

Marchés publics et environnement : mise en perspective

1. Croiser le droit des marchés et contrats publics avec l'environnement ou le développement durable est un exercice fécond sous l'angle intellectuel¹. Il suscite inmanquablement de nombreuses

¹ Voy. à titre d'illustrations non exhaustives **les passages dans des ouvrages ou manuels** : M. CLEMENT, *Droit européen de l'environnement – jurisprudence commentée*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 163 à 168 et 196 à 217 ; A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire – analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 195-204 ; pp. 244-250 ; pp. 265-273 ; pp. 419-424 ; M.-A. FLAMME, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, Bruxelles, éd. conf. Intern. de la constr., 1996-1997, art. 19-p.1 ; PH. FLAMME, M.-A. FLAMME, C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 140 à 145 ; D. MISONNE, *Droit européen de l'environnement et de la santé – l'ambition d'un niveau élevé de protection*, Limal, Athemis – L.G.D.J., 2011, pp. 297 à 301 ; K. MÖRIC, *Les partenariats public-privé*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 89 à 96 et 180 à 182 ; J.-F. NEURAY, *Droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 717 à 723 ; P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des partenariats public-privé*, Waterloo, Kluwer, 2011, pp. 103 ; 179 ; 226 ; 292 ; 344 ; 419 ; 851 ; 908 ; 876 ; 992 ; **les contributions dans un livre ou ouvrage collectif** : CH. DUBOIS et I. VAN KRUCHTEN, « Les opérations immobilières complexes des autorités publiques et la réglementation des marchés publics », in C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL, B. DE MEULENAERE, *Jaarboek overheidsopdrachten - Chroniques des marchés publics 2010-2011*, Bruxelles, E.B.P., 2011, pp. 427 à 455 ; J. DEBIEVRE, D. HAVERBEKE et W. NEVEN, « De liberalisering van de energiesector gereflecteerd in de Richtlijn Nutssectoren ? », in C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL, B. DE MEULENAERE, *Jaarboek overheidsopdrachten - Chroniques des marchés publics 2010-2011*, Bruxelles, E.B.P., 2011, pp. 715 à 739 ; PH. FLAMME, « L'application concrète du droit des marchés publics à la problématique concernée: le point de vue du praticien », in X., *Les modes de coopération des services publics ▶ locaux au regard du droit européen. Contractualisation, mise en concurrence, marché public et exception 'in house'*, Waterloo, Kluwer, 2008, pp. 221 à 228 ; R. HEIJSE, S. BOULLART, « Aspecten van het milieurecht met een impact op de gunning en uitvoering van overheidsopdrachten », in C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL ET B. DEMEULENAERE, *Jaarboek overheidsopdrachten – Chronique des marchés publics 2008-2009*, Bruxelles, EBP, 2009, pp. 631 à 644 ; P. LEJEUNE, « Interférence de normes ou principes « extérieurs » avec les solutions contenues dans la réglementation sur les marchés publics », in X., *La nouvelle réglementation des marchés publics – Journée d'études du jeudi 6 mars 1997*, Liège, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1997, pp. 227 à 253 ; F. MOISES ET G. SAUVAGE, « Spécificités des marchés publics d'achat d'énergie », in C. DE KONINCK, P. FLAMEY, P. THIEL, B. DE MEULENAERE, *Jaarboek overheidsopdrachten - Chroniques des marchés publics 2010-2011*, Bruxelles, E.B.P., 2011, pp.741 à 771 ; PH. QUERTAINMONT, « Le rôle économique et social des marchés publics », in X., *Les marchés publics à l'aube du XXIème siècle*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 79 à 116 ; N. VAN DAMME, V. BERTRAND, F. MOÏSES, « Instruments de revalorisation urbaine, marchés publics et P.P.P. », in M. DELNOY (dir.) *Actualités du droit de l'aménagement du territoire et de l'environnement – Pans et permis*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2009, pp. 125 à 179 ; S. VAN DROOGENBROECK, I. HACHEZ, *Les limites à la privatisation déduite des droits fondamentaux* in B. LOMBAERT, « Les partenariats public-privé (P.P.P.): un défi pour le droit des services publics » ; D. YERNAULT ET B. CADRENEL, « Les contraintes du droit européen pour la gestion des services publics locaux - L'expérience bruxelloise », in X., *Les modes de coopération des services publics ▶ locaux au regard du droit européen. Contractualisation, mise en concurrence, marché public et exception 'in house'*, Waterloo, Kluwer, 2008, pp. 147 à 192 ; ou **encore les articles et extraits de périodiques** : C. ALVES, « Marchés publics, environnement et droit communautaire : le marché contre la puissance publique... tout contre ? », *Amén.-env.*, 2010/1, pp. 3 et s ; D. BLAISE « La prise en compte des critères environnementaux dans les marchés publics », note sous C.J.C.E., 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland Oy AB, c/ Helsingin Kaupunki*, aff. C-513/99, A.J.D.A., 2003/09, pp.434 à 436 ; J. DE MULDER, « Het Internationaal Gerechtshof en de vereiste van grensoverschrijdende milieueffectbeoordeling », *T.M.R.*, 2011/2, pp. 104 et s. ; A. DEPRET, « Intercommunales – Par le prisme des marchés publics », *Mouv. Comm.*, 2011/11, pp. 15 et s. ; K. DE RIDDER, « Het is groen en de gemeente koopt het [Gemeentelijke overheidsopdrachten] », *Lokaal*, 2010/6, pp. 18-19 ; C. DE WOLF ET A. VERHEGGEN, « Het arrest van het Hof van Justitie dd. 15 juli 2010 : het toezicht van de aanbestedende overheid op de naleving van de fiscale en sociale verplichting bij overheidsopdrachten », obs. sous C.J.U.E., 15 juillet 2010, aff. C-74/09, *Entr. et droit*, 2011, p. 43 ; D. DEOM, « Le vert est dans le vent. De quelques questions en rapport avec les éoliennes », *Rev. dr. commun.*, 2011/1, pp. 2-11 ; R. DUGAILLIEZ, *Stimuler les performances environnementales et sociales des marchés publics — Opportunités et perspectives*, Dossiers ASBL Actualités 2006, liv. 2, pp. 67-103 ; M. DUQUESNE, M. LAMBERT, « Production et marchés publics - Comment vendre ses certificats verts ? », *Mouv. Comm.*, 2012/1, pp. 52 à 54 ; A.-L. DURVIAUX., F. NAVEZ, *Marchés publics et paradigme concurrentiel: état du droit*, Dossiers ASBL Actualités 2006, liv. 2, pp. 13-66 ; A.-L. DURVIAUX et Th. DELVAUX, « De quelques aspects juridiques du mécénat d'entreprise en faveur des pouvoirs publics », *J.T.*, 2011, pp. 429 et s. ; N. FRANÇOIS, « La place des considérations d'ordre non strictement économique dans l'attribution des marchés publics. Essai sur la prise en compte de considérations d'ordre environnemental, social, éthique et de genre dans les critères de sélection et d'attribution des marchés publics », *C.D.P.K.* 2009/4, pp. 621-664 ; D. GERADIN, « Droit européen de la concurrence et protection de l'environnement », *Amén. Env.*, 1999, numéro

questions pratiques et théoriques insolubles ou donnant lieu à des réponses controversées.

Prendre en considération des politiques et cadres normatifs portant sur des objets différents (ici, il s'agit par exemple du droit de l'environnement², du droit des marchés publics et du droit de l'énergie³) avec une composante technique très importante, élaborés par des niveaux de pouvoirs différents (international, européen, national, régional et local), par des spécialistes dans chaque discipline, emporte un degré de complexité qui constitue un déficit pour tout législateur, juge ou praticien, en dépit de la multiplication des explications diffusées⁴.

