que le Conseil d'Etat n'a, en règle, pas égard à des événements postérieurs et notamment pas à une éventuelle ratification » (C.E., *Antoun*, 16 novembre 1999, n° 83.494). Ceci ressort également d'une autre décision, aux termes de laquelle « il est établi que le cahier spécial des charges régissant le marché tel qu'il fut annoncé le 29 décembre 1995 et tel qu'il fut attribué le 17 juin 1996, n'a pas été arrêté au préalable par le Conseil communal, mais seulement "ratifié" le 26 juin 1996 », ce dont il suit « qu'est ainsi établie la violation de l'article 234 de la nouvelle loi communale qui dispose que "le conseil choisit le mode de passation des marchés de travaux, de fournitures ou de services et en fixe les conditions" » (C.E., *s.a. JC Decaux Belgium*, 27 janvier 1999, n° 78.378).

<sup>22</sup> Voy. *infra*, spécialement n° 13, 16-22, 28-29, 62-75.

<sup>23</sup> Article 39, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 24 décembre 1993. Pour un cas d'application, dans lequel le recours à la procédure négociée avec publicité a pu être admis bien que le pouvoir adjudicateur s'était référé à tort à l'article 17, § 2, 2<sup>o</sup>, b) de la loi du 24 décembre 1993 (qui vise la procédure négociée sans publicité) sans prendre de décision préalable à cet effet et que les conditions de cette disposition n'étaient pas remplies, dès lors que le marché concerné relevait des secteurs spéciaux, voy. C.E., *s.a. EO Design Partners*, 2 juillet 2007, n° 173.073.

<sup>24</sup> C.E., *s.a. Les Entreprises Gilles Moury e.a.*, 1<sup>er</sup> février 2007, n° 167.381 ; C.E., *s.a. AXA Belgium et s.c.a. Befimmo*, 11 octobre 2006, n° 163.472 (au sujet d'une procédure négociée avec publicité) ; C.E., *n.v. ISS*, 24 septembre 2002, n° 110.592.

<sup>25</sup> C.J.C.E., *Commission c. Grèce*, 18 décembre 2007, C-481/06, point 12 ; C.J.C.E., *Commission c. Allemagne*, 18 novembre 2004, C-126/03, point 23 ; C.J.C.E., *Commission c. Allemagne*, 10 avril 2003, C-20/01 et C-28/01.

une telle procédure »<sup>26</sup>. De même n'a-t-elle accepté, dans une autre espèce, de ne pas censurer une décision de recourir à la procédure négociée qu'à raison de la circonstance « qu'il ressort du dossier administratif que la partie adverse a décidé de passer le marché litigieux selon le mode du gré à gré sur la base de l'article 17, § 2, 4<sup>o</sup>, de la loi du 14 juillet 1976, selon lequel "il peut être traité de gré à gré : 4<sup>o</sup> pour les ouvrages et objets d'art et de précision dont l'exécution ne peut être confiée qu'à des artistes ou techniciens éprouvés"; que la partie adverse n'est pas sortie des limites de son large pouvoir d'appréciation en estimant que le marché litigieux, qui porte sur l'acquisition de véhicules

destinés à un usage militaire [...] correspond à l'hypothèse prévue par l'article 17, § 2, 4<sup>o</sup>, de la loi du 14 juillet 1976 précitée »<sup>27</sup>. On notera à cet égard que le Conseil d'Etat contrôle également la légalité de la motivation matérielle du choix de la procédure négociée.

Il a par ailleurs été jugé, conformément à une jurisprudence constante en ce qui concerne les décisions préalables<sup>28</sup>, que la légalité du recours à la procédure négociée peut être contestée pour la première fois à l'occasion du recours dirigé par un soumissionnaire évincé contre la décision d'attribution à un tiers concurrent<sup>29,30</sup>.

<sup>26</sup> C.E., s.a. *AXA Belgium et s.c.a. Befimmo*, 11 octobre 2006, n° 163.472 ; voy. également C.E., *Feyfer en c.v.b.a. Formanova*, 27 mai 2003, n° 120.025 ; C.E., n.v. *Stulens*, 30 janvier 2003, n° 115.266.

<sup>27</sup> C.E., s.a. *Etablissements Beberman Demoen*, 30 novembre 2005, n° 151.944.

<sup>28</sup> C.E., s.a. *C.N.I.M.*, 30 mai 2005, n° 145.163 ; voy. également, s'agissant d'une décision interlocutoire, C.E. (ass. gén.), s.a. *Labonorm*, 2 décembre 2005, n° 152.173, *C.D.P.K.*, 2006, p. 752, note J. MOSSELMANS; *Entr. & Dr.*, 2006, p. 272, obs. P. FLAMEY et K. MAN; *R.A.B.G.*, 2006, p. 1101, note S. VERBIST; *T.B.P.*, 2006, p. 166, rapport J. STEVENS ; *T. Gem.*, 2006, p. 50, note A. COOLSAET.

<sup>29</sup> C.E., s.a. *AXA Belgium et s.c.a. Befimmo*, 11 octobre 2006, n° 163.472 ; C.E., s.a. *Bouygues Belgium et s.a. Groupe Thiran*, 15 mars 2006, n° 156.427. Dans une intéressante espèce où un marché était passé par procédure négociée après renonciation à une première procédure en raison de la remise de prix inacceptables, le Conseil d'Etat a considéré que la circonstance que la requérante n'était plus admissible à contester la décision de renonciation à la première procédure, faute de l'avoir entreprise dans le délai de recours, ne la privait pas de la possibilité de critiquer la légalité du recours à la procédure négociée décidée concomitamment à la renonciation, première décision prise dans le cadre de l'opération complexe qui a débouché sur la décision d'attribution attaquée (C.E., *t.h.v. Kumpen-Imtech Brandwondencentrum*, 16 août 2007, n° 173.992, point 3.2.b.).

<sup>30</sup> Certes, le Conseil d'Etat a pu considérer à plusieurs reprises que le requérant n'avait pas intérêt à contester la légalité du recours à la procédure négociée à laquelle il participait ou, ce qui n'est pas sans lien avec cette question (sur le rapport entre l'intérêt à agir et le risque de préjudice grave difficilement réparable, voy. R. VAN MELSEN, « La suspension d'amendes administratives prononcées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel par le Conseil d'Etat : l'écueil du risque de préjudice grave difficilement réparable », note sous C.E., s.a. *TVi et s.a. CLT- UFA*, 16 mars 2007, n° 169.904, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1100, spéc. note 23), que le moyen invoqué ne pouvait conjurer le risque de préjudice grave difficilement réparable allégué (voy. C.E., n.v. *Fortis Corporate Insurance*, 31 juillet 2007, n° 173.795 ; C.E., n.v. *Fortis Corporate Insurance*, 30 novembre 2006, n° 165.404, point 12 ; C.E., *t.h.v. Antwerpse Bouwwerken*, 30 novembre 2006, n° 165.404, point 6 ; C.E., *t.h.v. Loro*, 21 décembre 2006, n° 166.264, point 6.2.), mais il s'agissait de cas particuliers où le requérant fondait son intérêt ou le risque de préjudice grave difficilement réparable invoqué sur la possibilité de pouvoir participer à la procédure dont il s'estimait irrégulièrement évincé. Ces décisions s'analysent dès lors en une application de la jurisprudence établie selon laquelle ces questions doivent en principe s'apprécier en fonction des éléments et considérations invoquées dans l'acte introductif de recours, qu'il n'appartient pas au requérant de modifier en cours de procédure (sur cette question, voy. e.a. en ce qui concerne l'intérêt à agir, J. BOUCKAERT et J. ROGGEN, « De omschrijving van het belang in een verzoekschrift tot nietigverklaring voor de Raad van State : tekenen van een wijzigende rechtspraak », *C.D.P.K.*, 2007, pp. 94-101, et en ce qui concerne le risque de préjudice grave difficilement réparable, W. WEYMEERSCH, « Het moeilijk te herstellen ernstig nadeel », in G. DEBERSAQUES, M. VANDAMME, S. DECLERCQ en G. LAENEN (eds.), *Rechtsbescherming door de Raad van State, 15 jaar procedurele vernieuwing*, Bruges, La Chartre, 2004, p. 163, n° 6 ; R. VAN MELSEN, op. cit., *J.L.M.B.*, 2007, p. 1100, spéc. note 17), mais ceci n'empêche nullement le soumissionnaire qui invoquerait le préjudice découlant de la perte d'un marché à l'appui de son recours de soulever l'illégalité du recours à la procédure négociée.

**8. Sanction** – A défaut de décision ayant valablement pu considérer qu'un pouvoir adjudicateur se trouve dans l'une de ces hypothèses, la procédure est viciée dans son ensemble ce qui impose de recommencer entièrement celle-ci, sans réfection possible.

Le risque existant à cet égard est d'autant plus important que le Conseil d'Etat confère un caractère d'ordre public à ce moyen, en sorte qu'il peut être invoqué de manière recevable à tous les stades de la procédure, voire soulevé d'office : « *par ailleurs, ce moyen touche à l'ordre public; qu'en effet, la procédure négociée avec publicité est exceptionnelle, en ce qu'elle n'est autorisée que dans des cas limitativement énumérés à l'article 17, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 précitée, et déroge à un principe fondamental, celui de la concurrence, affirmé par l'article 1<sup>er</sup> de la même loi* »<sup>31</sup>.

## 2. Les cas dans lesquels il peut être recouru à la procédure négociée<sup>32</sup>

### a. Procédure négociée sans publicité

**9. Offres irrégulières ou prix inacceptables** – En ce qui concerne plus particulièrement les cas dans lesquels il peut être recouru à la procédure négociée sans publicité, le Conseil d'Etat a, s'agissant de l'hypothèse où l'ensemble des offres remises dans le cadre d'une procédure d'adjudication ou d'appel d'offres sont irrégulières ou proposent des prix inacceptables (article 17, § 2, 1<sup>o</sup>, d) de la loi du 24 décembre 1993), clarifié ce qu'il convenait d'entendre par la remise d'une « offre formellement régulière », qui conditionne l'invitation à remettre offre dans le cadre de la procédure négociée subséquente : « *la deuxième de ces conditions, à savoir avoir "déposé une offre conforme aux exigences formelles de la première procédure", vise, selon le Vademecum de la Commission des Communautés européennes, des "offres présentées conformément*

*aux règles procédurales mentionnées dans les documents du marché"; qu'elle doit s'entendre comme ayant trait à des offres, certes irrégulières, mais qui répondaient aux exigences procédurales prévues dans le cadre de la première procédure, telles que le délai de réception des offres, l'identification des soumissionnaires,...; qu'assimiler "offre régulière" et "offre conforme aux exigences formelles", comme le soutiennent les requérantes, revient à rendre l'article 17, § 2, 1<sup>o</sup>, d, précité inopérant; que cette disposition ne fait pas non plus la distinction entre "offres irrégulières de nullité absolue" et "offres irrégulières de nullité relative"; qu'il s'ensuit que cette condition ne permet au pouvoir adjudicateur de n'écarter de la négociation que les soumissionnaires sélectionnés lors de la première procédure de marché qui soit n'ont pas déposé d'offres soit ont déposé une offre qui n'est pas recevable sur le plan formel ou procédural, mais non ceux qui ont déposé une offre formellement recevable mais irrégulière* »<sup>33</sup>.

La Haute juridiction administrative a récemment rappelé, dans la lignée d'une jurisprudence établie<sup>34</sup>, que la remise de prix inacceptables ne se confond pas avec l'anormalité de ceux-ci, cause d'irrégularité de l'offre<sup>35</sup>, ce dont il suit qu'un pouvoir adjudicateur peut estimer qu'une offre contient des prix inacceptables sans avoir dû préalablement mener une procédure de contrôle de la régularité des prix<sup>36</sup>. Ce caractère inacceptable peut valablement se déduire d'un net dépassement de l'estimation effectuée par le pouvoir adjudicateur, pour autant que celle-ci ne pêche pas manifestement par déraison ou irréalisme<sup>37</sup>. La Cour d'appel de Bruxelles a par ailleurs indiqué que, pour pouvoir servir de fondement à une telle décision de renonciation, l'estimation des prix doit avoir été établie préalablement à l'examen des offres<sup>38</sup>.

**10. Marchés de faible importance et urgence impérieuse** – La Haute juridiction administrative a également jugé que pour déterminer le montant d'un marché de

<sup>31</sup> C.E., s.a. *AXA Belgium et s.c.a. Befimmo*, 11 octobre 2006, n° 163.472 ; voy. aussi C.E., s.a. *Bouygues Belgium et s.a. Groupe Thiran*, 15 mars 2006, n° 156.427 ; C.E., s.a. *Etablissements Beherman Deroen*, 30 novembre 2005, n° 151.944.

<sup>32</sup> Relevons que les nouvelles directives européennes ont élargi le nombre d'hypothèses dans lesquelles il peut être recouru à la procédure négociée, transposées dans la loi du 15 juin 2006 (sur la question, voy. C. DE KONINCK, op. cit., R. W., 2006-2007, pp. 7-9, n° 31-43).

<sup>33</sup> C.E., s.a. *Bouygues Belgium et s.a. Groupe Thiran*, 15 mars 2006, n° 156.427.

<sup>34</sup> D. D'HOOGE, op. cit., 1997, pp. 522, n° 1378.

<sup>35</sup> Sur cette question, voy. *infra*, n° 52-60.

<sup>36</sup> A l'inverse, des prix identifiés comme anormalement hauts ou anormalement bas constituent bien entendu des prix inacceptables (M.-A. FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, op. cit., 1996-1997, t. 1A, p. 328, n° 14 *in fine*).

<sup>37</sup> C.E., t.h.v. *Kumpen-Imtech Brandwondencentrum*, 16 août 2007, n° 173.992.

<sup>38</sup> Bruxelles, 19 janvier 2006, Entr. *Dr.*, 2006, p. 55.

services conclu pour une durée d'un an mais prorogable tacitement pour un an à trois reprises, afin de vérifier le respect du montant en-deçà duquel il peut être traité par procédure négociée sans publicité<sup>39</sup> (article 17, § 2, 1°, a) de la loi du 24 décembre 1993), il convenait, en application des règles relatives au calcul du montant estimé d'un marché<sup>40</sup>, de tenir compte des éventuelles prorogations tacites pour le calcul de la durée déterminée de ce marché aux fins d'assurer une protection juridictionnelle maximale<sup>41</sup>.

Par ailleurs, s'agissant de la possibilité offerte à un pouvoir adjudicateur de recourir à la procédure négociée sans publicité, lorsque « *dans la mesure strictement nécessaire, l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles ne permet pas de respecter les délais exigés par les autres procédures* » (article 17, § 2, 1°, c) de la loi du 24 décembre 1993), la Cour d'appel de Bruxelles, saisie de la légalité d'une telle décision prise à la suite d'une renonciation à une procédure d'appel d'offres restreint en raison du caractère inacceptable des prix remis, a eu récemment l'occasion de rappeler que l'urgence impérieuse à l'origine de la procédure devait résulter d'événements imprévisibles, dans lesquels n'entrent pas la remise de prix inacceptables, parfaitement envisageable dès le lancement de la procédure<sup>42</sup> ni les circonstances imputables au pouvoir adjudicateur, telle la renonciation illégale à une première procédure de passation<sup>43</sup>.

**11. Répétition d'ouvrages ou services similaires** – La faculté, pour les marchés de travaux et de services, d'attribuer par procédure négociée sans publicité de nouvelles prestations consistant dans la répétition d'ouvrages ou services similaires à un premier marché passé par procédure ordinaire (adjudication ou appel d'offres) prévoyant

cette possibilité, n'est ouverte que pendant une « *période de trois ans après la conclusion du marché initial* » (article 17, § 2, 2°, b) de la loi du 24 décembre 1993). La Cour de justice a jugé qu'est ainsi<sup>44</sup> visé le moment de conclusion du contrat, et qu'en conséquence le délai prend cours à dater de l'attribution du marché initial, et non de l'achèvement de ce dernier<sup>45</sup>.

**12. Travaux ou services complémentaires imprévus** – Enfin, un pouvoir adjudicateur ne peut considérer comme travaux ou services complémentaires devenus, à la suite d'une circonstance imprévue, nécessaires à l'exécution d'un marché de travaux ou de services précédemment attribué (17, § 2, 2°, a) de la loi du 24 décembre 1993), des prestations expressément exclues de l'objet du marché initial et donc prévisibles, d'autant plus lorsque ces prestations complémentaires apparaissent simplement utiles – et non indispensables – à la réalisation du marché initial<sup>46</sup>.

#### b. Procédure négociée avec publicité

Concernant l'hypothèse d'un recours à la procédure négociée en raison de la complexité d'un marché de services (article 17, § 3, 4° de la loi du 24 décembre 1993), la Haute juridiction administrative a récemment jugé que la R.T.B.F. était fondée (après l'échec de deux procédures d'appel d'offres successives), à se prévaloir dans ce cas du recours à la procédure négociée, aux motifs que « *les procédures d'appel d'offres se sont révélées peu avantageuses notamment en raison de l'évolution rapide de la technologie dans le domaine considéré, cette procédure nécessitant des délais tels que la technologie retenue au terme de la procédure serait déjà obsolète ou peu s'en faut; qu'au terme*

<sup>39</sup> Ces montants, définis aux articles 120 de l'A.R. n° 1 et 108 de l'A.R. n° 2, sont en principe fixés à 67.000 € dans les secteurs classiques et à 135.000 € dans les secteurs spéciaux.

<sup>40</sup> En l'espèce, s'agissant d'un marché de services, l'article 54, al. 5, de l'A.R. n° 1.

<sup>41</sup> C.E., *b.v.b.a. Garage De Wolf*, 10 mai 2005, n° 144.276, *R.W.*, 2006-2007, p. 603.

<sup>42</sup> Comme le relève la Cour d'appel, le pouvoir adjudicateur aurait pu, dans une telle hypothèse, recourir à une procédure négociée sur pied de l'article 17, § 2, 1°, d) ou 17, § 3, 1°, de la loi, avec ou sans publicité préalable selon qu'il entend ou non consulter tous les soumissionnaires répondant aux conditions minimales et ayant remis des offres conformes aux exigences formelles de la première procédure.

<sup>43</sup> Bruxelles, 19 janvier 2006, *Entr. & Dr.*, 2006, p. 56 (sur l'illégalité d'une renonciation non fondée sur une estimation des prix établie préalablement à l'ouverture des offres, voy. *supra*, n° 9). Voy. également C.E., *n.v. Watco Remediation Services*, 10 avril 1998, n° 73.042, où l'urgence résultait de ce que le pouvoir adjudicateur était resté inactif pendant une certaine période, en négligeant d'organiser une procédure accélérée qui aurait permis une attribution en temps utile.

<sup>44</sup> Voy. la disposition identique contenue dans l'article 7, 3, e) de la Directive (ancienne) 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.

<sup>45</sup> C.J.C.E., *Commission c. Italie*, 14 septembre 2004, C-385/02, points 33-39.

<sup>46</sup> C.E., *n.v. Eurosense Belfotop*, 30 janvier 2003, n° 115.270, *NjW*, 2003, p. 1157, note F. VANDENDRIESSCHE.

du second appel d'offres, la partie adverse a pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, s'estimer de ce fait en présence d'une situation où la nature des services à fournir est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre son attribution selon la procédure d'adjudication ou d'appel d'offre »<sup>47</sup>.

### C. La détermination des spécifications techniques

**13. Principe d'égalité** – Dans la détermination de ces spécifications techniques, le pouvoir adjudicateur doit observer les limitations déduites des principes généraux régissant la passation des marchés publics, et tout particulièrement les principes d'égalité des soumissionnaires et de non-discrimination communautaire, ainsi que le principe de proportionnalité.

En raison des impératifs d'égalité et de sauvegarde d'une concurrence effective, la réglementation interdit l'indication dans les documents du marché de marques commerciales ou industrielles, de brevets ou de types, ou celle d'une origine ou d'une production déterminée ou l'exigence de produits d'une fabrication ou d'une provenance déterminée, ou de procédés particuliers qui ont pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises, à moins qu'il ne soit pas possible de donner autrement une description de l'objet du marché suffisamment précise et intelligible pour les soumissionnaires, auquel cas

l'indication doit être précédée de la mention « ou équivalent »<sup>48</sup>.

Le principe d'égalité interdit également en règle d'ériger en exigences techniques des caractéristiques propres au matériel d'un producteur déterminé. Le Conseil d'Etat a ainsi considéré que violait l'égalité entre soumissionnaires l'exigence, sans justification particulière, que les modules du mobilier à fournir présentent un système de liaison tout-à-fait spécifique que n'offre qu'un seul opérateur économique<sup>49</sup>.

## III. La sélection qualitative

### A. Introduction

**14. Objet** – Contrairement à la phase d'attribution et aux critères qui la régissent, la sélection qualitative porte sur la *personnalité* du candidat ou du soumissionnaire<sup>50</sup>. La Haute juridiction administrative a ainsi censuré une décision de non-sélection fondée sur la trop grande réduction consentie en ce qui concerne les techniques et la stabilité ainsi que le caractère excessivement onéreux de la coordination de sécurité, au motif que ces éléments ont trait à la qualité de l'offre et non à la capacité du soumissionnaire<sup>51</sup>.

Cette étape est temporellement distincte uniquement dans les procédures restreintes : celles-ci se décomposent en effet en deux phases successives, seuls les candidats préalablement sélectionnés étant invités à déposer une

<sup>47</sup> C.E., *Proconsultant Informatique*, 24 août 2006, n° 161.963. Le recours à ce cas de figure était en l'espèce motivé par les raisons suivantes :

« - le caractère éminemment tentaculaire et complexe de l'objet même du présent marché, rendant extrêmement difficile une appréhension exhaustive et complète des besoins a priori normal, ainsi d'ailleurs que leur formalisation au sein d'un cahier spécial des charges par nature très cadencé.

- l'interdiction de toute négociation avec les soumissionnaires en lice, justifiée par l'essence même du mode de passation "ordinaire" choisi (appel d'offres), laissant bien peu de latitude au pouvoir adjudicateur pour aborder, de manière concertée, les questions qui le cas échéant n'auraient pas été évoquées dans les documents du marché.

- la circonstance que le présent marché se trouve intimement lié à d'autres projets ou chantiers actuellement menés de façon parallèle par la RTBF (entre autres, la numérisation de la production), dossiers qui eux-mêmes font l'objet d'évolutions, de mutations au cours de leur avancement, lesquelles n'ont pu être prises en considération lors du lancement de l'appel d'offres sous rubrique. La transversalité qui caractérise ce marché rend donc impérieuse l'inscription de cette acquisition de logiciel dans une stratégie globale et intégrée. ».

<sup>48</sup> Article 85 de l'A.R. n° 1 et article 74 de l'A.R. n° 2.

<sup>49</sup> C.E., *n.v. Mewaf International*, 25 février 2003, n° 116.351, *NjW*, 2003, p. 929, note F. VANDENDRIESSCHE; *T. Gem.*, 2003, p. 288, note A. COOLSAET.

<sup>50</sup> D. D'HOOGHE, *op. cit.*, 1997, pp. 343-344, n° 853. Sur la sélection qualitative, voy. également P. FLAMEY et J. GHYSELS, « Bekendmakings-, selectie- en gunningsvoorschriften in de klassieke sectoren voor overheidsopdrachten (II) », *C.D.P.K.*, 2000, pp. 456-486.

<sup>51</sup> C.E., *n.v. Ingenieurs- en Architectenbureau Essa*, 27 avril 2006, n° 157.991.

offre. Les procédures négociées avec publicité se présentent sous la forme d'une procédure restreinte, en ce qu'elles connaissent deux phases<sup>52</sup>.

**15. Aspects** – La phase de sélection comporte elle-même trois ordres d'idées : le contrôle de l'absence dans le chef des candidats-soumissionnaires d'un des cas d'exclusion énumérés dans les arrêtés d'exécution<sup>53</sup>, la vérification de la capacité économique et financière de ces candidats-soumissionnaires ainsi enfin que de leur capacité technique et/ou professionnelle.

Bien que le droit dérivé européen ne régleme que sommairement cette question dans les secteurs spéciaux, la réglementation belge, en son état actuel, prescrit des règles identiques, quel que soit le secteur concerné.

## B. Les documents probants

**16. Exhaustivité ?** – En vue d'évaluer la capacité des candidats-soumissionnaires et l'absence de causes d'exclusion, l'autorité adjudicatrice peut exiger la fourniture de certains documents, qu'elle doit indiquer dans l'avis de marché pour les opérations précédées d'une publicité ou, s'il s'agit d'une procédure négociée sans publicité, dans l'invitation à remettre offre.

S'agissant de la capacité financière ou économique, le pouvoir adjudicateur n'est pas limité par l'énumération contenue dans les arrêtés d'exécution (bilans, déclarations concernant le chiffre d'affaires, ...). Par contre, l'énumération des documents qui peuvent être exigés au titre de preuve de la capacité technique et/ou professionnelle (déclarations concernant le personnel, références, titres d'études et professionnels,...), est, elle, exhaustive<sup>54</sup>. Dès lors, le pouvoir adjudicateur ne pourrait exiger la production d'autres documents à cet égard.

Le Conseil d'Etat a décidé que des certificats et attestations établissant le respect de certaines normes en

matière de sécurité ou de qualité des prestations (tels les certificats ISO ou VCA) constituent un titre professionnel visé à l'article 19, 1° de l'A.R. n° 1 et peuvent à ce titre être exigés aux fins de juger de la capacité technique des candidats-soumissionnaires<sup>55</sup>.

Le Conseil d'Etat a par ailleurs considéré qu'il incombe aux candidats-soumissionnaires d'indiquer *in concreto* de quelles références ils entendent se prévaloir pour démontrer qu'ils disposent de la capacité technique requise, sans pouvoir se contenter de renvoyer à un site internet reprenant un ensemble de références et de projets accomplis : il n'appartient en effet pas au pouvoir adjudicateur de déterminer, parmi celles qui y sont mentionnées, les références pertinentes pour le marché concerné, en l'absence de précisions fournies à cet effet par le candidat<sup>56</sup>.

**17. Sanction de l'absence de documents** – Bien que la question soit controversée<sup>57</sup>, il semble que l'absence des documents, certificats et renseignements demandés en vue d'apprécier la fiabilité et la capacité doive en principe entraîner de droit le rejet de l'offre ou de la demande de participation. Le Conseil d'Etat a jugé en ce sens, par deux reprises, « *qu'il ressort de l'article 16, § 1<sup>er</sup>, [de l'arrêté royal du 10 janvier 1996] que la question de savoir si l'omission de l'une ou l'autre de ces références est substantielle ou non ou prescrite ou non à peine de nullité, est sans pertinence dès lors que, le pouvoir adjudicateur les ayant définies dans le cahier spécial des charges, elles doivent être fournies à peine de fausser l'appréciation à porter quant à la capacité technique des soumissionnaires et de violer le principe d'égalité dans le traitement qui doit leur être réservé* »<sup>58</sup>.

Il s'ensuit qu'un pouvoir adjudicateur ne pourrait, sans violer l'égalité entre soumissionnaires, sélectionner un candidat ou un soumissionnaire qui n'a pas produit les documents demandés, ni *a fortiori* lui attribuer le mar-

<sup>52</sup> Voy. les articles 6, 14, 32, 40, 58 et 66 de l'A.R. n° 1 et les articles 5, 14, 27, 36, 48 et 57 de l'A.R. n° 2.

<sup>53</sup> Ceux-ci constituant sur ce point une transposition des hypothèses énumérées dans les directives européennes.

<sup>54</sup> D. D'HOOGHE, *op. cit.*, 1997, p. 356, n° 887.

<sup>55</sup> C.E., *n.v. Algemene Ondernemingen E.G. Verstraete & Van Hecke e.a.*, 6 mai 2004, n° 131.137.

<sup>56</sup> C.E., *Heureka*, 15 juillet 2004, n° 133.976, point 3.3.2.

<sup>57</sup> Voy. M.-A. FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *op. cit.*, 1996-1997, t. 1A, pp. 973-977, n° 10-12 et D. D'HOOGHE, *op. cit.*, 1997, pp. 504-508, n° 1326-1336, qui considère que l'absence de remise lors du dépôt de la demande de participation ou de l'offre des documents, certificats et références demandés peut n'ouvrir qu'une irrégularité relative de l'offre ou de la demande de participation, lorsque les documents de marché ne prescrivent pas la remise de ceux-ci à peine de nullité et que l'omission ne compromet pas l'égalité des candidats-soumissionnaires ou la comparaison des offres ou des candidatures sur un point essentiel.

<sup>58</sup> C.E., *s.a. Collignon Eng.*, 21 juin 2006, n° 160.374. Voy. également C.E., *s.a. Entreprises Philippe Rousseaux*, 29 juin 2001, n° 97.319.

ché. Le Conseil d'Etat a ainsi censuré la décision attribuant un marché à un soumissionnaire ne satisfaisant pas aux exigences posées par le cahier spécial des charges en matière de capacité technique et professionnelle<sup>59</sup>.

**18. Secteurs classiques : faculté de régularisation** – Certes, dans les secteurs classiques, un pouvoir adjudicateur dispose de la faculté d'inviter les candidats-soumissionnaires à compléter leur offre ou leur demande de participation avec les documents manquants<sup>60</sup>. Il s'agit toutefois d'une simple faculté dont le pouvoir adjudicateur décide en règle librement d'utiliser ou non, sous la réserve du respect de l'égalité entre soumissionnaires et candidats<sup>61</sup>. En outre, les documents et informations qu'un candidat-soumissionnaire est admissible à fournir postérieurement à l'ouverture des offres ou des demandes de participation ne peuvent porter que sur des éléments et données objectifs qui se rapportent à la période précédant la date de cette ouverture<sup>62</sup>.

Dans un arrêt récent, la Cour de justice a par ailleurs confirmé la légalité d'une telle faculté de régularisation au regard du droit communautaire. A son estime, les causes d'exclusion prévues par les anciennes directives constituent de simples options dans la mise en œuvre desquelles les Etats membres disposent d'une certaine liberté sous la double réserve du respect de leur énumération limitative et des principes d'égalité et de transparence. Dès lors, la réglementation communautaire abandonne à l'appréciation discrétionnaire de ces Etats, et le cas échéant des pouvoirs adjudicateurs, la détermination du *moment*

auquel ces formalités doivent être remplies (remise des offres ou des demandes de participation, ouverture des plis, décision du pouvoir adjudicateur), ainsi que la possibilité d'une régularisation *a posteriori* du défaut d'accomplissement de ces formalités<sup>63</sup>.

**19. Limitation aux documents demandés** – Si une entité adjudicatrice ne peut sélectionner un candidat-soumissionnaire qui n'aurait pas remis l'ensemble des documents requis à cette fin, la sélection ne peut à l'évidence être refusée sur pied de l'absence d'un document non demandé<sup>64</sup>.

### C. L'appréciation du pouvoir adjudicateur

#### 1. La fiabilité : l'absence de causes d'exclusion

**20. Faculté ou obligation ?** – L'exclusion est en principe *facultative*, en ce sens que le pouvoir adjudicateur peut décider d'admettre un candidat-soumissionnaire se trouvant dans une situation d'exclusion, moyennant due motivation. Il dispose donc en règle d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire à cet égard<sup>65</sup>.

