

Mme LAUVAU, Greffier.  
Le Greffier, Le Président,  
K. LAUVAU. M.-L. WILLOT-THOMAS.

## LA PROCÉDURE NÉGOCIÉE: ENTRE ART ET MÉTHODE<sup>1</sup>

Pr. Dr. Ann Lawrence Durviaux, Ulg, avocat

### I. L'arrêt, n° 182.2772 du 23 avril 2008

1. Les faits
2. La procédure négociée in casu selon le Conseil d'État
3. La motivation formelle de l'acte attaqué

### II. Observations

4. L'art: le choix des mots des uns et des autres
5. La méthode: le «comment» est guidé par les «objectifs poursuivis»
6. Conclusions

### I. L'ARRÊT, N° 182.2772 DU 23 AVRIL 2008

#### 1. Les faits

La Spaque lance une procédure d'appel d'offres en vue de l'attribution d'un marché de travaux relatif à la réhabilitation du site «Les Houssus» à La Louvière par appel d'offres général. Le cahier spécial des charges régissant la passation et l'exécution de ce marché interdit les variantes libres et impose une variante relative à la réalisation de la partie latérale de l'enceinte de confinement, en imposant la remise de prix pour l'offre de base.

Dans le cadre de cette procédure, six offres ont été jugées recevables et comparées sur base des critères mentionnés et pondérés dans le cahier spécial des charges: le coût d'exécution (50 points), la valeur technique (35 points), la qualité du planning (10 points) et enfin, le délai d'exécution (5 points). Le cahier spécial des charges définit en outre, la méthode de cotation, intitulé pour la cause, «modalités d'application des critères».

Au terme de cette comparaison, le conseil d'administration de la Spaque décide de renoncer à la passation de ce marché. En effet, la société qui a remis l'offre la mieux notée sur base des critères se chiffre à 4.462.316,35 € htva alors que l'estimation du marché est de 3.378.496 €. Dans ces conditions, la Spaque

estime que l'offre la mieux classée comporte un «prix inacceptable» et prend la décision de passer le marché en procédure négociée sur base de l'article 17, § 2, d) de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services<sup>2</sup>, en invitant les six soumissionnaires dont les offres ont été comparées.

Par une lettre du 23 septembre 2003, la Spaque invite les participants à remettre leur «meilleure offre de prix relative au marché de réhabilitation toutes autres choses restant égales et conformes aux documents émanant de la Spaque (cahier spécial des charges et annexes et à votre offre remise le 18/08/2003)», pour le 26 septembre à 14h00 au plus tard, tout en leur communiquant un nouveau formulaire de soumission et un métré de prix.

Par courrier du 26 septembre 2003, la partie requérante (la S.A. Wanty) remet une nouvelle offre de prix, indiquant au pouvoir adjudicateur qu'elle pouvait proposer «des variantes techniques susceptibles de diminuer le coût de l'ouvrage».

Par courrier du 30 septembre 2003, le pouvoir adjudicateur invite la partie requérante, dans le cadre d'un «deuxième tour», à réexaminer son offre du 26 septembre pour le 6 octobre, joignant à nouveau un formulaire de soumission et deux métrés de prix, «toutes autres choses restant égales et conformes aux documents émanant de la Spaque (cahier spécial des charges et annexes) et à votre offre remise le 18 août 2003 (dans le cadre de la première procédure)».

Le 3 octobre 2003, le pouvoir adjudicateur précise, suite «aux nombreuses questions posées dans le cadre de la procédure», que «l'offre de prix sera appréciée eu égard au critère de prix le moins-disant, tenant compte de la qualité technique des services tels que proposés dans votre offre déposée lors de la séance du 18 août 2003».

Le 6 octobre 2003, la partie requérante présente une nouvelle offre de prix. Tout en affirmant que son offre était conforme aux documents émanant de la Spaque (cahier spécial des charges et annexes) ainsi qu'à son offre du 18 août 2003, elle précise que cette dernière comportait des «données techniques complémentaires (point 1.6) destinées à vous assurer l'exécution du marché en garantissant au mieux le respect des clauses techniques exigées, du budget annoncé et du délai minimal proposé». En outre, la partie requérante y détaille, compte tenu de la volonté d'attribuer le marché au moins disant en tenant compte de la qualité des services proposés, l'impact financier «des propositions techniques mentionnées dans notre offre initiale: les prestations supplémentaires qu'elles comportent sont

1. Observations sous l'arrêt du Conseil d'État, n° 182.272 du 23 avril 2008, en cause, la S.A. Wanty c/La Société Publique d'Aide à la Qualité de l'Environnement, SPAQuE, rapport de l'auditeur Yves Houyet.  
2. Cet article prévoit la possibilité de recourir à une procédure négociée sans publicité lorsque: «d) seules des offres irrégulières ont été déposées à la suite d'une adjudication ou d'un appel d'offres, ou qu'il n'a été proposé que des prix inacceptables, pour autant que:  
– les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et que  
– le pouvoir adjudicateur consulte tous les soumissionnaires qui répondaient aux conditions minimales de caractère professionnel, économique et technique déterminées par le Roi et qui ont déposé une offre conforme aux exigences formelles de la première procédure.»