Il n'est guère surprenant, partant, que les problèmes non résolus en amont, trouvent des réponses en aval, au hasard des procédures contentieuses⁵. L'ajustement des textes normatifs et des positions politiques⁶ rend la pratique du droit délicate. Un **discours pessimiste** met l'accent sur l'insécurité juridique et la relativité qui deviennent permanentes, éternisant l'idée de norme et l'idée d'Etat de droit lorsque les pouvoirs publics sont les destinataires des règles.

Un **discours optimiste** met l'accent sur les opportunités suscitées par le contexte d'incertitude, facteur de créativité, d'émergence de nombreuses initiatives normatives et explicatives plus ouvertes⁷, ayant pour ambition de diffuser les bonnes pratiques ou à tout le moins, de rendre compte de ce qui se fait dans le cadre juridique existant. La Belgique n'est pas en reste dans l'exercice, dans ses composantes fédérale⁸ et régionales⁹.

spécial, pp. 44-59 ; F. HAUMONT, Le management environnemental, *Amén.-Env.*, 1999, numéro spécial, pp. 79-105 ; TH. HAUZEUR ET S. ENGELLEN, « Quel avenir pour les implantations commerciales au regard de la Directive « services » et de la régionalisation ? », *Amén.-Env.*, 2011/2, pp. 107 et s. ; B. LOMBAERT, N. FRANÇOIS, « Les contrats de performance énergétique des bâtiments dans le secteur public local – Eclairages relatifs à l'application de la réglementation des marchés publics », *rev. dr. comm.*, 2010/4, pp. 12 et s. ; S. RODRIGUES, C. BERNARD GLANZ ET L. LEVI, « Chronique des marchés publics dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne », *Rev. march. comm.*, 2010, n°539, pp. 395 et s. ; J.-M. VAN BOL, « L'organisation des marchés publics communaux en Wallonie et à Bruxelles », *Rev. dr. comm.*, 2010/2, pp. 2 et s. ; E. VAN NUFFEL, « Les atteintes à la concurrence dans les marchés publics – Le droit de la concurrence est-il soluble dans le droit des marchés publics? Ou en émulsion? », *Entr. et droit*, 2011, pp. 225-237 ; A. VANDEBURIE ET S. DE RIDDER, « La vie du contrat dans les commandes publiques – 1^{ère} partie », *Entr. et dr.*, 2010/1, pp. 7 et s. ; A. VANDEBURIE ET S. DE RIDDER, « La vie du contrat dans les commandes publiques – 2^{ème} partie », *Entr. et dr.*, 2010/2, pp. 113 et s. ; S. VAN DEN BERGHE, « La protection de l'environnement via les marchés publics. Une contribution active au développement durable », *Mouv. comm.*, 2002/4, pp. 185-186.

² Par exemple, Règlement CE /1980/2000 du Parlement européen et du Conseil du 17 juillet 2000 établissant un système communautaire révisé d'attribution du label écologique. J.O., L-237 du 21.9.2000, p. 1-12.

³ Par exemple, Directive 2009/33/CE du Parlement et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de véhicules de transport routier propres et économes en énergie, J.O., L-120 du 15.5.2009, pp. 3 à 11.

⁴ Commission européenne, *Communication du 16 juillet 2008 de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen Comité des Régions relative à des marchés publics pour un environnement meilleur*, Bruxelles, COM/2008-400 (final) ; Commission européenne, *Acheter vert! Les marchés publics écologiques en Europe*, 25/10/2011 ; Site internet des *Green Public Procurement* de la Commission européenne : http://ec.europa.eu/environment/gpp/index_en.htm (en anglais seulement).

⁵ Voy Par exemple, C.J.C.E., 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland Oy AB, c/ Helsingin Kaupunki*, aff. C-513/99, A.J.D.A., 2003/09, pp.434 à 436 ; Trib.U.E., 31 août 2010, *Babcock Noell GmbH c/ Entreprise commune européenne pour ITER et le développement de l'énergie de fusion*, aff. T – 299/10.

⁶ Le droit européen des marchés publics est en état de transposition permanente en Belgique. Les lois adoptées en 2006 pour transposer les directives de 2004 ne sont toujours pas en vigueur alors que les futures directives sont en cours de réflexion, voy. notamment, Commission européenne, *LIVRE VERT du 27 janvier 2011 sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics - Vers un marché européen des contrats publics plus performant*, Bruxelles, COM/2011-15, pp. 35 à 38.

⁷ *Marchés publics et environnement – problèmes et solutions pratiques*, Paris, OCDE, 2000. 122 pages.

⁸ Arrêté royal du 20 décembre 2010 relatif à la promotion de véhicules de transport routier propres et économes en énergie dans le cadre des marchés publics, *M.B.*, 24 décembre 2010 ; Circulaire 307quinquies du 13 juillet 2009 relative à l'acquisition de véhicules de personnes destinés aux services de l'Etat et aux organismes d'intérêt public, *M.B.*, 3 août 2009. (NB : modifie la circulaire 307quater du 3 mai 2004) ; Plan d'action fédéral marchés publics durables 2009 – 2011, Conseil des Ministres du 3 juillet 2009. Circulaire ministérielle du 18 novembre 2005 comportant la politique d'achat de l'autorité fédérale stimulant l'utilisation de bois provenant de forêts exploitées durablement, *M.B.*, 9 février 2006 ; Circulaire ministérielle du 25 janvier 2005 relative à la mise en oeuvre de la politique de développement durable lors des marchés publics de fournitures lancés par des pouvoirs adjudicateurs de l'autorité fédérale qui appartiennent aux secteurs classiques, *M.B.*, 4 février 2005 ; Site du guide des achats durables : <http://www.gidsvoorduurzameaankopen.be/>

⁹ Circulaire du 5 février 2009 relative à l'insertion de critères écologiques et de développement durable dans les marchés publics de fournitures et de services et modifiant la circulaire ministérielle du 8 juillet 1993 relative à

2. Après avoir rappelé le cadre théorique de la prise en compte de l'environnement dans le droit des marchés et contrats publics (I), le droit positif est étudié au travers de deux questions illustrées par des exemples concrets (II) la qualification juridique et la méthodologie de passation, les deux étant liées. Il s'agit de nous écarter des discours pessimistes et optimistes, pour souligner que le droit européen des marchés et contrats publics ne constitue ni un obstacle, ni une opportunité pour soutenir l'environnement et le développement durable. Le cadre juridique est complexe pour tout processus d'achat et d'investissement. Il n'est guère pertinent de colloquer la discipline ou des considérations économiques pour les opposer aux considérations environnementales, dans le champ étudié. Dans un dernier point (III), le processus de révision du droit européen des marchés publics est exposé. En conclusion, rien de fondamentalement neuf ne sortira du processus législatif européen en cours, ni en terme de contraintes, ni en terme d'opportunités, laissant les acteurs optimistes à leur créativité et les acteurs pessimistes à leur quête improbable de certitude et de sécurité juridique.

I. Le cadre théorique : le discours économique

3. La réflexion doctrinale s'inscrit dans le prolongement d'un constat : la progression à l'échelle planétaire des réglementations relatives aux marchés publics dans une perspective « libre-échangiste ». N'hésitant pas à évoquer une *révolution globale*¹⁰, comment des impératifs nationaux allaient-ils pouvoir s'harmoniser avec les objectifs habituellement poursuivis par la conclusion d'accords internationaux ? S. Arrowsmith, J. Linarelli et Jr. Don Wallace¹¹, dans une vaste étude, se sont attachés à étudier de manière approfondie cette question. En identifiant les divers objectifs poursuivis par les promoteurs des réglementations relatives aux marchés publics, ils ont démontré que les approches étaient sensiblement différentes dans les droits nationaux¹² et dans les accords relatifs à des échanges entre pays ou dans le cadre de projets à dimension internationale¹³, notamment sur la question dite des **fonctions instrumentales ou fonctionnelles des marchés publics**.