Il est à noter cependant que la nouvelle directive en matière de secteurs classiques prévoit des causes d'exclusion *obligatoires* consistant en la condamnation du candidat-soumissionnaire, par une décision coulée en force de chose jugée, du chef de participation à une

<sup>59</sup> C.E., *s.a.* *E.O.*, 23 novembre 2005, n° 151.587, à propos de la production de références relatives à la réalisation de projets ayant le même objet que le marché (signalisation touristique) dans une ville d'une taille similaire à celle du lieu d'exécution du marché. Voy. également C.E., *a.m.* *Compagnie d'entreprises CFE s.a. - Tecni Asbest s.a.*, 25 octobre 2006, n° 164.090, où les attestations fournies par l'attributaire ne mentionnaient pas les renseignements prescrits à peine de nullité par le cahier spécial des charges.

<sup>60</sup> Articles 20, § 3, (marchés de travaux), 46, § 3, (marchés de fournitures) et 72, § 4, (marchés de services) de l'A.R. n° 1. Cette faculté n'existe cependant pas dans les secteurs spéciaux (pour un cas où cette question s'est posée, voy. C.E., *s.a.* *Collignon Eng.*, 21 juin 2006, n° 160.374). Dans les procédures ouvertes, cette faculté se confond cependant avec celle permettant une prise de contact avec les soumissionnaires « pour faire préciser ou compléter la teneur de leur offre », qui existe également dans les secteurs spéciaux (sur cette question, voy. *infra*, n° 43-45).

<sup>61</sup> C.E., *s.a.* *Entreprises Philippe Rousseaux*, 29 juin 2001, n° 97.319.

<sup>62</sup> Voy. C.E., *n.v.* *Terra Engineering & Consultancy*, 1<sup>er</sup> février 2007, n° 167.373 ; et *infra*, n° 21. Voy. cependant, en sens contraire, à propos de l'admissibilité de la prise en considération d'une augmentation de capital effectuée postérieurement à l'ouverture des offres et portée à la connaissance du pouvoir adjudicateur à l'initiative du soumissionnaire, C.E., *n.v.* *Amano Belgium*, 29 juin 2001, n° 97.249, point 3.6.2. ; C.E., *n.v.* *Rauwers Controle*, 29 juin 2001, n° 97.248, point 3.2.2. Ces décisions semblent toutefois inspirées par les circonstances particulières de la cause, et par conséquent ne pas revêtir de portée de principe (en ce sens, B. SCHUTYSER, *op. cit.*, *T. Gem.*, 2005, p. 112, n° 60, note 106).

<sup>63</sup> C.J.C.E., *La Cascina et Zilch*, 9 février 2006, C-226/04 et C-228/04, points 31 et 36.

<sup>64</sup> C.E., *n.v.* *North Sea Traders Corporation*, 8 octobre 2002, n° 111.141.

<sup>65</sup> D. D'HOOGE, *op. cit.*, 1997, p. 348, n° 868.

organisation criminelle, de fraude, de corruption ou de blanchiment de capitaux<sup>66</sup>. Sous la réserve d'une raison impérieuse d'intérêt général, le pouvoir adjudicateur est dès lors tenu d'exclure les candidats-soumissionnaires quise trouvent dans un tel cas. Ces dispositions viennent d'être transposées en droit interne par le biais de l'arrêté royal du 23 novembre 2007<sup>67</sup>, entrant en vigueur au 1<sup>er</sup> février 2008<sup>68</sup>.

Dans l'arrêt *La Cascina* précité, la Cour de justice a considéré que le droit national, ou les pouvoirs adjudicateurs le cas échéant, déterminent en règle librement à quel moment le candidat-soumissionnaire doit satisfaire à ses obligations en matière fiscale et sociale, et peuvent autoriser une régularisation *a posteriori*<sup>69</sup>.

## 2. Les exigences de capacité financière, économique et technique

### a. Notion et méthodes de sélection

**21. Principes** – Il appartiendra au pouvoir adjudicateur de sélectionner les candidats sur la base des documents demandés<sup>70</sup>. A ce jour, le droit interne belge ne régleme pas cette opération en tant que telle<sup>71</sup>.

Dans la lignée de l'approche classique – désormais infirmée<sup>72</sup>, le Conseil d'Etat a considéré qu'une autorité adjudicatrice pouvait valablement spécifier *a posteriori* ses exigences par rapport aux documents demandés

et partant, après avoir exigé dans l'avis de marché la production de références portant sur des projets similaires sans autre précision, faire porter la sélection sur la possession de références ayant plus spécifiquement trait à un aspect particulier du marché à exécuter, représentant environ un quart de sa valeur (à savoir l'aménagement de parcs et d'espaces verts), au motif qu'il s'agit d'un élément apparent dont l'exécution de qualité apparaît particulièrement importante eu égard au marché visé, étant l'aménagement d'un parc paysager urbain<sup>73</sup>. La précision ainsi apportée doit cependant reposer sur des motifs adéquats<sup>74</sup>.

Relevons encore que la satisfaction aux exigences de sélection s'apprécie à la date de la remise des offres ou des demandes de participation, ce dont il suit notamment qu'il ne pourrait être tenu compte de références ou de l'expérience obtenue postérieurement à cette date<sup>75</sup>.

**22. Techniques de sélection** – S'agissant de l'appréciation de l'aptitude des candidats-soumissionnaires proprement dite, deux techniques peuvent essentiellement être utilisées<sup>76</sup>.

En premier lieu, le pouvoir adjudicateur peut déterminer des *niveaux d'exigences minimales* auxquels les candidats-soumissionnaires doivent satisfaire, et évincer ceux qui ne les rencontrent pas. Cette approche implique la détermination d'une échelle *absolue*.

Une telle manière de procéder a été déclarée admissible de longue date<sup>77</sup>. Il s'agit d'une méthode fréquente,

<sup>66</sup> Article 45, 1, de la Directive 2004/18/CE. Comp., s'agissant des secteurs spéciaux, avec l'article 54, 4, de la Directive 2004/17/CE.

<sup>67</sup> Voy. les articles 11, 15, 18, 30, 33 et 35 de l'arrêté royal. Il est à noter que ces modifications concernent les seuls marchés « européens ». La législation relative à l'agrément avait déjà été adaptée sur ce point, et ce quelle que soit l'importance financière du marché, par l'article 77 de la loi du 15 juin 2006, entrée en vigueur au jour de la publication de celle-ci au Moniteur belge, le 15 février 2007.

<sup>68</sup> Article 55 de l'arrêté royal.

<sup>69</sup> C.J.C.E., *La Cascina et Zilch*, op. cit., point 40.

<sup>70</sup> Il convient de distinguer nettement cette question de la fourniture des documents probants demandés sur la base desquels sera effectuée ladite appréciation, aspect formel qui est lui largement réglé par les dispositions de droit communautaire et interne.

<sup>71</sup> P. FLAMEY et J. GHYSELS, op. cit., *C.D.P.K.*, 2000, p. 469, n° 26.

<sup>72</sup> Du moins dans les secteurs classiques (voy. *infra*, n° 25).

<sup>73</sup> C.E., *n.v. Aertssen Aannemingsbedrijf*, 29 juillet 2005, n° 147.990.

<sup>74</sup> C.E., *t.h.v. "Antwerp Sediment"*, 7 juin 2007, n° 171.947, où le Conseil d'Etat a censuré la distinction opérée entre deux types de limon minéral, non annoncée dans l'avis de marché.

<sup>75</sup> C.E., *n.v. Terra Engineering & Consultancy*, 1<sup>er</sup> février 2007, n° 167.373. Cette question doit être distinguée de la *fourniture* des documents attestant d'une telle expérience, qui dans les secteurs classiques peut encore être fournie, sur invitation du pouvoir adjudicateur, postérieurement à la date de remises des offres ou des demandes de participation (voy. *supra*, n° 18).

<sup>76</sup> A.L. DURVIAUX, op. cit., 2006, pp. 462-463, n° 430 ; P. FLAMEY et J. GHYSELS, op. cit., *C.D.P.K.*, 2000, p. 475, n° 35.

<sup>77</sup> C.E., *n.v. Hydrex*, 21 décembre 1998, n° 77.749. Pour une analyse approfondie de cette question, voy. P. FLAMEY et J. GHYSELS, op. cit., *C.D.P.K.*, 2000, pp. 476-477, n° 37-39.

qui rejoint l'idée de l'agrégation dans les marchés de travaux<sup>78</sup>.

Ces niveaux d'exigences doivent bien entendu entretenir un lien avec l'objet du marché, et être proportionnés au regard de ce dernier<sup>79</sup>.

Alternativement, le pouvoir adjudicateur pourrait également (surtout dans des procédures restreintes et négociées) entendre sélectionner les candidats-soumissionnaires sur la base de *critères* de sélection qu'il détermine (chiffre d'affaires, qualité des références, importance des moyens techniques ou humains,...). Ceux-ci doivent satisfaire à certaines exigences : être objectifs, non-discriminatoires et avoir un lien avec l'objet du marché.

Cette technique donne lieu à un classement, sur la base de ces critères, des candidats soumissionnaires, et à la sélection de certains d'entre eux en fonction du résultat de ce classement<sup>80</sup>. Dans ce cadre, le pouvoir adjudicateur pourrait déterminer un nombre minimal, et le cas échéant maximal (on parle alors de fourchette), de candidats-soumissionnaires à sélectionner. Les dispositions réglementaires imposent toutefois, dans la mesure du possible, un nombre minimal de candidats (cinq ou trois selon la procédure concernée), afin de garantir l'existence d'une concurrence minimale.

**23. Application des exigences annoncées** – Le pouvoir adjudicateur est bien entendu tenu de vérifier l'aptitude des candidats-soumissionnaires à l'égard de l'ensemble des exigences minimales ou des critères de sélection qu'il aurait annoncé(e)s dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges, sans pouvoir se dispenser d'en appliquer certain(e)s. La Haute juridiction administrative a ainsi censuré une décision d'attribution du marché à un soumissionnaire qui ne satisfait pas aux exigences d'agrégation pour les laboratoires telles que posées dans le cahier spécial des charges<sup>81</sup>.

Contrairement à la situation en matière de critères d'attribution<sup>82</sup>, le Conseil d'Etat semble toutefois avoir admis la possibilité de ne pas appliquer en raison de son

illégalité une exigence minimale de sélection annoncée (consistant à exiger un certain nombre de références dans un périmètre restreint autour d'une ville), et donc de sélectionner quand même des soumissionnaires qui n'y satisfont pas<sup>83</sup>.

En décidant qu'un pouvoir adjudicateur ne pouvait, dans le silence des documents de marché, opposer à un soumissionnaire admis à la procédure, aux fins de lui dénier tout intérêt à agir, qu'il ne l'aurait été qu'au terme d'un examen formel ne préjugant en rien d'un contrôle de fond quant à sa capacité, le Conseil d'Etat paraît avoir implicitement considéré que, du moins lorsque les documents de marché n'annoncent pas la scission de cette opération en plusieurs étapes successives, la sélection d'un candidat-soumissionnaire est définitive et ne peut plus être remise en cause ultérieurement<sup>84</sup>.

#### b. L'obligation d'annoncer les éléments d'appréciation de l'aptitude

**24. Abandon de la conception classique ?** – On considèrerait traditionnellement qu'il n'incombait pas au pouvoir adjudicateur d'annoncer, dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges, les exigences minimales ou les critères de sélection qu'il entendait manier, en sorte qu'il pouvait déterminer ces conditions au moment de la prise de décision relative à l'aptitude des candidats-soumissionnaires, postérieurement à la remise des offres ou des demandes de participation<sup>85</sup>.

Dans une récente décision, le Conseil d'Etat a cependant considéré, se référant aux exigences de transparence consacrées par la Cour de justice dans son célèbre arrêt *Universale Bau*, que « [l'article 70 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et son annexe IV] déterminent les références et preuves pouvant être demandées par le pouvoir adjudicateur afin d'apprécier la capacité économique et financière des soumissionnaires; qu'elles n'en fixent toutefois pas le niveau; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de fixer de façon univoque dans l'avis de marché les références qu'il entend obtenir, voire même les niveaux à atteindre par les

<sup>78</sup> Voy. *infra*, n° 28-29.

<sup>79</sup> Pour un cas où cette condition a fait l'objet d'un examen, voy. C.E., *s.a. Algemene Aannemingen Van Laere*, 6 novembre 2007, n° 176.478.

<sup>80</sup> Il s'agit donc d'une *échelle relative* et non absolue, comme c'est le cas lors de l'utilisation de niveaux d'exigences.

<sup>81</sup> C.E., *n.v. Laboratoria E. Van Vooren*, 3 juin 2004, n° 131.994, point 3.2.

<sup>82</sup> Voy. *infra*, n° 64.

<sup>83</sup> C.E., *n.v. Houwaer*, 28 février 2006, n° 155.634, point 2.1.2.

<sup>84</sup> C.E., *b.v.b.a. Elektriciteit Campe*, 25 mars 2003, n° 117.505.

<sup>85</sup> D. D'HOOGHE, *op. cit.*, 1997, p. 357, n° 890 ; *contra* P. FLAMEY et J. GHYSELS, *op. cit.*, C.D.P.K., 2000, pp. 477-478, n° 40, qui se bornent toutefois en définitive à poser que l'annonce de ces exigences est simplement souhaitable.

entreprises pour être prises en considération lors de la sélection" (circulaire du 10 février 1998 du premier ministre, *Moniteur belge* du 13 février 1998); qu'en matière de sélection qualitative, il a été jugé que "la procédure d'attribution d'un marché public doit respecter, à tous ses stades, notamment celui de la sélection des candidats dans une procédure restreinte, tant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires potentiels que celui de la transparence, afin que tous disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs demandes de participation ou de leurs offres" (C.J.C.E., 12 déc. 2002, *Universale-Bau AG*, C-470/99, pt 93) et « qu'en l'espèce, l'avis de marché impose, en son point 14, aux soumissionnaires de déposer, "sous peine d'exclusion", "d) les bilans et les comptes de résultats pour les trois derniers exercices comptables"; que le cahier spécial des charges reproduit, d'une part, cette même exigence pour le contenu du dossier de candidature (art. 1.2.3., a), 4°) et définit, d'autre part, quatre conditions minimales de participation "vérifiées sur la base des documents cités à l'article 1.2.3." et étant, notamment, "1° une stature suffisante (chiffre d'affaires,...) eu égard à l'importance du marché, ce dernier étant estimé à une valeur de 50.000.000 BEF; 2° une évolution financière et commerciale positive (situation comptable sur 3 ans);" (art. 1.2.4.); que la première de ces deux conditions, outre le fait qu'elle ne figure pas dans l'avis de marché, ne fixe pas de manière suffisamment précise le niveau de référence que le pouvoir adjudicateur prend en compte pour l'évaluation de la capacité financière et économique; qu'en effet, l'indication selon laquelle le candidat doit disposer d'une "stature suffisante" ne permet pas au soumissionnaire d'apprécier si le marché le concerne ou non, c'est-à-dire s'il possède le niveau de capacité financière attendu par le pouvoir adjudicateur, de sorte qu'il ne peut déposer son dossier de candidature en connaissance de cause »<sup>86</sup>.

Une certaine doctrine en infère que le Conseil d'Etat aurait ainsi entendu consacrer, d'une manière générale, l'obligation d'annoncer les exigences minimales de sélection à l'aune desquelles un pouvoir adjudicateur entend apprécier l'aptitude des candidats-soumissionnaires<sup>87</sup>. La portée de l'arrêt en question nous paraît cependant circonscrite à l'exigence de prévisibilité de conditions an-

noncées, et partant son enseignement viser uniquement l'hypothèse de conditions préétablies mais par trop imprécises.

Au demeurant, une autre décision, néerlandaise, considère à l'inverse « *dat er voorts inderdaad geen minimumniveaus bepaald zijn in het bestek doch de verzoekende partij niet aangeeft welke op de opdracht toepasselijke bepaling uit de regelgeving van de overheidsopdrachten daartoe zou verplichten; dat het daarbij niet lijkt te volstaan naar een omzendbrief te verwijzen, nu de verzoekende partij niet aantoon op welke wijze te dezen op de schending van een omzendbrief een middel zou kunnen worden opgebouwd op grond waarvan de Raad van State een nietigverklaring zou kunnen uitspreken* »<sup>88</sup>.

**25. Nouvelle réglementation communautaire : transparence accrue** – Cependant, les nouvelles directives de passation imposent une obligation de transparence accrue. Ainsi, la Directive 2004/18/CE dispose-t-elle, pour les secteurs classiques, que « les niveaux minimaux [de capacité auxquels les candidats-soumissionnaires doivent satisfaire] sont indiqués dans l'avis de marché »<sup>89</sup>. S'agissant des critères de sélection, le texte communautaire prévoit que « dans les procédures restreintes, les procédures négociées avec publication d'un avis de marché et dans le dialogue compétitif, les pouvoirs adjudicateurs indiquent dans l'avis de marché les critères ou règles objectifs et non discriminatoires qu'ils prévoient d'utiliser, le nombre minimal de candidats qu'ils prévoient d'inviter et, le cas échéant, le nombre maximal »<sup>90</sup>. Curieusement, aucune disposition analogue ne règle la question pour les procédures ouvertes. Dans les secteurs spéciaux, il est de même prévu que « les entités adjudicatrices qui fixent des critères de sélection dans une procédure ouverte doivent le faire selon des règles et des critères objectifs qui sont à la disposition des opérateurs économiques intéressés » et que « les entités adjudicatrices qui sélectionnent les candidats à une procédure de passation de marchés restreinte ou négociée doivent le faire en accord avec les règles et les critères objectifs qu'elles ont fixés et qui sont à la disposition des opérateurs économiques intéressés »<sup>91</sup>.

Ces exigences n'ont pas encore été transposées en

<sup>86</sup> C.E., *s.p.r.l. Archi + I*, 7 juin 2006, n° 159.657, *Entr. & Dr.*, 2006, p. 285, obs. B. VAN LIERDE.

<sup>87</sup> P. THIEL et V. DOR, « Aperçu du futur régime des marchés publics en Belgique », *Rev. dr. comm.*, 2007, pp. 8-9, n° 17.

<sup>88</sup> C.E., *n.v. ISS*, 13 avril 2006, n° 157.579.

<sup>89</sup> Article 44, 2 *in fine*, de la Directive 2004/18/CE.

<sup>90</sup> Article 44, 3, de la Directive 2004/18/CE.

<sup>91</sup> Article 54, 1 et 2, de la Directive 2004/17/CE.

droit belge. Cependant, à tout le moins dans les secteurs classiques<sup>92</sup>, les dispositions de droit communautaire sont, à notre sens, suffisamment précises sur ce point pour créer des droits directement invocables au profit de particuliers. Il ne nous paraît dès lors pas exclu que pour des marchés lancés postérieurement à l'expiration du délai de transposition des directives<sup>93</sup>, un particulier puisse utilement invoquer la violation des dispositions de la directive en la matière à l'appui d'un recours dirigé contre le refus de le sélectionner, pour défaut d'annonce des exigences ou des critères de sélection appliqué(s).

Les nouvelles directives n'imposent toutefois pas au pouvoir adjudicateur qui entendrait effectuer une sélection sur la base de critères d'en annoncer la pondération relative, contrairement aux critères régissant la phase d'attribution<sup>94</sup>.

### 3. La possibilité d'invoquer la capacité d'entités tierces

**26. Conditions** – On se souvient que dans trois arrêts devenus célèbres, la Cour de justice a jugé qu'un candidat ou un soumissionnaire « ne peut être [écarté] d'une procédure de passation d'un marché public de services au seul motif qu'il entend mettre en œuvre, pour exécuter le marché, des moyens [qu'il] ne détient pas en propre mais qui appartiennent à une ou plusieurs entités autres [que lui]-même »<sup>95</sup>, et ce quelle que soit la nature des liens juridiques qu'il entretient avec ces entités<sup>96</sup>. Un arrêté royal du

12 janvier 2006 est d'ailleurs venu modifier les arrêtés d'exécution pour consacrer expressément cette faculté, par ailleurs reprise dans les nouvelles directives de passation<sup>97</sup>.

Ceci implique qu'une entité peut se prévaloir d'éléments de capacité tant économique et financière (surface financière,...) que technique (matériel, personnel,...) d'entités tierces, pour autant qu'elle puisse établir qu'elle a effectivement la disposition des moyens de ces organismes ou entreprises qui ne lui appartiennent pas en propre et qui sont nécessaires à l'exécution du marché, notamment par la production d'engagements contractuels contraignants<sup>98</sup>. En application de cette jurisprudence, le Conseil d'Etat a considéré que ne satisfait pas à cette exigence la société qui se contente, pour établir sa capacité économique et financière, d'invoquer les lignes de crédit et le soutien financier lui consentis par sa société-mère, sans produire les documents dont résulterait que de tels engagements ont effectivement été souscrits<sup>99</sup>, ou qui produit des engagements dénués de force obligatoire<sup>100</sup>.

**27. Restriction en matière de sous-traitance** – Dans un arrêt ultérieur, la Cour de justice a toutefois eu à connaître de l'admissibilité, au regard de sa jurisprudence antérieure, d'une restriction du recours à la sous-traitance (interdiction pour certaines parties essentielles du marché et limitation à concurrence d'une fraction maximale pour les autres parties)<sup>101</sup>. Elle a jugé que le droit communau-

<sup>92</sup> Dans le sens d'une obligation d'annonce de ces exigences également dans les secteurs spéciaux, voy. F. MOÏSES, « Le consommateur service public », in *Le Nouveau marché de l'énergie. Guide juridique à l'usage des distributeurs et des consommateurs*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 348, n° 68.

<sup>93</sup> A savoir le 31 janvier 2006 (voy. les articles 80, 1, de la Directive 2004/18/CE et 71, 1, de la Directive 2004/17/CE). Avant l'échéance de ce délai, les particuliers ne sont en effet pas fondés à se prévaloir d'un effet direct en tant que tel (S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 474 ; P. CRAIG et G. DE BURCA, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 1998 (2<sup>ème</sup> édition), pp. 189-190).

<sup>94</sup> Voy. *infra*, n° 74.

<sup>95</sup> C.J.C.E., *Holst Italia SpA*, 2 décembre 1999, C-176/98, point 26 ; C.J.C.E., *n.v. Ballast Nedam Groep*, 18 décembre 1997, C-5/97, point 10 ; C.J.C.E., *n.v. Ballast Nedam Groep*, 14 avril 1994, C-389/92, points 15 et 18.

<sup>96</sup> C.J.C.E., *Holst Italia SpA*, *op. cit.*, point 29. Pour une critique de cette solution, particulièrement de son application en-dehors de tout « lien structurel caractérisé » qui implique un contrôle économique de l'entité tierce par le soumissionnaire, voy. A.L. DURVIAUX, *op. cit.*, 2006, pp. 457-459, n° 425 ; Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *op. cit.*, 2005, pp. 138-143, n° 116-119.

<sup>97</sup> Voy. les articles 47, 2-3, et 48, 3-4, de la Directive 2004/18/CE, ainsi que 53, 4-5, et 54, 5-6, de la Directive 2004/17/CE.

<sup>98</sup> Voy. les conclusions de M. l'avocat général Ph. LÉGER préc. C.J.C.E., *Holst Italia SpA*, 23 septembre 1999, ainsi désormais que les articles 18, 19, 44, 45, 70 et 71 de l'A.R. n° 1 et les dispositions correspondantes de l'A.R. n° 2.

<sup>99</sup> C.E., *n.v. ISS*, 13 avril 2006, n° 157.579.

<sup>100</sup> C.E., *n.v. Drisag Buro & Furniture*, 3 octobre 2006, n° 163.111.

<sup>101</sup> Cette question s'est par ailleurs posée dans une espèce soumise au Conseil d'Etat. Celui-ci, s'inscrivant dans une ligne jurisprudentielle bien établie, avait cependant refusé de déférer le problème à la Cour de justice en raison de l'incompatibilité d'une question

taire « ne s'oppose pas à une interdiction ou à une restriction du recours à la sous-traitance pour l'exécution de parties essentielles du marché lorsque précisément le pouvoir adjudicateur n'a pas été en mesure de vérifier les capacités techniques et économiques des sous-traitants lors de l'examen des offres et de la sélection du soumissionnaire le mieux-disant », au motif que cette restriction « ne concerne pas la phase d'examen et de sélection de la procédure de passation du marché, mais la phase d'exécution de celui-ci »<sup>102</sup>.

Ce raisonnement ne convainc pas réellement, dès lors que, s'agissant d'invoquer des éléments de capacité technique tels que des moyens humains ou encore du matériel, les questions de capacité et d'exécution sont intrinsèquement liées. Comme relevé à juste titre par l'une des juridictions nationales appelée à se prononcer dans le litige au principal, la restriction du recours à la sous-traitance prive concrètement un soumissionnaire de la possibilité de se prévaloir de moyens d'entités tierces aux fins d'exécuter un marché. Si, en vertu de la jurisprudence de la Cour, l'invocation de capacités externes ne pourra fonder une éviction au stade de la sélection, il n'en reste pas moins que l'offre ne respectant pas la restriction en matière de sous-traitance pourra – voire devra – être déclarée irrégulière, ce qui en pratique aboutit au même résultat<sup>103</sup>.

Il semblerait donc que, sous des apparences de conciliation, la Cour de justice ait bien infléchi sa jurisprudence antérieure<sup>104</sup>, prenant probablement conscience des difficultés d'application et des risques que suscitait celle-ci pour les entités adjudicatrices.

On notera également que la Cour considère que la restriction en matière de sous-traitance se justifie lorsque le pouvoir adjudicateur n'a pu vérifier la capacité techni-

que et économique de ces sous-traitants au moment de la sélection<sup>105</sup>. La faculté d'exiger une vérification de la capacité des sous-traitants ou d'autres entités tierces se heurte toutefois au texte des directives, qui restreint le contrôle de l'aptitude aux seuls opérateurs économiques qui ont remis une offre ou une demande de participation, à l'exclusion en principe des tiers<sup>106</sup>. Dès lors, la portée concrète d'une telle restriction – à supposer que c'en soit une<sup>107</sup>, le texte n'étant pas très clair à cet égard – n'apparaît pas évidente.

## D. L'agrégation

### I. Notion

**28. Régime** – Le régime de l'agrégation ne concerne que les marchés de *travaux* dont l'importance financière dépasse le montant de 75.000 EUR H.T.V.A., pour les travaux rangés en catégories et 50.000 EUR H.T.V.A., pour les travaux rangés en sous-catégories<sup>108</sup>.

En vertu de l'article 3, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux, de tels marchés « ne peuvent [en principe] être attribués qu'à des entrepreneurs, tant personnes de droit privé que de droit public qui, au moment de l'attribution du marché :

1° soit sont agréés à cet effet;

2° soit ont fourni la preuve qu'ils remplissent les conditions fixées par la présente loi ou en vertu de celle-ci ».

Lorsqu'il ne dispose pas de l'agrégation requise (soit qu'il ne dispose d'aucune agrégation ou uniquement d'une agrégation insuffisante), le candidat-soumissionnaire peut établir qu'il satisfait aux conditions posées pour l'obtention de celle-ci. Il lui appartient tou-

préjudicielle avec la célérité qu'impose la procédure d'extrême urgence (C.E., *b.v.b.a. A&S Solutions*, 22 novembre 2005, n° 151.497). Relevons que la Haute juridiction administrative a considéré à cette occasion qu'il appartenait à la requérante d'indiquer, lors de la remise de son offre, quelle est l'interprétation conforme à donner – à son estime – au critère de sélection, interprétation qu'elle déduit de la jurisprudence de la Cour de justice mais sans pouvoir se prévaloir d'aucun précédent. A défaut de ce faire, elle témoigne d'un manque de diligence en saisissant *a posteriori* le Conseil d'Etat sur la base de cette seule analyse incertaine par le biais d'une procédure d'extrême urgence.

<sup>102</sup> C.J.C.E., *Siemens AG Österreich et ARGE Telekom & Partner*, 18 mars 2004, C-314/01, points 45 et 47.

<sup>103</sup> Sur les liens existant entre la capacité technique et professionnelle et l'exécution d'un marché, voy. A.L. DURVIAUX, *op. cit.*, 2006, p. 466, n° 432.

<sup>104</sup> B. SCHUTYSER, *op. cit.*, *T. Gem.*, 2005, spéc. p. 105, n° 34.

<sup>105</sup> C.J.C.E., *Siemens AG Österreich et ARGE Telekom & Partner*, *op. cit.*, point 47.

<sup>106</sup> Voy. les articles 44, 47 et 48 *inuncto* 4 de la Directive 2004/18CE et les articles 51, 1, *inuncto* 11 de la Directive 2004/17/CE.

<sup>107</sup> En ce sens, B. SCHUTYSER, *op. cit.*, p. 105, n° 34.

<sup>108</sup> Article 2 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991.

tefois de joindre les documents de nature à établir cette *équivalence* à l'offre qu'il remet, à peine de la voir évincée à bon droit<sup>109</sup>.

A défaut de pouvoir faire cette preuve, le soumissionnaire doit joindre à son offre une demande de *dérogation*, qu'il appartient à l'autorité compétente de transmettre pour avis à la Commission d'agrément<sup>110</sup>. L'autorité compétente statuera sur la demande de dérogation après réception de cet avis<sup>111</sup>.

**29. Types d'agrément** – La *classe* se détermine au regard du montant du marché concerné, d'une part, et du montant total de l'ensemble des marchés exécutés en même temps que le marché à attribuer, d'autre part<sup>112</sup>. L'importance financière du marché est définie par le prix *effectivement* remis, ce qui implique que l'offre d'un soumissionnaire dont la classe d'agrément correspond, au moment de l'attribution du marché<sup>113</sup>, au prix total remis ne peut être écartée au motif que le soumissionnaire ne dispose pas de l'agrément dans une classe supérieure imposée par le cahier spécial des charges sur la base d'une estimation plus élevée du prix du marché<sup>114</sup>.

La *catégorie* et la *sous-catégorie* se déterminent d'après la nature des travaux concernés. La catégorie ou sous-catégorie dans laquelle un marché comprenant des travaux, classés dans différentes catégories et/ou sous-catégories doit être rangé est celle dans laquelle rentre la partie de l'ouvrage à exécuter dont le montant représente le pourcentage le plus élevé du montant du marché. En cas de (relative) équivalence entre ces différentes parties, le marché pourra être classé dans plusieurs des catégories ou sous-catégories concernées, étant entendu que l'adjudicataire ne devra être agréé que dans l'une des catégories ou sous-catégories prévues.

## 2. Rapport avec les exigences de sélection qualitative

**30. Autonomie réciproque** – Les conditions pour obtenir une agrément déterminée portent sur des éléments touchant à l'aptitude du soumissionnaire (fonds propres, références, titres professionnels,...), également utilisés dans le cadre de la sélection qualitative.