*destinées à améliorer la qualité de l'ouvrage par rapport à celle exigée par le respect à la lettre des clauses du cahier spécial des charges*». Sont évoqués dans ce cadre, des éléments inclus dans les prix unitaires et une proposition de substitution de matériaux, entraînant une économie de 92.360 €, faisant passer son offre de base à la somme de 5.709.314,50 € et la variante à 3.651.167,50 €.

En séance du 6 novembre 2003, le conseil d'administration a décidé d'attribuer le marché à la société Galère, concurrent de la partie requérante. Dans sa décision, le conseil mentionne le prix de 3.713.807,66 € pour la variante obligatoire de galère et le prix de 3.743.527,50 € pour la variante obligatoire de la partie requérante (soit sans la réduction proposée par son courrier du 6 octobre 2003).

Le conseil motive le choix de la société Galère en ces termes: *«qu'il suit de l'analyse des offres que l'offre de la société Galère présente une valeur technique, une qualité du planning et un délai d'exécution tout à fait satisfaisants; que le prix de cette société pour la variante est, après négociation, le plus bas et ne peut être considéré comme anormal»*.

La décision est notifiée à la société Galère le même jour.

Le pouvoir adjudicateur informe, ensuite la société Wanty *«qu'en fonction des critères définis dans le cahier spécial des charges»*, son offre n'a pas été retenue.

Seule un extrait du procès-verbal de la séance du conseil d'administration du 6 novembre 2003 contenant la décision d'attribution a été communiqué à la partie requérante.

## 2. La procédure négociée *in casu* selon le Conseil d'État

Le Conseil d'État estime que si la procédure négociée permet en principe au pouvoir adjudicateur *«d'arrêter librement les documents du marchés»*, l'article 17, § 2, d) de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services déroge à ce principe, en *«imposant de ne pas modifier substantiellement les conditions initiales du marché»*.

Selon la haute juridiction, cette disposition doit être interprétée en fonction des objectifs qu'elle poursuit, à savoir *«maintenir un certain degré de concurrence tout en préservant les intérêts des soumissionnaires qui ont participé à la première procédure»*.

Elle en déduit que, dans le cas d'espèce, le pouvoir adjudicateur devait maintenir la substance des conditions initiales du marché, dont font partie les critères d'attribution, et qu'il lui appartenait, après les avoir maintenues, de les respecter lors de l'attribution du marché.

Le Conseil d'État estime que la précision *«toutes autres choses restant également et conformes aux documents émanant de la Spaque»*, donnée avec l'invitation à remettre offre dans la procédure négociée, lors des

premier et deuxième «tours», implique la confirmation du maintien des conditions initiales du marché dont les critères d'attribution.

Le Conseil d'État considère qu'il découle du prescrit de l'article 17, § 2, d) et des termes de deux invitations à remettre offre, que le pouvoir adjudicateur avait maintenu et devait maintenir les critères d'attribution du marché initial.

Il interprète le courrier du 3 octobre 2003 du pouvoir adjudicateur, par lequel ce dernier a indiqué que la nouvelle offre dans le cadre de la procédure négociée, *«sera appréciée eu égard au critère de prix le moins-disant, tenant compte de la qualité technique des services tels que proposés dans votre offre déposée lors de la séance du 18 août 2003»*, comme impliquant la volonté de ne plus tenir compte des 3<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> critères d'attribution, méconnaissant, partant, le prescrit de l'article 17, § 2, d) de la loi du 24 décembre 1993 ainsi que les règles qu'il s'était fixées lors du lancement de la procédure négociée.

## 3. La motivation formelle de l'acte attaqué

L'extrait du procès-verbal de la séance du conseil d'administration de la Spaque comportant la décision d'attribution litigieuse communiqué à la partie requérante ne reproduisant pas le rapport d'analyse des offres, et ne faisant pas référence à ce dernier, a été jugé insuffisamment motivé du point de vue formel par le Conseil d'État.

