

Critères d'attribution

Choix, pondération, cotation et motivation... Et autres complications ?



MARIE-LAURE VAN RILLAER CONSEILLER

Le critère d'attribution est le fil conducteur de bon nombre de procédures de marché public, hantant l'esprit du pouvoir adjudicateur de la rédaction du cahier spécial de charges jusqu'à l'attribution. Par cet écrit, nous passerons en revue sa conception (choix du mode de passation et des critères d'attribution ainsi que leur pondération), puis ses modalités d'utilisation (cotation des offres et motivation).

LE CRITÈRE D'ATTRIBUTION **POURRAIT** être défini comme étant l'élément normalement inscrit dans le cahier de charges permettant de départager les offres déposées dans le cadre d'une procédure de marché public. Il s'agit donc bien d'évaluer les offres des soumissionnaires et non les soumissionnaires eux-mêmes (appréciés eux, en amont, d'après les critères de sélection qualitative).

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

Ce sont les quelques questions auxquelles nous tenterons de répondre en suivant la logique du déroulement chronologique d'une procédure de marché public. En effet, le critère d'attribution anime celle-ci,

du début jusqu'à la fin. C'est cette trame qui nous guidera au cours de cet écrit.

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



En fin de course, les critères d'attribution prennent leur effet utile puisqu'il s'agit de les mettre en œuvre via une ou plusieurs méthodes d'analyse des offres, et ce moyennant une motivation adéquate afin de parvenir au choix de l'offre la plus intéressante.

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

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

En adjudication, le seul critère permettant au pouvoir adjudicateur de désigner l'adjudicataire est celui du prix puisque l'on choisit l'offre la moins disante. En ce cas, le cahier spécial des charges comporte suffisamment de précisions et de conditions d'exécution afin que le seul paramètre variant selon le soumissionnaire soit le prix, le reste étant figé - ou presque - dans le cahier de charges². En appel d'offres, par contre, le pouvoir adjudicateur choisit l'offre la plus



pas illimitée; tout d'abord, les critères retenus doivent viser à identifier l'offre « économiquement la plus avantageuse » soit, sur la base de la loi du 24 décembre 1993 précitée, l'offre « la plus intéressante » et doivent donc être liés à l'objet du marché; ensuite, un critère d'attribution ne peut avoir pour effet de conférer au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix pour l'attribution du marché, ce qui serait le cas d'un critère vague, aléatoire et imprécis; enfin, les critères choisis doivent respecter le principe de non-discrimination, ce qui implique qu'ils soient objectifs et indistinctement applicables à toutes les offres ».

Première limite : lien entre les critères d'attribution et l'objet du marché

Les critères d'attribution doivent être liés à l'objet du marché et proportionnés à ce marché de façon à déterminer l'offre « économiquement la plus avantageuse » en droit européen ou « la plus intéressante » en droit belge⁸.

Ils doivent présenter un intérêt et ne peuvent pas être « démesurés » eu égard à l'objet du marché.

Le pouvoir adjudicateur ne peut pas recourir à un critère de sélection qualitative (qui vise à apprécier la qualité d'un soumissionnaire), au titre de critère d'attribution, ce qui est souvent fait avec le critère de l'expérience⁹. Ceci rend particulièrement ardu le choix de l'offre la plus intéressante en matière de marché public de services. Notez que la nouvelle réglementation des marchés publics a tenu compte de cette difficulté puisque l'article 33, par. 3 de la loi du 15 juin 2006, non encore entré en vigueur, dispose : « Dans le cas d'un marché public ou d'un lot, ayant exclusivement pour objet des services visés à l'annexe II, B, de la présente loi, des éléments liés à la capacité technique et professionnelle du soumissionnaire peuvent, à titre exceptionnel, constituer des critères d'attribution. Cette possibilité ne peut être mise en œuvre que s'il est démontré que cela est rendu nécessaire par les exigences particulières du marché ou du lot concerné ».

Deuxième limite : exclusion de critères d'attribution vagues, aléatoires et imprécis offrant une liberté inconditionnée au pouvoir adjudicateur

L'idée est de permettre aux soumissionnaires de comprendre à quelle sauce ils vont être mangés afin de préparer leur offre au mieux¹⁰. Pas question donc d'insérer

intéressante en fonction des différents critères d'attribution préalablement établis. Le cahier spécial de charges pourra - mais ne devra pas nécessairement - comporter moins de précisions ou d'exigences de type technique³, une certaine marge d'appréciation étant offerte du fait de ces critères d'attribution.