La réglementation relative à l'agrément ne se substitue cependant pas aux exigences de sélection qualitative, et ne dispense nullement le soumissionnaire même dûment agréé de produire les pièces et certificats requis par les documents du marché aux fins d'établir sa capacité tant technique et professionnelle qu'économique et financière<sup>115</sup>. Le Conseil d'Etat a jugé en ce sens que « *la requérante n'est pas fondée à soutenir que ces références pouvaient être remplacées par la seule indication de son agrément* »<sup>116</sup>. La Haute juridiction administrative a par ailleurs considéré que le pouvoir adjudicateur pouvait, dans le cadre de la sélection qualitative, poser des exigences plus sévères que, ou différentes de, celles découlant des conditions de l'agrément exigible pour le marché de travaux concerné<sup>117</sup>.

**31. Compétence liée** – Les exigences d'agrément, à l'inverse de celles touchant à la sélection<sup>118</sup>, découlent directement de la loi et des dispositions prises en vertu de celle-ci. Dès lors, le pouvoir adjudicateur ne peut poser des exigences d'agrément plus sévères que celles résultant du montant et de la nature des travaux à réaliser, ni priver les membres d'une société momentanée de la faculté, que leur ouvre l'article 11 de la loi du 20 mars 1991<sup>119</sup>, de n'avoir pas à satisfaire individuellement aux exigences d'agrément<sup>120</sup>.

<sup>109</sup> C.E., *b.v.b.a. Bouwkantoor Decoene*, 14 octobre 2004, n° 136.023; C.E., *n.v. Raf De Vriese e.a.*, 8 juillet 2004 n° 133.636, point 3.3.2.

<sup>110</sup> Article 17 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991. Pour un cas d'application, voy. C.E., *n.v. Laboratoria Van Vooren*, 3 juin 2004, n° 131.994.

<sup>111</sup> Article 21 de la loi du 20 mars 1991.

<sup>112</sup> Article 3, §§ 2 et 3, de l'arrêté royal du 26 septembre 1991.

<sup>113</sup> Voy. *infra*, n° 32.

<sup>114</sup> D. D'HOOGHE, *op. cit.*, 1997, pp. 362 et 365, n° 902 et 912.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 367, n° 917.

<sup>116</sup> C.E., *s.a. Collignon Eng*, 21 juin 2006, n° 160.374. Voy. également C.E., *s.a. Entreprises Philippe Rousseaux*, 29 juin 2001, n° 97.319.

<sup>117</sup> C.E., *s.a. Algemene Aannemingen Van Laere*, 6 novembre 2007, n° 176.478. Voy. également C.E., *n.v. G.T.I. Technical Installations*, 2 décembre 1997, n° 69.919.

<sup>118</sup> Voy. *supra*, n° 21-22.

<sup>119</sup> « § 1. Les associations momentanées d'entrepreneurs sont admises à exécuter des travaux, pour autant que l'un des associés au moins soit agréé en la classe et catégorie ou sous-catégorie requises pour ces travaux ou ait fourni les preuves prévues par l'article 3, § 1er, 2°, et pour

### 3. Moment auquel il doit être satisfait aux conditions d'agrément

**32. Principe et implications** – Un entrepreneur de travaux ne doit satisfaire aux exigences d'agrément qu'au moment de l'attribution du marché<sup>121</sup>. Dès lors, le pouvoir adjudicateur est tenu de comparer aux autres offres l'offre remise par le soumissionnaire ne satisfaisant pas aux exigences en termes d'agrément mais ayant introduit une demande de dérogation, sans pouvoir « pour ce seul motif tiré d'une agrément insuffisante mais en présence d'une demande de dérogation, déjà considérer que l'offre de la requérante était irrégulière et s'abstenir de la comparer aux autres »<sup>122</sup>.

Par ailleurs, lorsqu'un soumissionnaire ne dispose pas d'une agrément suffisante, mais prétend remplir les conditions de celle-ci et joint à cet effet à son offre des éléments pour établir cette équivalence, le pouvoir adjudicateur ne peut prendre de décision relative à l'attribution du marché avant que le Ministre compétent ne se soit prononcé sur la satisfaction aux conditions d'agrément<sup>123</sup>.

## IV. L'examen de la régularité des offres

### A. Notions

**33. Principes** – Le pouvoir adjudicateur doit ensuite vérifier la régularité des offres remises par les soumissionnaires sélectionnés. En effet, le marché ne peut être attribué qu'à la personne ayant remis une offre régulière<sup>124</sup>.

Constitue une irrégularité la non-conformité aux prescriptions techniques et administratives du cahier spécial des charges (absence de documents demandés, non-conformités techniques, établissement de l'offre et du métré sur d'autres modèles que ceux imposés,...) ou aux autres exigences de régularité posées par la réglementation (remise de prix anormaux, réserve, absence ou irrégularité dans la signature de l'offre,...).

**34. Nécessité d'un grief** – Dans un intéressant arrêt, le Conseil d'Etat a jugé qu'un pouvoir adjudicateur ne pouvait, même s'il avait insisté à diverses reprises sur la nécessité d'une telle indication, valablement considérer comme constitutif d'une irrégularité le défaut de remise de prix par unité de surface pour certains postes, alors que cette non-conformité était dénuée d'incidence sur le prix total (seul élément de comparaison des offres s'agissant d'une procédure d'adjudication) parce que le modèle d'offre prévoyait une superficie présumée nulle pour ces postes<sup>125</sup>. De même, la Haute juridiction administrative a considéré que l'absence de mention du prix total dans l'offre-même ne pouvait entraîner l'éviction d'une offre fondée sur l'incertitude quant à l'engagement du soumissionnaire, lorsque le prix total ressort à suffisance du métré dûment signé joint à la soumission<sup>126</sup>.

Dès lors, un pouvoir adjudicateur ne peut conclure à l'irrégularité d'une offre en raison d'une non-conformité dépourvue d'influence sur un quelconque élément du marché en cause, sur l'engagement du soumissionnaire ou sur la comparaison des offres et l'égalité entre soumissionnaires<sup>127</sup>.

De même ne pourrait-il, sans méconnaître l'égalité entre soumissionnaires, déclarer irrégulière une offre proposant une solution technique expressément autorisée

*autant que les autres associés répondent aux conditions visées à l'article 4, § 1er, 1°, 2°, 3°, 4° et 7°. Les associés ne peuvent en aucun cas faire l'objet d'une exclusion, ou suspension ou d'un retrait d'agrément au sens de l'article 19.*

*§ 2. Les associations momentanées dont deux associés au moins sont agréés dans la même classe et catégorie ou sous-catégorie ou établissent conformément à l'article 3, § 1er, 2°, qu'ils répondent aux conditions de cette agrément, sont réputées posséder l'agrément requise pour les travaux rangés dans la classe immédiatement supérieure de cette catégorie ou sous-catégorie.*

*La disposition de l'alinéa précédent n'est pas d'application lorsque les associés de l'association momentanée ne sont agréés que dans la classe la moins élevée. »*

<sup>120</sup> C.E., *n.v. Algemene Ondernemingen E.G. Verstraete & Van Hecke e.a.*, 6 mai 2004, n° 131.137.

<sup>121</sup> Article 3 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux.

<sup>122</sup> C.E., *s.a. Ericsson Business Communications et s.a. Fabricom*, 18 février 2005, n° 140.849.

<sup>123</sup> C.E., *b.v.b.a. Creelle*, 8 avril 2003, n° 118.138, *NjW*, 2004, p. 697, note F. VANDENDRIESSCHE.

<sup>124</sup> Du moins en adjudication et en appel d'offres : voy. les articles 15 et 16 de la loi du 24 décembre 1993. A propos de la procédure négociée, voy. *infra*, n° 97.

<sup>125</sup> C.E., *n.v. CH Cleaning Services*, 6 avril 2006, n° 157.418.

<sup>126</sup> C.E., *b.v.b.a. Algemene Ondernemingen Verbeke*, 27 janvier 2005, n° 139.885.

<sup>127</sup> Il s'agit des éléments au regard desquels le pouvoir adjudicateur doit apprécier la régularité des offres.

par le cahier spécial des charges, même s'il est apparu postérieurement à l'adoption de celui-ci que la solution proposée présente de nombreux inconvénients<sup>128</sup>.

**35. Imprécision des prescriptions** – Le Conseil d'Etat a par ailleurs considéré, à plusieurs reprises, que le pouvoir adjudicateur ne peut, en règle, conclure valablement à l'éviction des offres en se fondant sur une irrégularité résultant de l'imprécision ou de l'ambiguïté du cahier spécial des charges : il lui appartient alors soit de recommencer la procédure, soit d'inviter les soumissionnaires à préciser leur offre (lorsque ceci est possible<sup>129</sup>)<sup>130</sup>.

Il a cependant déjà jugé, dans une espèce concernant du matériel informatique, qu'il ne lui appartenait pas, faute de posséder les connaissances nécessaires à cet effet, de trancher les controverses entourant la portée d'exigences techniques dont l'issue conditionne la légalité de la décision d'irrégularité, sans un éclairage par un expert dont la désignation apparaît inconciliable avec les délais très brefs qu'impose le traitement de l'affaire par la voie de la procédure d'extrême urgence. A défaut pour le requérant de pouvoir établir une erreur commise par la partie adverse, le moyen invoqué ne peut dès lors être retenu<sup>131,132</sup>.

**36. Nature de l'irrégularité** – Ceci étant, à côté de la distinction – dénuée de conséquences juridiques<sup>133</sup> – entre irrégularités formelles et matérielles, s'opère, plus fondamentalement, une distinction entre irrégularités

*substantielles* et irrégularités *relatives*, qui définit deux régimes de nullité différents.

Cette distinction a été clairement exposée dans un récent arrêt du Conseil d'Etat, qui relève que « l'article 110, § 2 [de l'A.R. n° 1] distingue deux régimes de traitement des irrégularités d'une offre; qu'il établit le principe de la nullité absolue des offres qui ne sont pas conformes aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, à savoir celles énumérées à l'article 89 du même arrêté royal et celles reconnues comme telles dans le cahier spécial des charges; qu'en-dehors de ces prescriptions essentielles, il prévoit un régime de nullité relative, le pouvoir adjudicateur disposant d'un large pouvoir d'appréciation en la matière; qu'en effet, le pouvoir adjudicateur est libre de retenir ou d'écarter des offres qui contiennent des dérogations aux autres clauses contractuelles pour autant qu'il respecte le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires et que la qualification retenue ne soit pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation »<sup>134</sup>.

En présence d'une irrégularité substantielle, le pouvoir adjudicateur est donc tenu d'écarter l'offre qui en est affectée, alors qu'en cas d'irrégularité relative, il dispose d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant soit de couvrir cette irrégularité soit de rejeter l'offre comportant un tel défaut.

**37. Invocabilité a posteriori par le pouvoir adjudicateur** – Cette distinction présentait par ailleurs classique-

<sup>128</sup> C.E., *t.v. CEI Electrotec-research Cottrell e.a.*, 6 mai 2004, n° 131.127. Comp. avec la faculté reconnue au pouvoir adjudicateur, dans le cadre d'une procédure négociée, d'accorder une préférence, lors de l'évaluation des offres, à l'une des solutions techniques autorisées par le cahier spécial des charges, au détriment d'une autre pourtant également admise (C.E., *s.a. Derriks*, 19 novembre 2003, n° 125.482).

<sup>129</sup> Voy. *infra*, n° 43-45.

<sup>130</sup> C.E., *v.z.w. Mensura Externe Dienst voor Preventie en Bescherming op het Werk*, 28 décembre 2006, n° 166.326 ; C.E., *n.v. Herbosch-Kiere en n.v. Antwerpse Bouwwerken*, 15 mars 2005, n° 142.035 ; comp. C.E., *s.a. Thales Communications Belgium*, 16 février 2005, n° 140.737, où la Haute juridiction administrative se livre à une analyse en faveur des soumissionnaires à propos de prescriptions techniques du cahier spécial des charges sujettes à interprétations divergentes, pour rejeter l'irrégularité retenue par le pouvoir adjudicateur sur pied d'une autre lecture de ces exigences.

<sup>131</sup> C.E., *BV Hitt Holland Institute of Traffic Technology*, 30 décembre 2004, n° 138.903 ; voy. également e.a. C.E., *n.v. Vandeputte Medical & Security*, 29 décembre 2005, n° 153.198. Dans le cas où la question a trait à une prescription technique du cahier spécial des charges, il appartient aux soumissionnaires désireux de contester celle-ci par le biais d'une demande en suspension d'extrême urgence de le faire avant la prise de la décision d'éviction de leur offre (C.E., *BV Mazon*, 16 janvier 2007, n° 166.767, point 10 *in fine*).

<sup>132</sup> La désignation d'un expert aux fins de trancher la divergence dans l'interprétation des conditions techniques régnant entre les parties est à l'inverse envisageable dans le cadre d'un recours en annulation (C.E., *n.v. Switchlink e.a.*, 20 mai 2003, n° 119.600).

<sup>133</sup> Il échet cependant de relever que la motivation en la forme de la décision concluant à l'irrégularité d'une offre doit permettre au soumissionnaire concerné de comprendre si celle-ci reproche à son offre une non-conformité quant au contenu ou un remplissage incorrect des annexes, et dès lors préciser le caractère matériel ou formel de l'irrégularité soulevée (C.E., *Sa Finsam Container Systems*, 13 janvier 2005, n° 139.298).

<sup>134</sup> C.E., *s.a. Bouygues Belgium et s.a. Groupe Thiran*, 15 mars 2006, n° 156.427.

ment une *incidence procédurale* : il est en effet traditionnellement admis que le *pouvoir adjudicateur* pourra encore invoquer la violation d'une exigence de régularité substantielle postérieurement à la décision prise relativement à cette question, par exemple pour contester l'intérêt à agir d'un soumissionnaire ayant introduit un recours contre la décision d'attribution à un concurrent. Cette possibilité est exclue s'agissant d'une irrégularité relative, le Conseil d'Etat considérant qu'en ne soulevant pas la nullité au moment de l'examen de la régularité des offres, le pouvoir adjudicateur a implicitement couvert celle-ci et renoncé à s'en prévaloir ultérieurement<sup>135</sup>.

Dans un récent arrêt, la chambre française a cependant remis en cause cet enseignement, invoqué par la partie adverse<sup>136</sup>. Cette décision est d'autant plus étrange, comme l'a observé un commentateur<sup>137</sup>, qu'en l'espèce la requérante avait été évincée au stade de la sélection qualitative, décision qu'elle critique par ailleurs, en sorte que le pouvoir adjudicateur n'avait en toute logique pas procédé à l'examen de la régularité de l'offre qu'elle avait remise. Il reste, s'agissant de l'intérêt à agir d'un soumissionnaire sélectionné, que cette jurisprudence nous paraît avoir été confirmée tout récemment dans deux arrêts où la Haute juridiction administrative a dit pour droit, sans distinguer entre irrégularités substantielles et relatives, « *que, dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public, les offres déposées sont présumées régulières, sauf décision contraire et dûment motivée de l'autorité adjudicatrice; que le contrôle de cette régula-*

*rité oblige ladite autorité à vérifier, lors de l'analyse des offres, leur conformité à l'ensemble des exigences du cahier spécial des charges; que, dans la décision attaquée, la partie adverse n'a pas considéré l'offre de la demanderesse irrégulière; qu'elle ne serait pas recevable à s'en prévaloir à l'encontre du présent recours, dès lors qu'elle a estimé ne pas devoir s'y arrêter dans l'appréciation des offres* »<sup>138</sup>.

La jurisprudence néerlandophone continue par contre, dans l'ensemble<sup>139</sup>, à appliquer la règle classique, en retenant un défaut d'intérêt dans le chef des requérantes en raison de l'irrégularité substantielle affectant leur offre<sup>140</sup> ou en rejetant l'exception soulevée par la partie adverse en considération du caractère relatif de l'irrégularité dont souffre l'offre des requérantes<sup>141</sup>.

**38. Critique de la régularité par un soumissionnaire et intérêt à agir** – Le concurrent qui s'estime irrégulièrement évincé demeure pour sa part admissible à contester *a posteriori* la régularité de l'offre remise par l'adjudicataire<sup>142</sup>, à condition cependant d'invoquer une irrégularité substantielle<sup>143</sup>.

Toutefois, le candidat-soumissionnaire qui a remis une offre déclarée en temps utile irrégulière à bon droit, n'est pas recevable à contester la décision d'attribution du marché à un concurrent<sup>144</sup>, sauf à soutenir l'irrégularité de l'offre remise par l'attributaire<sup>145</sup> voire – selon la chambre néerlandaise – l'existence d'un vice radical de procédure empêchant toute attribution valable<sup>146</sup>.

<sup>135</sup> D. D'HOOGHE, *op. cit.*, 1997, pp. 470-471, n° 1238-1240.

<sup>136</sup> C.E., *s.p.r.l. Archi + I*, 7 juin 2006, n° 159.657, *op. cit.*

<sup>137</sup> B. VAN LIERDE, obs. sous C.E., *s.p.r.l. Archi + I*, 7 juin 2006, n° 159.657, *Entr. & Dr.*, 2006, p. 293.

<sup>138</sup> C.E., *s.a. Veolia Es Gamatrans*, 5 novembre 2007, n° 176.434 ; C.E., *s.m. Envirowall-Ferrari*, 31 octobre 2007, n° 176.389.

<sup>139</sup> Voy. toutefois C.E., *n.v. Herbosch-Kiere*, 31 janvier 2006, n° 154.356, points 3.2. et 3.3.

<sup>140</sup> C.E., *n.v. Content Print Solutions en n.v. De Nobele*, 16 octobre 2007, n° 175.832.

<sup>141</sup> C.E., *n.v. Chauffage Declercq en b.v.b.a. Centrale Verwarming Daeninck en De Weerdt*, 11 juillet 2006, n° 161.218.

<sup>142</sup> C.E., *n.v. Herbosch-Kiere*, 19 janvier 2006, n° 153.908 ; C.E., *n.v. Wegrosport*, 19 janvier 2006, n° 153.910.

<sup>143</sup> C.E., *s.a. Fujitsu Siemens Computers*, 21 février 2003, n° 116.294 : « *qu'en toute hypothèse, en cette branche du moyen, la requérante ne soutient pas que les non-conformités qu'elle y dénonce auraient été substantielles et auraient dû entraîner l'exclusion de cette offre pour irrégularité; que, dès lors, la partie adverse a pu procéder à l'évaluation de l'offre présentée par PRIMINFO* » ; voy. également en ce sens, D. D'HOOGHE, *op. cit.*, 1997, pp. 470-471, n° 1240-1241. Cette dernière exigence ne s'applique néanmoins pas de manière absolue, dès lors qu'un soumissionnaire évincé peut en principe critiquer l'absence de contrôle du caractère anormal des prix remis par l'adjudicataire (voy. *infra*, n° 54), alors que l'anormalité des prix n'ouvre en règle qu'une nullité relative (D. D'HOOGHE, *op. cit.*, 1997, p. 534, n° 1416).

<sup>144</sup> C.E., *s.a. Ateliers de la Chainette Benelux*, 16 avril 2007, n° 170.056 ; C.E., *n.v. MSA Belgium*, 14 novembre 2006, n° 164.765.

<sup>145</sup> C.E., *s.a. Compagnie d'Entreprises CFE et s.a. Watco Techni Asbest*, 25 octobre 2006, n° 164.090 ; C.E., *s.a. Arces*, 31 janvier 2006, n° 154.364 ; C.E., *n.v. Boucher*, 19 janvier 2006, n° 153.909.

<sup>146</sup> C.E., *n.v. Fire Technics*, 21 novembre 2006, n° 164.973 ; *contra* C.E., *s.c.r.l. International Trade Corporation*, 24 janvier 2007, n° 167.034, s'agissant de la légalité de spécifications techniques prescrites par le cahier spécial des charges.

## B. Détermination de la nature de l'irrégularité

**39. Caractère essentiel ou non de prescriptions** – Il convient dès lors en premier lieu de déterminer la nature substantielle ou relative de l'irrégularité en question.

En ce qui concerne les causes d'irrégularités découlant d'une non-conformité aux exigences posées par les documents de marché tout d'abord, les indications et prescriptions contenues dans le cahier spécial des charges sont fondamentales à cet égard. Si celui-ci prescrit une exigence à peine de nullité (ou d'irrecevabilité de l'offre), le Conseil d'Etat considère généralement que l'entité adjudicatrice a entendu lui conférer un caractère substantiel en sorte que cette dernière n'est plus fondée à la traiter par après comme une nullité relative<sup>147</sup>.

En-dehors de cette hypothèse particulière où le pouvoir adjudicateur a lié sa compétence, il s'agit en premier lieu de déterminer le caractère essentiel ou non des prescriptions violées. Selon la conception généralement retenue, toute irrégularité affectant les prix, les délais ou les conditions techniques du marché n'est pas en soi constitutive d'irrégularité substantielle, bien que ces éléments constituent des « conditions essentielles du marché »<sup>148</sup>. La Haute juridiction administrative recherche en réalité l'importance de ces prescriptions au regard du marché en question et de sa bonne exécution : il s'agit donc essentiellement d'une affaire d'espèce<sup>149</sup>.

**40. Pouvoir d'appréciation et motivation** – Le Conseil d'Etat considère par ailleurs que, si sa compétence est liée quant à la régularité d'une offre affectée d'une irrégularité substantielle, le pouvoir adjudicateur dispose en règle d'un pouvoir d'appréciation quant à la détermination du caractère substantiel ou non d'une irrégularité. En ce sens, il a été décidé que « le pouvoir adjudicateur dispose,

conformément à l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, d'un pouvoir d'appréciation lui permettant de ne pas tenir pour substantiellement irrégulière une offre ne comportant pas l'ensemble des pièces ou documents indiqués au cahier spécial des charges pour autant que les prescriptions essentielles de celui-ci ne soient pas violées »<sup>150</sup> ou encore « qu'en l'espèce, il apparaît à première vue que les manquements de l'offre retenue à certaines dispositions du cahier spécial des charges, telles qu'énoncées par les demanderessees, ne constituent pas des dérogations à des prescriptions prévues à peine de nullité de sorte que la partie adverse a pu valablement les considérer comme n'entraînant pas l'irrégularité de cet offre »<sup>151</sup>. Dans le même sens<sup>152</sup>, il a été jugé que « indien een offerte substantieel onregelmatig is, het bestuur die offerte buiten beschouwing moet laten; dat het ter zake niet over een discretionaire bevoegdheid beschikt; dat de vraag zelf of een afwijking substantieel is daarentegen wel tot diverse antwoorden kan leiden; dat het daarbij in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid is om te bepalen of de afwijking al dan niet een essentiële bestekbepaling betreft; dat, indien de offerte enkel relatieve onregelmatigheden bevat, de aanbestedende overheid vrij is om de offerte om die reden al dan niet als onregelmatig te weren, zij het dat die beoordelingsbevoegdheid steeds in het licht van de concrete beschikbare gegevens moet worden uitgeoefend; [...] dat in het ene en het andere geval de materiële motiveringsplicht daarbij oplegt dat bij die beoordeling is uitgegaan van aanvaardbare motieven die op zijn minst uit het administratief dossier moeten blijken en de genomen optie ook formeel moet worden gemotiveerd »<sup>153</sup>.

Il s'ensuit que le pouvoir adjudicateur devra exposer les raisons pour lesquelles il attache un caractère substantiel ou relatif à une irrégularité constatée, et observer le

<sup>147</sup> C.E., n.v. *Mewaf International*, 31 juillet 2006, n° 161.569, point 3.2.7. ; C.E., s.a. *C.N.I.M. e.a.*, 6 février 2006, n° 154.549 ; C.E., s.a. *Bouygues Belgium et s.a. Groupe Thiran*, 15 mars 2006, n° 156.427. Comme souligné à juste titre, il s'agit d'une conséquence du principe *patere legem quam ipse fecisti* (B. SCHUTYSER, op. cit., *T. Gem.*, 2005, p. 111, n° 54, note 96).

<sup>148</sup> Articles 89 de l'A.R. n° 1 et 77 de l'A.R. n° 2.

<sup>149</sup> P. FLAMEY et K. WAUTERS, op. cit., pp. 60 et 64, n° 98 et 105 in fine.

<sup>150</sup> C.E., s.p.r.l. *J.M.S.I.*, 16 avril 2007, n° 170.055.

<sup>151</sup> C.E., s.a. *C.N.I.M. e.a.*, 6 février 2006, n° 154.549 ; voy. également C.E., s.a. *Entreprises Jan De Nul e.a.*, 18 janvier 2005, n° 139.471, qui admet la qualification de substantielle d'une erreur ayant une incidence sur un élément essentiel à la bonne fin d'un procédé chimique de traitement des eaux usées, objet du marché en cause.

<sup>152</sup> Quoique dans l'hypothèse particulière dans laquelle le pouvoir adjudicateur avait considéré, lors de l'examen des offres, comme purement indicative une exigence qu'il avait pourtant prescrite à peine de nullité de l'offre dans le cahier spécial des charges. Les considérants de l'arrêt ne s'attachent toutefois pas à ce cas spécifique, mais sont formulés en des termes très généraux.

<sup>153</sup> C.E., n.v. *Algemene Ondernemingen Robert Wyckaert*, 4 juillet 2006, n° 160.908, nous soulignons ; voy. également C.E., n.v. *Cleaning Masters*, 30 janvier 2007, n° 167.268 ; C.E., *Sa Finsam Container Systems*, 13 janvier 2005, n° 139.298, op. cit.

principe d'égalité dans l'exercice de ce pouvoir d'appréciation.

**41. Motifs admissibles** – A ainsi été admis « qu'une accumulation de non-conformités non substantielles peut être [...] considérée globalement comme substantielle par rapport aux exigences du cahier spécial des charges et conduire à l'élimination de l'offre »<sup>154</sup>.

Même si elle n'affecte pas une condition essentielle du marché, est également substantielle l'irrégularité qui compromet la comparaison des offres entre elles. Le Conseil d'État a ainsi considéré qu'une réserve<sup>155</sup>, qui n'ouvre en règle qu'une nullité relative<sup>156</sup>, consistant à exclure de l'offre de prix remise certaines prestations requises par le cahier spécial des charges est constitutive d'une irrégularité substantielle, parce que l'offre concernée ne peut être comparée aux autres faute de viser les mêmes prestations et donc d'offrir une base de comparaison commune<sup>157</sup>.

La Haute juridiction administrative a également considéré que l'absence de signature régulière de l'offre était constitutive d'une irrégularité substantielle, dès lors qu'elle emportait une incertitude quant à l'engagement du soumissionnaire. L'offre introduite par une société momentanée doit partant être signée par chacun des membres de celle-ci, à peine de nullité absolue<sup>158</sup>. Il a de même été jugé qu'une signature scannée, ne pouvait, lorsque le recours à des moyens électroniques n'était pas spécialement autorisé<sup>159</sup>, remplacer une signature manuscrite. Partant, le pouvoir adjudicateur avait déclaré à bon droit l'offre concernée irrégulière, sans qu'il puisse

être reproché au pouvoir adjudicateur de n'avoir pas permis au soumissionnaire d'encre signer celle-ci par voie manuscrite après l'ouverture des offres, dès lors qu'une telle manière de procéder aurait rompu le principe d'égalité<sup>160</sup>.

### C. La décision relative aux irrégularités

**42. Motivation formelle** – En raison du pouvoir d'appréciation discrétionnaire dont il bénéficie dans ce cadre, le pouvoir adjudicateur doit motiver formellement sa décision quant à la régularité des offres affectées d'une nullité relative, tant dans l'hypothèse d'une éviction qu'en cas de régularisation.

Une autre restriction d'importance trouve sa source dans le principe d'égalité : un pouvoir adjudicateur ne pourrait prendre des décisions divergentes à l'égard d'offres affectées d'une même irrégularité ou d'une irrégularité similaire<sup>161</sup>.

### D. La prise de contact

**43. Interdiction de principe** – Dans les procédures d'appel d'offres et d'adjudication, les négociations sont en règle interdites entre le pouvoir adjudicateur et les soumissionnaires<sup>162</sup>. Afin d'éviter de tels pourparlers, les contacts entre ceux-ci sont en principe également exclus lors de la phase d'appréciation des offres.

En vue notamment d'examiner la régularité des offres, le pouvoir adjudicateur peut toutefois, dans une procédure d'appel d'offres, prendre contact avec les sou-

<sup>154</sup> C.E., s.a. *Bouygues Belgium et s.a. Groupe Thiran*, 15 mars 2006, n° 156.427. Cette possibilité avait déjà été précédemment admise, sans toutefois être déclarée établie en l'espèce : voy. C.E., s.a. *Fujitsu Siemens Computers*, 21 février 2003, n° 116.294.

<sup>155</sup> Pour rappel, cette notion vise l'hypothèse dans laquelle le soumissionnaire ne s'engage pas inconditionnellement par le biais de son offre, ou fait dépendre son engagement de conditions qui ne sont pas exprimées dans les documents de marché.

<sup>156</sup> M.-A. FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *op. cit.*, 1996-1997, t. 1A, p. 965, n° 4 ; D. D'HOOGHE, *op. cit.*, 1997, p. 519, n° 1368.

<sup>157</sup> C.E., n.v. *Asogem Equipment*, 1<sup>er</sup> février 2007, n° 167.374. Voy. également C.E., s.a. *Priminfo*, 8 juin 2007, n° 172.065, qui a admis que soit qualifiée d'irrégularité substantielle la réserve affectant le délai d'engagement du soumissionnaire et les quantités de matériel à fournir.

<sup>158</sup> C.E., n.v. *I-21 Belgium*, 3 mars 2005, n° 141.559. Voy. également C.E., n.v. *Content Print Solutions en n.v. De Nobele*, 16 octobre 2007, n° 175.832.

<sup>159</sup> Voy. article 81<sup>quater</sup>, § 1<sup>er</sup>, al. 2 et 4 de l'A.R. n° 1 et article 66<sup>quater</sup>, § 1<sup>er</sup>, al. 2 et 4 de l'A.R. n° 2.

<sup>160</sup> C.E., n.v. *I-21 Belgium*, 3 mars 2005, n° 141.559.

<sup>161</sup> La Haute juridiction administrative peut dès lors procéder à un examen comparatif des décisions relatives à la régularité des différentes offres pour apprécier la légalité de la décision concluant à l'irrégularité de l'offre du requérant (C.E., n.v. *Professionnele Innovatie Technieken Antwerpen*, 5 juillet 2006, n° 160.978).

<sup>162</sup> Voy. toutefois les articles 115, dernier alinéa de l'A.R. n° 1 et 103, dernier alinéa de l'A.R. n° 2, qui permettent, en appel d'offres, aux soumissionnaires ayant remis des offres équivalentes, tous éléments considérés, d'apporter des modifications à celles-ci en vue de les améliorer.

missionnaires « pour faire préciser ou compléter la teneur de leur offre »<sup>163</sup>.

**44. Appel d'offres : faculté de demander des précisions dans le respect du principe d'égalité** – Il s'agit là d'une simple faculté, et non d'une obligation pour le pouvoir adjudicateur<sup>164</sup>. La prise d'une décision d'éviction fondée sur l'irrégularité d'une offre n'entre par ailleurs pas dans le champ d'application des droits de la défense<sup>165</sup>, ni du principe exprimé par l'adage *audi alteram partem*<sup>166</sup>, en sorte que le recueil des observations du soumissionnaire concerné ne s'impose pas plus sur cette base.