Cet acte ne fait pas ressortir que les offres ont été comparées par rapport à tous les critères d'attribution du marché prévus par le cahier spécial des charges. Il ne mentionne et ne compare que les prix proposés par les soumissionnaires à l'issue de la négociation en indiquant pour le reste: *«qu'il suit de l'analyse des offres que l'offre de la société Galère présente une valeur technique, une qualité du planning et un délai d'exécution tout à fait satisfaisants; que le prix de cette société pour la variante est, après négociation, le plus bas et ne peut être considéré comme anormal»*.

Le Conseil d'État estime qu'une *«telle motivation ne suffit pas à comprendre les raisons pour lesquelles l'offre de la société Galère a été jugée «satisfaisante» au regard de trois critères sur quatre critères d'attribution, ni en quoi elle se situe pour ces trois critères par rapport aux autres offres; qu'elle s'apparente à une clause de style; qu'en outre, elle ne fait pas apparaître que l'ensemble des offres ont été évaluées et comparées au regard de ces trois critères»*.

## II. OBSERVATIONS

L'annulation d'une décision d'attribution par le Conseil d'État suscite la plupart du temps un fol espoir: dégager de la censure, le comportement qui serait respectueux de la légalité.

Dans le cadre de la passation des marchés publics, cette aspiration se double d'un souci particulier et récurrent: comment concilier l'interprétation de la légalité par le Conseil d'État avec l'aspiration des services d'achats d'obtenir le meilleur produit ou la meilleure prestation, pour le meilleur prix?

En définitive, toute procédure d'enchère aspire à cet optimum, souvent inaccessible pour les consommateurs non professionnels, compte tenu de leur manque d'information pertinente par rapport aux vendeurs professionnels. Tout l'intérêt d'une négociation est d'obtenir des informations pertinentes pour améliorer, *in fine*, les conditions de la transaction.

Les acheteurs publics sont soumis à des contraintes particulières contenues dans le droit des marchés publics. Les objectifs multiples et complexes de cette réglementation sont très souvent interprétés en vue d'assurer la protection des soumissionnaires (un des objectifs poursuivis étant d'assurer concrètement l'égalité de traitement entre ces derniers) plutôt que d'améliorer les processus d'achats (la finalité de ces derniers restant, en définitive, de discriminer, qui signifie également choisir une offre plutôt qu'une autre).

Si les contraintes à suivre par les acheteurs publics dans le cadre des procédures d'adjudication et d'appel d'offres sont relativement précises, celles qui doivent présider à la négociation restent à maints égards, plus mystérieuses.

La disposition au cœur du conflit opposant les parties dans l'arrêt commenté, l'article 17, § 2, d) de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, est de celle qui agace les «actifs» et laisse perplexe les «spéculatifs».

Le législateur précise une hypothèse dans laquelle un pouvoir adjudicateur peut organiser une procédure négociée sans publicité en posant des conditions: d'une part, une première procédure ordinaire doit avoir été organisée et n'avoir suscité que la remise d'offres irrégulières ou ne comportant que des prix inacceptables, d'autre part, les conditions initiales du marché ne peuvent être substantiellement modifiées et enfin, le pouvoir adjudicateur doit consulter tous les soumissionnaires qui répondaient aux conditions minimales de caractère professionnel, économique et technique déterminées par le Roi et qui ont déposé une offre conforme aux exigences formelles de la première procédure.

La proposition se décline en autant de questions lorsqu'elle veut être concrétisée dans la réalité du monde sensible.

Les irrégularités doivent-elles être nécessairement substantielles ou de simples nullités relatives suffisent-elles?

Qu'est-ce qu'un prix inacceptable? Suffit-il qu'il dépasse les possibilités financières du pouvoir adjudicateur, qu'il s'écarte sensiblement, comme en l'espèce, de l'estimation initiale du marché? Faut-il, au contraire, motiver le caractère inacceptable du prix par rapport à des éléments plus techniques ou écono-

miques détachés de la position subjective de l'acheteur public?

Comment interpréter l'expression «modifications substantielles du marché»? Sont-ce celles qualifiées comme telles par les pouvoirs adjudicateurs dans les cahiers des charges? Sont-ce celles, à l'instar de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 renvoyant à l'art. 89 du même arrêté, relatives au prix, au délai et aux conditions techniques? Dans la première interprétation, puisque les cahiers des charges contiennent rarement des informations précises à ce sujet, la condition se réduit à peau de chagrin. Dans la seconde interprétation, il est délicat de percevoir l'objet, le contenu ou la rationalité de la négociation future...