4. Celles-ci sont bien connues dans la discipline économique¹⁴. Une première fonction des marchés publics, rappelée également par J. Fernandez Martin¹⁵, est, selon la doctrine Keynésienne

l'Eco-consommation et à la gestion des déchets dans les administrations publiques régionales en Région de Bruxelles-Capitale, *M.B.* 23 mars 2009 ; Circulaire ministérielle du 15 avril 2008 relative aux achats publics durables dans les communes, *M.B.* 15 avril 2008 ; Circulaire du Gouvernement wallon du 3 juin 2009 relative à l'achat de papier à copier ou imprimer, *M.B.* 22 juin 2009 ; Circulaire du 23 avril 2009 relative aux espèces exotiques envahissantes, *M.B.* 26 mai 2009 ; Circulaire du 23 avril 2009 relative à l'utilisation de lubrifiants compatibles avec l'environnement dans les installations hydrauliques des cours d'eau en Région wallonne, *M.B.* 13 mai 2009.

¹⁰ Jr. DON WALLACE, « The Changing World of National Procurement Systems : Global Reformation », *P.P.L.R.*, 1995, pp. 57-62 ; S. ARROWSMITH et A. DAVIES, *Public Procurement : Global Revolution*, Londres, Kluwer International Law, 1998.

¹¹ *Op. cit.*, pp. 27-230.

¹² Dans les droits nationaux des pays émergents ou des pays de l'ancien bloc de l'Est, la réglementation relative aux marchés publics accompagne la mise en place d'une économie de marché. Dans d'autres pays, comme l'Indonésie, qui connaissent déjà un système d'économie de marché, la réglementation relative aux marchés publics s'est inscrite dans une perspective plus large, visant à améliorer de manière structurelle leur droit économique. Cet effort a été encouragé et soutenu par des institutions financières internationales directement intéressées, notamment dans le cadre de projets de développement. Une bonne *gouvernance* des institutions publiques renforce l'efficacité des investissements. Un droit des marchés publics permettrait aux organisations internationales, financières ou autres, soutenant des projets de développement de s'assurer que les sommes allouées sont bien dépensées par les États qui les reçoivent.

¹³ Dans l'ordre juridique international, de nombreux accords et traités tendent à *libéraliser*, d'une manière générale, les échanges commerciaux entre États ou Régions du monde. La plupart du temps, les *marchés publics* des États signataires reçoivent un traitement particulier. Ces traités et accords peuvent soit préserver, soit encadrer, soit interdire l'utilisation des marchés publics comme instrument d'une politique industrielle ou de politiques secondaires (sociales ou environnementales). Il s'agit, en d'autres termes, de préserver la possibilité pour les pouvoirs publics de combiner des achats ou des investissements avec d'autres objectifs indirects par rapport aux achats ou aux investissements, ce que certains appellent la *fonction instrumentale* des marchés publics.

¹⁴ JEANRENAUD, « Marchés publics et politique économique », 1984, *72 Annales de l'économie publique, sociale et coopérative*, pp. 151-154.

¹⁵ *Op. cit.*, pp. 46-47.

en matière de politique budgétaire, de soutenir la demande globale afin de stimuler l'activité économique en période de récession. Une deuxième fonction des marchés publics est de protéger les industries nationales contre la concurrence étrangère. Une troisième fonction des marchés publics est d'améliorer la compétitivité de certains secteurs industriels. Enfin, une quatrième fonction des marchés publics est de remédier aux disparités régionales, en redistribuant des ressources d'une manière ou d'une autre.

Ces fonctions peuvent être mises en relation avec les raisons mises en avant par les économistes pour justifier l'interventionnisme public, la théorie des externalités, la théorie des échecs de marché ou encore l'interventionnisme fondé sur des valeurs dans le cadre de la fonction redistributive de l'État¹⁶.

Ces fonctions décrites de manière abstraite¹⁷ supposent, cependant, certains comportements précis dans le cadre d'achats¹⁸ qui seront eux-mêmes nécessairement influencés par le degré d'ouverture à la concurrence internationale des marchés publics.

Il est dès lors aisé de comprendre que les marchés publics des États, et le droit qui s'applique à ceux-ci, constituent un enjeu politique essentiel. Le sujet est sensible dans le cadre de l'élaboration des normes nationales et dans le cadre de la conclusion d'accords internationaux, les deux perspectives, nationale et internationale, s'influençant nécessairement.

Si la mondialisation, notamment des échanges économiques, est prégnante dans les discours économique, politique et médiatique¹⁹ de ce début de troisième millénaire, force est de constater que les marchés publics font l'objet de réglementations sensiblement nuancées dans la perspective de la préservation des fonctions instrumentales dans l'ordre international.

Les liens entre théorie économique et marché public ne se limitent pas à la perspective libre-échangiste. La théorie des enchères, plus directement consacrée aux différentes procédures d'acquisition (ou de vente) de biens et de services, doit encore être considérée. Elle fait entrer le lecteur dans un nouveau degré de complexité tout en permettant d'entrevoir les limites de la perspective libre-échangiste dans le cadre d'un processus d'achat : la discrimination (discriminer signifie choisir) semble cosubstantielle aux processus de mise en compétition. Ce constat de bon sens, formalisé en théorie économique, implique, si pas un renversement de la perspective libre-échangiste, à tout le moins des nuances significatives²⁰.

5. La mondialisation de l'économie, qui participe aux développements des réglementations et des accords internationaux relatifs aux marchés publics, s'accompagne également d'un regain d'intérêt sur les possibilités **d'utiliser les marchés publics comme un instrument de politique industrielle, sociale ou environnementale (parfois qualifiées de politiques secondaires²¹)**.

La possibilité pour les États d'utiliser les marchés publics comme un instrument de leur politique industrielle peut être préservée, encadrée ou interdite par les accords et traités régionaux et internationaux. Sous l'angle des techniques de passation, les diverses manières de mener une politique industrielle sont bien connues. Elles sont vivement controversées, alors que la théorie économique permet d'en expliquer les fondements. Le désaccord d'ordre idéologique est nourri par des difficultés méthodologiques : il semble délicat de mesurer les effets concrets des politiques. Ces difficultés permettent aux uns de critiquer l'opportunité de ces politiques et aux autres de les justifier²².

¹⁶ Des considérations analogues sont mises en avant dans le cadre d'une réflexion relative aux justifications économiques des aides d'État.

¹⁷ Presque sous l'angle macro-économique, serions-nous tentée de dire

¹⁸ Comportements d'acheteur donc, autorisés ou non prohibés par le droit qui leur sera applicable.

¹⁹ Mais pas dans le discours historique.

²⁰ Vos. Pour de plus amples développements, notre thèse de doctorat, A.L Durviaux, Logique de marché et marchés publics en droit communautaire, Larcier, Bruxelles, 2006, spéc. pp. 254 à 283.

²¹ Notamment par la Commission dans sa communication interprétative du 15 octobre 2001 sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés (COM(2001) 566 final) et sa communication interprétative du 4 juillet 2001 sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et la possibilité d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés (COM(2001) 274 final).

²² Les promoteurs de ces politiques existent tant dans les pays développés que dans ceux en voie de développement ou émergent (voy., à ce sujet, S. ARROWSMITH, J. LINARELLI et Jr. DON WALLACE, *op. cit.*, spéc. p. 238).