S'il décide d'y recourir, le pouvoir adjudicateur doit alors s'adresser à l'ensemble des soumissionnaires dont l'offre est affectée d'une irrégularité similaire ou appelle des réserves de même nature : « si un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de mettre en oeuvre l'article 115, alinéa 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, il doit, lorsqu'il y recourt, respecter le principe d'égalité entre soumissionnaires; qu'en l'espèce [...] les offres de la requérante et [du soumissionnaire retenu] présentaient toutes les deux des difficultés d'interprétation sur le même point, à savoir l'échéance du paiement de la prime; qu'il appartenait dès lors aux services de la partie adverse d'interroger tant la requérante que [le soumissionnaire retenu] à propos de ce qui leur apparaissait comme une imprécision; [...] qu'il s'ensuit qu'en n'invitant pas la requérante à fournir des précisions sur un élément de son offre soulevant une difficulté d'interprétation alors que le même élément présentant à tout le moins les mêmes difficultés dans l'offre [du soumissionnaire retenu] a fait l'objet d'une demande d'informations auprès de ce soumissionnaire, la partie adverse a violé les dispositions visées au moyen »<sup>167</sup>. Une autre décision impose au titre du principe d'égalité d'interroger, de manière plus large, les autres soumissionnaires dont l'offre suscite également des interrogations sur certains points, même si celles-ci portent sur des éléments diffé-

rents de ceux à propos duquel un concurrent a été interrogé<sup>168</sup>.

Ceci n'implique toutefois pas une obligation de prendre contact avec les soumissionnaires dont l'offre ne comporte pas d'imprécisions ou ne suscite pas d'interrogations ni une interdiction de procéder à une telle vérification lorsque n'est concerné qu'un seul soumissionnaire en lice : « L'article 115, alinéa 5, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics autorise le pouvoir adjudicateur à «prendre contact» avec les soumissionnaires, mais seulement «pour faire préciser ou compléter la teneur de leur offre»; qu'il y a lieu également de relever que la réglementation applicable n'interdit pas que la «prise de contact» concernée n'ait lieu qu'avec un seul des soumissionnaires et ne limite pas quantitativement un tel contact; [que] le principe d'égalité entre les soumissionnaires, invoqué par la société requérante, n'imposait pas au pouvoir adjudicateur de prendre contact avec les autres soumissionnaires dès le moment où ce pouvoir estimait que les offres de ces autres soumissionnaires n'appelaient pas de précisions ou d'interrogations, car une telle lecture du principe d'égalité priverait la disposition de l'article 115, alinéa 5, précité, de toute portée utile »<sup>169</sup>.

**45. Limites** – Il est par ailleurs constant que la mise en oeuvre de cette faculté ne peut tendre qu'à la demande d'explications complémentaires, et non être l'occasion d'une rectification, d'une adaptation ou d'une correction de son (leur) offre par le(s) soumissionnaire(s) interrogé(s) en vue d'une régularisation<sup>170</sup>, sous la réserve de la fourniture de documents manquants<sup>171</sup>. Le Conseil d'Etat a considéré que le soumissionnaire qui procède à une modification de son offre à l'occasion d'une demande de précisions qui lui est adressée alors que le cahier spécial des charges interdit les variantes remet en réalité une seconde offre, entraînant l'irrégularité de l'entière-

<sup>163</sup> Article 115, al. 5, de l'A.R. n° 1 et article 103, al. 5, de l'A.R. n° 2.

<sup>164</sup> C.E., s.a. *Caropose*, 14 novembre 2007, n° 176.827 ; C.E., s.a. *Bouygues Belgium et s.a. Groupe Thiran*, 15 mars 2006, n° 156.427 ; C.E., s.a. *Arces*, 31 janvier 2006, n° 154.364.

<sup>165</sup> C.E., s.a. *Imprimerie et publicité du Marais*, 23 mai 2006, n° 159.136.

<sup>166</sup> Sous la réserve toutefois de la procédure particulière en matière de contrôle des prix. Sur cette question, voy. *infra*, n° 53.

<sup>167</sup> C.E., s.a. *Arces*, 31 janvier 2006, n° 154.364.

<sup>168</sup> C.E., n.v. *FDA Architecten & Ingenieurs*, 16 février 2006, n° 155.098.

<sup>169</sup> C.E., s.a. *Modal Voice Networks*, 16 décembre 2005, n° 152.843.

<sup>170</sup> C.E., s.a. *Bouygues Belgium et s.a. Groupe Thiran*, 15 mars 2006, n° 156.427 ; C.E., s.a. *Modal Voice Networks*, 16 décembre 2005, n° 152.843.

<sup>171</sup> C.E., n.v. *Mewaf International*, 31 juillet 2006, n° 161.569, point 3.2.4., impl.

de la soumission, en ce compris l'offre de base<sup>172</sup>.

Relevons enfin qu'il ressort d'un récent arrêt que ce pouvoir d'interroger vise uniquement les soumissionnaires eux-mêmes, et ne permet pas au pouvoir adjudicateur de s'adresser directement aux sous-traitants de ceux-ci<sup>173</sup>.

## E. La question des variantes

### 1. Notion

**46. Définition** – Les variantes constituent des alternatives techniques ou juridiques, c.-à-d. des solutions différenciant des exigences de base du cahier spécial des charges sur le plan technique ou quant aux engagements du soumissionnaire<sup>174</sup>.

Elles forment une exception à l'interdiction de principe de remise de deux offres pour un même lot ou marché<sup>175</sup>, dont la violation est constitutive d'une irrégularité substantielle<sup>176</sup>.

Il existe plusieurs types de variantes.

### 2. Variantes définies par le cahier spécial des charges

**47. Notion et incidences** – Il s'agit des variantes dont l'objet, la nature et la portée sont précisés par le pouvoir adjudicateur dans le cahier spécial des charges, parmi lesquelles l'on distingue celles dont la proposition est soit imposée (variantes obligatoires) soit souhaitée (variantes facultatives) par ce dernier.

Le Conseil d'Etat a jugé que l'absence de remise d'une offre pour une variante obligatoire constitue une irrégularité substantielle affectant l'offre remise dans son

ensemble, en ce compris l'offre de base<sup>177</sup>.

### 3. Variantes libres

**48. Notion** – Les variantes libres sont proposées spontanément, sans que le cahier spécial des charges en ait déterminé l'objet. Ce mécanisme favorisant la créativité des soumissionnaires leur permet de suggérer une technique à laquelle le pouvoir adjudicateur n'avait pas songé ou dont il n'avait pas connaissance.

La prise en compte de variantes libres proposées par certains soumissionnaires suscite bien entendu de délicates questions d'égalité entre soumissionnaires et de comparaison des offres.

**49. Conditions d'admissibilité en appel d'offres** – Pour cette raison, la loi impose, en mode d'*appel d'offres*, que « [les variantes libres présentées par les soumissionnaires] doivent respecter les conditions minimales indiquées dans le cahier spécial des charges et les exigences requises pour leur soumission »<sup>178</sup>.

A défaut d'indication de spécifications minimales auxquelles les variantes libres doivent satisfaire, le Conseil d'Etat a jugé que l'introduction de telles variantes est interdite même si le cahier spécial des charges stipule le contraire. La Cour de justice avait déjà décidé dans le même sens, s'appuyant sur une analyse exégétique de l'article 19, al. 2, de la Directive 93/37/CEE et sur les exigences déduites du principe de transparence, que l'admissibilité de variantes libres suppose que le cahier spécial des charges définisse concrètement les exigences techniques minimales, un simple renvoi général à l'équivalence des solutions étant inopérant à cet égard. En l'absence de

<sup>172</sup> C.E., *n.v. Fire Technics*, 21 novembre 2006, n° 164.973. La distinction entre les précisions et les modifications n'est cependant pas toujours aisée à établir en pratique, comme en atteste un récent arrêt dans lequel le Conseil d'Etat a admis que la réponse d'un soumissionnaire interrogé à propos d'un nombre d'heures de prestations quotidiennes anormalement bas, selon laquelle la faiblesse de ce nombre d'heures s'explique par la nécessité d'y ajouter un certain nombre d'heures par jour pour des prestations périodiques, non-incluses dans le métré récapitulatif mais comprises dans l'offre de prix remise, s'analyse, en raison de l'imprécision du métré à cet égard, en une précision et non en une modification de l'offre (C.E., *n.v. ISS*, 3 juillet 2007, n° 173.125, point 12).

<sup>173</sup> C.E., *n.v. FDA Architecten & Ingenieurs*, 16 février 2006, n° 155.098.

<sup>174</sup> A.L. DURVIAUX, *op. cit.*, 2006, pp. 488-489, n° 444. On aperçoit dès lors la parenté du premier type de variante avec les irrégularités matérielles, d'une part, et, s'agissant du deuxième ordre de variantes, avec la réserve, d'autre part, et les difficultés qui peuvent se poser dans l'application des distinctions ainsi opérées.

<sup>175</sup> Enoncée à l'article 103 de l'A.R. n° 1 et à l'article 91 de l'A.R. n° 2.

<sup>176</sup> C.E., *n.v. Synccera Belgium*, 30 novembre 2004, n° 137.788, point 3.2.2.

<sup>177</sup> C.E., *t.h.v. Laere nv, Oms nv en Danheux en Maroye nv*, 8 février 2007, n° 167.577. Voy. également D. D'HOOGHE, *op. cit.*, 1997, p. 513, n° 1353 ; M.-A. FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *op. cit.*, 1996-1997, t. 1A, p. 696, n° 8.

<sup>178</sup> Article 16 de la loi du 24 décembre 1993.

telles exigences minimales, les variantes libres présentées ne peuvent être prises en considération nonobstant toute prescription en sens contraire dans le cahier spécial des charges<sup>179</sup>.

**50. Remise d'une variante non admissible** – La proposition d'une alternative conforme aux dispositions techniques du cahier spécial des charges dans un tel cas constitue en réalité une seconde offre dont, à défaut d'admissibilité de variantes libres, l'introduction simultanée emporte, selon la chambre néerlandophone, l'irrégularité de la soumission dans sa totalité<sup>180</sup>. Cette solution paraît cependant critiquable, pour les mêmes raisons que celles relevées ci-après.

Dans un récent arrêt, la Haute juridiction administrative a par ailleurs considéré que la proposition d'une alternative ne répondant pas aux conditions posées pour les variantes libres mais cependant entièrement conforme aux exigences du cahier spécial des charges, ne s'analysait pas en la remise d'une seconde offre de base justifiant l'irrégularité des deux offres, mais emportait uniquement l'irrégularité de l'offre présentée comme variante : « *qu'en l'espèce il n'y a pas lieu de considérer que la demanderesse a déposé deux offres de base; que, sans doute, elle s'est méprise sur le sens à donner au point 3.2. des spécifications techniques précitées; que, néanmoins, elle a, clairement et sans ambiguïté, présenté une offre de base et une variante libre qu'elle a explicitée et justifiée; que la partie adverse a commis une erreur en qualifiant la variante libre litigieuse de seconde offre de base eu égard au contenu de la soumission; que, par ailleurs, ni l'article 103 de l'arrêté royal du 8*

*janvier 1996 ni l'article 1.6.2. du cahier spécial des charges ne prévoient que l'irrégularité de la variante libre entraîne l'irrégularité de l'offre de base* »<sup>181</sup>.

Toutefois, la chambre néerlandaise, saisie d'une demande de suspension en extrême urgence par un autre soumissionnaire évincé dans le cadre de la même procédure d'attribution pour des motifs identiques, a jugé dans un sens radicalement contraire que la remise d'une telle alternative était constitutive d'une seconde offre de base justifiant l'éviction de la soumission dans son ensemble<sup>182</sup>.

La première solution doit à notre sens être préférée au regard de l'économie de la réglementation : dans des circonstances où le soumissionnaire a clairement distingué son offre de base des variantes remises mais non admissibles, le pouvoir adjudicateur ne peut librement choisir laquelle des offres il souhaite retenir, hypothèse qui seule devrait justifier le rejet de la soumission dans son ensemble<sup>183</sup>. La jurisprudence était au demeurant fixée en ce sens en cas de remise non autorisée de suggestions, ancêtres des variantes libres<sup>184</sup>.

### **51. Examen obligatoire des variantes libres autorisées**

– Le pouvoir adjudicateur est en tout état de cause tenu d'examiner la régularité des variantes libres autorisées par les documents du marché. Par ailleurs, s'il n'est pas tenu de retenir des variantes libres régulières qui sont proposées, il se doit néanmoins de les examiner et d'exposer de manière circonstanciée, dans la décision communiquée aux soumissionnaires, les raisons qui l'ont amené à rejeter celles-ci<sup>185</sup>.

<sup>179</sup> C.J.C.E., *Traunfellner GmbH*, 16 octobre 2003, C-421/01, points 27-29 et 33.

<sup>180</sup> C.E., *b.v.b.a. Aelterman e.a.*, 3 juin 2003, n° 120.103. Les chambres françaises semblent avoir adopté une position moins rigoureuse à cet égard en considérant implicitement que seules les variantes libres non autorisées sont à écarter, à l'exclusion de l'offre de base (C.E., *s.m. Envirowall-Ferrari*, 27 juillet 2007, n° 173.711).

<sup>181</sup> C.E., *s.a. A.L.E.X.*, 7 mars 2007, n° 168.573, *Entr. & Dr.*, 2007, p. 156. On pourrait certes soutenir que cette question se distingue de l'espèce précédente par la circonstance que les variantes libres étaient ici admissibles, de sorte que l'alternative devait s'analyser comme une variante irrégulière et non comme une seconde offre de base. La solution retenue nous semble toutefois devoir être approuvée pour des raisons plus fondamentales, indépendamment du caractère admissible ou non de la remise de variantes libres.

<sup>182</sup> C.E., *b.v.b.a. Uniform Diffusion*, 6 mars 2007, n° 168.570, *Entr. & Dr.*, 2007, p. 149, point 8.3.

<sup>183</sup> En ce sens, D. D'HOOGHE, *op. cit.*, 1997, p. 517, n° 1363. Sur ce que l'irrégularité substantielle des deux offres, et donc l'éviction de la soumission dans son ensemble, est commandée par la circonstance qu'il n'appartient pas au pouvoir adjudicateur d'effectuer un choix entre les différentes offres remises par un même soumissionnaire à la place de ce dernier, voy. B. SCHUTYSER, *op. cit.*, pp. 108-109, n° 44 ; D'HOOGHE, *op. cit.*, 1997, p. 509, n° 1338.

<sup>184</sup> D. D'HOOGHE, *op. cit.*, 1997, p. 514, n° 1355.

<sup>185</sup> C.E., *s.a. Immo Max e.a.*, 2 juillet 2007, n° 173.072.

## F. Le cas particulier du contrôle des prix anormaux

### 1. Généralités

**52. Principes** – En raison du risque qu'elle comporte pour le pouvoir adjudicateur, la remise de prix anormalement bas ou élevés constitue une cause d'irrégularité relative de l'offre<sup>186</sup>. Il peut s'agir tant des prix unitaires, remis pour les différents postes, que des prix globaux : le Conseil d'Etat a rappelé à cet égard que « l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité permet à un pouvoir adjudicateur d'écarter une offre "en raison du caractère apparemment anormalement élevé ou anormalement bas des prix unitaires (...) qu'elle contient" et dès lors d'interroger un soumissionnaire sur certains prix unitaires anormalement bas alors même que le prix global de l'offre ou de certaines de ses composantes ne le seraient pas »<sup>187</sup>.

Bien qu'elle concerne également la procédure d'appel d'offres, cette question revêt une importance particulière, s'agissant de la faiblesse des prix, en mode d'adjudication, où le prix constitue le seul critère d'attribution, et y donne lieu à un contentieux relativement important.

**53. Procédure de vérification** – Le contrôle des prix anormaux est soumis à une procédure particulière organisée par les articles 110, §§ 3 et 4, de l'A.R. n° 1 et 98, §§ 3 et 4, de l'A.R. n° 2, rédigés à l'identique.

En vertu de celle-ci, le pouvoir adjudicateur, qui considère que certains prix unitaires ou globaux apparaissent *prima facie* anormaux, est tenu d'interroger les soumissionnaires concernés à ce propos et de les inviter à fournir des justifications quant au niveau de ces prix dans un délai de 12 jours ou tout autre délai plus long qu'il prévoirait<sup>188</sup>.

Pour autant qu'elles lui aient été fournies en temps utile, le pouvoir adjudicateur devra prendre sa décision définitive quant à l'acceptation ou au refus des prix proposés sur la base de ces justifications, position qui

conditionnera la régularité de l'offre concernée.

### 2. Décision relative à l'anormalité apparente de certains prix

**54. Pouvoir d'appréciation et limites** – Le Conseil d'Etat considère que, sous la réserve de l'hypothèse particulière exposée ci-après, le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation particulièrement étendu pour décider de mettre ou non en œuvre la procédure de vérification des prix, sous la réserve du contrôle qu'il opère quant à l'exactitude factuelle et à la pertinence des motifs retenus ainsi qu'à l'absence d'erreur manifeste d'appréciation<sup>189</sup>.

Cette décision doit dès lors reposer sur des facteurs et des éléments de comparaison *objectifs*, qui peuvent être l'estimation du prix du marché effectuée par le pouvoir adjudicateur ou encore les prix remis par les autres soumissionnaires<sup>190</sup>.

Le Conseil d'Etat a par ailleurs considéré que lorsqu'une soumission comporte un prix unitaire qui s'écarte très fortement de la moyenne des autres prix remis (en l'espèce 3.500 €, comparé à 60.000 €), le pouvoir adjudicateur ne saurait, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, décider de ne pas demander de justification pour ce poste<sup>191</sup>. Il a de même considéré dans une autre espèce que l'autorité adjudicatrice, tenue d'exercer le contrôle de la régularité des prix en application de l'article 98, § 4, de l'A.R. n°2<sup>192</sup>, ne pouvait valablement se dispenser d'interroger le soumissionnaire à propos de prix unitaires qui s'écartaient d'au moins de soixante pourcents de la moyenne des prix remis pour ces postes<sup>193, 194</sup>.

<sup>186</sup> D. D'HOOOGHE, *op. cit.*, 1997, p. 534, n° 1416.

<sup>187</sup> C.E., *s.a. Beton en Asphalt Constructie*, 6 juillet 2005, n° 147.377.

<sup>188</sup> Article 110 de l'A.R. n° 1. Il s'agit là d'un cas de consécration légale d'une obligation d'audition préalable, en dehors du champ d'application du principe *audi alteram partem*.

<sup>189</sup> C.E., *s.a. Modal Voice Networks*, 16 décembre 2005, n° 152.843 ; C.E., *s.a. Beton en Asphalt Constructie*, 6 juillet 2005, n° 147.377.

<sup>190</sup> C.E., *n.v. Desire Stadsbader-Flamand*, 23 mars 2006, n° 156.751.

<sup>191</sup> C.E., *n.v. Betonac*, 16 février 2006, n° 155.095. Pour un aperçu de l'évolution de la jurisprudence sur ce point, voy. M.-A. FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *op. cit.*, 1996-1997, t. 1A, pp. 1007-1009, n° 49-51.

<sup>192</sup> L'écart de 15% au-delà duquel un contrôle des prix s'impose dans les marchés de travaux passés par adjudication pour lesquels au moins quatre offres ont été déposées vise uniquement le prix total de l'offre, et non les différents prix unitaires (D. D'HOOOGHE, *op. cit.*, 1997, p. 536, n° 1421).

Le Conseil d'Etat a également jugé que le pouvoir adjudicateur ne pouvait valablement s'abstenir d'exercer un contrôle de l'admissibilité de certains prix unitaires remis en invoquant l'extrême difficulté de justifier certains prix unitaires en raison des exigences particulières qu'il imposait dans les documents de marché : « la détermination par la partie adverse d'un mode d'attribution d'un marché, telle l'absence de remise par les soumissionnaires de prix unitaires ou l'absence dans le modèle de soumission de quantités présumées, ne saurait avoir pour effet d'éluider le respect d'une disposition réglementaire obligatoire; que le pouvoir adjudicateur ne peut se réfugier derrière les spécifications particulières qu'il impose pour l'attribution d'un marché pour renoncer à exercer ses prérogatives en matière de contrôle des prix »<sup>195</sup>.

L'entité adjudicatrice est du reste tenue au respect du principe d'égalité entre soumissionnaires : serait illégale la décision qui omet de soumettre à contrôle de régularité des prix inférieurs ou supérieurs aux prix correspondants à propos desquels d'autres soumissionnaires ont été interrogés en raison respectivement d'une faiblesse ou d'une importance à première vue anormale. De même, il appartient au pouvoir adjudicateur qui définit un seuil d'anormalité de prix pour les besoins d'une procédure, par exemple en fonction de l'écart par rapport à la moyenne des prix remis, de soumettre à contrôle l'ensemble des prix qui excèdent ce seuil.

### 55. Contrôle accru en matière d'adjudication de travaux – Enfin, s'agissant de marchés de travaux passés

par *adjudication* pour lesquels *au moins quatre offres* ont été déposées, le pouvoir adjudicateur est tenu d'initier la procédure de contrôle à l'égard de l'offre dont le montant est inférieur d'au moins quinze pourcents à la moyenne des montants des offres déposées, calculée selon la méthode définie par la réglementation<sup>196</sup>, lorsqu'il entend écarter celle-ci<sup>197</sup>.

### 3. Décision relative au caractère en définitive anormal du prix

#### a. Généralités

**56. Nécessité d'une justification** – Dans un deuxième temps, le pouvoir adjudicateur devra se prononcer sur le caractère en définitive anormal de ces prix, au regard des justifications remises par les soumissionnaires interrogés.

Le mécanisme ainsi institué a pour effet que le pouvoir adjudicateur ne peut conclure à l'irrégularité d'une offre en matière de prix qu'en raison du caractère anormal des seuls prix à propos desquels le soumissionnaire a été interrogé, et non sur la base de l'anormalité d'autres prix non visés par la demande de justification<sup>198</sup>.

Il interdit en outre à l'entité adjudicatrice de conclure à la régularité de prix pour lesquels aucune justification n'a été fournie par le soumissionnaire concerné<sup>199</sup>.

**57. Examen sérieux et concret - Motivation** – Par ailleurs, l'autorité adjudicatrice a l'obligation d'exercer

<sup>193</sup> C.E., *n.v. Aqua Reno*, 27 mars 2003, n° 117.643. Voy. encore récemment : C.E., *n.v. Heijmans Bouw*, 8 novembre 2007, n° 176.504, points 11.4.7. et 11.4.8., concernant la décision non adéquatement motivée de ne pas contrôler la régularité d'un prix unitaire s'écartant de plus de 70% de la moyenne des prix remis.

<sup>194</sup> La remise d'un prix s'écartant très fortement de la moyenne des prix remis peut cependant procéder également d'une « erreur purement matérielle » telle que la confusion des prix unitaire et total pour un poste assorti de quantités présumées, dont la découverte impose au pouvoir adjudicateur de procéder à une rectification suivant les modalités prévues aux articles 111 et 114 de l'A.R. n° 1 ainsi que 99 et 102 de l'A.R. n° 2. Pour un cas d'application, voy. C.E., *t.b.v. TV Sogiaf-Gillion*, 22 mars 2007, n° 169.271, point 15.3.

<sup>195</sup> C.E., *s.a. Sotrafour*, 23 février 2005, n° 141.115.

<sup>196</sup> Articles 110, § 4, de l'A.R. n° 1 et 98, § 4, de l'A.R. n° 2.

<sup>197</sup> La singularité de la formulation a été soulignée en doctrine : il s'ensuit qu'il appartient en réalité au pouvoir adjudicateur de se prononcer sur le caractère anormal de ce prix total avant d'inviter le soumissionnaire concerné à s'expliquer, et qu'aucun contrôle de la régularité de ce prix total ne s'impose en cas de réponse négative à cette question, pour autant toutefois que cette conclusion soit dûment motivée (B. SCHUTYSER, *op. cit.*, p. 114, n° 70 ; M.- A. FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *op. cit.*, 1996-1997, t. 1A, pp. 1101-1103, n°s 54-56 ; D. D'HOOGHE, *op. cit.*, 1997, p. 536, n° 1422). Cette approche est désormais expressément consacrée par les articles 110, § 4, al. 3, de l'A.R. n° 1 et 98, § 4, al. 3, de l'A.R. n° 2, tels qu'insérés par un arrêté royal du 25 mars 1999.

<sup>198</sup> D. D'HOOGHE, *op. cit.*, 1997, pp. 524-525, n° 1385.

<sup>199</sup> C.E., *n.v. Bekaert Building Company*, 22 septembre 2005, n° 149.253. Le pouvoir adjudicateur peut cependant, sans néanmoins y être contraint, prendre en considération une justification qui lui serait parvenue hors délai (M.- A. FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph.

ses pouvoirs avec toute la minutie requise et d'examiner *in concreto* les justifications qui lui sont remises. Tel n'est pas le cas d'une entité adjudicatrice qui se contente d'écarter les justifications circonstanciées qui lui sont remises pour un ensemble de postes par des assertions générales, non rapportées aux postes concernés et aux explications fournies ni accompagnées d'évaluations ou de calculs concrets<sup>200</sup>.

Pour le surplus, la grande latitude dont il dispose dans le déclenchement de la procédure trouve également à s'appliquer s'agissant d'apprécier les justifications qui lui sont fournies<sup>201</sup>. Eu égard à ce large marge de manœuvre, l'obligation de motivation formelle doit s'apprécier sévèrement<sup>202</sup>.

**58. Éléments d'appréciation** – Pour déterminer le caractère (a)normal d'un prix, le pouvoir adjudicateur peut avoir égard, comme *point de référence*, aux prix remis dans d'autres marchés contemporains du marché attribué pour autant que ces marchés présentent des caractéristiques similaires<sup>203</sup>. Lorsque le soumissionnaire interrogé invoque des prix remis dans le cadre d'autres procédures d'attribution à l'appui de la justification qu'il remet, il lui appartient toutefois, à peine de voir ses explications rejetées, de produire les soumissions invoquées : « *ne saurait constituer une justification, au sens de l'article 110, § 3 [de l'arrêté royal n° 1], le renvoi général à d'éventuelles soumissions qui ont été déposées pour des travaux non spécifiés et auprès d'un autre pouvoir adjudicateur dès lors que ces soumissions ne sont pas produites et explicitées par l'auteur desdites justifications, une telle référence reposant sur une simple affirmation du soumissionnaire concerné sans qu'aucun élément susceptible d'être contrôlé soit effectivement soumis au pouvoir adjudicateur* »<sup>204</sup>. Est de même très largement admise, pour du matériel ou des fournitures,

l'étude du prix du marché menée par le pouvoir adjudicateur après réception des justifications.

Si le pouvoir adjudicateur peut également en principe se référer à l'estimation des prix établie par ses soins, il ne saurait cependant, sans préalablement en vérifier le bien-fondé au terme d'un examen minutieux, appliquer automatiquement son estimation lorsque les prix remis par l'ensemble des soumissionnaires dans les trois procédures qu'il a successivement lancées s'en écartent fortement<sup>205</sup>.

En présence d'un prix *a priori* anormal, il appartient au pouvoir adjudicateur d'examiner si les *justifications* avancées par le soumissionnaire concerné font apparaître qu'il dispose d'éléments particuliers ou exceptionnels de nature à justifier un tel prix. À cet égard, la Haute juridiction administrative rappelle régulièrement que l'énumération des motifs de justification des prix anormaux contenue dans les dispositions réglementaires – économie du procédé de construction, de fabrication ou de prestation ; solutions techniques choisies ; conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter le marché ; originalité du produit, du projet ou de l'ouvrage – n'est pas limitative<sup>206</sup>. Ces justifications doivent cependant consister en des éléments objectifs relatifs à l'exécution du marché en question<sup>207</sup>.

#### b. Motifs admissibles

**59. Applications** – Par conséquent, n'ont pu être admis à titre de justification :

– l'expérience du soumissionnaire concerné, dès lors « *qu'apprécier le caractère normal ou anormal d'un prix, comme le soutient la partie adverse, en fonction de l'expérience du soumissionnaire concerné ou de l'exécution du marché revient, d'une part, à substituer à un contrôle préventif des prix un contrôle a posteriori de ceux-ci, ce qui contrevient à l'objectif poursuivi en la*

FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *op. cit.*, 1996-1997, t. 1A, p. 994, n° 33), sauf dans l'hypothèse d'une vérification obligatoire (voy. les articles 110, § 4, al. 3, de l'A.R. n° 1 et 98, § 4, al. 3, de l'A.R. n° 2).

<sup>200</sup> C.E., *n.v. Herveyers*, 21 décembre 2006, n° 166.217, points 3.3.1. et 3.3.2. ; C.E., *n.v. Van Gorp's Moderne Wegenbouw*, 4 mars 2004, n° 128.792.

<sup>201</sup> C.E., *s.a. Modal Voice Networks*, 16 décembre 2005, n° 152.843 ; C.E., *s.a. Beton en Asfalt Constructie*, 6 juillet 2005, n° 147.377.

<sup>202</sup> C.E., *n.v. GTI Fabricom*, 8 novembre 2005, n° 151.056.

<sup>203</sup> C.E., *n.v. Aertssen en n.v. Mourik*, 30 juin 2005, n° 147.132. La doctrine autorisée souligne cependant qu'aucune conclusion déterminante ne peut être inférée d'une comparaison entre différentes procédures, dès lors que la normalité des prix remis doit faire l'objet d'un examen concret, fonction des particularités du marché en cause (M.-A. FLAMME, Ph. MATHEÏ, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *op. cit.*, 1996-1997, t. 1A, p. 996, n° 35 ; D. D'HOOOGHE, *op. cit.*, 1997, p. 534, n° 1415).

<sup>204</sup> C.E., *s.a. Beton en Asfalt Constructie*, 6 juillet 2005, n° 147.377.

<sup>205</sup> C.E., *n.v. Van Gorp's Moderne Wegenbouw*, 4 mars 2004, n° 128.792.

<sup>206</sup> C.E., *n.v. GTI Fabricom*, 8 novembre 2005, n° 151.056.

<sup>207</sup> C.E., *n.v. Cosimco en n.v. Houben*, 28 février 2006, n° 155.633.

*matière par la réglementation fédérale et européenne, étant d'éviter au pouvoir adjudicateur des prix aberrants et de garantir une saine concurrence entre les entreprises, et, d'autre part, à ne plus effectuer de contrôle des prix sur les marchés à bordereau de prix, lequel nécessite, en vertu de l'article 86 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, de recourir à une structure détaillée de prix » ;*

- la référence à un marché antérieur n'ayant pas donné lieu à un contrôle de la normalité des prix remis par ce soumissionnaire<sup>208</sup>.