En appel d'offres, pour autant que les autres critères soient bien pris en compte, le fait de procurer une prédominance au critère du prix parmi les autres critères d'attribution n'enlève pas à la procédure son appellation d'appel d'offres⁴. A l'inverse, le critère du prix n'est pas obligatoire en appel d'offres⁵. En ce cas, il peut être indispensable, afin d'éviter un « dérapage » pécuniaire, de fixer une limite dans le cahier de charges ou une fourchette de prix.

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

Il faut conclure de ceci que la question du critère d'attribution et de son éventuelle

pondération ne se pose qu'en appel d'offres et éventuellement en procédure négociée.

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

Si l'on opte pour l'appel d'offres ou la procédure négociée, il échet de choisir les critères d'attribution qui feront partie intégrante du cahier de charges ou des documents en tenant lieu.

L'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 en énumère divers, à titre exemplatif. On y relève notamment le prix, le délai de livraison, la qualité et le caractère esthétique.

Si le pouvoir adjudicateur choisit librement les critères qui lui permettent de déterminer l'offre la plus intéressante, cette liberté n'est pas absolue. Le Conseil d'Etat, par une jurisprudence constante⁷, a, en effet, indiqué que : « Tant les directives européennes que la législation belge relative aux marchés publics laissent aux pouvoirs adjudicateurs la liberté de choix des critères d'attribution dans la procédure d'appel d'offres; toutefois, cette liberté de choix n'est



un critère d'attribution trop aléatoire, ou insuffisamment défini, ou obscur, ce qui lui laisserait finalement une marge de manœuvre trop large¹¹.

Les critères doivent être compris par le pouvoir adjudicateur lui-même qui doit être capable de percevoir leur mise en œuvre concrète et en contrôler la véracité. Ainsi, le critère d'attribution de la robustesse d'une machine à laver industrielle sans autre précision n'est pas adéquat puisqu'invérifiable.

Si les critères peuvent recevoir des éléments de précision non présents dans le cahier des charges et apparaissant donc lors de l'évaluation des offres, cela ne peut pas conduire à dénaturer les critères fixés dans le cahier des charges ni à influencer la préparation des offres des soumissionnaires si ceux-ci avaient été en possession de ces éléments de précision¹². Une prudence toute particulière s'impose donc ici car le risque est grand de biaiser la procédure.

Troisième limite : critères d'attribution objectifs et indistinctement applicables à toutes les offres

Ceci est à mettre en relation avec l'interdiction d'indiquer des noms de marques ou d'indiquer une fabrication ou une origine déterminée qui conduirait à éliminer certaines offres¹³. En d'autres mots, un critère ne peut aboutir à privilégier certaines offres. De plus, chaque critère doit recevoir la même interprétation tout au long de la procédure de marché public¹⁴.

Cas particulier de la procédure négociée
Il convient de relever qu'en procédure négociée en deçà des seuils de publicité

Le critère d'attribution est le fil conducteur de bon nombre de procédures de marché public

européenne, la réglementation des marchés publics n'impose pas la fixation de critères d'attribution. Il faut en déduire que le pouvoir adjudicateur dispose d'une large marge d'appréciation, ce qui l'oblige à motiver correctement sa décision¹⁵.

Nous suggérons d'énumérer dans le cahier de charges quelques critères d'attribution auxquels le pouvoir adjudicateur aura notamment recours. Ceci permet de « cadrer » et d'objectiver la comparaison des offres sans la cadenasser.

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

Après avoir choisi le mode de passation et les critères d'attribution, le pouvoir adjudicateur peut ou doit pondérer ceux-ci. La pondération est l'opération par laquelle l'auteur du cahier de charges définit l'importance relative de chaque critère d'attribution et chiffre cette importance

à propos de chaque critère, que ce soit en termes de points, de pourcentages ou autres.

En appel d'offres en dessous des seuils de publicité européenne, la réglementation des marchés publics¹⁶ impose uniquement qu'un ordre de préférence des critères soit indiqué. A défaut, les critères sont d'égale importance.

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

Par contre, l'obligation de pondération existe au sein des procédures dont les montants dépassent les seuils de publicité européenne¹⁷. En cas d'impossibilité de pondérer (qui devra être justifiée), les critères seront présentés selon leur ordre d'importance.