6. Le souci de protection des industries nationales contre les importations. La mesure la plus radicale consiste à exclure les entreprises ou les produits étrangers des contrats passés par l'État et ses démembrements. Les États-Unis utilisent, depuis la grande dépression, ce type de soutien direct aux entreprises américaines²³, avec parfois une accentuation du phénomène dans certains secteurs dits stratégiques ou symboliques comme la défense²⁴ ou la recherche spatiale²⁵. Les formes de ce soutien sont multiples : exigence de produits *nationaux* dans une proportion variable, avantage donné aux entreprises ou aux produits nationaux en termes de prix²⁶, etc.

Ces politiques sont parfois, mais pas nécessairement²⁷, inscrites dans des législations. Elles peuvent également être conduites par des entités publiques dans leur politique d'achat. Dans cette dernière hypothèse, elles seront inscrites dans les cahiers des charges. Clause d'exclusion de participation de certaines entreprises ou de réservation de marchés à certaines entreprises (dont la nationalité est souvent définie par la propriété), prescriptions techniques orientées vers tel ou tel produit déterminé, spécifications sur mesure, utilisation des appellations d'origine ou des systèmes nationaux de normalisation ou de certification, telles sont les techniques utilisées afin de protéger les industries nationales.

Sous l'angle de la théorie économique, ces politiques sont parfois justifiées par le souci d'encourager les entreprises de certains secteurs nationaux qui ne disposent pas **d'avantage comparatif** par rapport aux entreprises étrangères du même secteur²⁸. Elles sont, dès lors, susceptibles de s'inscrire en porte-à-faux par rapport aux objectifs poursuivis par la conclusion d'accords de libres-échanges à l'échelle régionale ou internationale, fondés sur la théorie des avantages comparatifs dans les échanges entre États.

Sous un angle plus pragmatique, l'efficacité de ces politiques est sujette à caution, notamment en raison du fait que les politiques discriminatoires n'influencent pas nécessairement la *spécialisation* à l'échelle internationale, car elles ne constituent que des *barrières à l'entrée* très imparfaites. En effet, l'importance de la demande privée par rapport à la demande *publique* pour le même bien ou service doit être considérée dans la problématique²⁹. En fonction de cette relation, il peut arriver que les prix payés par les autorités publiques soient supérieurs à ceux payés, pour le même bien ou service, par les particuliers. Une discussion entre économistes se noue pour mesurer plus concrètement les effets pervers de ces mesures, basées sur les paramètres d'analyse décrits ci-dessus. Une quantification précise et consensuelle semble délicate.

7. Les politiques qui tendent à corriger les imperfections du marché. La réalité ne reflétait pas le modèle théorique des marchés parfaits ou de la concurrence parfaite. Or, le point de départ de la théorie économique en matière de commerce international et son concept d'avantage comparatif supposent des marchés parfaits. Les marchés publics peuvent dès lors également être utilisés pour corriger les imperfections présentes dans la réalité. Les techniques pour le faire rejoignent les méthodes décrites ci-avant tendant à protéger les industries ou productions nationales. Les procédés connus peuvent, en outre, résulter, d'une part, de simples programmes d'investissement décidés par les autorités compétentes du pays considéré³⁰ et, d'autre part, des conditions particulières liées à l'exécution du contrat.

²³ Le « *Buy America Act* » date en effet de 1933.

²⁴ Le « *National Security Act* » de 1947.

²⁵ Le « *National Space Policy Directive* » de 1990.

²⁶ Dans divers secteurs importants de l'économie, comme l'eau et les transports (voy. les dispositions citées par S. ARROWSMITH, J. LINARELLI et Jr. DON WALLACE, *op. cit.*, spéc. p. 240).

²⁷ Elles peuvent prendre la forme de circulaires ou d'instructions budgétaires ; par exemple, une autorité publique qui octroie des subsides à une autre autorité publique pour la réalisation d'infrastructures publiques imposera, d'une manière ou d'une autre, que figurent dans le cahier spécial des charges relatif au marché, des clauses techniques discriminatoires en faveur de productions locales.

²⁸ S. ARROWSMITH, J. LINARELLI et Jr. DON WALLACE, *op. cit.*, spéc. p. 241.

²⁹ F. TRIONFETTI, *The Government Procurement Agreement and International Trade : Theory and Empirical Evidence*, cité par S. ARROWSMITH, J. LINARELLI et Jr. DON WALLACE, *op. cit.*, spéc. p. 242.

³⁰ Voy. encore les critiques formulées par certains pays de l'Union européenne qui ont soutenu, dans le cadre de l'industrie des avions civils gros-porteurs, le projet AIRBUS à l'égard des *subventions* indirectes du Gouvernement U.S. octroyées à Boeing à travers des contrats passés avec l'industrie de la défense (D.W. CARLON et J. PERLOFF, *op. cit.*, spéc. p. 862).

Concrètement, il s'agira parfois de conclure des marchés publics avec des entreprises nationales qui sont indirectement soutenues par l'exécution de ceux-ci, parfois de conclure des marchés publics avec des entreprises étrangères en leur imposant des sous-traitants nationaux pour tout ou partie de l'exécution du contrat, en poursuivant comme objectif secondaire un transfert de technologie ou de savoir-faire vers les entreprises sous-traitantes nationales³¹. Les politiques de soutien aux petites et moyennes entreprises³² procèdent du même fondement en théorie économique, tout comme le soutien à des entreprises appartenant ou composées essentiellement d'un groupe social identifié (travailleurs désavantagés, groupe ethnique ciblé, sexe du propriétaire)³³.

8. **Les politiques qui tendent à créer un avantage comparatif dans des marchés imparfaits.** Comme nous l'avons exposé ci-avant, des barrières à l'entrée peuvent exister sur certains marchés imparfaits. Les marchés publics (et les aides d'État) peuvent servir à combattre ces imperfections. Le projet européen AIRBUS peut également se lire comme une volonté politique d'organiser une concurrence³⁴ à la société américaine Boeing³⁵. Même si les modalités du soutien de la France, de l'Allemagne, du Royaume-Uni et de l'Espagne relèvent plus de l'idée de subvention³⁶, elles auraient pu prendre la forme d'un marché de développement ou encore de commandes particulièrement soutenues par les pouvoirs publics pour les avions ou les technologies d'AIRBUS.

9. **Les coûts de transaction et les problèmes d'information.** Dans les marchés imparfaits, les entreprises réagissent à l'information, éventuellement en diminuant ce qui aurait été leur prix dans un marché *parfait*.

Les techniques qui consistent, dans le cadre d'un processus de passation des marchés publics, à pénaliser des entreprises ou produits via des *majorations fictives*³⁷ opérées lors de la comparaison des offres sont parfois critiquées. En effet, dans le cadre de *marchés imparfaits*, il est prévisible que les concurrents visés réagiront à cette information en adaptant leurs prix ou leurs stratégies. Ils seront, en effet, tentés de diminuer leurs prix en manière telle qu'ils conservent une chance d'obtenir les marchés³⁸. Il est dès lors important, pour un pouvoir adjudicateur, de ne pas utiliser uniquement le critère du prix et de ne pas divulguer la valorisation des pénalités.

10. **Les politiques basées sur la nécessité de payer une rente économique.** Certaines politiques de discrimination sont également justifiées par le fait que dans certaines circonstances, selon la théorie économique, il est préférable que le nombre d'entreprises susceptibles d'exécuter le marché soit réduit. La tentation est alors grande d'éliminer les entreprises dont les liens avec l'État ou la collectivité publique acheteuse sont plus lâches, soit parce qu'elle n'occupe pas du personnel sur son territoire, soit parce qu'elle n'est pas la propriété *d'autochtones*.