Ont de ce même fait pu servir de fondement à une décision écartant les justifications fournies, la circonstance que celles-ci se basent sur des éléments futurs incertains tels que l'obtention d'un autre marché convoité<sup>209</sup> ou encore n'inclue pas de frais généraux ni de marge bénéficiaire, par exemple du fait que les prix remis sont identiques aux prix proposés par les sous-traitants<sup>210</sup>.

Ont à l'inverse pu être valablement admises à titre de justification comme « *conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire* » les prix avantageux qu'a obtenu ce dernier de sa société-mère<sup>211</sup>.

### c. Incidence de l'influence marginale des prix anormaux

**60. Non-pertinence** – Une question régulièrement débattue porte sur le point de savoir si le pouvoir adjudicateur peut, au regard du principe de proportionnalité,

rejeter une offre bien que les prix unitaires dont le caractère anormal a été régulièrement constaté n'exercent qu'une influence marginale sur le prix global de la soumission. La jurisprudence dominante du Conseil d'Etat répond par l'affirmative à cette question : « *c'est en vain [que la requérante] soutient, [...] qu'en toute hypothèse, la partie adverse ne pouvait faire état d'une irrégularité substantielle, alors que l'anormalité prétendue d'un poste représentait à peine un dixième de pour cent de la soumission* »<sup>212</sup>.

Dans une espèce où un soumissionnaire concerné avait expressément admis avoir commis des erreurs dans l'établissement de certains prix unitaires à propos desquels il avait été interrogé et ne pouvoir en conséquence présenter de justifications pour ces postes, le Conseil d'Etat a considéré que le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas légalement décider de néanmoins lui attribuer le marché en arguant de l'« *importance minimale [de ces] postes* », dès lors que son offre, qui par hypothèse contenait des éléments ne correspondant pas avec la réalité, était irrégulière, d'autant que la décision était entachée d'erreur manifeste d'appréciation en tant qu'elle qualifiait de minimale importance un ensemble de postes représentant 42% de la valeur totale du marché<sup>213</sup>.

L'influence minimale de prix unitaires anormaux ne constitue à notre sens pas un motif légalement admissible permettant de conclure à leur normalité<sup>214</sup>, de sorte que le pouvoir adjudicateur peut toujours – voire même doit dans certains cas – rejeter l'offre comportant de tels prix nonobstant leur influence minimale<sup>215, 216</sup>.

<sup>208</sup> C.E., *s.a. Sotrafour*, 23 février 2005, n° 141.115.

<sup>209</sup> C.E., *s.a. Beton en Asphalt Constructie*, 6 juillet 2005, n° 147.377. À l'inverse, le pouvoir adjudicateur doit analyser le bien-fondé de l'avantage invoqué par le soumissionnaire lorsque celui-ci l'informe, dans la justification de ses prix, de ce qu'il a obtenu le marché censé lui procurer ces facilités (C.E., *n.v. Aertssen en n.v. Mourik*, 30 juin 2005, n° 147.132).

<sup>210</sup> C.E., *n.v. Desire Stadsbader-Flamand*, 23 mars 2006, n° 156.751.

<sup>211</sup> C.E., *s.a. Modal Voice Networks*, 16 décembre 2005, n° 152.843.

<sup>212</sup> C.E., *s.a. CIT Blaton*, 12 mars 2003, n° 116.961.

<sup>213</sup> C.E., *s.a. Arbel*, 4 mars 2005, n° 141.565, *op. cit.*

<sup>214</sup> En ce sens, P. FLAMEY et K. WAUTERS, *op. cit.*, 2005, pp. 67-68, n° 109.

<sup>215</sup> Dans le même ordre d'idées, le Conseil d'Etat a censuré une décision déclarant admissible un prix affecté d'une anomalie expressément reconnue par le soumissionnaire, celui-ci ayant admis avoir commis une erreur matérielle dans l'établissement de ce prix (C.E., *n.v. Aqua-Reno*, 27 mars 2003, n° 117.643). Dans un autre arrêt, le Conseil d'Etat a cependant eu égard, mais concurremment à d'autres motifs, à l'importance marginale des prix unitaires contestés, pour déclarer illégale la décision évinçant l'offre d'un soumissionnaire (C.E., *n.v. Cleaning Masters*, 30 janvier 2007, n° 167.268) ou pour rejeter l'obligation alléguée de mettre en œuvre la procédure de vérification (C.E., *t.h.v. TV Sogiaf-Gillion*, 22 mars 2007, n° 169.271, point 15.2. *in fine*).

<sup>216</sup> Même si elle est envisageable, la légalité d'une régularisation fondée sur cette circonstance apparaît par ailleurs délicate, singulièrement au regard du principe d'égalité.

## V. L'attribution

**61. Généralités** – La phase d'attribution proprement dite vise l'évaluation des offres régulières remises par les soumissionnaires sélectionnés à l'aune de critères d'attribution en principe annoncés, en vue de la désignation de la meilleure offre et donc de l'adjudicataire du marché.

Elle suppose dès lors en premier lieu de s'interroger sur l'étendue de la liberté dont jouit le pouvoir adjudicateur dans la détermination des critères d'attribution, bien que celle-ci s'effectue normalement avant la remise des offres en raison de l'obligation d'annonce préalable<sup>217</sup>.

Il s'agit d'une question primordiale, même dans le cadre d'un recours dirigé contre la décision d'attribution finale, dès lors que le Conseil d'Etat, siégeant en assemblée générale, a dit pour droit « *que la faculté d'introduire immédiatement un recours en annulation et une demande en suspension contre la décision d'adopter le cahier spécial des charges [- notamment en tant qu'il détermine les conditions d'attribution -] n'empêche pas que les irrégularités qu'un soumissionnaire reproche à une prescription de ce cahier puissent encore être invoquées de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure de passation; qu'à l'appui de son recours contre les décisions attaquées, la partie requérante peut, dès lors, invoquer l'illégalité du cahier spécial des charges, même si devant le Conseil d'Etat, elle n'a pas attaqué en tant que telle la décision d'adopter le cahier spécial des charges* »<sup>218</sup>.

## A. Le choix des critères d'attribution

### 1. Notions et principes

**62. Distinction : adjudication ou appel d'offres** – Ce choix est à l'origine de la distinction fondamentale entre la procédure d'adjudication, qui fait du prix l'unique critère d'attribution, et la procédure d'appel d'offres, qui se marque par une pluralité de critères.

L'adjudication implique une attribution à l'offre régulière proposant le prix le plus bas (dite la « moins-disante »). La nature purement arithmétique et objective du critère unique emporte, dans le chef du pouvoir adjudicateur, une compétence liée en cas d'attribution du marché<sup>219</sup>.

Bien qu'elle implique également une obligation d'attribution à l'« offre économiquement la plus avantageuse » (ou encore la « mieux-disante »), l'inévitable marge de subjectivité qui entoure l'évaluation de critères qualitatifs réserve au pouvoir adjudicateur une certaine marge d'appréciation qui s'oppose en principe, sauf cas exceptionnels<sup>220</sup>, à la reconnaissance d'une telle compétence liée dans l'identification de cette offre<sup>221</sup>.

**63. Liberté de principe** – Selon une jurisprudence constante de la Haute juridiction administrative, l'autorité adjudicatrice dispose d'un très large pouvoir d'appréciation aux fins de déterminer s'il convient de faire du prix le

<sup>217</sup> Sur cette question, voy. *infra*, n° 73.

<sup>218</sup> C.E. (ass. gén.), *s.a. Labonorm*, 2 décembre 2005, n° 152.173, *op. cit.*

<sup>219</sup> Le pouvoir adjudicateur pouvant toujours renoncer à attribuer un marché pour autant que sa décision repose sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles, comme exposé ci-après (voy. *infra*, n° 103).

<sup>220</sup> Par exemple, l'hypothèse dans laquelle un soumissionnaire pourrait établir que seule son offre peut raisonnablement être considérée comme l'offre économiquement la plus avantageuse.

<sup>221</sup> Y. HANNEQUART et A. DELVAUX, in *op. cit.*, 1998, p. 723, n° 14. Cet élément importe notamment en ce qui concerne la recevabilité de l'annulation ou de la suspension, postulée devant le Conseil d'Etat, de la décision implicite de ne pas attribuer le marché au requérant. S'agissant d'une procédure d'adjudication, cette requête (ou demande) est recevable en tant qu'elle vise une telle décision, lorsqu'il ressort des éléments soumis au Conseil d'Etat que le requérant a remis l'offre régulière la plus basse, par exemple parce que son offre a été évincée à tort. En règle, une telle requête ou demande est irrecevable en procédure d'appel d'offres (C.E., *s.a. Close*, 6 juin 2006, n° 159.604 ; C.E., *s.a. Arbel*, 4 mars 2005, n° 141.565, *Rev. dr. commun.*, 2006, p. 52). A l'inverse, cette marge d'appréciation en appel d'offres interdit au Conseil d'Etat, à peine de se substituer à l'autorité administrative, de dénier à un soumissionnaire critiquant la décision de déclarer son offre irrégulière un intérêt au recours, au motif qu'il n'aurait en tout état de cause pas pu se voir attribuer le marché faute d'avoir remis l'offre économiquement la plus avantageuse (C.E., *t.p. CEI Electrotec-research Cottrell e.a.*, 6 mai 2004, n° 131.127).

seul critère d'attribution, ou s'il y a lieu de prendre en compte d'autres critères. Il s'ensuit que, si sa décision doit certes reposer sur des motifs exacts en faits, pertinents et légalement admissibles, le contrôle juridictionnel est fort restreint en ce domaine et se limite dès lors, pour l'essentiel, à la censure des erreurs manifestes d'appréciation<sup>222</sup>.

S'agissant des critères autres que le prix, une jurisprudence constante enseigne que l'énumération contenue dans les textes de droit communautaire et de droit interne n'est pas exhaustive. Par conséquent, un pouvoir adjudicateur peut en principe librement ériger d'autres facteurs en critères d'attribution<sup>223</sup>.

## 2. Conditions de légalité

**64. Importance de la question - sanction** – La liberté de principe du pouvoir adjudicateur dans le choix de ces critères connaît cependant des restrictions de plusieurs ordres<sup>224</sup>.

Soulignons qu'une violation de ces conditions emporte l'illégalité du critère d'attribution nonobstant son annonce dans les documents de marché, celle-ci étant impuissante à remédier au vice affectant un critère. Dès lors, l'annonce d'un critère illégal, non rectifiée en temps utile avant l'ouverture des offres, a pour effet de vicier la procédure dans son ensemble et contraint l'autorité à recommencer entièrement celle-ci. En effet, la Haute juridiction administrative a considéré que, dès lors qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'analyser les offres à l'aune de l'ensemble des critères d'attribution annoncés<sup>225</sup>, celui-ci ne pouvait, sans compromettre l'égalité entre soumissionnaires et le principe de transparence devant présider à l'élaboration des offres, se dispenser d'appliquer un critère même en raison de son illégalité<sup>226</sup>. Il suit

de la combinaison de ces éléments que la décision du pouvoir adjudicateur est affectée d'une illégalité quelle que soit la solution pour laquelle elle opte.

- a. Distinction entre sélection et attribution : interdiction de principe de critères touchant à la personnalité du soumissionnaire

**65. Etanchéité de principe** – Comme exposé ci-dessus, la jurisprudence opère généralement une stricte distinction entre la sélection qualitative et l'appréciation au stade de l'attribution<sup>227</sup>. Au même titre qu'est illégale une exigence de sélection portant sur la qualité de l'offre, un critère d'attribution ne peut en règle tendre à une appréciation de la personnalité du soumissionnaire ; un tel critère doit porter exclusivement sur la qualité et le contenu de l'offre remise. Il s'ensuit que la procédure qui érigerait en critère d'attribution des exigences ressortissant en réalité à la sélection qualitative, est en principe entachée d'une illégalité qui en vicie radicalement le déroulement.

La Cour de justice a ainsi jugé, à propos d'un marché de fournitures, qu'une liste de références ne saurait constituer un critère d'attribution valable au motif, tout d'abord, qu'il s'agit d'un élément relatif à l'aptitude des soumissionnaires relevant de la sélection qualitative, et à titre surabondant, que dès lors que cette liste « *comporte uniquement l'identité et le nombre des clients antérieurs des soumissionnaires [et non] d'autres précisions relatives aux livraisons effectuées à ces clients [, notamment quant à la satisfaction de ces derniers]* », elle « *ne fournit aucune indication* » concernant le caractère économiquement

<sup>222</sup> Voy. C.E., *s.a. Varec*, 1<sup>er</sup> décembre 2000, n° 91.265.

<sup>223</sup> Voy. notamment C.J.C.E., *s.a. Contse e.a.*, 27 octobre 2005, C-234/03, point 68 ; C.J.C.E., *EVN AG et Wienstrom GmbH*, 4 décembre 2003, C-448/01, point 39 ; C.J.C.E., *Concordia Bus Oy AB*, 17 septembre 2002, C-513/99, point 54 ; C.J.C.E., *SIAC Construction*, 18 octobre 2001, C-19/00, point 35 ; C.E., *s.a. Waste Collection Systems Belgium*, 2 mars 2000, n° 85.750.

<sup>224</sup> Sur cette question, voy. également Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *op. cit.*, 2005, pp. 150-151, n° 125 ; B. SCHUTYSER, *op. cit.*, *T. Gem.*, 2005, pp. 106-107, n° 37-40 ; D. D'HOOGHE, *op. cit.*, 1997, pp. 373-379, n° 932-947 ; P. FLAMEY et J. GHYSELS, « Bekendmakings-, selectie- en gunningsvoorschriften in de klassieke sectoren voor overheidsopdrachten (slot) », *C.D.P.K.*, 2003, pp. 77-82, n° 47-61.

<sup>225</sup> Sur cette question, voy. *infra*, n° 89-90.

<sup>226</sup> C.E., *n.v. Vedior Interim*, 4 avril 2006, n° 157.302, *Entr. & Dr.*, 2006, p. 377.

<sup>227</sup> Voy. notamment C.E., *n.v. Abetec*, 18 mars 2003, n° 117.155, *NjW*, 2004, p. 660, note F. VANDENDRIESSCHE ; C.J.C.E., *Gebroeders Beentjes B.V.*, 20 septembre 1988, C-31/87, points 15-17 ; également *supra*, n° 14. D'éminents auteurs critiquent cependant cette analyse, voire la pertinence d'une séparation nette entre la sélection et l'attribution dans certaines circonstances particulières (A.L. DURVIAUX, *op. cit.*, 2006, pp. 463-468, n° 431 ; Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *op. cit.*, 2005, pp. 126-128, n°s 102-103 ; D. D'HOOGHE, *op. cit.*, 1997, pp. 377-378, n° 939).

avantageux d'une offre<sup>228</sup>. Il en va de même s'agissant de la possibilité d'un examen *de visu* du produit à fournir, dès lors que l'appréciation du matériel dont dispose le soumissionnaire par la production d'échantillons, de descriptions, de photographies ou de références, ressortit à l'aptitude technique du candidat-soumissionnaire<sup>229</sup>. Dans une autre espèce, la Cour s'est très récemment<sup>230</sup> prononcée sur l'admissibilité comme critères d'attribution de « *premièrement, l'expérience prouvée de l'expert, acquise lors d'études réalisées au cours des trois dernières années, deuxièmement, l'effectif et l'équipement du bureau et, troisièmement, la capacité à réaliser l'étude au moment prévu, combinée avec les engagements pris par le bureau et son potentiel scientifique* »<sup>231</sup>. Après avoir rappelé la distinction entre exigences de sélection et critères d'attribution, elle a considéré que de tels critères « *sont liés essentiellement à l'appréciation de l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché en question* » et ne peuvent partant servir de critère d'évaluation des offres<sup>232</sup>.

Le Conseil d'Etat a de même décidé en ce sens dans une espèce où ont été utilisés comme critères d'attribution, la solvabilité ainsi que la structure et l'organisation du prestataire de services<sup>233</sup>.

**66. Atténuation par le Conseil d'Etat** – Malgré cette stricte dichotomie de principe, la Haute juridiction administrative, et singulièrement ses chambres néerlandaises, semble toutefois encline à réserver la question de l'appréciation, au stade de l'attribution, des références et qualifications professionnelles dont peuvent faire état les soumissionnaires, spécialement dans les marchés de services.

Elle a en effet admis à plusieurs reprises, suivant en cela une certaine doctrine<sup>234</sup>, que si les références constituent en règle des conditions de sélection et non d'attribution, la spécificité et la nature du marché en cause peuvent justifier qu'il en soit tenu compte lors de l'évaluation des offres, ce qu'il incombe toutefois au pouvoir adjudicateur d'établir<sup>235</sup>. Alors qu'il l'avait toujours déclarée non établie dans les premières espèces tranchées<sup>236</sup>, le Conseil d'Etat a dans un récent arrêt admis l'existence de circonstances exceptionnelles permettant de tenir compte, au titre du critère d'attribution libellé « *organisation de la structure* », de l'expérience professionnelle de l'équipe affectée à l'exécution du marché, au double motif que, *primo*, la qualité des membres de l'équipe était intimement liée à la qualité de la prestation du fait de l'importance que revêt *in specie* la haute qualification du personnel eu égard à la spécificité du relevé de mesures hydrographiques formant l'objet du marché, et, *secundo*, qu'en tant qu'il vise les membres de l'équipe affectée à l'exécution de ce marché et non les membres « *pouvant* » être affectés à l'exécution de marchés similaires, ce critère se rapporte au marché en question et ne tend pas à apprécier l'aptitude du soumissionnaire dans l'abstrait<sup>237</sup>. Ces considérations ont été reprises à propos d'un critère similaire (composition du groupe chargé de l'exécution du projet et qualification des membres de celui-ci), s'agissant d'un marché de services relatif à un Programme de mesures maritimes et océanographiques de la Région flamande<sup>238</sup>. Une telle possibilité est cependant exclue lorsque le critère en question a déjà été appliqué au stade de la sélection qualitative<sup>239</sup>.

<sup>228</sup> C.J.C.E., *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT)*, 19 juin 2003, C-315/01, points 63-66.

<sup>229</sup> *Ibid.*, point 71.

<sup>230</sup> Relevons par ailleurs la singularité du procédé à l'origine de cet examen : la Cour s'est en réalité saisie de cette question, que n'abordait pas la juridiction de renvoi, sur la proposition de la Commission européenne. Une telle extension de l'objet du renvoi préjudiciel, si elle se produit rarement, est néanmoins reconnue de longue date (voy. déjà C.J.C.E., *s.a.r.l. SARPP*, 12 décembre 1990, C-241/89, point 8).

<sup>231</sup> C.J.C.E., *Emm. G. Lianakis AE*, op.cit., point 10.

<sup>232</sup> *Ibid.*, points 30-31.

<sup>233</sup> C.E., *n.v. Cegelec*, 14 juillet 2005, n° 147.654.

<sup>234</sup> D. D'HOOGE, *op. cit.*, 1997, pp. 377-378, n° 939.

<sup>235</sup> C.E., *n.v. City Advertising Benelux*, 22 décembre 2003, n° 126.719, point 3.2.3. ; C.E., *b.v.b.a. Elektriciteit Campe*, 25 mars 2003, n° 117.505 ; C.E., *n.v. Abetec*, 18 mars 2003, n° 117.155, *op. cit.* Voy. encore C.E., *n.v. G4S Security Services*, 12 juillet 2007, n° 173.478.

<sup>236</sup> Voy. les références citées à la note précédente.

<sup>237</sup> C.E., *n.v. Gems International*, 10 octobre 2006, n° 163.337, point 4.1. Voy. également C.E., *n.v. Strukton De Meyer en n.v. Betonac*, 16 février 2006, n° 155.094, où le Conseil d'Etat avait déjà admis, mais sans s'attarder sur cette question, que le pouvoir adjudicateur était fondé à demander une liste de références relative à une technique de forage aux fins de vérifier et d'évaluer les offres au regard de la méthode d'exécution, critère d'attribution.

<sup>238</sup> C.E., *t.b.v. Soresma-Egemin*, 26 avril 2007, n° 170.589.

L'utilisation de l'expérience professionnelle comme critère d'attribution avait déjà été admise par la Cour d'appel d'Anvers dans le cadre d'un marché de services ayant trait à l'accompagnement et à la surveillance de l'assainissement d'office de certains terrains, sur la base d'un raisonnement similaire<sup>240</sup>.

On peut cependant s'interroger sur la compatibilité d'un tel assouplissement de la distinction entre attribution et sélection au regard du droit communautaire tel qu'interprété par la Cour de justice dans sa jurisprudence relevée ci-dessus<sup>241</sup>.

## b. Les principes d'égalité et de non-discrimination

**67. Exigences** – De jurisprudence constante, les critères d'attribution ne peuvent méconnaître le principe de non-discrimination ni conférer un avantage ou un désavantage

injustifié à certains concurrents, en rupture avec le principe d'égalité.

Dans un récent arrêt où elle était appelée à se prononcer sur la licéité d'un critère relatif à la présence de certaines installations de production, de conditionnement et d'embouteillage d'oxygène dans un rayon de 1.000 kilomètres autour du lieu d'exécution en vue de l'attribution d'un marché de « *services de thérapies respiratoires à domicile et autres techniques de ventilation assistée* », la Cour de justice a donné d'intéressantes précisions sur ce point, en se fondant directement sur les principes généraux et les dispositions du Traité CE, et plus particulièrement celles relatives à la libre prestation des services (articles 49 et suivants TCE)<sup>242</sup>.

Elle indique tout d'abord que, pour être conforme à la libre prestation des services et au principe d'égalité dont ce dernier constitue une application particulière, un critère de cette nature doit satisfaire aux *quatre conditions*

<sup>239</sup> Voy. C.E., *n.v. Cegelec*, 14 juillet 2005, n° 147.654, où il a été décidé que « *ongeacht de vraag of te dezen de structuur en organisatie van de dienstverlener en zijn gespecialiseerde kennis geen gunningscriterium zou kunnen zijn in een opdracht van dienstverlening zoals de voorliggende, lijkt het bestek zelf reeds, eensdeels, in een ander gunningscriterium, namelijk "kwaliteit", die specifieke kennis te hebben ondergebracht en, anderdeels, de structuur en organisatie van de inschrijvers reeds bij de selectiecriteria te hebben vermeld; dat aldus het besproken criterium niet als gunningscriterium lijkt te mogen worden beschouwd* » (nous soulignons), et C.E., *n.v. G4S Security Services*, 12 juillet 2007, n° 173.478, qui relève que « *te dezen blijkt niet dat de "ervaring in de sector", in het licht van de aard van de opdracht, betrokken kan worden op de kwaliteit van de offertes. Die ervaring is reeds getoetst bij het onderzoek aan de hand van de selectiecriteria : inzake technische bekwaamheid werd de inschrijvers reeds gevraagd een lijst van referenties te geven aan de hand waarvan reeds werd gepeild naar de genoemde ervaring. Aldus valt dat gunningscriterium samen met een selectiecriteria* » (nous soulignons). Comp. C.E., *n.v. L.D. Consulting*, 25 janvier 2005, n° 139.707.

<sup>240</sup> Anvers, 22 juin 2004, *NjW*, 2005, p. 590, note F. VANDENDRIESSCHE. Si les considérants de l'arrêt s'attachent principalement à la spécificité du marché de services, il ressort implicitement du motif aux termes duquel « *uit het bestek blijkt voldoende duidelijk dat niet alleen de inschrijvers maar vooral de individuele uitvoerders, zijnde de hoofdtoezichter en de permanente toezichter over voldoende bekwaamheid dienden te beschikken om de betreffende opdracht uit te voeren* » que la décision est dictée également par la circonstance que le critère utilisé se rapporte *in concreto* au marché en question.

<sup>241</sup> B. SCHUTYSER, *op. cit.*, spéc. p. 102, n°s 21-22. Certes, on a pu relever que, dans son arrêt GAT précité (*supra*, n° 65), la Cour a écarté l'utilisation d'une liste de références au stade de l'évaluation des offres au motif que cette liste « *telle [qu'exigée, ...] ne contient pas d'autres précisions relatives aux livraisons effectuées à ces clients, ne fournit aucune indication permettant d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse* » (A.L. DURVIAUX, *op. cit.*, 2006, pp. 464-465, n° 431). Il s'agit cependant à notre sens d'une considération surabondante, qui n'énerve pas la règle rappelée juste avant en des termes généraux et sans réserve de la nette séparation entre sélection et attribution, en sorte qu'aucune conclusion définitive ne nous paraît pouvoir être tirée de cet *obiter dictum*. Par ailleurs, dans son arrêt Lianakis rendu ultérieurement, on relèvera que la Cour a déclaré inadmissible au stade de l'attribution un critère touchant à « *la capacité à réaliser l'étude au moment prévu* », à propos d'un marché de services dont il est permis de penser qu'il présente une grande spécificité (à savoir la réalisation d'une étude sur le cadastrage, l'urbanisation et l'acte d'exécution pour une zone d'habitation). Bien que la question n'ait pas été spécialement abordée ni discutée sous cet angle, la Cour nous semble implicitement rejeter l'argument de l'admissibilité d'une exigence d'aptitude lorsque celle-ci touche *in concreto* à l'exécution du marché concerné, en posant que « *sont exclus à titre de « critères d'attribution » des critères qui ne visent pas à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, mais qui sont liés essentiellement à l'appréciation de l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché en question* » (C.J.C.E., *Emm. G. Lianakis AE*, *op. cit.*, point 31, nous soulignons).

<sup>242</sup> S'agissant d'un marché concernant des services « non prioritaires » repris à l'annexe I.B. de la Directive 92/50/CEE, les dispositions de cette directive relatives aux critères d'attribution ne s'appliquaient pas en l'espèce (C.J.C.E., *s.a. Contse e.a.*, *op. cit.*, point 47).

*cumulatives* suivantes :

- s'appliquer de manière non discriminatoire ;
- poursuivre un but impérieux d'intérêt général ;
- être apte à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi ;
- ne pas excéder ce qui est nécessaire pour l'atteindre<sup>243</sup>.

La Cour de Strasbourg indique que la conformité à la première exigence ne saurait se déduire simplement de la circonstance qu'un critère s'applique indistinctement à tous les opérateurs, mais requiert un examen en fait tendant à déterminer « *si cette condition peut être remplie en pratique plus facilement par les opérateurs [nationaux] que par ceux établis dans un autre État membre* », notamment au regard de la nature de celle-ci. A cet égard, la Cour indique que les lourds investissements requis pour y satisfaire sont de nature à constituer un important indice d'une telle faveur nationale<sup>244,245</sup>.

Ensuite, si elle pouvait valablement être justifiée par des considérations de santé publique et de sécurité d'approvisionnement qui y sont liées, cette condition a été jugée inapte à atteindre l'objectif poursuivi, étant une diminution des retards en raison d'un contrôle effectif exercé par les autorités de l'Etat du lieu de prestation, dès lors que le rayon fixé autorisait des implantations situées dans des Etats membres voisins<sup>246</sup>.

Enfin, et surtout, la Cour a considéré qu'une telle exigence apparaît manifestement disproportionnée, dès lors qu'un résultat équivalent peut être atteint par d'autres mesures moins restrictives de concurrence, telles l'implantation de centres de stockage assurant une disponibilité minimale d'oxygène à proximité du lieu d'exécution. Ce même type d'argument a été retenu à propos de la nécessité de la condition – de sélection – imposant la présence d'un bureau ouvert au public dans le lieu de prestation en vue de permettre aux clients de prendre rapidement contact avec le prestataire en cas de déficience du matériel, alors que le pouvoir adjudicateur imposait déjà la mise en place d'un centre de support technique accessible à tout moment, élément moins restrictif de

concurrence permettant d'atteindre le même objectif<sup>247</sup>.

### c. La détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse

**68. Pertinence du critère** – En outre, le critère retenu doit être de nature à permettre de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, ce qui implique notamment qu'il présente un lien avec l'objet du marché.

La Cour de justice a considéré que ne rencontrait pas cette dernière exigence un critère d'attribution tendant à l'appréciation abstraite de la production annuelle d'énergie électrique du soumissionnaire, excédant (largement) les besoins prévisibles pour le marché en question : après avoir relevé que « *le critère d'attribution retenu ne porte pas sur la prestation qui fait l'objet du marché, à savoir la fourniture au pouvoir adjudicateur de quantités d'électricité correspondant à sa consommation annuelle prévisible fixée dans l'appel d'offres, mais sur des quantités que les soumissionnaires ont fournies ou vont fournir à des clients autres que le pouvoir adjudicateur* », elle a indiqué qu'« *un critère d'attribution se référant uniquement à la quantité d'électricité produite [...] dépassant la consommation annuelle prévisible fixée dans l'appel d'offres ne saurait être considéré comme lié à l'objet du marché* », sans manquer de préciser que « *ce critère est [...] susceptible d'entraîner une discrimination injustifiée à l'égard de soumissionnaires dont l'offre peut pleinement répondre aux conditions liées à l'objet du marché* » et qu'« *une telle limitation du cercle des opérateurs économiques en mesure de soumissionner aurait pour effet de contrecarrer l'objectif d'ouverture à la concurrence poursuivi par les directives portant coordination des procédures de passation des marchés publics* »<sup>248</sup>.

Le Conseil d'Etat a également relevé une violation de ce principe à propos d'une évaluation, pourtant annoncée, du coût des offres remises dans le cadre d'un appel d'offres au regard non pas du prix le plus bas mais de la moyenne des prix de l'ensemble des soumissions : « *le*

<sup>243</sup> C.J.C.E., *s.a. Contse e.a.*, op.cit., points 25 et 49.

<sup>244</sup> *Ibid.*, points 37, 57 et 60.

<sup>245</sup> La Cour établit ainsi la distinction avec l'exigence de disposer d'un bureau ouvert au public, exigence qu'elle a jugé admissible au regard de la première condition au motif qu'elle ne requérait pas d'investissements importants de nature à créer un obstacle majeur pour des opérateurs étrangers (C.J.C.E., *s.a. Contse e.a.*, op. cit., point 38).

<sup>246</sup> C.J.C.E., *s.a. Contse e.a.*, op. cit., points 63-64.

<sup>247</sup> *Ibid.*, points 45 et 67.

<sup>248</sup> *Ibid.*, points 71 et 76 ; voy. également en ce sens C.J.C.E., *EVN AG et Wienstrom GmbH*, op. cit., points 67-69.

critère "prix", tel qu'il est défini par le cahier spécial des charges, et les résultats qu'il donne dans la comparaison des offres ne paraissent pas s'accorder à première vue avec la notion d'offre "économiquement la plus avantageuse"; Qu'il s'agit tout d'abord d'un critère très aléatoire au regard de l'objectif poursuivi par la partie adverse lors de la fixation de ce critère, à savoir l'obtention d'un "juste prix"; qu'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; que ce critère ne garantit donc pas le prix le plus avantageux; Que, par ailleurs, il est manifeste tant au regard de la notion d'offre "économiquement la plus avantageuse" qu'au regard du

principe de concurrence qui est à la base des législations européenne et belge en matière de marchés publics que le prix le plus intéressant est en principe le prix régulier le plus bas et non le prix moyen ; [...] que si la partie adverse entendait s'écarter du critère du prix le plus bas, elle devait indiquer les raisons d'un tel choix eu égard aux et en lien avec les spécificités du marché en cause »<sup>249</sup>.