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

Remarquons préalablement, d'une part, que la liberté dont jouit le pouvoir adjudicateur lors de l'élaboration du cahier de charges à propos du choix des critères d'attribution ne peut aller jusqu'à ajouter un critère d'attribution en cours de procédure ni à en soustraire un¹⁸ et que, d'autre part, le constat d'un critère irrégulier lors de l'analyse des offres contraint le pouvoir adjudicateur à renoncer et à repasser son marché.

La méthode d'analyse des offres peut être définie comme étant l'opération consistant à comparer les offres, à les coter et à les classer. Cette analyse des offres s'effectuera critère par critère, ce qui permet de varier de méthode d'analyse selon le critère envisagé. Après avoir analysé chaque offre du point de vue de chacun des critères d'attribution, le pouvoir adjudicateur va reconstituer le résultat final de chaque offre grâce à la pondération des critères.

La réglementation actuelle des marchés publics ne prescrit aucune méthode particulière et n'impose pas qu'elle soit inscrite dans le cahier spécial des charges ou les documents en tenant lieu¹⁹. En tout état de cause, le pouvoir adjudicateur veillera au respect des principes de transparence, d'égalité de traitement et de proportionnalité.

Parmi ces différentes méthodes, relevons, de façon non-exhaustive, les plus courantes.

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

Cette méthode de type relatif - par opposition à absolu - a le mérite de respecter les principes de proportionnalité et d'égalité de traitement. Dès lors, la cotation des offres dépend du nombre d'offres admises, les points dévolus à une offre variant en fonction de l'acceptation ou non d'autres offres, ce qui empêche une évaluation intrinsèque - ou par elle-même - de l'offre. A l'inverse, une méthode d'analyse de type absolu a l'avantage d'une certaine prévisibilité dans la cotation.

L'autorité de tutelle bruxelloise condamne une seconde méthode qui consiste à attribuer le maximum des points à l'offre la meilleure pour le critère d'attribution et à attribuer 0 point à la moins bonne, toutes

les autres offres se voyant créditer de points de manière linéaire du fait, selon elle, du non-respect du principe de proportionnalité et de ce que l'écart de prix entre les offres n'est pas reflété dans la cotation²⁰.

Une troisième méthode de cotation consiste à fixer des bornes de cotation (par ex., tel prix minimal obtient tel point et tel prix maximal obtient tel point). L'offre équivalant à la cote minimale empoche cette borne inférieure tandis que l'offre obtenant la borne maximale reçoit la meilleure note²¹.

Cette méthode a le mérite d'être transparente, facilement explicable aux soumissionnaires et de permettre la cotation en fonction de la valeur intrinsèque de l'offre et non en fonction des offres déposées, ce qui en fait aussi son inconvénient. Le risque majeur consiste à mal évaluer ces bornes et donc à ne pas savoir coter les offres.

Un quatrième procédé consiste à indiquer dans le cahier de charges, qu'à propos d'un critère d'attribution en particulier, en deçà d'un minimum déterminé, l'offre d'un soumissionnaire ne sera pas retenue²². Cette

pratique permet d'écarter dans son entièreté une offre dont un des aspects est trop peu intéressant²³.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat a censuré la méthode - la cinquième examinée ici - consistant, à propos du critère de prix, à attribuer le maximum de points à l'offre contenant un prix se rapprochant le plus de la moyenne des prix ressortant de toutes les offres. L'objectif était d'obtenir un « prix juste » préservant la qualité et la garantie de la bonne exécution du marché public. Le Conseil d'Etat a rejeté la méthode, estimant que la méthode était « *très aléatoire au regard de l'objectif poursuivi par [le pouvoir adjudicateur] lors de la fixation [du] critère, à savoir l'obtention d'un « juste prix »* »²⁴.

A l'inverse, le Conseil d'Etat n'a pas censuré la formule mathématique en vertu de laquelle il est attribué « *zéro point à l'offre dont le taux d'honoraires s'écarte de 1,5 % ou plus du taux moyen d'honoraires* » parce que « *cette dégressivité certes rapide n'apparaît pas à première vue disproportionnée au regard [du] taux moyen d'honoraire* »²⁵.



CTB TRADE FOR DEVELOPMENT



Le saviez-vous ?

*Les bonnes résolutions
peuvent aussi se prendre
en douceur !*

Pour 2012, faites résolument le choix du commerce équitable et donnez la possibilité aux producteurs du Sud de prendre leur avenir en main.