11. **Les marchés publics en tant qu'instrument de négociation dans le cadre de négociations commerciales.** Les négociations internationales s'apparentent parfois à des marchandages sur le degré d'ouverture des marchés publics. L'Accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'O.M.C. à Marrakech constitue un bel exemple de cet esprit de négociation souvent imputé aux représentants des États-Unis. Le conflit irakien offre un autre exemple de marchandage, dans la mesure où les marchés liés à la reconstruction ont *échappé* aux entreprises des pays qui n'avaient pas rejoint le clan des *combattants de l'axe du mal*.

12. **Les politiques dirigées par des objectifs « non » économiques.** Certains revendiquent la possibilité de poursuivre des objectifs « non » économiques dans le cadre de la passation des marchés publics. L'expression *objectifs non économiques* dans la problématique étudiée est, par essence, ambiguë. En effet, aucune activité humaine ne semble pouvoir échapper à une réflexion de type *économique* : un mariage est également un lieu d'échanges dont certains ont des aspects

³¹ S. ARROWSMITH, J. LINARELLI et Jr. DON WALLACE, *op. cit.*, spéc. p. 245.

³² Objectif poursuivi très imparfaitement par le droit européen

³³ Voy. not. R.B. WATERMEYER, « Facilitating Sustainable Development Through Public and Donor Procurement Regimes Tools and Techniques », *P.P.L.R.*, 2004, pp. 30-55.

³⁴ Une concurrence très limitée, les différences entre un monopole et un oligopole restant mineures, comme l'illustrent d'ailleurs les différents projets d'accords entre les deux sociétés.

³⁵ Exemple cité par S. ARROWSMITH, J. LINARELLI et Jr. DON WALLACE, *op. cit.*, spéc. p. 246.

³⁶ D.W. CARLON et J. PERLOFF, *op. cit.*, spéc. p. 862.

³⁷ Soit que les prix soient majorés, soit que les points soient minorés, en fonction du type de processus de comparaison (ce que l'on aurait appelé adjudication ou appel d'offres en droit belge).

³⁸ S. ARROWSMITH, J. LINARELLI et Jr. DON WALLACE, *op. cit.*, spéc. p. 246.

strictement matériels et des contreparties³⁹ ; une entreprise peut accomplir des actions dans un but qui dépasse la réalisation de profits à court terme et dont la justification ultime résidera dans l'éthique de la direction sans énerver le caractère économique de son activité. Au-delà de cet exemple, la Commission européenne, lorsqu'elle évoque des considérations économiques, se limite souvent à considérer un échange. Or, l'économie ne se limite pas aux échanges. Elle tend à gérer des ressources rares dans une perspective nécessairement plus large. Lorsqu'ils sont identifiés comme tels, les objectifs considérés comme n'étant pas *purement* économiques le sont souvent sous forme d'exemples, sans justification par rapport à la théorie économique⁴⁰. Ils recoupent souvent ce qui a été exposé ci-avant comme relevant des objectifs d'une politique industrielle : la promotion et le soutien de certains groupes d'une population pour des raisons sociales ou ethniques, de certaines régions d'un pays en déclin sous l'angle économique, de certains secteurs de l'économie, la sécurité nationale, etc.

Pareilles politiques sont parfois critiquées en raison des défaillances de l'État dans leur mise en œuvre : manque d'information et de jugement⁴¹, défaillance dans la prise de décision en raison des lobbyings⁴², difficulté d'identifier les industries qui disposent d'un avantage comparatif⁴³.

La discussion se reporte alors sur le choix de l'instrument juridique ou de la politique adéquate : aide directe, fiscalité, contrôle des prix, etc.⁴⁴.

13. Premier exemple de considérations non économiques : les considérations sociales. La poursuite de politiques sociales dans le cadre des marchés publics fait l'objet de vives controverses en Europe. Les marchés publics peuvent être des outils pour soutenir le développement de groupes désavantagés, pour redresser des inégalités historiques qu'une société entend, à un moment de son évolution, dépasser⁴⁵ ou, de manière générale, pour promouvoir une harmonie sociale. Les États-Unis ont pratiqué ce type de politiques de longue date, et l'intervention de la Cour suprême des États-Unis en 1995 dans l'affaire *Adarand Constructors v. Peña* n'est pas venue énerver le principe de ces actions positives, mais en a imposé une évaluation plus stricte⁴⁶.

Les manières de soutenir pareils objectifs varient : action sur les entreprises autorisées à participer aux procédures de marchés en termes de qualification ou de critères de sélection, réservations de marché, sanctions relatives aux participations futures en cas de non-respect de certaines règles, sous-traitances ciblées rendues obligatoires, obligations d'embauche d'un public cible comme les chômeurs de longue durée, techniques préférentielles dans l'évaluation des offres, obligations de former des personnes cibles à l'occasion de l'exécution du contrat, organisation d'une opération sous forme de contrats sur-mesure qui permettent une participation directe des entreprises cibles, contrôle des politiques sociales appliquées par les entreprises qui participent aux marchés au regard ou au-delà des obligations contenues dans la réglementation sociale⁴⁷. Ces exemples ne prétendent pas à l'exhaustivité.

De vives discussions existent sur l'évaluation du coût de ces politiques, sur les possibilités d'en assurer un contrôle et une application efficace⁴⁸ et sur leur effet global sur l'économie.

14. Deuxième exemple de considérations non économiques : les considérations environnementales⁴⁹. Selon certains⁵⁰, des considérations environnementales peuvent intervenir

³⁹ Négociés de manière plus ou moins explicite et avec plus ou moins d'humour selon le profil psychologique des uns et des autres.

⁴⁰ Par ex., S. ARROWSMITH, J. LINARELLI et Jr. DON WALLACE, *op. cit.*, spéc. p. 251.

⁴¹ S. ARROWSMITH, J. LINARELLI et Jr. DON WALLACE, *op. cit.*, spéc. p. 252 ; il nous semble utile d'ajouter que ce manque d'information et de jugement, par définition, pénalise toute approche de passation des marchés publics.

⁴² Une nouvelle fois, la promotion de l'utilisation de critères ou considérations *purement économiques* peut également être le fruit d'un lobbying efficace.

⁴³ La critique vaut alors pour toute politique publique, qu'elle s'inscrive ou non dans le cadre des marchés publics.

⁴⁴ S. ARROWSMITH, J. LINARELLI et Jr. DON WALLACE, *op. cit.*, spéc. p. 253 ; dilemme classique dans la théorie économique.

⁴⁵ Les politiques menées en Afrique du Sud constituent la plus parfaite illustration.

⁴⁶ Mis en exergue par S. ARROWSMITH, J. LINARELLI et Jr. DON WALLACE, *op. cit.*, spéc. p. 264.

⁴⁷ C. MCCRUDDEN, « Social Policy Issues in Public Procurement : A legal Overview », in *Public Procurement : Global Revolution*, Londres, Kluwer International Law, 1998, pp. 219-239, spéc. pp. 220-223.

⁴⁸ S. ARROWSMITH, J. LINARELLI et Jr. DON WALLACE, *op. cit.*, spéc. pp. 290-291.

⁴⁹ Pour un exemple d'*unilatéralisme* américain en faveur des dauphins, voy. les Panels Tuna/Dolphin I et II dans

dans les marchés publics principalement de deux manières : soit en lien direct avec le contrat, soit en étant détachées de ce contrat. La première méthode permet, par exemple, l'achat de produits respectueux de l'environnement ou respectant certaines exigences de performance environnementale. La deuxième méthode suppose la poursuite d'objectifs plus larges, en soutenant les comportements respectueux de l'environnement adoptés par une entreprise d'une manière générale, et dès lors pas nécessairement en lien avec l'objet du marché. Cette distinction reste cependant formelle dans la mesure où le soutien de comportements respectueux de l'environnement intervient dans l'accomplissement d'activités économiques. Dès lors, il est toujours en relation avec une activité de production, de distribution et de service qui forme l'objet du contrat, à tout le moins si l'on veut bien considérer le contexte. Le comportement général de l'entreprise en matière d'environnement aura un impact sur ses prix et sa gamme de produits. La distinction rejoint sans doute la discussion, récurrente dans la discipline économique, portant sur le choix des moyens d'une intervention des pouvoirs publics. Ici, il s'agit, par la distinction, de promouvoir l'adoption de réglementations générales des activités économiques plutôt que de laisser se développer des politiques particulières d'achats. Ce faisant, cependant, la distinction empêche des comportements d'acheteurs responsables, facilite peut-être un lobbying qui peut se concentrer sur le niveau de pouvoir compétent pour adopter la réglementation en question et, enfin, a limité considérablement la compétence des États membres de l'Union européenne.