Cette condition constitue en outre un important obstacle à l'inclusion de considérations éthiques dans les critères d'attribution, à tout le moins d'exigences d'ordre social<sup>250</sup>.

**69. Exigences graduées** – Par ailleurs, l'identification de

<sup>249</sup> C.E., *s.p.r.l. Advisers et s.a. Sophia Management*, 4 mai 2006, n° 158.316, C.D.P.K., 2006, p. 763 ; voy. également en ce sens, C.E., *n.v. Bioterra en n.v. Roegiers Pierre en Cie*, 27 décembre 2006, n° 166.318.

<sup>250</sup> Sans vouloir entrer dans le détail d'une question qui a déjà fait couler beaucoup d'encre (voy. e.a. B. SCHUTYSER, « Sociale en milieu-overwegingen bij overheidsopdrachten : een stand van zaken in het licht van de nieuwe richtlijnen », *T. Gem.*, 2005, pp. 243-259 ; R. WILLIAMS, « The European Commission's Communication on the Environment and Public Procurement », *P.P.L.R.*, 2002, NA 1-7 ; P. THIEL, « Les clauses environnementales dans les marchés publics », *Amén.*, 2003, pp. 63-69 ; J. NOËL, « Implications de l'introduction de critères éthiques dans les marchés publics », *J.T.*, 2001, pp. 873-877 et « Etude relative à la possibilité d'introduire, par la voie légale, réglementaire ou administrative, une clause sociale dans les marchés publics des différents pouvoirs adjudicateurs en Belgique », *A.P.T.*, 2000, pp. 2-29) et n'a pas connu de développements jurisprudentiels récents, rappelons que la principale opposition à la licéité de la prise en compte, au stade l'attribution mais aussi de la sélection, de considérations d'ordre social et environnemental se situe au niveau de la restriction concurrentielle qu'induisent de telles considérations, particulièrement des critères liés à des exigences sociales. En effet, ces critères risquent fort de procurer un avantage concurrentiel à des entreprises établies sur le territoire de l'Etat du pouvoir adjudicateur, contraire aux principes d'égalité et de non-discrimination suivant l'origine nationale inscrits dans le droit communautaire.

A cet égard, une distinction doit être effectuée entre les deux types de considérations envisagées.

Après avoir estimé, dans un premier temps, que les considérations d'ordre social tendant à la lutte contre le chômage ne pouvaient être prises en compte au stade de la sélection ni en règle comme critère d'attribution (C.J.C.E., *Gebroeders Beentjes B.V.*, op. cit., point 17), la Cour de justice a, au terme d'un spectaculaire affinement de sa jurisprudence, estimé que celles-ci pouvaient constituer un critère au stade de l'évaluation des offres, sous la réserve de leur compatibilité avec les principes fondamentaux de droit communautaire tels que le principe de non-discrimination (C.J.C.E., *Commission v. France*, 26 septembre 2000, C-225/98, point 50).

Nonobstant une communication interprétative singulièrement restrictive de la Commission (« Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés », 15 octobre 2001, COM (2001) 566 (final), *J.O.C.E.*, 28 octobre 2001, C333), le législateur belge a, par une loi du 8 avril 2003, adjoint de tels critères à ceux énumérés dans l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993, et, contrairement aux prévisions en la matière, a maintenu cette situation dans la nouvelle loi, en son article 25. Les nouvelles directives n'incluent cependant pas de telles considérations dans l'énumération des critères d'attribution.

S'il ne s'ensuit pas que le droit interne belge serait en soi incompatible avec le droit européen sur ce point puisque l'énumération contenue dans les nouvelles directives n'est pas exhaustive (voy. *supra*, n° 63), il n'en reste pas moins que l'utilisation de tels critères doit répondre à toutes les exigences exposées ci-dessus, et plus particulièrement à la condition requérant l'existence d'un lien avec le marché, qui s'avèrera particulièrement difficile, sinon impossible, à remplir (Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, op. cit., 2005, pp. 117-122, n° 96-99. Comp. A.L. DURVIAUX, op. cit., 2006, pp. 481-483, n° 437). La Commission considère en effet qu'en-dehors de l'application de dispositions tendant à assurer la responsabilité sociale des candidats-soumissionnaires (preuve du respect des obligations sociales et fiscales,...), de la formulation d'exigences techniques imposant la prise en compte d'un public spécifique (commandes d'accès et de matériel appropriés à des personnes moins-valides) ou de la possibilité de réserver certains marchés à des ateliers protégés ou d'autres programmes d'emploi de moins-valides, les considérations d'ordre social ne peuvent être

l'offre économiquement la plus avantageuse impose en règle, comme souligné à raison<sup>251</sup>, que les critères soient par leur nature<sup>252</sup> aptes à être rencontrés à des degrés divers par les soumissionnaires et à se prêter de ce fait à une appréciation progressive et graduée. Elle interdit partant de faire porter l'évaluation des offres sur des attentes formulées uniquement en termes d'exigences absolues<sup>253</sup> ou des éléments non susceptibles d'une appréciation variable<sup>254, 255</sup>, qui ne peuvent en réalité s'analyser qu'en des exigences de régularité.

#### d. Interdiction d'une liberté d'appréciation absolue

**70. Précision** – La Cour de justice rappelle également régulièrement qu'un critère d'attribution ne peut conférer un pouvoir d'appréciation inconditionnel au pouvoir adjudicateur<sup>256</sup>, tel celui qui résulterait d'un critère ten-

dant à l'attribution au soumissionnaire présentant l'offre « la plus acceptable », non autrement définie<sup>257</sup>.

Cette condition rejoint également, dans une certaine mesure, les exigences de précision des critères découlant du principe de transparence.

#### e. Le principe de transparence

**71. Portée** – La Cour de justice infère cette exigence, qui connaît un important développement, des principes d'égalité et de non-discrimination : elle implique que les soumissionnaires aient connaissance, avant la remise de leur offre, de l'ensemble des éléments qui leur sont nécessaires pour la préparer en connaissance de cause.

Il suit notamment de ce principe que les critères d'attribution doivent être formulés de manière suffisamment précise et univoque pour se prêter à une interprétation identique et objective par l'ensemble des soumis-

prises en compte au stade de la sélection ou de l'évaluation des offres, si ce n'est en tant que critère d'attribution subsidiaire, faute de procurer un avantage direct au pouvoir adjudicateur. De son estime, ces considérations trouvent leur place dans les prescriptions touchant à l'exécution du marché (« Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés », *op. cit.*, pp. 14 et 17).

L'utilisation de critères d'ordre *environnemental* ne semble, pour sa part, pas susciter de problèmes particuliers. La Cour de justice, après avoir indiqué que le droit communautaire n'impose pas « que chacun des critères d'attribution retenus par le pouvoir adjudicateur afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse [soit] nécessairement de nature purement économique », a en effet admis la validité de critères d'attribution privilégiant la fourniture de véhicules destinés au transport en commun plus écologiques (C.J.C.E., *Concordia Bus Oy AB*, *op. cit.*, point 55 et 57) et la fourniture d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables (C.J.C.E., *EVN AG et Wienstrom GmbH*, *op. cit.*, points 32-34).

Ces considérations figurent par ailleurs parmi les critères d'attribution énumérés dans les nouvelles directives (articles 53, § 1, a) de la directive 2004/18/CE et 55, § 1, a) de la directive 2004/17/CE).

<sup>251</sup> A.L. DURVIAUX, *op. cit.*, 2006, pp. 471-473, n° 435 ; Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *op. cit.*, 2005, pp. 119-121, n° 98-99, dénonçant la confusion récurrente, même parmi les spécialistes, entre les notions de critères et de conditions.

<sup>252</sup> Comme exposé plus loin, cette exigence devra également être rencontrée dans l'évaluation concrète qui est faite des différentes offres remises (voy. *infra*, n° 92-94).

<sup>253</sup> Tels un délai d'exécution de cent jours, ou encore une assistance technique après-vente pendant un an. Cette interdiction n'empêche bien entendu pas le pouvoir adjudicateur d'assortir les éléments utilisés comme critères d'attribution d'exigences minimales (par exemple, un délai de livraison de maximum cent jours ou une garantie de minimum deux ans), qui ne peuvent alors s'analyser qu'en conditions de régularité des offres dès lors qu'une exigence ne peut plus avoir d'effet éliminatoire au stade de la comparaison des offres (voy. C.E., *n.v. Mewaf*, 3 septembre 2002, n° 109.993).

<sup>254</sup> Telles la proposition d'un certain type d'acier inoxydable, ou encore l'utilisation de matériaux recyclés indépendamment d'une appréciation du volume ou de la qualité du recyclage.

<sup>255</sup> Relevons que le Conseil d'Etat a cependant admis comme élément d'évaluation des offres un sous-critère consistant en une simple remise d'un diagramme, et ne pouvant à ce titre pas se prêter à une appréciation proportionnée des différentes offres sur ce point (voy. *infra*, n° 93, note 339).

<sup>256</sup> Voy. notamment C.J.C.E., *EVN AG et Wienstrom GmbH*, *op. cit.*, point 33 ; C.J.C.E., *Concordia Bus Oy AB*, *op. cit.*, point 61 ; C.J.C.E., *SLAC Construction*, *op. cit.*, point 37.

<sup>257</sup> C.J.C.E., *Gebroeders Beentjes B.V.*, *op. cit.*, points 25-26.

sionnaires<sup>258</sup>. Le Conseil d'Etat a récemment fait application de cette exigence<sup>259</sup> dans ce qui nous paraît être une décision importante, comportant des précisions capitales. Appelé à se prononcer sur la licéité d'un critère de « prix de vente moyen hors TVA et par m<sup>2</sup> de plancher des appartements, hors terrain » non autrement explicité, l'arrêt considère, après avoir relevé « qu'[...] 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 », qu'en tant 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 », le critère en question méconnaît le principe de transparence, « 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 ». Cette décision, consacrant une opinion déjà émise en doctrine<sup>260</sup>, impose au pouvoir adjudicateur de définir, dans les documents de marché, ses attentes par rapport au critère d'attribution à suffisance pour permettre aux soumissionnaires d'appréhender correctement celles-ci. Il s'ensuit à notre sens que le contenu du critère d'attribution devra être un minimum exposé et circonscrit dans les documents de marché, et ne pouvoir se réduire à une simple mention vague et subjective<sup>261</sup>. Sont de même proscrits, en l'absence de spécifications complémentaires, les critères équivoques ou prêtant à confusion.

Par conséquent, le pouvoir adjudicateur qui entend conférer à un critère d'attribution une teneur très particulière qui n'est pas raisonnablement prévisible pour les soumissionnaires est également tenu, à peine de violer le principe de transparence, d'explicitier celle-ci dans les documents de marché.

**72. Interdiction d'exigences non vérifiables** – Ce principe est par ailleurs méconnu lorsque le pouvoir adjudicateur érige en critère d'évaluation des offres un élément qu'il se trouve dans l'impossibilité de contrôler d'aucune manière, telle – de l'aveu même du pouvoir adjudicateur – la part de l'électricité livrée provenant de sources d'é-

nergie renouvelables : « l'évaluation des différentes offres dans l'objectivité et la transparence présuppose que le pouvoir adjudicateur, se fondant sur des informations et justificatifs fournis par les soumissionnaires, soit en mesure de vérifier effectivement si les offres de ces derniers correspondent aux critères d'attribution », à défaut de quoi le choix de ce critère « enfreint le principe d'égalité de traitement, puisqu'un tel critère ne garantit pas la transparence et l'objectivité de la procédure d'adjudication [que requièrent les directives portant coordination des procédures de passation des marchés publics] »<sup>262</sup>.

## f. L'annonce des critères d'attribution

**73. Régime** – Corollaire étroit du principe de transparence, cette condition de publicité impose la mention des critères d'attribution dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges, « afin que les entrepreneurs soient mis en mesure d'avoir connaissance de leur existence et de leur portée »<sup>263</sup>.

En l'état actuel du droit interne belge, seuls les marchés passés par procédure négociée sans publicité n'atteignant pas les seuils européens, uniques opérations à n'être soumises ni à une formalité de publicité préalable ni à une obligation d'arrêter un cahier des charges reprenant des critères d'attribution<sup>264</sup>, constituent une exception à cette règle.

Le pouvoir adjudicateur est bien entendu lié par l'énumération de ces critères d'attribution dans le cadre de l'évaluation des offres, comme il sera exposé ci-dessous<sup>265</sup>.

## 3. La pondération obligatoire des critères d'attribution

### a. Principes

**74. Portée** – Rompant avec le régime antérieur et avec une jurisprudence établie du Conseil d'Etat, les nouvelles directives imposent désormais, en cas de pluralité de critères d'attribution, d'en indiquer le poids relatif dans

<sup>258</sup> C.J.C.E., *SIAC Construction*, op. cit., point 42.

<sup>259</sup> Bien que la rattachant formellement à la condition précédente.

<sup>260</sup> A.L. DURVIAUX, op. cit., 2006, pp. 473-474, n° 435.

<sup>261</sup> Telle que la « qualité » ou encore l'« esthétique » ou l'« intégration dans le bâti existant ». Il convient dès lors en particulier d'annoncer les attentes du pouvoir adjudicateur qui animent un critère d'attribution.

<sup>262</sup> C.J.C.E., *EVN AG et Wienstrom GmbH*, op. cit., points 50-51.

<sup>263</sup> C.J.C.E., *Concordia Bus Oy AB*, op. cit., point 62.

<sup>264</sup> Voy. les articles 121 de l'A.R. n° 1 et 109 de l'A.R. n° 2.

<sup>265</sup> Voy. *infra*, n° 89-90.

l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges. Ce n'est que lorsqu'une telle pondération n'est pas possible, pour des raisons démontrables, que le pouvoir adjudicateur peut se contenter de classer ces critères par ordre décroissant d'importance<sup>266</sup>, ce qui était la règle sous l'empire de l'ancienne réglementation<sup>267</sup>. Il convient alors de motiver cette impossibilité.

Lors de la transposition de cette modification<sup>268</sup>, le Gouvernement fédéral a entendu ne pas étendre cette obligation aux marchés n'atteignant pas les seuils européens, s'écartant ainsi de l'option généralement retenue d'une réglementation unique ne distinguant pas sur cette base.

**75. Pouvoir d'appréciation** Il reste que nonobstant l'obligation de pondération, le pouvoir adjudicateur conserve un large pouvoir d'appréciation tant dans la détermination de la répartition des points et de l'importance relative des différents critères qu'au niveau de la manière dont les points seront attribués<sup>269, 270</sup>.

Cette pondération peut bien entendu être exprimée en points ou en pourcentages. Dans un récent arrêt, le Conseil d'Etat a toutefois relevé, se référant au rapport au Roi précédant l'arrêté royal modificatif du 12 janvier 2006, que la modification intervenue n'imposait pas une pondération quantitative ou arithmétique (exprimée en chiffres), mais admettait également une pondération qualitative (du type très important, important, peu important,...)<sup>271</sup>. La compatibilité de l'option ainsi ouverte par le Gouvernement avec les obligations nées des nouvelles directives nous paraît cependant douteuse, dès lors qu'on n'aperçoit pas en quoi cette manière de procéder se distingue concrètement du classement des critères d'at-

tribution par voie décroissante d'importance, qui constitue précisément une hypothèse d'exception à l'obligation de pondération et doit à ce titre être motivée<sup>272</sup>.

Pour éviter un excès de rigidité, il peut cependant être recouru à une fourchette « dont l'écart maximal doit être approprié », ce qui implique à notre sens l'obligation de motiver dûment, tant la nécessité de recourir à ce système que l'étendue de la fourchette, par la référence à des circonstances de nature à établir le besoin d'une telle flexibilité.

#### b. La nécessité d'annoncer la méthode d'évaluation des offres

**76. Controverses** – A la suite de l'introduction de l'obligation de pondération, s'est posée la question de savoir si cette obligation impose au pouvoir adjudicateur d'annoncer la méthode de notation dont elle entend faire application dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges<sup>273</sup>.

Dans un important arrêt du 21 décembre 2005 mais rendu avant l'entrée en vigueur de la transposition de l'obligation de pondération dans les dispositions de droit interne belge (le 1<sup>er</sup> février 2006), le Conseil d'Etat a considéré que « l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 [...] n'impose nullement que la formule que le pouvoir adjudicateur appliquera pour calculer la notation de l'offre au regard du critère concerné, figure également dans le cahier spécial des charges ou dans l'avis de marché », et ce alors que la requérante avançait que cette disposition impliquait « que les critères d'attribution du marché figurent tous dans le cahier spécial des charges ou dans un avis de marché, en ce compris dès lors les modalités de leur

<sup>266</sup> Voy. les articles 53, 2, de la directive 2004/18/CE et 55, 2, de la directive 2004/17/CE.

<sup>267</sup> Relevons toutefois que la Cour de justice a très récemment jugé que, si elles n'imposent pas au pouvoir adjudicateur de pondérer les critères d'attribution qu'il annonce, les anciennes directives, lues à la lumière des principes d'égalité et de transparence, contraignent l'entité adjudicatrice qui souhaite recourir à une telle pondération d'annoncer celle-ci.

<sup>268</sup> Voy. les articles 115 et 122bis de l'A.R. n° 1 ainsi que les articles 103 et 110bis de l'A.R. n° 2, tels que modifiés ou insérés par l'arrêté royal du 12 janvier 2006.

<sup>269</sup> Sur cette question, voy. *infra*, n° 92.

<sup>270</sup> En ce sens, I. COOREMAN, « De nieuwigheden inzake de offerteaanvraag », *Entr. & Dr.*, 2006, p. 14. Voy. également, mais avant l'entrée en vigueur des nouvelles directives, C.J.C.E., *s.a. Contse v.a.*, op. cit., point 68 : « les pouvoirs adjudicateurs sont libres non seulement de choisir les critères d'attribution du marché mais également de déterminer la pondération de ceux-ci, pour autant qu'elle permette une évaluation synthétique des critères retenus afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse ».

<sup>271</sup> C.E., *t.h.v. Soresma-Egemin*, 26 avril 2007, n° 170.589, point 14.2.2.

<sup>272</sup> En ce sens I. COOREMAN, op. cit., *Entr. & Dr.*, 2006, p. 13 ; Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, op. cit., 2005, p. 153, n° 127.

<sup>273</sup> Dans le sens de l'affirmative, voy. A.L. DURVIAUX, op. cit., 2006, p. 472, n° 435 ; P. FLAMEY et J. BOSQUET, « Over de verplichte voorafgaande weging van de (sub)gunningscriteria bij offerteaanvragen inzake overheidsopdrachten », note sous C.J.C.E., *ATI EAC*, 8 septembre 2005, C-331-04, *C.D.P.K.*, 2006, pp. 695-704, spéc. pp. 698-699 et 702-703, n°s 6 et 10.

*application, notamment toute formule de nature à influencer l'application desdits critères, au-delà de la pondération prévue dans le cahier spécial des charges* »<sup>274</sup>.

Sans prétendre nier les rapports parfois étroits pouvant exister entre la pondération des critères et leur application<sup>275</sup>, ce raisonnement nous paraissait pouvoir être maintenu nonobstant la modification réglementaire, dans la mesure où tant les nouvelles directives européennes en matière de passation que les dispositions réglementaires internes en assurant la transposition visent uniquement la mention d'une « pondération relative », et non l'annonce d'une méthode d'évaluation<sup>276</sup>.

Dans un arrêt qu'elle vient de rendre, la Cour de justice s'est toutefois prononcée en faveur d'une nécessaire annonce de la méthode de notation<sup>277</sup>, en s'appuyant sur le principe d'égalité et sur l'obligation de transparence. Donnant à celle-ci une dimension sinon nouvelle, du moins controversée<sup>278</sup>, elle pose de manière générale qu'un pouvoir adjudicateur n'est pas fondé à recourir à une méthode d'évaluation non portée à la connaissance des soumissionnaires préalablement à la préparation de leurs offres<sup>279</sup>.

Les entités adjudicatrices veilleront en particulier à

cette question en cas de recours à une méthode spécifique non raisonnablement prévisible pour les soumissionnaires : dans une telle hypothèse, il leur appartiendra en effet d'annoncer celle-ci et d'en exposer spécialement les éléments de nature à influencer l'appréciation des offres. Il en va ainsi tout particulièrement de l'utilisation de *méthodes d'aides à la décision*<sup>280</sup>, à l'égard desquelles le Conseil d'Etat témoigne une certaine défiance, comme exposé plus loin<sup>281</sup>.

#### 4. La problématique des sous-critères

**77. Notion et distinctions** – La notion de sous-critères vise les éléments d'appréciation venant préciser la teneur d'un critère principal, et entretient à ce titre des liens avec la méthodologie d'évaluation<sup>282</sup>. Cette matière occupe une place croissante dans le contentieux des marchés publics, signe d'un approfondissement du contrôle juridictionnel et des exigences de transparence.

Elle suscite en réalité des questions de deux ordres distincts, relatives d'une part à l'obligation de publicité et d'autre part à l'exigence de pondération, et se situe de ce fait à cheval entre la détermination des critères d'attribu-

<sup>274</sup> C.E., *s.a. Modal Voice Networks*, 16 décembre 2005, n° 152.843. Voy. également C.E., *n.v. Strukton De Meyer en n.v. Betonac*, 16 février 2006, n° 155.094, point 3.1.3.

<sup>275</sup> Dans la mesure où l'importance réelle des critères est principalement fonction des écarts de notation admis au sein de chaque critère, la méthode d'évaluation et de notation joue un rôle fondamental à cet égard, qui lui rend possible de dénaturer la pondération annoncée voire même d'affecter l'ordre d'importance des critères. Qui n'aperçoit en effet qu'en cantonnant les écarts de l'appréciation portée au titre d'un critère pondéré dans une fraction minimale de la fourchette de points à attribuer tout en permettant une distribution des points sur toute la fourchette de pondération pour les autres critères, le pouvoir adjudicateur modifie l'importance annoncée de ce premier critère par rapport aux autres (pour des exemples, voy. *infra*, n°s 92-93 ; Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *op. cit.*, 2005, p. 155, n° 129, spéc. note 354). Pour un intéressant aperçu des méthodes de notation et de leur relation avec la pondération, voy. A.L. DURVIAUX, *op. cit.*, 2006, p. 475-479, n° 436 ; P. FLAMEY et J. BOSQUET, *op. cit.*, *C.D.P.K.*, 2006, spéc. pp. 698-699, n° 6 et, dans un registre nettement plus technique, J.-C. VANSNICK, « La pondération des critères en question », *Entr. & Dr.*, 2007, pp. 107-119, spéc. pp. 116-118.

<sup>276</sup> En ce sens I. COOREMAN, *op. cit.*, *Entr. & Dr.*, 2006, pp. 14-15 ; Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *op. cit.*, 2005, p. 153, n° 127 ; C. DE KONINCK, P. FLAMEY et K. RONSE, *op. cit.*, *C.D.P.K.*, 2005, p. 356, n° 37.

<sup>277</sup> La Cour, suivant en cela les observations écrites de la Commission, qualifie la problématique comme une définition *a posteriori* de sous-critères. La lecture de la partie de l'arrêt consacrée au litige au principal révèle cependant qu'est en réalité ainsi visée la détermination d'une méthode de notation des offres après l'ouverture de celles-ci (C.J.C.E., *Emm. G. Lianakis AE*, *op. cit.*, points 11-17).

<sup>278</sup> Sur cette question, voy. *infra*, n° 81.

<sup>279</sup> C.J.C.E., *Emm. G. Lianakis AE*, *op. cit.*, points 37 et 38.

<sup>280</sup> Telle la méthode MACBETH ou ARGUS. Sur la méthode MACBETH, voy. J.-C. VANSNICK, *op. cit.*, *Entr. & Dr.*, 2007, pp. 107-119.

<sup>281</sup> Voy. *infra*, n° 92.

<sup>282</sup> Sur cette question, voy. *supra*, n° 76. Ces liens sont à ce point étroits que la Cour de justice range ces questions sous le même terme de sous-critères.

tion et l'évaluation des offres.

a. *La ventilation a posteriori en sous-critères*

**78. Approche du Conseil d'Etat** – Une jurisprudence constante du Conseil d'Etat considère que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'annoncer les sous-critères, les obligations légales et réglementaires en la matière concernant uniquement les *critères* d'attribution<sup>283</sup>. Celui-ci peut donc procéder, après l'ouverture des plis, à la ventilation des critères annoncés en sous-critères en vue de l'appréciation des offres, pour autant qu'il n'introduise pas de la sorte un critère nouveau non annoncé. Cette exigence recouvre en réalité plusieurs aspects, et implique tout à la fois que les sous-critères déterminés *a posteriori* doivent :

- (i) présenter un lien avec le critère auquel ils se rapportent,
- (ii) être prévisibles pour la préparation de l'offre et
- (iii) ne pas rompre le principe d'égalité<sup>284, 285</sup>.

**79. Lien avec le critère général** – Autrement dit, en ce qui concerne la première exigence, « *si le recours à de tels éléments, qui ne sont pas prévus par le cahier spécial des charges mais qui sont destinés à expliciter les critères fixés par celui-ci, n'est pas en soi interdit lorsqu'il s'agit d'évaluer une offre, ceux-ci ne peuvent cependant conduire, à peine de tenir en échec les principes fondamentaux d'égalité*

*de traitement et de transparence en matière de marchés publics, à une dénaturation des critères du cahier spécial des charges qui sont les seuls connus des soumissionnaires* »<sup>286</sup>. En l'espèce, le pouvoir adjudicateur avait omis de faire porter l'analyse budgétaire, annoncée dans le cahier spécial des charges dans le cadre d'un critère, sur certains sous-critères et éléments d'appréciation de ce critère définis *a posteriori*.

Par ailleurs, celui-ci avait négligé d'exposer le contenu d'un des éléments d'appréciation (fonctionnalité) alors qu'il se distinguait difficilement d'un autre élément (traitement des circulations). La Haute juridiction administrative relève à ce propos que « *lorsque la partie adverse distingue, au sein d'un même élément d'évaluation, des sous-catégories qu'elle note différemment, il lui appartient, d'une part, d'exposer en quoi consistent ces sous-catégories, notamment sur quels points elles se différencient, et, d'autre part, de justifier l'écart de notation pour chacune de ces catégories* »<sup>287</sup>.

**80. Prévisibilité** – L'exigence de prévisibilité implique notamment que les sous-critères définis par après doivent couvrir l'ensemble des aspects compris dans le critère annoncé ou à tout le moins s'accompagner d'une motivation exposant les raisons pour lesquelles il n'est pas tenu compte de certains éléments, à peine de constituer une modification *a posteriori* de ce critère<sup>288</sup>.

Relevons encore que le Conseil d'Etat a considéré

<sup>283</sup> *Contra* P. FLAMEY et J. BOSQUET, op. cit., C.D.P.K., 2006, spéc. pp. 698 et 700-701, n<sup>os</sup> 6-8. Dans la mesure cependant où ils entendraient en déduire une obligation d'annonce des sous-critères, en s'appuyant largement sur les conclusions de M. l'Avocat général D. RUIZ-JARABO COLOMER précédant cette décision, auxquelles la Cour ne s'est précisément pas ralliée, ces auteurs confèrent à l'arrêt qu'ils commentent une portée qu'il n'a pas. Bien qu'elle était invitée par la première question préjudicielle à se prononcer sur la conformité au droit communautaire d'une ventilation *a posteriori* d'un critère annoncé en sous-critères non mentionnés dans les documents de marché, la Cour a indiqué que « *les questions préjudicielles doivent se comprendre comme portant, en substance, sur le point de savoir si [...] le droit communautaire s'oppose à ce qu'une commission d'adjudication accorde un poids spécifique aux sous-éléments d'un critère d'attribution établis d'avance, en procédant à une ventilation, entre ces derniers, des points prévus au titre de ce critère par le pouvoir adjudicateur lors de l'établissement du cahier des charges ou de l'avis de marchés* » (C.J.C.E., ATI EAC, op. cit., point 19, nous soulignons). La réponse et les développements contenus dans cet arrêt sont dès lors circonscrits à l'objet des questions ainsi reformulées, étranger à la question de la publicité à donner aux sous-critères. Voy. également P. FLAMEY et J. GHYSELS, op. cit., C.D.P.K., 2003, p. 79, n<sup>o</sup> 53.

<sup>284</sup> C'est-à-dire être constitutifs d'une manipulation tendancieuse inspirée par l'intention d'avantager certains soumissionnaires ou d'en défavoriser d'autres.

<sup>285</sup> Voy. e.a. C.E., *s.a. Socogetra e.a.*, 17 janvier 2007, n<sup>o</sup> 166.770 ; C.E., *n.v. Cordeel Zetel Hoeselt*, 20 juillet 2005, n<sup>o</sup> 147.727 ; C.E., *Borchers Kreislaufwirtschaft GmbH*, 18 janvier 2005, n<sup>o</sup> 139.438 ; C.E., *n.v. Mewaf International*, 10 juillet 2002, n<sup>o</sup> 109.138. Voy. toutefois en sens contraire les conclusions de M. l'Avocat général D. RUIZ-JARABO COLOMER préc. C.J.C.E., ATI EAC, op. cit., spéc. par. 32-33.

<sup>286</sup> C.E., *s.p.r.l. Architecture et Urbanisme F. Haulot et s.a. Tractebel Development Engineering*, 16 mai 2007, n<sup>o</sup> 171.270.

<sup>287</sup> *Ibid.*

<sup>288</sup> Voy. *mutatis mutandis* C.E., *n.v. Ecorem*, 28 juillet 2004, n<sup>o</sup> 134.170. Cette exigence est intimement liée à l'obligation de relever les avantages et inconvénients respectifs des offres remises qu'impose un examen sérieux de celles-ci (voy. *infra*, n<sup>o</sup> 87).

qu'un pouvoir adjudicateur pouvait valablement annoncer, lors d'une réunion tenue avec les candidats sélectionnés avant la remise des offres, que les critères annoncés seraient subdivisés en sous-critères avant l'ouverture des offres mais ne communiquer la grille d'analyse aux soumissionnaires qu'au jour de celle-ci<sup>289</sup>. Une telle manière de procéder n'en paraît pas moins difficilement conciliable avec le principe de transparence dégagé par la Cour de justice<sup>290</sup>.

Si toutefois de tels sous-critères ont été annoncés, le principe de transparence et d'égalité impliquent à notre sens que leur énumération est alors exhaustive sauf indication contraire dans les documents de marché<sup>291</sup>. À défaut d'une telle stipulation, les offres ne pourraient être évaluées sur la base d'autres sous-critères que ceux qui ont été annoncés<sup>292</sup>.

Sous ces réserves, le pouvoir adjudicateur disposait d'un large pouvoir d'appréciation en la matière<sup>293</sup>.

**81. Position de la Cour de justice** – La Cour de Luxembourg a toutefois pris très récemment le contre-pied de cette analyse<sup>294</sup>, en posant de manière générale que le droit communautaire dérivé « exige que tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et

*leur importance relative soient connus aux (sic) soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leurs offres* », pour en inférer qu'« un pouvoir adjudicateur ne saurait appliquer des règles de pondération ou des sous-critères pour les critères d'attribution qu'il n'a pas préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires »<sup>295</sup>.