Plus d'infos : www.befair.be



Notez, pour le surplus, qu'il existe différentes méthodes d'aide à la prise de décisions applicables à la problématique des marchés publics et intégrées dans des logiciels et notamment celle qui consiste à fixer deux niveaux de performance (le niveau neutre « *que le pouvoir adjudicateur désire au moins voir atteint* » et le niveau bon « *que le pouvoir adjudicateur juge bon d'atteindre* »²⁶ qui reçoivent la valeur respective de 0 et 100), puis à évaluer l'attractivité d'une offre par rapport à une autre sur un critère d'attribution déterminé et enfin à apprécier l'attractivité d'un critère d'attribution par rapport à un autre²⁷.

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

Cette question est bien délicate puisque reposant essentiellement sur des éléments d'ordre factuel et suppose un juste équilibre entre la souveraineté de décision du pouvoir adjudicateur et la nécessité de veiller au bon respect de la réglementation des marchés publics et des principes de bonne administration et de le vérifier. Le contrôle exercé par le Conseil d'Etat ne peut être que marginal, ce dernier ne pouvant s'immiscer dans l'appréciation faite par le pouvoir adjudicateur sauf à censurer l'erreur manifeste d'appréciation ou l'inexactitude des motifs ou des faits matériels²⁸.

La motivation de la décision d'attribution est adéquate lorsque le soumissionnaire évincé connaît les points forts et les points faibles de son offre par rapport aux offres des autres soumissionnaires²⁹ ou comprend les raisons de son éviction³⁰. Un simple tableau récapitulatif des points, sans précision, ou une considération générale sans comparaison effective ne suffisent pas³¹. A contrario, un tableau des points accompagné de brefs commentaires est suffisant³². L'obligation de motivation ne va pas jusqu'à exiger que le pouvoir adjudicateur indique dans son rapport d'analyse des offres, lieu de sa motivation, les motifs des motifs³³.

Conclusion

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

Au stade de l'écriture du cahier de charges et du choix des critères d'attribution, il faut être vigilant à leur utilité et à leur praticabilité. Chaque pouvoir adjudicateur doit se demander si le critère d'attribution qu'il indique a un sens particulier au marché qu'il crée et s'il pourra sans difficulté vérifier ce qui sera proposé par les soumissionnaires. La pondération des critères relève de la logique que le pouvoir adjudicateur veut donner à son marché.

Au stade de la comparaison des offres, le critère d'attribution encadre l'analyse des offres nécessairement faite critère par critère. Certaines méthodes d'analyse des offres permettent une comparaison des offres entre elles alors que d'autres évaluent une offre en fonction de sa valeur intrinsèque. Toutes devront respecter les principes de transparence, de proportionnalité et d'égalité de traitement. Et la motivation qui accompagnera cette analyse devra permettre aux soumissionnaires évincés de comprendre les raisons de leur

écartement, sans que l'on ne puisse substituer l'appréciation faite par le pouvoir adjudicateur, sauf erreur manifeste d'appréciation ou erreur de motifs.

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

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

Les dossiers du
**Mouvement
communal**



Le lecteur trouvera sur
www.uvcw.be
un dossier plus complet sur le sujet.

¹ A.-L. Durviaux, *La procédure négociée: spécificités, opportunités et contraintes, Actualités du droit des marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 93; D. Batselé, P. Flamme et P. Quertainmont, *Initiation aux marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 132.

² D. Batselé, P. Flamme et P. Quertainmont, *ibid.*, p. 137.

³ *Ibid.*, p. 87.

⁴ C.E., 11.12.2001, n° 101.745; P. Thiel, *Mémento des marchés publics et PPP 2011*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 293; Y. Cabuy et R. De Pessemier, *La relation entre motivation et cotation dans les décisions d'attribution des marchés publics: analyse de quelques cas issus du contrôle de tutelle sur les décisions des pouvoirs bruxellois, Chronique des marchés publics 2007-2008*, Bruxelles, EBP, 2008, p. 262; J. Noël (sous la dir.), *Les marchés publics - Droits belge et européen - Principes et applications*, volume 1, Charleroi, Esimap, 2001, p. 201.

⁵ C.E., 4.5.2006, 158.316.

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

⁷ C.E., 4.5.2006, n° 158.316; C.E., 2.7.2007, n° 173.072; C.E., 1.4.2009, n° 192.128; jurisprudence émanant de la C.J.U.E.: C.J.U.E., 18.10.2001, C-19/00, point 37; C.J.U.E., 4.12.2003, C-448/01, point 39.