Pour finir, l'expression «d'offre conforme aux exigences formelles de la première procédure» n'est pas plus précise. La première exigence de l'article 17 était que seules des offres irrégulières ont été déposées dans le cadre d'une première procédure. Il faut en conclure que des offres irrégulières peuvent néanmoins être formellement conformes. Suffit-elle qu'elles existent?

Au milieu de pareilles incertitudes, il n'est guère étonnant que les acteurs (pouvoirs adjudicateurs et entreprises) font ce qu'ils peuvent...

Le principal enseignement de l'arrêt commenté est d'énoncer que les critères d'attribution font partie des conditions substantielles du marché qu'il n'est pas permis de modifier.

À notre sens, cette position mériterait d'être nuancée, les motifs soutenant cette position n'étant pas exempts de toute critique.

#### 4. L'art: le choix des mots des uns et des autres

La condition posée par l'article 17, § 2, d) de la loi du 24 décembre 1993 embarrasse les pouvoirs publics et les entreprises soucieux de leurs intérêts respectifs. Au travers de l'organisation d'une première procédure, les uns et les autres peuvent prendre conscience de certaines lacunes dans le cahier spécial des charges: telle demande ne peut être rencontrée par le marché, telles solutions techniques sont dépassées, une autre méthodologie permettrait de diminuer substantiellement le coût du marché.

En interdisant de manière brutale «toute modification substantielle des conditions du marché», le législateur empêche aux uns et aux autres de tirer les leçons de leurs échecs, vecteur d'évolution de nos sociétés depuis la nuit des temps.

Au demeurant, cette interdiction ne repose pas sur une justification très solide. Le Conseil d'État a rappelé dans l'arrêt que cette disposition entendait d'une part, maintenir un certain degré de concurrence tout en préservant, d'autre part, les intérêts des soumissionnaires qui ont participé à la première procédure.

Le lien logique entre ces objectifs et l'interprétation de l'interdiction de toute modification substantielle des conditions du marché nous échappe.

En effet, la protection des soumissionnaires qui ont participé à la première procédure réside dans l'obligation faite aux pouvoirs adjudicateurs de les inviter à remettre prix dans le cadre de la procédure négociée.

L'interdiction de toute modification substantielle des conditions du marché pénalise en fait, les soumissionnaires qui sont invités à la procédure négociée car ils ont dépensé du temps, de l'argent et investi leur savoir dans le cadre de la première procédure alors qu'ils ne peuvent rien en faire dans le cadre de la négociation, les pouvoirs adjudicateurs prenant rarement le risque de modifier les conditions initiales du marché, compte tenu du caractère imprécis de l'adverbe «substantiellement».

En réalité, l'interdiction de modification substantielle des conditions du marché a plutôt été conçue pour protéger les soumissionnaires qui n'ont pas participé à la première procédure en raison de certaines contraintes existantes qui risqueraient de disparaître ultérieurement dans la procédure négociée si l'interdiction n'était pas posée.

Cette approche est contreproductive pour les pouvoirs publics et les entreprises et conduit à des comportements et attitudes incompréhensibles.

Dans la présente affaire, il est très révélateur que le pouvoir adjudicateur décide de lancer une négociation sur le prix, «*toutes autres choses restant égales* ». Cette précision vise principalement à éviter toutes modifications substantielles des conditions initiales du marché.

Le procédé laisse cependant rêveur : comment, sans modifier le contenu du cahier spécial des charges et les principes des offres déposées dans le cadre du premier marché, le pouvoir adjudicateur est-il parvenu à obtenir dans la négociation une diminution aussi substantielle du prix ? Cela relève de la magie, de l'utopie ou d'un dysfonctionnement fondamental des procédures d'enchères, les prix remis par les entreprises ne semblant plus correspondre à aucune rationalité économique !

À notre sens, les deux invitations à remettre une offre et l'article 17, § 2, d) n'imposaient pas de considérer que les critères d'attribution ne pouvait être modifiés. Au contraire, le pouvoir adjudicateur n'a-t-il pas clairement exprimé la volonté de négocier uniquement le prix ? Tel est le sens explicite de ses invitations à remettre prix dans le cadre de la procédure négociée, toutes les entreprises l'ayant entendu de la sorte.

Par contre, il est beaucoup plus délicat de comprendre comment on peut négocier une réponse (offre) lorsque la demande (cahier spécial des charges) n'évolue pas.