La déduction qu'elle opère ainsi marque un réel changement de perspective, que la référence<sup>296</sup> à son précédent arrêt *Universale Bau* ne saurait occulter. À cette occasion, la Cour se prononçait en effet uniquement sur la nécessité de porter à la connaissance ces candidats-soumissionnaires l'ensemble des éléments déterminés d'avance, problématique qui diffère fondamentalement de l'interdiction de recourir à des éléments d'appréciation déterminés *a posteriori*<sup>297</sup>. Une telle interdiction contraint en réalité le pouvoir adjudicateur à définir *ab initio*, au-delà des termes-mêmes des directives communautaires<sup>298</sup>, tous les éléments d'évaluation des offres auxquels il recourra et partant à annoncer ceux-ci, obligation que la Cour n'avait jamais affirmée aussi nettement.

Sa position paraît en réalité inspirée au moins autant par les risques que présente une telle définition *a posteriori* en termes de manipulations tendant à avantager certains soumissionnaires en violation de l'égalité de trai-

<sup>289</sup> C.E., *n.v. Cordeel Zetel Hoeselt*, 20 juillet 2005, n° 147.727.

<sup>290</sup> Dans son célèbre arrêt *Universale Bau* rendu à propos de la pondération de critères de sélection mais dont l'enseignement fort général nous paraît pouvoir être élargi aux critères d'attribution, la Cour a en effet jugé que « lorsque [...] le pouvoir adjudicateur a fixé dès avant la publication de l'avis de marché les règles de pondération des critères de sélection dont il prévoit l'utilisation, il est tenu de les porter au préalable à la connaissance des candidats » en vertu des principes de transparence et d'égalité (C.J.C.E., *Universale-Bau AG*, 12 décembre 2002, C- 470/99, point 99).

<sup>291</sup> Qui résulterait par exemple de l'emploi du terme « notamment » précédant l'énumération de sous-critères.

<sup>292</sup> En ce sens, C.E., *s.a. Socogetra e.a.*, 17 janvier 2007, n° 166.770 ; C.E., *b.v.b.a. Gille Groenvoorzieningen*, 29 avril 2003, n° 118.853, point 3.4. *in fine* ; *contra* impl. C.E., *n.v. Cegelec*, 31 mai 2005, n° 145.164.

<sup>293</sup> C.E., *n.v. Cegelec*, 31 mai 2005, n° 145.164.

<sup>294</sup> S'agissant d'un arrêt de principe rendu à propos d'une question délicate et controversée, on regrettera d'autant plus la décision de la Cour de juger l'affaire sans conclusions.

<sup>295</sup> C.J.C.E., *Emm. G. Lianakis AE*, *op.cit.*, points 36 et 38, nous soulignons.

<sup>296</sup> Par analogie toutefois, prend le soin de préciser la Cour.

<sup>297</sup> La Cour se borne à considérer à cet égard que « lorsque [...] le pouvoir adjudicateur a fixé dès avant la publication de l'avis de marché les règles de pondération des critères de sélection dont il prévoit l'utilisation, il est tenu de les porter au préalable à la connaissance des candidats » en application du principe d'égalité et de l'obligation de transparence qui en découle (C.J.C.E., *Universale-Bau AG*, *op.cit.*, point 99). Il ne pouvait dès lors se déduire de cette décision que le principe de transparence interdirait la définition de sous-critères et d'éléments d'appréciation *après* la remise des offres, mais uniquement qu'il contraint le pouvoir adjudicateur à porter à la connaissance des soumissionnaires les éléments qu'il aurait définis *avant* l'ouverture des plis, à charge pour le soumissionnaire invoquant la méconnaissance de ce principe d'établir une telle définition préalable.

<sup>298</sup> La Cour n'en est pas à une œuvre créatrice près dans cette affaire, puisque, comme indiqué plus haut, elle a considéré par ailleurs que le pouvoir adjudicateur est tenu d'annoncer les règles de pondération qu'il applique aux offres remises même sous l'empire des anciennes directives de passation, alors que la pondération obligatoire des critères d'attribution est une innovation introduite par les directives de 2004 (voy. *supra*, n° 74).

tement que par des considérations liées à la transparence à proprement parler<sup>299</sup>. En l'absence d'obligation de recourir à de tels éléments pour évaluer les offres<sup>300</sup>, il est cependant douteux que l'exigence dégagée par la Cour permette d'atteindre l'objectif poursuivi<sup>301</sup>.

b. *La ventilation a posteriori de la pondération entre sous-critères annoncés*

**82. Applicabilité de l'exigence de pondération préalable** – La seconde question concerne l'hypothèse où des sous-critères ont été annoncés, mais non leur pondération. Il a été exposé ci-dessus que la nouvelle réglementation imposait une prédéfinition de l'importance relative des critères d'attribution dans les marchés « européens »<sup>302</sup>, mais cette obligation ne s'étend à notre sens pas aux sous-critères, non visés par le texte des nouvelles directives ni des dispositions réglementaires de droit interne en assurant la transposition<sup>303</sup>.

**83. Conditions** – En l'absence d'une telle pondération, se pose alors la question de savoir si un pouvoir adjudicateur est fondé, après la remise des offres mais avant l'ouverture des plis, à conférer un poids relatif différent à ces sous-critères lors de la répartition de la pondération

totale prévue au titre du critère d'attribution, nonobstant l'absence d'indications des documents de marché en ce sens.

Dans un important arrêt rendu sous l'empire de l'ancienne version du droit communautaire, la Cour de justice a répondu par l'affirmative à cette question, à la *triple condition* cependant que cette pondération ultérieure :

- « ne modifie pas les critères d'attribution du marché définis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché;
- ne contient pas d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation ;
- ne soit pas adoptée en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires »<sup>304</sup>.

Par un arrêt ultérieur, elle a implicitement confirmé cette analyse, tout en paraissant la circonscire à l'hypothèse dans laquelle le pouvoir adjudicateur n'a pas encore connaissance du contenu des offres remises<sup>305</sup>. A suivre ce raisonnement réinterprétant la portée de la précédente décision<sup>306</sup>, une telle pondération ultérieure de sous-critères ne serait admissible que lorsqu'elle intervient *avant* l'ouverture des plis.

<sup>299</sup> Dans la distinction qu'elle entend établir avec la solution retenue dans l'arrêt ATI EAC (sur cette question, voy. *infra*, n° 83), la Cour semble en effet attacher un poids déterminant à la circonstance que, dans l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt, la définition des éléments non préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires a eu lieu certes après la remise des offres mais avant l'ouverture des plis.

<sup>300</sup> En effet, ni la solution dégagée par la Cour, ni une quelconque autre disposition ou quelque principe, ne contraignent de manière générale le pouvoir adjudicateur à annoncer de sous-critères, mais uniquement à ce faire lorsqu'il souhaite recourir à de tels éléments.

<sup>301</sup> Dans ces circonstances, rien n'empêcherait *a priori* un pouvoir adjudicateur, et singulièrement une entité désireuse d'orienter le processus de décision, de faire purement et simplement l'économie de sous-critères, ce qui lui facilite d'ailleurs la tâche puisqu'une appréciation moins précise s'exposera plus difficilement à la critique.

Par contre, l'interdiction d'affiner postérieurement la méthode d'évaluation des offres prive le pouvoir adjudicateur de bonne foi mais qui ne serait pas en mesure, par exemple en raison de la complexité ou de la particularité du marché, de déterminer *a priori* l'ensemble des paramètres précis auxquels doit répondre la meilleure offre, de la possibilité de recourir à de tels éléments objectivants, et réduit par là la qualité du contrôle juridictionnel pouvant être exercé sur le processus décisionnel.

La même observation s'impose en ce qui concerne la méthodologie d'évaluation des offres, discutée plus haut (voy. *supra*, n° 76).

<sup>302</sup> Voy. *supra*, n° 74.

<sup>303</sup> Cette distinction est également apparente dans la considération suivante émise par le Conseil d'Etat : « *qu'aux termes de la réglementation alors applicable au marché litigieux, la pondération des critères d'attribution, et a fortiori des sous-critères, ne devait pas figurer dans les documents du marché* » (C.E., *s.a. Valomac*, 18 octobre 2006, n° 163.736, nous soulignons).

<sup>304</sup> C.J.C.E., ATI EAC, 24 novembre 2005, C-331/04, point 32.

<sup>305</sup> La Cour indique en effet que la réponse donnée dans cet arrêt puise sa justification dans les éléments suivants : « *tant les critères d'attribution et leurs coefficients de pondération que les sous-critères pour ces critères d'attribution avaient été, en effet, déterminés au préalable et publiés dans le cahier des charges. Le pouvoir adjudicateur en question a cependant déterminé ex post, peu avant l'ouverture des enveloppes, des coefficients de pondération pour les sous-critères* » (C.J.C.E., *Emm. G. Lianakis AE*, op.cit., point 42, nous soulignons).

<sup>306</sup> Cette exigence ne figure pas dans le dispositif de l'arrêt concerné, et ne transparaît d'aucune manière de ses motifs.

**84. Analyse et réception** – Une certaine doctrine en déduit qu'une telle ventilation ne pourrait être opérée postérieurement à la remise des offres que dans des circonstances exceptionnelles, voire pratiquement impossibles à établir<sup>307</sup>. Se référant implicitement à l'enseignement de la Cour de justice, le Conseil d'Etat<sup>308</sup> considère cependant que la – lourde – charge de la preuve des éléments pouvant induire une illégalité d'une ventilation *a posteriori* de la pondération repose sur le soumissionnaire requérant, et fait dès lors preuve d'une certaine souplesse à cet égard : « *la requérante ne démontre pas, et le dossier ne l'établit pas, que la pondération opérée dans la note du 25 octobre 2001 a rompu le principe d'égalité entre les soumissionnaires ou a été inspirée par une volonté de manipuler la comparaison des offres, ni que, si elle avait été connue lors de la préparation des offres, elle aurait pu influencer le contenu de l'offre de la requérante* »<sup>309</sup>.

Il reste que l'extrême difficulté de réunir ces conditions impose aux pouvoirs adjudicateurs la plus grande prudence à cet égard<sup>310</sup>. La réinterprétation récemment opérée par la Cour de justice paraît également impliquer qu'une telle ventilation ne pourrait en tout état de cause être valablement opérée après l'ouverture des plis.

## B. L'évaluation des offres et la motivation de la décision d'attribution

### I. Principes généraux

**85. Régime et sanction** – Comme indiqué ci-dessus, la détermination de la soumission la plus avantageuse par une comparaison des offres régulières des soumissionnaires sélectionnés forme la phase d'attribution proprement dite. L'évaluation des offres constitue une opération cruciale, qui consiste à appliquer aux offres remises les critères d'attribution annoncés et partant, dans une – certaine – mesure souvent inévitable, à en étayer les contours précis. Quoi d'étonnant dès lors que cette opération soit également régie largement par les préceptes exposés à

propos des critères d'attribution, singulièrement les principes d'égalité et de non-discrimination, de transparence et de pertinence.

La légalité de l'évaluation des offres est par ailleurs intimement liée à l'exigence de motivation<sup>311</sup>, à tout le moins matérielle. La Haute juridiction administrative a synthétisé cette exigence, à propos de la motivation formelle, en ces termes éloquentes : « *L'exigence de motivation formelle d'un acte administratif est proportionnelle au caractère discrétionnaire du pouvoir d'appréciation de l'auteur de cet acte; qu'au plus ce pouvoir est large, au plus la motivation se doit d'être précise et doit refléter et justifier les étapes du raisonnement de l'autorité; qu'ainsi, dans la matière des marchés publics, la motivation formelle de la décision d'attribution qui clôt une procédure d'adjudication consiste la plupart du temps en une simple comparaison du prix des offres régulières et sélectionnées; que dans une procédure d'appel d'offres, la motivation formelle de la décision d'attribution est fonction du caractère plus ou moins ouvert des critères d'attribution et des exigences du cahier spécial des charges; qu'en outre, chaque étape du processus que constitue une procédure de mise en concurrence doit faire l'objet d'une motivation, lorsqu'elle est significative* »<sup>312</sup>.

A l'inverse de celle affectant les prescriptions et critères repris dans les documents de marché, l'illégalité commise dans le cadre de l'évaluation des offres n'impose en règle pas de recommencer la procédure : en effet, rien n'empêche en principe le pouvoir adjudicataire de se livrer à une nouvelle appréciation purgeant le vice que comporte la précédente évaluation.

### 2. La nécessité d'une comparaison effective et d'un examen minutieux des différentes offres

**86. Motivation positive et négative** – En vertu des principes de bonne administration, l'attribution suppose, aux termes d'une jurisprudence constante, une comparaison effective de l'ensemble des offres remises et régulières,

<sup>307</sup> P. FLAMEY et J. BOSQUET, *op. cit.*, C.D.P.K., 2006, spéc. pp. 701-702, n° 8.

<sup>308</sup> Celui-ci avait déjà, dans le même sens, jugé à plusieurs reprises que lorsque des sous-critères avaient été annoncés, mais non pondérés, ils n'étaient pas présumés avoir une valeur égale, système applicable au moment des faits pour les critères d'attribution (C.E., *n.v. GlaxoSmithKline*, 17 janvier 2006, n° 153.778, point 3.2.1. ; C.E., *n.v. L.D. Consulting*, 25 janvier 2005, n° 139.707).

<sup>309</sup> C.E., *s.a. Valomac*, 18 octobre 2006, n° 163.736.

<sup>310</sup> En ce sens, A.L. DURVAUX, *op. cit.*, 2006, p. 476, n° 436, spéc. note 1266.

<sup>311</sup> Sur cette question, voy. également P.-O. de BROUX, *in op. cit.*, 2005, pp. 250-252 et 258-264, n° 44-45, 55-58 et 61-65.

<sup>312</sup> C.E., *s.a. C.N.I.M. e.a.*, 6 février 2006, n° 154.549.

qui doit ressortir des motifs assortissant la décision d'attribution<sup>313</sup>.

Le Conseil d'Etat a rappelé cette exigence dans des termes particulièrement clairs, indiquant que « *ne satisfait pas aux prescriptions légales et réglementaires [les motifs sur lesquels repose la décision d'attribution qui] ne contiennent aucune appréciation des projets concurrents de l'offre de l'attributaire, en sorte qu'ils n'établissent pas qu'il y a eu une comparaison effective des offres ni n'expriment les raisons précises pour lesquelles l'offre de l'attributaire a été préférée*<sup>314</sup>. Dans le même ordre d'idées, il a relevé que « *même après le rappel des critères d'attribution et des points sur lesquels pouvait porter l'appréciation de la valeur technique des offres, un simple classement de celles-ci ne permet pas de connaître les raisons concrètes qui ont déterminé le choix de l'autorité; que, partant, la décision attaquée n'est pas motivée au vœu de la loi* »<sup>315</sup>.

Cette comparaison des offres régulières doit déboucher sur un classement de celles-ci exposée dans la décision d'attribution, dont il résulte que l'attribution est faite au soumissionnaire qui a remis, selon la procédure concernée, l'offre la moins-disante ou l'offre économiquement la plus avantageuse<sup>316</sup>.

**87. Relevé des avantages et inconvénients respectifs** – Il s'ensuit que le pouvoir adjudicateur est tenu d'examiner minutieusement les différentes offres qui ont été remises, et d'en déterminer les avantages et les inconvénients respectifs. Ainsi, il ne pourrait, sans s'en expliquer, négliger de tenir compte des points positifs ou négatifs des offres qui lui sont soumises<sup>317</sup>.

La comparaison doit porter non seulement sur les offres de base, mais également donner lieu à une évaluation et à une détermination des avantages et inconvénients respectifs des variantes, notamment libres, qui

auraient été valablement proposées<sup>318</sup>.

**88. Éléments entrant en considération** – La comparaison ne peut s'exercer qu'au regard du contenu des offres, et non des constatations et connaissances propres émanant de personnes chargées d'effectuer l'évaluation<sup>319</sup>.

La nécessité d'un examen soigneux implique également que le pouvoir adjudicateur est tenu de procéder à une nouvelle analyse de l'offre classée en première rang lorsque des éléments nouveaux influant sur les exigences d'attribution, connus du pouvoir adjudicateur, sont intervenus entre le moment de l'évaluation qui a abouti à ce classement et la décision d'attribution<sup>320</sup>.

### 3. L'application des critères et éléments annoncés

**89. Intangibilité et caractère obligatoire** – Le pouvoir adjudicateur est par ailleurs lié par les indications contenues dans les documents de marché, et notamment par les critères d'évaluation rendus publics. Il s'ensuit en premier lieu que celui-ci est tenu d'évaluer toutes les offres régulières à l'égard de l'ensemble des critères repris dans l'avis de marché ou le cahier spécial des charges<sup>321</sup>, mais également des sous-critères et autres éléments d'appréciation qu'il y aurait inclus le cas échéant<sup>322</sup>, sans pouvoir se dispenser d'en appliquer certains même en cas d'illégalité d'un tel critère<sup>323</sup>.

Le Conseil d'Etat a ainsi censuré une évaluation qui reporte la pondération attribuée à un premier sous-critère (matériel) sur le second sous-critère (personnel), tous deux annoncés, au motif que les offres seraient équivalentes en ce qui concerne le premier élément en sorte qu'une absence de cotation sur ce point serait neutre. La Haute juridiction administrative observe à

<sup>313</sup> B. SCHUTYSER, op. cit., *T. Gem.*, 2005, pp. 120-121, n° 105.

<sup>314</sup> C.E., s.p.r.l. *T.E.A.U.*, 19 octobre 2005, n° 150.423 ; voy. également C.E., n.v. *Mewaf International*, 20 mars 2001, n° 94.151.

<sup>315</sup> C.E., s.a. *Walphot e.a.*, 18 novembre 2005, n° 151.452. À l'inverse, en procédure régocée le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indiquer les raisons pour lesquelles des offres n'ont pas été retenues (voy. *infra*, n° 101).

<sup>316</sup> C.E., s.a. *Betonac*, 14 novembre 2007, n° 176.826.

<sup>317</sup> C.E., s.a. *C.N.I.M. e.a.*, 6 février 2006, n° 154.549.

<sup>318</sup> C.E., n.v. *Bioterra en n.v. Roegiers Pierre en Cie*, 27 décembre 2006, n° 166.318, points 7.2.1. et 7.2.2.

<sup>319</sup> C.E., c.v.b.a. *Boekhandel Forum*, 3 juin 2003, n° 120.108.

<sup>320</sup> C.E., n.v. *SBE - Studiebureau voor Bouwkunde en Expertises*, 14 septembre 2006, n° 162.466, point 3.

<sup>321</sup> C.E., n.v. *Touartube*, 13 juillet 2006, n° 161.285 ; C.E., *CV Triangle Promotion*, 5 juillet 2006, n° 160.979 ; C.E., n.v. *Mewaf International*, 24 mai 2006, n° 159.184 ; C.E., *S.P.R.L. T.E.A.U.*, 19 octobre 2005, n° 150.423 ; C.E., n.v. *Ecorem*, 28 juillet 2004, n° 134.170 ; C.E., *Vincke*, 3 juin 2004, n° 131.993.

<sup>322</sup> Voy. C.E., n.v. *Depannage Jos De Cooman*, 22 août 2003, n° 122.277).

<sup>323</sup> Voy. *supra*, n° 64.

juste titre que cette manière de procéder modifie l'importance relative conférée au second sous-critère et procure ce faisant un avantage comparatif plus important qu'initialement prévu à l'offre mieux classée à cet égard<sup>324</sup>.

A l'inverse, le pouvoir adjudicateur ne pourrait évaluer l'offre à l'aune d'autres (sous-)critères que ceux préétablis<sup>325-326</sup>.

**90. Altération par l'appréciation** – Il résulte également de cette exigence de prévisibilité qu'un pouvoir adjudicateur ne peut, à l'occasion de l'évaluation de l'offre, donner à un (sous-)critère une signification ou une interprétation différente de celle qu'il a annoncée<sup>327</sup>. Le Conseil d'Etat a considéré que méconnaît cette interdiction le pouvoir adjudicateur qui apprécie le critère de planning de l'installation des abribus (tant nouveaux que de remplacement) compte tenu de l'éventuel remplacement des abris existants, sur la base exclusive du calendrier et des délais pour le remplacement effectif (et non plus éventuel) des 150 abribus déjà existants (à la suite en outre de précisions demandées aux soumissionnaires), dès lors qu'il donne ce faisant à ce critère un contenu différent de celui initialement prévu<sup>328</sup>. Il en va de même de l'entité adjudicatrice qui, arguant de l'illégalité au stade de l'attribution d'un critère de références en matière d'intégration, en modifie la teneur en examinant l'approche technique envisagée en vue de l'intégration au lieu de l'expérience proprement dite<sup>329</sup> ou encore qui, en vue d'apprécier le sous-critère annoncé de garanties proposées en matière d'exécution qualitative du marché, analyse uniquement l'appareillage proposé et néglige les garanties de qualité offertes par un soumissionnaire<sup>330</sup>. Manque également à cette exigence l'appréciation des

offres qui donne une préférence à une solution plutôt qu'une autre alors que le cahier spécial des charges les envisage toutes deux sans établir de distinction<sup>331</sup>.

#### 4. Les principes d'égalité et de non-discrimination

##### 91. Réévaluations non justifiées et conflits d'intérêts

– L'impartialité doit présider à la procédure d'évaluation des offres : elle ne peut faire transparaître une préférence donnée à l'un des soumissionnaires en lice ni une volonté de défavoriser tel autre concurrent. Ainsi, une violation du principe d'égalité a-t-elle été admise en matière d'appel d'offres en cas de réévaluation répétée d'offres impliquant une modification de l'importance relative des éléments – non annoncés – au regard desquels sont analysées les offres, manœuvres dont il était permis de soupçonner qu'elles étaient destinées à avantager un soumissionnaire déterminé<sup>332</sup>.

Méconnaît de même ce principe, à défaut de due motivation, la modification, à l'occasion d'une réévaluation, des notes attribuées à une offre<sup>333</sup> ou de la pondération relative même non annoncée des sous-critères<sup>334</sup>.

Aux fins d'éviter tout conflit d'intérêt, la loi du 24 décembre 1993, en son article 10, impose par ailleurs de manière générale à tout agent public de s'abstenir d'intervenir directement ou indirectement dans la passation (et l'exécution) d'un marché public lorsqu'il a un intérêt dans l'une des entreprises soumissionnaires, intérêt dont l'existence est irréfragablement présumée dans les hypothèses énumérées. Dans un récent arrêt, le Conseil d'Etat s'est prononcé sur la sanction qui s'attache à la méconnaissance de cette interdiction : après avoir relevé l'inten-

<sup>324</sup> C.E., *b.v.b.a. Gille Groenvoorzieningen*, 29 avril 2003, n° 118.853, point 3.4.

<sup>325</sup> C.E., *CV Triangle Promotion*, 5 juillet 2006, n° 160.979.

<sup>326</sup> Voy. *supra*, n°s 78-80.

<sup>327</sup> C.J.C.E., *EVN AG et Wienstrom GmbH*, op. cit., point 92 ; C.J.C.E., *SLAC Construction*, op. cit., point 42.

<sup>328</sup> C.E., *n.v. City Advertising Benelux*, 22 décembre 2003, n° 126.719.

<sup>329</sup> C.E., *n.v. Vedior Interim*, 4 avril 2006, n° 157.302, op. cit.

<sup>330</sup> C.E., *n.v. Ecorem*, 28 juillet 2004, n° 134.170. Voy. également C.E., *b.v.b.a. Hydor*, 30 juin 2004, n° 133.389.

<sup>331</sup> C.E., *c.v.b.a. Boekhandel Forum*, 3 juin 2003, n° 120.108. Comp. avec l'appréciation de la régularité (*supra*, n° 34 in fine).

<sup>332</sup> C.E., *n.v. Baeck Marine*, 4 mai 2006, n° 158.315, *T.B.P.*, 2006, p. 372.

<sup>333</sup> C.E., *v.z.w. Groep Intro*, 27 septembre 2007, n° 175.027, où a été déclarée illégale la modification après réévaluation de la note attribuée à un soumissionnaire pour un sous-critère, alors que la motivation était demeurée inchangée.

<sup>334</sup> C.E., *s.a. Afrique-Editions*, 18 juin 2007, n° 172.399. Dans une autre espèce, le Conseil a relevé, sans toutefois se prononcer sur la légalité intrinsèque d'une telle opération, que la répartition des points dégagés ensuite de la suppression, lors d'une réévaluation, de deux des dix sous-critères non annoncés mais définis et pondérés à l'occasion semble-t-il d'une première évaluation des offres, entre certains des sous-critères restants modifiait le poids relatif reconnu à ces sous-critères, en sorte que la décision du pouvoir adjudicateur qui soutenait le contraire est affectée d'une contradiction dans ses motifs (C.E., *n.v. Algemene Ondernemingen Robert Wyckaert*, 4 juillet 2006, n° 160.908, point 3.2.).

tion du législateur d'abandonner cette question à une appréciation au cas par cas de la juridiction saisie et décidé en conséquence qu'une telle violation n'emportait pas nécessairement l'irrégularité de la procédure d'attribution, la Haute juridiction administrative a toutefois conclu à l'illégalité de la décision d'attribution dans l'espèce tranchée, sur la base des circonstances particulières de la cause<sup>335</sup>.

### 5. *L'identification de l'offre la plus avantageuse : la méthodologie de notation et l'attribution de notes*

**92. Expression des écarts entre les offres** – Comme relevé ci-dessus, l'entité adjudicatrice dispose d'un certain pouvoir d'appréciation en la matière dans le cadre d'un appel d'offres, à l'inverse de la situation en adjudication<sup>336</sup>. L'évaluation des offres doit cependant permettre d'identifier l'offre la plus avantageuse, c'est-à-dire en cas de pluralité de critères, l'« offre économiquement la plus intéressante ». Il s'ensuit en premier lieu que tant la méthodologie de notation ou d'évaluation que l'attribution concrète des notes doit être de nature à départager les offres à cette fin, et donc traduire correctement les avantages et inconvénients respectifs des offres remises et gratifier dûment la meilleure offre, exigence qui entretient des liens étroits avec l'obligation de motivation. Le Conseil d'Etat exerce un contrôle de plus en plus poussé en la matière<sup>337</sup>.

Ne rencontre pas cette exigence la méthode qui consiste à évaluer les offres uniquement au regard de certaines conditions minimales, dès lors qu'elle ne permet

pas de rendre compte des différences existant entre les offres au-delà de ces minima<sup>338</sup>.

Le Conseil d'Etat a de même censuré l'appréciation non annoncée et non motivée du critère de prix, pour les besoins de l'application de la méthode ARGUS<sup>339</sup>, sur la base de classes de préférence (ou d'attractivité) établies d'après des tranches de différence de 5% entre les offres, en lieu et place d'une analyse entièrement proportionnelle. La Haute juridiction a relevé que cette manière de procéder nivelait toute différence entre les offres situées dans une même classe de prix, ce que le pouvoir adjudicateur ne pouvait effectuer sans motivation – absente en l'espèce – portant non seulement sur le principe d'une appréciation par paliers mais également sur l'ampleur de la marge définissant les classes de préférence<sup>340</sup>.

**93. Proportionnalité de l'évaluation aux différences constatées** – En outre, au-delà de l'obligation de gratifier une offre plus avantageuse, les notes attribuées doivent refléter à suffisance l'ampleur des différences de qualité existant entre les offres, ce qui présuppose une certaine *proportionnalité* dans la méthode de notation par rapport aux divergences constatées. Le Conseil d'Etat a ainsi rejeté une évaluation du prix qui se contentait de sanctionner d'une différence d'un seul point (sur un total de 25 points) la remise d'une offre plus onéreuse qu'une autre et ce quelle que soit l'importance de cet écart, au motif que cette formule n'exprime pas l'importance réelle des écarts, en valeurs tant absolue que relative, dans les prix des différentes soumissions<sup>341</sup>. A de même été censurée l'appréciation non proportionnée relative au critère de la durée d'exécution, qui, d'une part, attribuait une

<sup>335</sup> C.E., *n.v. General Industrial Assistance Catara*, 12 juillet 2007, n° 173.479. Voy. également C.E., *b.v.b.a. ACS & A*, 27 mai 2004, n° 131.828, où la Haute juridiction administrative, même si elle ne se réfère pas explicitement à l'article 10 de la loi, a considéré que la circonstance qu'une personne chargée de fournir des renseignements sur le cahier spécial des charges soit également indiquée comme agent d'exécution dans l'offre d'un des soumissionnaires méconnaît le principe d'égalité, et emporte à ce titre l'illégalité de la procédure.

<sup>336</sup> Voy. *supra*, n° 62.

<sup>337</sup> Sur cette question, voy. également M.-A. FLAMME, « De la méthodologie de notation des offres dans les marchés publics et de son contrôle juridictionnel », *Entr. & Dr.*, 2007, pp. 120-130 et « Du contrôle juridictionnel de la pondération des critères de sélection et d'attribution dans les marchés publics au contrôle des cotations », *Entr. & Dr.*, 2006, 171-176 ; I. COOREMAN, op. cit., *Entr. & Dr.*, 2006, pp. 16-17.

<sup>338</sup> C.E., *n.v. Depannage Jos De Cooman*, 22 août 2003, n° 122.277. Voy. déjà en ce sens C.E., *n.v. Projectbureau Signa*, 8 juin 1999, n° 80.694, où le pouvoir adjudicateur avait attribué la note maximale prévue pour un critère d'attribution à l'ensemble des soumissionnaires qui remplissaient des exigences minimales.

<sup>339</sup> Méthode qui, à l'instar du système MACBETH, repose sur l'établissement d'échelles ordinales.

<sup>340</sup> C.E., *n.v. Bioterra en n.v. Roegiers Pierre en Cie*, 27 décembre 2006, n° 166.318. Voy. également C.E., *n.v. Eurosense Belfotop*, 8 juin 2006, n° 159.782, espèce dans laquelle une évaluation segmentée du prix, par composantes de la prestation totale, a résulté en une évaluation moins favorable au regard de ce critère d'une offre proposant pourtant un prix total inférieur.

<sup>341</sup> C.E., *n.v. Allcom*, 15 mars 2007, n° 168.990, point 2.4.2.

même note à deux offres nonobstant la différence dans le délai proposé et, d'autre part, ne pénalisait une troisième offre prévoyant une exécution trois fois plus longue que l'offre intermédiaire que d'une différence de points minimale (20 points sur 100)<sup>342</sup>.

**94. Motivation, pertinence et suffisance** – Par ailleurs, le Conseil d'Etat a indiqué à plusieurs reprises que « conférer une note à un élément ne suffit pas en soi à le justifier ni à l'objectiver »<sup>343</sup>, ce dont il suit que cette note doit reposer sur des motifs ressortissant de la décision d'attribution. Auparavant, le Conseil d'Etat avait pourtant jugé que « rien n'obligeait la partie adverse à justifier dans la décision elle-même les notes attribuées à chacun des sous-critères des offres et, ainsi, à y exposer les motifs de ses motifs »<sup>344</sup>.