La formulation d'exigences relatives aux méthodes de production, de distribution, de commercialisation ou de performances environnementales pendant tout le cycle de vie d'un produit peut trouver sa place dans des prescriptions techniques d'un cahier spécial des charges. Le soutien de politiques environnementales peut également prendre la forme de critères de sélection ou de participation et de critères d'attribution du marché (soit par le biais de critères précis, soit par le biais d'une pondération du prix dans un système de cotation lié à des considérations environnementales).

Les considérations environnementales rencontrent ce que les économistes appellent des externalités (positives ou négatives).

15. En dépit de ce cadre théorique excluant tout dogmatisme, la possibilité d'intégrer des considérations environnementales dans les marchés et contrats publics a fait l'objet de vives controverses en droit européen et en droit belge. Les acteurs publics et privés ne se sont toutefois pas attardés sur ces débats pour avancer concrètement avec les incertitudes du cadre juridique existant. A juste titre selon nous, puisqu'il n'existe aucun obstacle spécifique dans le droit des marchés et contrats publics dont la complexité est inhérente au droit européen.

II. La qualification juridiques et la méthodologie de passation en droit positif

A. La qualification : illustrations

16. La qualification de marché public en droit européen est une opération délicate compte tenu des deux règles d'interprétation retenues par la Cour de Justice : le caractère autonome des concepts de droit européen et l'interprétation finaliste du droit européen⁵¹. Deux exemples suffisent à la démonstration : l'implantation d'éolienne ou de panneaux solaires et les contrats dit de performance énergétique des bâtiments.

17. Si « le vert est dans le vent »⁵², la mise en place d'un parc éolien ou de panneaux solaires suscitent bien des difficultés au regard du droit des marchés et contrats publics, comme le rappelle de manière fort convainquante, le professeur Déom.

Si un pouvoir public veut recourir à des éoliennes ou des panneaux solaires pour leurs propres

le cadre de l'O.M.C.

⁵⁰ P. KUNZLIK, « Environmental Issues in International Procurement », in *Public Procurement : Global Revolution*, Londres, Kluwer International Law, 1998, pp. 199-217, spéc. p. 199.

⁵¹ Voy. sur cette question, notre thèse, op.cit., spéc. Titre I.

⁵² Selon la jolie formule du professeur D. Déom, « Le vert est dans le vent. De quelques questions en rapport avec les éoliennes », op.cit.

services ou immeubles, ils peuvent le faire de différentes manières.

Il est possible d'insérer dans des actes de vente de terrains communaux, une clause imposant le recours à ces techniques. Il est également possible de l'envisager dans certains projets PPP visant à la création d'éco-quartiers. Le pouvoir public peut, en qualité de pouvoir adjudicateur, insérer des clauses dans des marchés publics qui visent la réalisation d'objectifs écologiques.

La pratique est cependant plus complexe lorsqu'il s'agit d'exploiter des éoliennes de puissance ou de grandes surfaces de panneaux solaires. A cette occasion, se noue parfois entre une société privée et une commune, une convention diversément qualifiée (notamment de sponsoring) par laquelle le partenaire privé offre à la commune de la dédommager par des compensations financières diverses. Ces conventions posent des questions de principes discutées par ailleurs⁵³. Franchissant une étape supplémentaire, il arrive que certaines communes prennent une part plus active dans ces projets, dans des perspectives diverses, valorisation foncière, économique ou politique. Elles sont alors, propriétaire des sites ou bâtiments qu'elle entendent mettre à disposition de partenaires privés. Si cette relation repose sur une relation juridique durable, impliquant par exemple un démembrement du droit de propriété, l'organisation d'une exploitation ou une appropriation différée des éoliennes ou des panneaux solaires, la qualification de marchés publics ou de concession (de services ou des travaux) doit être envisagée. Elle implique nécessairement une mise en concurrence de l'opération et prohibe toute convention négociée directement avec l'opérateur. Des difficultés pratiques surgissent dans la mesure où les caractéristiques entraînant une qualification de marchés ou contrats publics peuvent précisément apparaître lors d'une négociation entamée dans une perspective différente qui l'exclut. Si la collaboration prend une tournure institutionnelle, le choix du partenaire privé est également régi par des principes de mise en concurrence.

Ces difficultés rejoignent celles rencontrées par les pouvoirs publics dans la mise en place d'opérations sortant des achats et investissements ordinaires et usuels. Les problèmes sont bien connus et les solutions existent pour autant que les pouvoirs publics et les entreprises privées recherchent les conseils judicieux.

18. La lutte contre le réchauffement climatique est une préoccupation contemporaine majeure. La facture énergétique des bâtiments prend une part importante dans la consommation totale d'énergie. Aussi, les pouvoirs publics se soucient à la fois de soutenir des investissements privés, par exemple dans l'isolation et une meilleure conception des bâtiments, tout en essayant de faire de même pour les bâtiments publics.

Les contrats de performance énergétique⁵⁴, défini par la directive 2006/32/CE⁵⁵, comme « un accord contractuel entre le bénéficiaire et le fournisseur (une société de services énergétiques ou ESCO) d'une mesure visant à améliorer l'efficacité énergétique, selon des investissements dans cette mesure consentis afin de parvenir à un niveau d'amélioration de l'efficacité qui est contractuellement défini ». Il implique la réalisation d'un **audit énergétique** du bâtiment existants en vue d'établir un programme précis de réalisation de travaux en vue de réduire la consommation d'énergie. Si le client le souhaite, après cet audit, il peut passer à la phase de **réalisation des travaux**, la dernière étape étant la **maintenance** des installations en vue de garantir les résultats.

Le contrat peut comporter une volet **tiers investisseur**, si le financement des travaux est prévu dans la convention, qu'il soit assuré par une société de services énergétiques ou par un tiers. Les économies d'énergie sont censées assurer partiellement ou entièrement le financement des travaux.

Lorsque ce type de contrat est passé par un pouvoir adjudicateur, il s'agit d'un marché public, la question délicate étant de déterminer s'il porte sur des services (conception, financement) ou des travaux. Le droit européen connaît la notion de contrat mixte (qui peut porter à la fois sur des services et/ou des fournitures, et/ou des travaux). La qualification des contrats mixte en droit européen s'opère selon une règle bien connue, la valorisation de chaque prestation de nature différente, la plus

⁵³ *Op.cit.* spéc. P.8

⁵⁴ Voy. Pour une analyse détaillée, B.Lombaert, N. François, Les contrats de performance énergétique des bâtiments dans le secteur public local, Rev. Dr. Communal, 2010/4, 12-24.

⁵⁵ Du Parlement et du Conseil européen du 5 avril 2006 relative à l'efficacité énergétique dans les utilisations finales et aux services énergétiques (J.O.U.E., 27 avril 2006).

importante dictant la qualification. Il faut distinguer la notion de marché mixte de la notion du contrat comportant divers objets (vente de terrain, exploitation) dont certains sont des prestations économiques (travaux, services ou fournitures). Dans cette hypothèse, il faut distinguer l'objet principal de l'objet accessoire. Ces deux principes ne sont pas adaptés au contrat de performance énergétique en ce qu'il comporte des prestations qui sont par définition intégrées et interdépendantes. La question est loin d'être anecdotique dans la mesure où la qualification du marché (travaux, services ou fournitures) commande les règles qui président à leur passation au rang desquelles figurent les hypothèses de procédure négociée avec ou sans publicité dont certaines ne sont pas communes aux trois prestations.