Le comportement de la partie requérante est également révélateur du problème de méthode. Elle a tenté d'utiliser des «précisions techniques» contenues dans l'offre qu'elle a remise dans le cadre de la première procédure, pour glisser, au passage, une substitution de matériaux entraînant une diminution significative

de son prix, puisqu'elle lui permet de passer en première position sur la ligne d'arrivée.

L'arrêt n'est pas très explicite sur ces détails. La substitution de matériaux était-elle prévue dans le cadre de la première offre de la procédure d'appel d'offres ? Pourquoi n'a-t-elle pas été chiffrée à ce moment ? Est-elle introduite à la dernière minute ? Si tel est le cas, ne fallait-il pas considérer qu'il y avait une modification de l'offre initiale et dès lors non respect de l'article 17, § 2 d) telle qu'interprété par le Conseil dans la présente affaire. Une substitution de matériaux n'est pas en soi anodine et implique, *in casu*, un non respect des contraintes de la procédure telles qu'interprétées par le Conseil d'État par la partie requérante, elle-même. Au surplus, elle aurait dû logiquement avoir un impact sur la valeur technique de l'offre, et dès lors, à suivre le raisonnement de la haute juridiction administrative, diminuer d'autant la cotation.

Dans la suite logique de son interprétation, le Conseil d'État considère logiquement que la décision d'attribution est insuffisamment motivée, puisqu'ayant appliqué «sa» méthode, le pouvoir adjudicateur s'était limité à comparer les prix après négociation. La motivation interne ayant été jugée illégale, il est logique que la motivation formelle le soit aussi.

##### 5. La méthode: le «comment» est guidé par les «objectifs poursuivis»

La procédure négociée est considérée avec beaucoup de réserve par les juridictions. Pourtant, les errements souvent et à juste titre sanctionnés ne doivent pas condamner la méthode. Il ne fait pas de doute que l'absence de mise en concurrence volontaire doit être durement sanctionnée.

Par contre, les contraintes légales et réglementaires actuelles, imposant notamment des modalités de publicité ou de mise en concurrence (appel au marché), et l'imposition d'utiliser des critères d'attribution pondérés annoncés au préalable, constituent des garde-fous suffisants, en ce qu'elles obligent les pouvoirs adjudicateurs à réfléchir à une méthodologie de choix pertinente et transparente.

Dès lors que le recours à la procédure négociée est légal, il nous semble important de préserver un espace réel de négociation, afin de garantir la qualité des achats publics et de permettre aux entreprises de se concurrencer également sur la qualité (et non pas seulement par les prix). Or, négocier implique d'ajuster une demande et des réponses et partant, de modifier cahier des charges et offres.

Dans cette perspective, à partir du moment où les critères d'attribution sont annoncés et pondérés, et que les pouvoirs adjudicateurs ont largement ouvert la possibilité de remettre des variantes libres (*quod non* en l'espèce), il n'existe guère de raison logique pour restreindre la faculté de négociation, qui implique nécessairement de modifier les conditions initiales du

marché. L'article 17, § 2, d) de la loi du 24 décembre 1993 devrait dès lors être interprété en ce sens que les modifications initiales du marché ne sont prohibées que lors du lancement de la procédure négociée et non en cours de négociation.

La protection de l'égalité dans la concurrence pourrait être utilement rencontrée par l'insertion de l'obligation (légale ou déduite du principe de transparence) faite aux pouvoirs adjudicateurs de spécifier, en cas d'application de l'article 17, § 2, d) de la loi du 24 décembre 1993, les éléments précis du cahier spécial des charges qui seront considérés comme substantiels, permettant au passage, de clarifier également les causes d'irrégularité substantielles des offres.

De cette manière, les entreprises ayant été dûment informées dès le départ des conditions de l'attribution du marché pourront utilement décider de le suivre en donnant le meilleur de leur compétence.

## 6. Conclusions

La transparence de la méthodologie des procédures de passation est susceptible de garantir très largement les intérêts des pouvoirs publics et des entreprises. Au lieu de tenter au gré des réformes de poser des interdictions peu explicites, il serait sans doute plus réaliste d'alléger la réglementation des marchés publics de toutes ces dispositions ambiguës.

Dans l'attente de cet instant de sagesse du législateur, le principe de transparence dans la méthodologie de comparaison des offres et de conduite de la procédure pourrait constituer un guide dans l'interprétation des textes, très utile à l'intérêt général et aux acteurs de la commande publique. Pour autant que l'interprète se place de manière plus concrète dans la peau de celui qui achète et de celui qui essaye de vendre, sans angélisme.