Les notes en définitive attribuées aux différentes offres doivent bien entendu présenter une pertinence par rapport à l'évaluation sur laquelle elles reposent. Ainsi, une offre dont le rapport d'attribution relève qu'elle est de qualité moindre qu'une autre ne saurait se voir attribuer des points supérieurs à ceux reconnus à cette dernière<sup>345</sup>. De même, une évaluation en tous points identique concernant un critère d'attribution ne saurait adéquatement justifier l'attribution de points différents aux deux offres concernées<sup>346</sup>.

L'obligation de motivation qui repose sur le pouvoir adjudicateur lui impose également de faire apparaître les raisons pour lesquelles les éléments qui ont abouti à la décision d'attribuer un marché ont été retenus. Il en va ainsi de la définition des éléments essentiels d'un rapport établissant une comparaison des offres mais sans les départager, qui serviront eux de base au classement de celles-ci, ainsi que de l'importance relative attachée à chacun de ces éléments<sup>347</sup>. La même observation s'im-

pose s'agissant de la définition des classes de préférence, pour les besoins de l'application de la méthode ARGUS, ainsi que du rangement d'une offre dans une classe de préférence déterminée en ce qui concerne son prix<sup>348</sup>.

**95. Censure des erreurs manifestes** – Enfin, la Haute juridiction administrative exerce un contrôle marginal quant au caractère raisonnable de l'exercice fait du pouvoir d'appréciation en matière d'évaluation des offres. Elle a ainsi considéré qu'est entachée d'erreur manifeste d'appréciation, la décision octroyant, en ce qui concerne l'évaluation de la qualité pédagogique de manuels d'éducation scolaire au regard du critère d'insertion d'un thème transversal d'« éducation à la paix », plus de points à l'offre se contentant de développer ces considérations par des illustrations figurant en couverture du manuel et non dans le texte de celui-ci, et encore uniquement dans les ouvrages destinés à une seule année, qu'à celle dont tous les manuels comportent de nombreuses références écrites relatives au concept de paix<sup>349</sup>.

De même, s'agissant de la notation d'un critère relatif aux références en matière d'aménagement de parcs<sup>350</sup>, le Conseil d'Etat a considéré que le pouvoir adjudicateur ne pouvait raisonnablement attribuer un seul point sur six pour les nombreuses références produites par la requérante, qui si elles ne concernaient pas directement l'aménagement de parcs, se rapportaient néanmoins à la conception d'espaces verts (aménagement d'un terrain de golf, plantation d'arbres et de buissons,...) et ne se limitaient pas, comme le soutenait le pouvoir adjudicateur, à des travaux de terrassement<sup>351</sup>.

**96. Limite : affectation du classement** – Il convient cependant de garder à l'esprit que la critique formulée à l'encontre de la méthode ou de l'appréciation concrète

<sup>342</sup> C.E., *n.v. Electronic Data Systems-Belgium*, 12 juillet 2004, n° 133.808. L'application de cette exigence varie cependant d'après la nature du (sous-)critère en question : le Conseil d'Etat a ainsi relevé que l'appréciation du sous-critère de « planning chronologique » prenant la forme de la remise d'un diagramme ne se prête pas à une évaluation proportionnée (C.E., *n.v. Bioterra en n.v. Roegiers Pierre en Cie*, 22 mai 2007, n° 171.420, point 16.4.1.).

<sup>343</sup> C.E., *s.a. C.N.I.M. e.a.*, 7 mars 2006, n° 155.931 ; C.E., *s.a. C.N.I.M. e.a.*, 6 février 2006, n° 154.549 ; voy. aussi C.E., *n.v. FDA Architecten & Ingenieurs*, 16 février 2006, n° 155.098 ; C.E., *n.v. Ecorem*, 28 juillet 2004, n° 134.170 ; C.E., *n.v. Dumont Cleaning*, 30 janvier 2003, n° 115.269 ; C.E., *Ketelaer en c.v.b.a. Formanova*, 25 avril 2000, n° 86.905.

<sup>344</sup> C.E., *s.a. Fujitsu Siemens Computers*, 21 février 2003, n° 116.294.

<sup>345</sup> C.E., *n.v. Strabag*, 26 septembre 2006, n° 162.757.

<sup>346</sup> C.E., *n.v. Zaman Yves & Co*, 14 janvier 2003, n° 114.436.

<sup>347</sup> C.E., *s.a. C.N.I.M. e.a.*, 6 février 2006, n° 154.549.

<sup>348</sup> C.E., *n.v. Bioterra en n.v. Roegiers Pierre en Cie*, 27 décembre 2006, n° 166.318.

<sup>349</sup> C.E., *Imprimerie Interglobe Inc. et Beauchemin International Inc.*, 6 août 2007, n° 173.891.

<sup>350</sup> Certes de sélection, mais l'enseignement qui s'en dégage est transposable à l'appréciation faite au stade de l'attribution.

<sup>351</sup> C.E., *n.v. Aertssen Aannemingsbedrijf*, 29 juillet 2005, n° 147.990.

retenues par le pouvoir adjudicateur qui, à la supposer fondée, n'affecterait pas le classement des offres, serait irrecevable à défaut d'intérêt<sup>352</sup>.

### C. Le déroulement de la procédure négociée

**97. Principes : grande latitude** – En l'état actuel des différentes réglementations, la procédure négociée n'est que sommairement réglementée. En particulier, les dispositions du Titre VI de l'A.R. n° 1 et du Titre VII de l'A.R. n° 2, régissant le contenu et la régularité de l'offre de même que le déroulement de la phase d'attribution dans les procédures d'adjudication et d'appel d'offres, ne lui sont pas applicables à moins que le cahier spécial des charges n'en dispose autrement<sup>353</sup>.

Toutefois, cet état de fait n'implique nullement qu'il s'agisse d'une procédure dénuée de règles, dans laquelle l'entité adjudicatrice disposerait d'un pouvoir d'appréciation illimité.

**98. Restriction : exigences de sélection et critères d'attribution** En premier lieu, le recours à la procédure négociée requiert dans certains cas l'observance de formalités de publicité, lesquelles contiennent des éléments qui lient l'autorité.

De plus, l'utilisation de la procédure négociée ne dispense pas de l'obligation de rédiger un cahier spécial des charges, sauf dans l'hypothèse d'un marché attribué par procédure négociée sans publicité et qui n'atteindrait pas les seuils européens<sup>354</sup>. Cette obligation confère éga-

lement une certaine transparence à la procédure.

En outre, cette procédure peu formalisée connaît également la distinction conceptuelle entre exigences de sélection et critères d'attribution<sup>355</sup>. Le pouvoir adjudicateur ne peut dès lors sélectionner les soumissionnaires sur la base d'autres prérequis que ceux admissibles dans ce cadre<sup>356</sup> ni exiger, en vue de l'évaluation de la capacité technique, la production d'autres documents que ceux limitativement énumérés par la réglementation applicable<sup>357</sup>. Il ne peut pas plus faire reposer son choix sur des critères d'attribution ou une évaluation qui ne satisfont pas aux conditions déjà exposées<sup>358</sup>.

**99. Conduite des négociations** – Si la manière dont le pouvoir adjudicateur doit mener les négociations n'est pas formellement réglementée, celui-ci est tenu d'observer les principes de bonne administration dans ce cadre. Intégrant les enseignements d'une jurisprudence unanime<sup>359</sup>, les nouvelles directives européennes<sup>360</sup> contraignent ainsi expressément, dans les secteurs classiques, le pouvoir adjudicateur à observer l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires au cours des négociations précédées de la publication d'un avis de marché<sup>361</sup>.

Le pouvoir adjudicateur a cependant la faculté de ne poursuivre les négociations qu'avec un seul des soumissionnaires sélectionnés, sous la réserve d'une motivation adéquate (technique dite du « preferred bidder »)<sup>362, 363</sup>.

L'admissibilité d'une telle opération suppose toutefois qu'elle soit précédée d'une *comparaison* effective de l'ensemble des offres remises, à l'aune de tous les critères d'attribution en principe définis, et repose sur un premier

<sup>352</sup> Voy. parmi de nombreux autres arrêts rappelant ce principe : C.E., *n.v. Maes Hoogwerkers*, 20 septembre 2007, n° 174.640, point 9.3.1. ; C.E., *s.a. N.S.I.*, 21 décembre 2005, n° 153.035 ; C.E., *n.v. Sita Recycling Services*, 20 décembre 2005, n° 152.946.

<sup>353</sup> Voy. en ce sens, à propos de la question de la régularité des offres et du délai d'engagement des soumissionnaires : C.E., *n.v. Flandria International*, 16 novembre 1999, n° 83.481, point 3.2.2.2.

<sup>354</sup> D. DE KEUSTER, « De onderhandelingsprocedure : van stiefkind tot oogappel », note sous C.E., *n.v. Kairos*, 27 juin 2003, n° 121.103, *C.D.P.K.*, 2003, p. 689.

<sup>355</sup> C.E., *v.z.w. Gedilo-IK*, 13 décembre 2005, n° 152.660.

<sup>356</sup> Voy. *supra*, n° 16-17.

<sup>357</sup> D. D'HOOOGHE, *op. cit.*, 1997, n° 857.

<sup>358</sup> Voy. *supra*, n° 64-96.

<sup>359</sup> Voy. e.a. C.E., *s.p.r.l. Moulin & associés*, 15 février 2006, n° 155.076 ; D. DE KEUSTER, *op. cit.*, p. 690 et les références en notes 10 à 14.

<sup>360</sup> Et la nouvelle loi transposant celles-ci.

<sup>361</sup> Article 30, 2-4, de la Directive 2004/18/CE. Le législateur belge a étendu cette obligation à la procédure négociée sans publicité dans la nouvelle loi (article 26, § 3, de la loi du 15 juin 2006).

<sup>362</sup> C.E., *n.v. Kairos en n.v. WDP Holding*, 27 juin 2003, n° 121.103. C.E., *Lieds*, 12 mars 2003, n° 116.962, *C.D.P.K.*, 2003, p. 681, note D. DE KEUSTER.

<sup>363</sup> Situation à laquelle n'ont pas porté atteinte les nouvelles directives ni la loi du 15 juin 2006 qui, à l'instar du texte de la loi du 24 décembre 1993, disposent que les négociations peuvent être menées avec « un ou plusieurs soumissionnaires ».

classement des offres<sup>364</sup>.

Un autre point extrêmement délicat consiste à déterminer la mesure dans laquelle l'autorité peut négocier les conditions de marché. L'autorité adjudicatrice ne saurait, à peine de violer les principes *patere legem quam ipse fecisti* et d'égalité des soumissionnaires, prendre au cours du déroulement de la procédure des décisions contraires au prescrit du cahier spécial des charges ou des documents de consultation, sans avoir préalablement modifié ceux-ci<sup>365</sup>. Le caractère acceptable de telles modifications est essentiellement affaire d'espèce et de la manière dont celles-ci sont introduites. Toutefois, l'autorité ne pourrait aller jusqu'à modifier l'objet même du marché en cours de négociations<sup>366</sup>.

**100. Objet des demandes d'amélioration** – Relevons encore que le Conseil d'Etat a jugé « *qu'à défaut de dispositions en sens contraire dans la réglementation applicable et dans le cahier spécial des charges relatif au marché en cause, le pouvoir adjudicateur peut, dans une procédure négociée, considérer comme équivalentes des soumissions dont la notation finale ne varie que de quelques centièmes de point sans que l'équivalence entre les soumissions doive être recherchée au regard de chacun des critères d'attribution; qu'en outre, le pouvoir adjudicateur peut ne demander des améliorations des soumissions que pour certains éléments ou certains critères d'attribution pour autant que le principe d'égalité entre soumissionnaires ne soit pas violé* »<sup>367</sup>. Il ne s'agit toutefois pas d'une obligation<sup>368</sup>.

**101. Motivation réduite** – En ce qui concerne enfin la

motivation de la décision d'attribution, la Haute juridiction administrative a considéré « *que, dans le cadre d'une procédure négociée, la motivation de la décision d'attribution est suffisante dès lors qu'elle énonce les raisons, non démenties par le dossier administratif, qui ont déterminé l'autorité; que, dans ce cadre où la liberté de négociation et d'attribution demeure la règle, il n'est notamment pas exigé que la motivation révèle les raisons pour lesquelles chacune des offres des soumissionnaires finalement non retenus fut jugée moins intéressante; qu'une telle exigence serait, du reste, dénuée de sens dès lors que, comme en l'espèce et dans le respect de la loi, la décision d'attribution résulte, non seulement d'une comparaison des offres, mais aussi de discussions ultérieures avec une seule des entreprises initialement consultées* »<sup>369</sup>.

#### D. La renonciation à la passation d'un marché

**102. Licéité** – Toute procédure d'attribution ne débouche pas nécessairement sur une décision d'attribuer le marché. En vertu de l'article 18 de la loi du 24 décembre 1993, « *l'accomplissement d'une procédure d'adjudication, d'appel d'offres ou négociée n'implique pas l'obligation d'attribuer le marché* » : le pouvoir adjudicateur peut en effet renoncer définitivement à l'attribution du marché en question, ou encore initier une nouvelle procédure pour ce même marché, à passer éventuellement suivant

<sup>364</sup> En ce sens, C.E., *n.v. Kairos en n.v. WDP Holding*, 27 juin 2003, n° 121.103, *op. cit.*, p. 684, point 2.1. : « *dat voorts de onderhandeling is aangevat met de tussenkomende partijen, in hoofdorde omdat hun offerte de beste evaluatie had op grond van gunningscriteria; dat dienvolgens de verzoekende partij niet lijkt te kunnen worden gevolgd in haar stelling, dat door aldus te handelen, het voormelde artikel 17 zou zijn geschonden* ». Voy. également en ce sens, mais à propos d'une vente d'immeuble, non constitutive d'un marché public, en vue de laquelle la partie adverse avait prédéfini des critères afin de déterminer l'acquéreur : C.E., *n.v. Mopro Invest II*, 13 août 2004, n° 134.301, point 2.2., où un offrant avait été exclu des négociations ultérieures sur la base d'une première évaluation portant sur un seul des critères annoncés : « *dat verzoekende partij op het eerste gezicht terecht aanvoert van de bieding te zijn uitgesloten zonder dat dit is geschied op grond van een daadwerkelijke beoordeling en vergelijking van de biedingen op grond van het geheel van de vooropgestelde beoordelingscriteria en het gewicht dat daaraan werd verleend; dat het bestreden besluit lijkt te zijn vastgesteld met schending van het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur "patere legem quam ipse fecisti"* ».

<sup>365</sup> Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *op. cit.*, 2005, pp. 168-169, n° 144.

<sup>366</sup> D. DE KEUSTER, *op. cit.*, C.D.P.K., 2003, p. 690. Pour un cas où ce point fut discuté, mais non démontré, voy. C.E., *n.v. Cordeel Zetel Hoeselt e.a.*, 20 juillet 2005, n° 147.727.

<sup>367</sup> C.E., *s.a. N.S.I.*, 21 décembre 2005, n° 153.035. Il s'ensuit que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de limiter ses demandes d'améliorations aux éléments et critères au regard desquels les différentes offres apparaissent équivalentes.

<sup>368</sup> C.E., *n.v. Cordeel Zetel Hoeselt e.a.*, 20 juillet 2005, n° 147.727.

<sup>369</sup> C.E., *s.a. Derriks*, 19 novembre 2003, n° 125.482.

un autre mode que la procédure à laquelle il est mis un terme<sup>370</sup>.

**103. Justifications admissibles** – La renonciation à l'attribution d'un marché doit cependant reposer sur des motifs légalement admissibles, et constitue un acte attaquant pouvant être déféré à la censure du Conseil d'Etat par les soumissionnaires s'estimant irrégulièrement lésés de ce fait. Cette question est bien entendu particulièrement délicate lorsque la renonciation intervient postérieurement à l'évaluation des offres, moment auquel il apparaît qu'elle prive un soumissionnaire d'un marché qui aurait dû lui revenir s'il avait été attribué, et ce d'autant plus lorsque cette décision est suivie d'une nouvelle procédure ayant le même objet. Tout spécialement dans une telle hypothèse, le pouvoir adjudicateur devra pouvoir établir que la décision de mettre un terme à la procédure repose sur des motifs qui tiennent à son intérêt et n'a pas pour objet d'avantager l'un des soumissionnaires qui n'était pas en rang utile pour l'attribution, ou de désavantager celui auquel le marché aurait dû revenir.

Il a ainsi pu être renoncé valablement à la passation – décision fréquemment prise dans l'une de ces hypothèses – lorsque, dans le cadre d'une procédure d'adjudication, tous les soumissionnaires remettent une offre dont le prix excède l'estimation du pouvoir adjudicateur<sup>371</sup>, qu'un appel d'offres n'a pas permis de dégager des propositions techniquement satisfaisantes<sup>372</sup>, qu'une erreur commise par le pouvoir adjudicateur dans les exigences posées ne permet pas d'identifier l'offre la plus avantageuse<sup>373</sup>, ou

encore que le procédé recherché est devenu illégal ensuite d'une modification législative intervenue dans le courant de la procédure et donc imprévisible *ab initio*<sup>374</sup>, mais également lorsqu'une seule offre apparaît régulière et ôte ainsi à la procédure tout caractère concurrentiel<sup>375</sup>.

Le Conseil d'Etat a cependant conclu à l'illégalité d'une telle décision dans une hypothèse très particulière où il avait été mis un terme à une procédure d'attribution d'un marché de consultation pour des raisons de réorganisation interne, alors que les documents dont la requérante a eu connaissance faisaient apparaître une étroite implication du gérant d'une entreprise concurrente dans le processus d'évaluation et même une proposition d'attribution en sa faveur. La Haute juridiction administrative a estimé que les éléments produits devant elle étaient de nature à priver de vraisemblance le motif invoqué à l'appui de la décision de renonciation<sup>376</sup>.

#### **104. Procédures et décisions successives et intérêt à agir**

– En cas de recommencement de la procédure, le soumissionnaire qui entreprend la décision de renonciation à la première procédure est tenu, à peine de perdre son intérêt à ce recours, de participer aux procédures consécutives (pour autant qu'il y soit invité) et d'attaquer les décisions définitives prises dans le cadre de celles-ci : la Haute juridiction administrative considère en effet que « l'intérêt à attaquer une décision portant renonciation à une procédure d'attribution d'un marché disparaît si le requérant se désintéresse de la nouvelle procédure, soit qu'il néglige d'y participer, soit qu'il s'abstient de contester la

<sup>370</sup> Dans un arrêt déjà ancien, la Cour de justice a, en l'absence d'une disposition expresse en ce sens, déduit de l'obligation faite au pouvoir adjudicateur d'informer dans les meilleurs délais les candidats et les soumissionnaires des motifs pour lesquels il a décidé de renoncer à passer un marché mis en concurrence ou de recommencer la procédure, que cette possibilité était implicitement admise par les directives communautaires, de sorte que le lancement d'un marché n'implique aucune obligation d'attribuer ce marché. Elle a par ailleurs indiqué qu'une telle décision n'était pas subordonnée à la démonstration de circonstances graves et exceptionnelles (C.J.C.E., *Metalmecanica Fracasso SpA*, 16 septembre 1999, C-27/98, points 23-25).

<sup>371</sup> C.E., *n.v. Algemene Ondernemingen Aerts*, 29 avril 2004, n° 130.775, point 2.4.1. ; C.E., *n.v. OIP*, 20 mai 2003, n° 119.581. Il convient cependant que l'estimation soit réaliste. Dans un tel cas, le pouvoir adjudicateur peut légalement décider de recourir à la procédure négociée, avec ou sans publicité selon le cas (sur cette question, voy. *supra*, n° 9).

<sup>372</sup> Dans une telle hypothèse, le pouvoir adjudicateur pourrait décider de recourir à la procédure négociée sans nouvel appel à la concurrence avec les soumissionnaires qui ont remis une offre formellement régulière dans le cadre de la première procédure, sur pied de l'article 17, § 2, 1°, d) de la loi du 24 décembre 1993 (sur cette question, voy. *supra*, n° 9).

<sup>373</sup> C.J.C.E. (ordonnance), *Kauppatalo Hansel Oy*, 16 octobre 2003, C-244/02, point 36, où en raison d'une sous-estimation par le pouvoir adjudicateur des besoins dans le cadre d'un marché de fourniture d'électricité, la procédure lancée ne permettait pas de retenir l'offre la plus avantageuse.

<sup>374</sup> C.E., *n.v. Algemene Ondernemingen Robert Wyckaert*, 12 juillet 2007, n° 173.480, point 19.

<sup>375</sup> C.E., *n.v. Algemene Ondernemingen Aerts*, 29 avril 2004, n° 130.775, point 2.4.1. Un tel motif avait déjà été précédemment admis par la Cour de justice (C.J.C.E., *Metalmecanica Fracasso SpA*, op. cit., points 30-32).

<sup>376</sup> C.E., *b.v.b.a. Eco Consult Milieucommunicatie*, 4 mars 2003, n° 116.657, *Entr. & Dr.*, 2007, p. 78.

décision qui attribue le marché initialement convoité à un concurrent »<sup>377</sup>. Cette jurisprudence apparaît cependant éminemment critiquable au regard des exigences communautaires en matière de protection juridictionnelle des soumissionnaires évincés<sup>378</sup>. Elle l'est également<sup>379</sup> en tant qu'elle repose sur le présupposé que l'intérêt du requérant à attaquer cette décision consiste nécessairement « à retrouver au moins une chance de se le voir attribuer et de l'exécuter lui-même », assertion qui tranche avec l'approche, retenue dans d'autres arrêts, selon laquelle « la circonstance qu'au moment où l'arrêt du Conseil d'Etat interviendra, le contrat sera déjà conclu et exécuté en manière telle que la requérante ne pourra plus espérer se voir attribuer le contrat et être chargée de son exécution mais devra, le cas échéant, se contenter d'actionner la partie adverse en dommages et intérêts devant le pouvoir judiciaire, action dont l'annulation prononcée par le Conseil d'Etat est de nature à faciliter l'aboutissement, ne saurait avoir pour effet de priver la requérante de son intérêt au recours en annulation; qu'elle a, en tout cas, un intérêt moral suffisant pour poursuivre l'annulation de la décision attaquée d'attribuer le contrat à la partie intervenante; qu'elle pouvait limiter son recours à cette décision et n'était pas tenue de l'étendre à d'autres décisions »<sup>380</sup>.

Dans un même ordre d'idées, le soumissionnaire évincé qui entreprend la décision de désignation d'un tiers concurrent qui, notifiée à ce dernier en-dehors du délai d'engagement, n'a pas débouché sur la conclusion du marché à défaut d'accord écrit de l'adjudicataire, est également tenu, à peine de voir son recours déclaré sans objet, d'attaquer la décision de renonciation prise par

l'autorité ensuite de l'absence de conclusion d'un contrat<sup>381</sup>.

## VI. Conclusion

**105.** Au terme de cet examen, on constate que la jurisprudence en matière de passation de marchés publics témoigne de manière générale d'une grande continuité, mais connaît également certaines évolutions.

Au cours de la période de référence, la Cour de justice a ainsi sensiblement nuancé la portée de la faculté antérieurement reconnue au candidat-soumissionnaire d'invoquer des éléments de capacité détenus par des entités tierces en vue de son admission au marché convoité, en autorisant le pouvoir adjudicateur à restreindre le recours à des entités extérieures dans l'exécution du marché.

Le Conseil d'Etat, du moins en ses chambres françaises, paraît pour sa part avoir définitivement abandonné la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de soulever *a posteriori* l'irrégularité substantielle affectant l'offre de la requérante afin de lui dénier l'intérêt à contester l'attribution du marché à un concurrent dont l'offre est régulière, sans toutefois expliquer ce revirement d'attitude. De même s'oriente-t-il vers une obligation dans le chef du pouvoir adjudicateur de motiver *in concreto* le caractère substantiel qu'il attache au défaut de conformité aux prescriptions du marché soulevé à l'encontre d'une offre.

Sa jurisprudence demeure néanmoins traversée par des courants contradictoires, notamment en ce qui concerne la sanction s'attachant à la remise par un même

<sup>377</sup> C.E. (ass. gén.), *s.a. Boucher et s.a. Joly*, 2 décembre 2005, n° 152.172 ; C.E., *a.m. A3C*, 23 octobre 2007, n° 176.045 ; C.E., *s.a. Niezen et s.a. Janssens-Wegsignalatie*, 21 décembre 2005, n° 153.034.

<sup>378</sup> Voy. P. FLAMEY et K. MAN, observations sous C.E. (ass. gén.), *s.a. Amec Spie Belgium*, 2 décembre 2005, n° 152.174, *Entr. & Dr.*, 2007, spéc. pp. 242-247, n° 7-8.

<sup>379</sup> Sauf à soutenir que la distinction se justifie par la circonstance que la perte définitive de la chance d'obtenir le marché résulte également dans une telle hypothèse de l'inaction du requérant et non uniquement des délais de procédure devant le Conseil d'Etat. Cette objection apparaît plus formelle que dirimante, dès lors que l'introduction d'un recours en annulation contre les décisions d'attribution ultérieures n'aurait pas plus permis au requérant de se ménager une possibilité de se voir attribuer le marché. Elle aboutit au demeurant à conférer à l'attitude du requérant une incidence que le Conseil d'Etat a rejeté en d'autres hypothèses, considérant qu'il ne pouvait lui être imposé d'introduire une demande de suspension contre la décision d'attribution afin de conserver un intérêt à l'annulation de celle-ci (C.E., *n.v. Ingenieurs- en architectenbureau Essa*, 27 avril 2006, n° 157.991).

<sup>380</sup> C.E., *s.a. Clear Channel Belgium*, 31 août 2006, n° 162.256, nous soulignons. Voy. également C.E., *n.v. Ingenieurs- en architectenbureau Essa*, 27 avril 2006, n° 157.991, affaire dans laquelle était reproché à la requérante de n'avoir pas étendu son recours au refus implicite de ne pas lui attribuer le marché. En ce qui concerne le maintien d'un intérêt au recours dirigé contre une décision d'attribution à un tiers concurrent nonobstant la notification de cette décision à l'adjudicataire, voire l'exécution totale ou partielle du contrat né ensuite de cette notification, voy. C.E., *s.p.r.l. N. Vanderbaeghe*, 5 décembre 2007, n° 177.610 ; C.E., *s.a. Betonac*, 14 novembre 2007, n° 176.826 ; C.E., *s.a. Immo Max e.a.*, 2 juillet 2007, n° 173.072 ; C.E., *s.p.r.l. Architecture et Urbanisme F. Haulot et s.a. Tractebel Development Engineering*, 16 mai 2007, n° 171.270.

<sup>381</sup> C.E., *s.p.r.l. A.B.C. Etudes et Constructions*, 31 mars 2004, n° 130.013.

soumissionnaire de plusieurs offres dont plus d'une ne peut s'analyser en une variante autorisée. Ces questions gagneraient, en vue d'assurer une élémentaire sécurité juridique, à être tranchées clairement, peut-être par une décision rendue en assemblée générale.

La période de référence a par ailleurs vu la jurisprudence développer et étayer les restrictions apportées à la marge de manœuvre qui revient au pouvoir adjudicateur, en l'absence d'énumération légale exhaustive, dans la définition des éléments d'appréciation des offres en cas de pluralité de critères, dont la méconnaissance vicie radicalement la procédure de passation. La Haute juridiction administrative, spécialement en ses chambres néerlandaises, a cependant relativisé, en matière d'expérience et de qualifications professionnelles du soumissionnaire, la stricte étanchéité entre exigences de sélection et critères d'attribution prônée par une fraction de la doctrine, même si elle demeure la règle qui ne souffre d'exceptions que dans des circonstances et à des conditions exceptionnelles qu'il incombe au pouvoir adjudicateur de démontrer. La compatibilité d'une telle évolution avec le droit communautaire apparaît néanmoins délicate.

En partie sous l'impulsion conjointe des nouvelles directives communautaires et de l'interprétation développée par la Cour de Luxembourg, l'obligation de transparence a en outre enregistré des progrès significatifs, même s'ils demeurent limités à plusieurs égards, tant en ce qui concerne les exigences de sélection qu'au niveau des éléments d'appréciation des offres, évolution dont on ne peut que se réjouir. L'annonce obligatoire des exigences de sélection et la pondération imposée des critères d'attribution, lorsque celle-ci ne s'effectue pas sur la seule base du prix, mettront en effet les candidats-soumissionnaires en mesure de cerner plus fermement *ab initio* la portée réelle des attentes du pouvoir adjudicateur, et de préparer ainsi leur offre en meilleure connaissance de cause. Elles concourent partant à la remise de propositions correspondant plus étroitement aux besoins du pouvoir adjudicateur. Ces impératifs de transparence se traduisent également dans le contrôle juridictionnel croissant et dans les limites de plus en plus nombreuses et précises qui entourent la latitude dont jouit l'entité adjudicatrice dans l'application de ces éléments prédéfinis,

toutes orientées vers une cohérence dans la prévisibilité.

Par ailleurs, la Cour de justice s'est très récemment prononcée dans le sens d'une annonce obligatoire de la méthodologie d'évaluation des offres ou des sous-critères auxquels un pouvoir adjudicateur souhaiterait recourir, à l'encontre d'une jurisprudence établie du Conseil d'Etat.

Une telle approche, au demeurant largement développée en-dehors des textes, nous paraît critiquable, parce que potentiellement contre-productive à deux égards. En premier lieu, elle interdit au pouvoir adjudicateur de prendre en considération les aspects avantageux, au regard des critères généraux, proposés par les soumissionnaires, qu'il n'aurait pas initialement envisagés dans la détermination des éléments d'appréciation. En outre et surtout, la solution avancée par la Cour s'avère impuissante à assurer l'objectif louable qu'elle s'assigne, étant de réduire l'arbitraire et de prévenir les manœuvres *a posteriori* tendant à (dé)favoriser certains soumissionnaires. En effet, elle impose de s'abstenir de recourir à ces éléments objectivants lorsque ceux-ci n'ont pas été annoncés, mais nulle disposition ni aucun principe ne contraint un pouvoir adjudicateur à recourir à de tels éléments. Cette solution n'empêche dès lors nullement le pouvoir adjudicateur réellement désireux d'orienter le processus de décision de le faire en s'abstenant bien d'employer une méthodologie d'évaluation ou des sous-critères pour affiner son appréciation, tandis qu'elle supprime le contrôle juridictionnel accru découlant d'une définition même *a posteriori* de ces paramètres par une autorité adjudicatrice de bonne foi.

Dans ces circonstances, l'approche plus nuancée du Conseil d'Etat, dont la jurisprudence admet une définition de ces éléments après l'ouverture des offres, tout en contenant celle-ci dans les limites relativement étroites qui se déduisent des exigences de prévisibilité et d'égalité entre soumissionnaires, constitue à notre sens une garantie plus adéquate que la position de principe adoptée par la Cour de justice.

Il appartiendra cependant à la jurisprudence de préciser à ces égards la pleine dimension des nouvelles obligations imposées par les dernières directives communautaires et par la réglementation nationale à leur suite. Nul doute qu'elle réserve d'intéressantes perspectives.