⁸ C.J.U.E., 24.11.2005, C-331/04, point 21; dans l'un de ses arrêts, la Cour de Justice de l'Union Européenne a estimé que la pondération à hauteur de 45% d'un critère de nature écologique n'entravait pas l'analyse des critères afin de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse; la question était ici de savoir en quoi un critère d'attribution de type écologique pouvait aider à choisir l'offre la plus avantageuse économiquement: C.J.U.E., 4.12.2003, C-448/01; dans ce même arrêt, la Cour estime que n'est pas lié à l'objet du marché public (fourniture d'électricité) le critère d'attribution de fourniture d'électricité d'origine renouvelable faite dans le passé (point 68).

⁹ C.E., 25.5.2010, n° 204.259; voy. en doctrine: D. Batselé, P. Flamme et P. Quertainmont, *ibid.*, p. 178; C.J.U.E., 24.1.2008, C-532/06, point 30.

¹⁰ Voy. en ce sens: C.J.U.E., 18.10.2001, C-19/00, point 42; C.J.U.E., 24.1.2008, C-532/06, point 37.

¹¹ C.E., 19.10.2005, n° 150.483; M.-A. Flamme, *Méthodologie de cotation des offres dans les marchés publics et de son contrôle juridictionnel*, *Entr. et dr.*, 2007, p. 126; C.E., 16.9.2004, n° 134.986.

¹² C.E., 3.3.2008, n° 180.337; C.J.U.E., 24.11.2005, C-331/04.

¹³ A.R. 8.1.1996, art. 85; voy. également P. Thiel, *ibid.*, p. 216.

¹⁴ C.E., 19.6.2009, n° 194.415; C.J.U.E., 18.10.2001, C-19/00, point 43; P. Thiel, *Critères de sélection et d'attribution des marchés publics, Actualités du droit des marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 191.

¹⁵ L. 24.12.1993, art. 65/4; A.R. 8.1.1996, art. 25, 51 et 80; voy. également en jurisprudence: C.E., 15.3.2006, n° 156.428.

¹⁶ A.R. 8.1.1996, art. 116.

¹⁷ A.R. 8.1.1996, art. 115 (en appel d'offres) et 122bis (en procédure négociée).

¹⁸ C.E., 19.10.2005, n° 150.423; C.E., 19.6.2009, n° 194.415; voy. aussi: circ. R.W. 25.11.2010, inforum 251691; en doctrine, voy. Y. Cabuy et R. De Pessemier, *ibid.*, p. 260.

¹⁹ C.E., 16.1.2007, n° 166.770; C.E., 16.12.2005, n° 152.843.

²⁰ Y. Cabuy et R. De Pessemier, *ibid.*, pp. 271-272.

²¹ Cette méthode n'a pas été censurée par le Conseil d'Etat: C.E., 16.9.2004, n° 134.986.

²² Pour un exemple soumis au Conseil d'Etat, voy. C.E., 18.1.2011, n° 210.489.

²³ Le Conseil d'Etat l'a admise: C.E., 28.2.2006, n° 155.632.

²⁴ C.E., 4.5.2006, n° 158.316.

²⁵ C.E., 1.4.2009, n° 192.128.

²⁶ M.-A. Flamme, *ibid.*, p. 120.

²⁷ Le Conseil d'Etat n'a pas non plus critiqué cette méthode: C.E., 16.1.2007, n° 166.770.

²⁸ C.E., 1.4.2009, n° 192.128; C.E., 18.1.2011, n° 210.489.

²⁹ C.E., 16.12.2005, n° 152.843; voy. aussi: C.E., 30.1.2003, n° 115.269; C.E., 11.1.2010, n° 199.416; C.E., 16.12.2005, n° 152.843; voy. les références citées in Y. Cabuy et R. De Pessemier, *ibid.*, p. 253.

³⁰ C.E., 17.5.2011, n° 213.294.

³¹ C.E., 15.3.2006, n° 156.427; C.E., 25.4.2000, n° 86.905; C.E., 19.10.2005, n° 150.423.

³² C.E., 2.4.2003, n° 117.877.

³³ C.E., 3.3.2008, n° 180.337; voy. également les références citées in Y. Cabuy et R. De Pessemier, *ibid.*, p. 254; C.E., 18.6.2007, n° 172.400.