Cette difficulté n'est pas spécifique au contrat dit de performance énergétique, elle est, au contraire, commune au contrat de prestations intégrées/ou interdépendantes. A droit constant, les solutions proposées par la pratique⁵⁶ ne présentent pas un degré satisfaisant de sécurité juridique. Toutefois, puisqu'elles n'ont pas encore été attaquées en justice par des concurrents malheureux, elles permettent l'exécution des contrats de performance énergétiques.

B. Questions de méthodes : illustrations en droit européen positif

1) L'environnement et le développement durable dans le droit européen des marchés publics

19. L'environnement et le développement durable ont finalement reçu droit de cité dans le droit européen des marchés publics⁵⁷. Le développement durable permet des mesures spécifiques qui ne sont pas exclusivement prévues par les directives relatives aux marchés publics⁵⁸. Des considérations liées à l'environnement peuvent être intégrées tant au stade de la **sélection** des entreprises qu'à celui de l'**attribution** du marché⁵⁹.

Les directives entendent préciser la manière dont les pouvoirs adjudicateurs peuvent contribuer à la protection de l'environnement et à la promotion du développement durable « tout en leur garantissant la possibilité d'obtenir pour leurs marchés le meilleur rapport qualité/prix »⁶⁰.

Il s'agit d'une avancée. A l'opposé, le droit européen est resté beaucoup plus ambigu sur les considérations sociales.

Cette reconnaissance doit toutefois être raisonnablement comprise. D'**autres objectifs** sont poursuivis par le droit européen.

Les préambules des deux directives rappellent que la passation des marchés publics dans les États membres doit respecter les principes du Traité CE. Les principes de libre circulation des marchandises, de liberté d'établissement et de libre prestation de services⁶¹, ainsi que les principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence⁶². Ces dispositions particulières et les autres règles du Traité CE doivent influencer l'interprétation des dispositions spécifiques de coordination prévues par les

⁵⁶ Présentées et défendues par B.Lombaert, N. François, Les contrats de performance énergétique des bâtiments dans le secteur public local, op.cit.

⁵⁷ Après avoir été vivement combattus par la Commission européenne dans le cadre de sa fonction de *gardienne des traités*. La Cour de justice a été particulièrement active dans cette reconnaissance de principe, notamment avec son arrêt du 4 décembre 2003 (*Concordia Bus*, aff. C-513/99, *Rec.*, 2002, p. I-7213, avec concl. av. gén. MISCHO). La Commission européenne a précisé sa position notamment dans une communication interprétative du 4 juillet 2001 relative à l'intégration des exigences environnementales dans le droit des marchés publics et dans un document intitulé « Bying green ». P. BRUMTERCORET et N. POURBAIX, *R.D.U.E.*, 2001/3, pp. 731-766 ; P. THIEL, « Les clauses environnementales dans les marchés publics », *Amén.*, 2003/1, pp. 63-69 ; *id.*, *Mémento des marchés publics 2004*, 4^e éd., Bruxelles, Kluwer, 2004, pp. 329-346.

⁵⁸ 6^e consid. de la Dir. 2004/18/CE et 13^e consid. de la Dir. 2004/17/CE.

⁵⁹ 12^e consid. de la Dir. 2004/17/CE.

⁶⁰ 5^e consid. de la Dir. 2004/18/CE et 12^e consid. de la Dir. 2004/17/CE.

⁶¹ 2^e consid. de la Dir. 2004/18/CE et 9^e consid. de la Dir. 2004/17/CE.

⁶² *Ibid.*

directives. La coordination réalisée par les deux directives n'opère cependant pas une harmonisation complète des législations nationales⁶³.

20. Il faut encore se souvenir que le droit européen des marchés publics s'inscrit dans une **logique de concurrence**, à tout le moins d'une certaine idée de la concurrence, véritable cheval de Troie, de nature à menacer toutes initiatives trop originales.

21. La manière dont les pouvoirs adjudicateurs conçoivent et appliquent les procédures de passation doit intégrer l'exigence d'une certaine concurrence : il s'agit de faire concourir plusieurs opérateurs économiques dans le cadre de la passation des marchés publics⁶⁴. Dans la discipline économique, la théorie des enchères donne indications précieuses mais limitées, sur la manière d'organiser cette mise en concurrence le plus efficacement possible.

22. Une injonction plus fondamentale est adressée aux États membres : ils « devraient veiller à ce que la participation d'un organisme de droit public à une procédure de passation de marché public ne cause pas de distorsion de concurrence vis-à-vis de soumissionnaires privés »⁶⁵. La traduction de l'injonction dans les dispositions des directives est sibylline : « Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques⁶⁶ sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence »⁶⁷. La précision s'inscrit dans le prolongement de l'arrêt *Teckal*⁶⁸. Selon nous, les solutions passent par une intégration dans les techniques de passation de règles qui visent à compenser les avantages divers octroyés à certaines structures. En d'autres termes, elles impliquent l'intégration dans les techniques de passation d'un nouveau degré de complexité, afin de ne pas pénaliser les uns et les autres, complexité sans laquelle l'égalité n'est que formelle au point d'en devenir destructrice. La notion d'inégalité compensatrice est liée à cette problématique. Le laconisme des directives est cependant regrettable, même s'il est évident qu'il ne pouvait exister sur le sujet de consensus politique⁶⁹. Du point de vue théorique, il peut en aller de même pour les préoccupations environnementales : comment organiser une mise en concurrence respectueuse de l'égalité entre opérateurs économiques alors que tous ne sont pas engagés de la même manière sur ces questions ?

23. A nouveau cette question n'est pas spécifique à la question de la promotion de l'environnement, elle se pose en des termes et tensions identiques pour toutes les prestations ou fournitures innovantes.

⁶³ Les traditions nationales sont ainsi respectées, « dans toute la mesure du possible » (voy. le 3^e consid. de la Dir. 2004/18/CE). L'affirmation que la Dir. 2004/18/CE ne peut interdire d'imposer ou d'appliquer des mesures nécessaires à la protection de l'ordre, de la moralité et de la sécurité publics, de la santé, de la vie humaine et animale ou à la préservation des végétaux, en particulier dans l'optique du développement durable, à condition que ces mesures soient conformes au Traité CE, semble plaider dans ce sens également (voy. le 6^e consid. de la Dir. 2004/18/CE).

⁶⁴ Par ex., lorsque les pouvoirs adjudicateurs établissent des spécifications techniques (voy. le 29^e consid. de la Dir. 2004/18/CE), lorsqu'ils choisissent la procédure dite du *dialogue compétitif* (voy. le 8^e consid. de la Dir. 2004/18/CE) ou la procédure négociée avec publicité (voy. le 41^e consid. de la Dir. 2004/18/CE), lorsqu'ils acceptent ou refusent des modifications aux offres dans le cadre du dialogue compétitif (voy. le 31^e consid. de la Dir. 2004/18/CE), lorsqu'ils rédigent leurs avis de marché (voy. le 36^e consid. de la Dir. 2004/18/CE) ou lorsqu'ils choisissent les critères d'attribution du marché (voy. le 46^e consid. de la Dir. 2004/18/CE).

⁶⁵ 4^e consid. de la Dir. 2004/18/CE et 11^e consid. de la Dir. 2004/17/CE.

⁶⁶ La notion d'opérateur économique couvre à la fois les notions d'entrepreneur, de fournisseur et de prestataire de services, ce dernier pouvant être une entité privée ou publique (voy. art. 1^{er}, § 8, de la Dir. 2004/18/CE et art. 1^{er}, § 7, de la Dir. 2004/17/CE).

⁶⁷ Art. 2 de la Dir. 2004/18/CE et art. 10 de la Dir. 204/17/CE.

⁶⁸ C.J.C.E., 18 novembre 1999, *Teckal Srl c/ Commune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, *Rec.*, 1999, p. I-8121, avec concl. av. gén. G. COSMAS présentées le 1^{er} juillet 1999 ; sur cet arrêt, voy. obs. A. BROWN, *P.P.L.R.*, 2000, CS 41-44.

⁶⁹ Le procédé est devenu courant et bien connu. Des formules ambiguës sont introduites à défaut de consensus politique. Les parlementaires manquent de vigilance ou de clairvoyance dans les virtualités d'application de certaines formules. L'œuvre *créatrice* de la jurisprudence se réalise au gré des conflits, souvent pour aboutir à des solutions qui ont été refusées lors de l'élaboration de la norme sans grande fermeté dans l'expression.

2) Les choix de principe : spécifications techniques, objet, méthode, cahier des charges et documents du marché

24. La question des **spécifications techniques** est intimement liée à l'ouverture à la concurrence. D'une part, le degré de précision avec lequel elles sont rédigées réduit d'autant les produits ou prestations qui peuvent potentiellement les rencontrer, et par conséquent le nombre d'entreprises qui peuvent utilement remettre une offre. D'autre part, la référence à des normes, agréments ou autres systèmes normalisés constitue potentiellement une manière de réintroduire des obstacles à la participation utile à des procédures d'attribution de marchés publics.

25. Les directives de 2004 ont intégré cette dimension du problème⁷⁰. Premièrement, elles indiquent que la présentation d'offres reflétant la diversité des solutions techniques doit être possible. Deuxièmement, elles autorisent la rédaction des spécifications techniques sous forme de performances ou d'exigences à atteindre. Troisièmement, elles minimisent ce que le Professeur Flamme a appelé la dictature des normes⁷¹, la référence à une norme européenne ou nationale ne pouvant empêcher les soumissionnaires de proposer des solutions équivalentes⁷². Si la charge de la preuve de l'équivalence incombe au soumissionnaire qui s'écarte de la norme imposée par les documents du marché, le pouvoir adjudicateur conserve la lourde tâche de motiver la non-équivalence. Sur les **aspects environnementaux**, les spécifications techniques peuvent être relatives aux **méthodes de production** déterminées ou aux **effets environnementaux spécifiques** de groupes de produits ou de services. Les pouvoirs adjudicateurs ont la faculté d'utiliser les **éco-labels** (européens, plurinationaux ou nationaux) et autres labels écologiques, pour autant que ceux-ci utilisent *des exigences adoptées sur base d'une information scientifique* au moyen d'un processus de large concertation des milieux concernés et que ceux-ci soient accessibles et disponibles.

26. Le droit dérivé des marchés publics ne limite pas la liberté des pouvoirs adjudicateurs et entités assimilées de définir l'**objet du contrat**. L'objet peut être défini de manière fonctionnelle (conception, réalisation⁷³, financement). Il doit toujours être défini de manière matérielle (travaux, fournitures et services). Un marché public peut avoir plusieurs objets : fournitures, services et travaux, conception, réalisation et financement. Le droit dérivé attache des conséquences à la manière dont l'objet a été défini : soit pour exclure l'application du droit dérivé des marchés publics (p. ex., acquisition ou location de biens immeubles)⁷⁴, soit pour déterminer le régime de passation qui est applicable en cas d'objets mixtes (travaux, fournitures et services)⁷⁵. Plus fondamentalement, selon le texte des nouvelles directives, l'objet du marché influence le choix des critères d'attribution⁷⁶. Les critères d'attribution doivent, en effet, être directement liés à l'objet du marché. Il n'existe aucun obstacle à définir l'objet d'un marché en intégrant des considérations environnementales ou sociales : par exemple, un marché peut avoir pour objet de faire réaliser des travaux et de former un public cible sur chantier, ou d'acheter des fournitures et de faire de l'aide au développement (au sens large), les contrats dits de performance énergétique ont un objet étroitement lié à l'environnement.

27. Le **choix de la méthode** est largement discrétionnaire pour les pouvoirs adjudicateurs ; le droit européen des marchés publics impose des exigences de forme et de fond relatives aux cahiers des charges et documents du marché. Elles concernent les spécifications techniques (et leur communication), les variantes, la sous-traitance, les conditions d'exécution du marché et les obligations relatives à la fiscalité, à la protection de l'environnement, aux dispositions en matière de

⁷⁰ 29^e consid. et art. 23 de la Dir. 2004/18/CE ; 42^e consid. et art. 34 de la Dir. 2004/17/CE.

⁷¹ Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *op. cit.*, spéc. p. 13.

⁷² En droit belge notamment, la traduction de ces principes ne sera pas simple, compte tenu de la jurisprudence relative aux conditions de régularité des offres, le non-respect des spécifications techniques (souvent précisées par référence à des normes) étant susceptible d'être qualifié d'irrégularité substantielle. Or, les directives n'ont pas réservé l'application des principes en matière de normes à certaines procédures (appel d'offres, procédure négociée ou dialogue compétitif). La jurisprudence du Conseil d'État de Belgique devra, selon nous, intégrer ces nouvelles dispositions en limitant l'irrégularité substantielle à la présentation de solutions alternatives non équivalentes.

⁷³ 16^e consid. de la Dir. 2004/17/CE et 9^e consid. de la Dir. 2004/18/CE.

⁷⁴ 33^e consid. de la Dir. 2004/17/CE et 24^e consid. de la Dir. 2004/18/CE.

⁷⁵ Art. 33 de la Dir. 2004/17/CE et art. 22 de la Dir. 2004/18/CE. Dès lors, le droit dérivé est loin d'exclure de son champ d'application de nombreuses opérations immobilières qui se concrétisent par des conventions comportant, certes parfois, l'achat ou la location d'immeubles, mais également des travaux et prestations de services accessoires importantes.

⁷⁶ 55^e consid. *in fine* de la Dir. 2004/17/CE et 46^e consid. de la Dir. 2004/18/CE.

protection du travail et aux conditions de travail. Le droit dérivé laisse un très large pouvoir discrétionnaire aux pouvoirs adjudicateurs et entités assimilées quant au choix de la méthode considérée dans un sens large : centrale d'achat, système d'acquisition dynamique, etc.

28. **Cahiers des charges et documents du marché : les exigences de forme et de fond.** L'insertion de dispositions relatives au cahier spécial des charges et aux documents du marché constitue une nouveauté⁷⁷. L'approche est commune dans la directive générale et la directive secteur ; elle relève à la fois de la forme et du fond.

29. Les dispositions exigent, à juste titre, que les documents du marché contiennent les informations relatives aux spécifications techniques (et à leur communication), aux variantes, à la sous-traitance, aux conditions d'exécution du marché et aux obligations relatives à la fiscalité, à la protection de l'environnement, aux dispositions en matière de protection du travail et aux conditions de travail.

Les modifications apportées dans les dernières directives poursuivent un objectif d'assouplissement de l'interprétation des dispositions antérieures. Selon certains, ces dernières avaient parfois été invoquées en manière telle qu'elles avaient eu pour effet de *fermer* les marchés publics à des produits nouveaux (pour lesquels, par définition, le travail de spécification n'était pas réalisé)⁷⁸.

30. La notion de **spécifications techniques** est définie⁷⁹ : il s'agit des caractéristiques requises relatives aux matériaux, sous forme de niveau de qualité ou de performance environnementale, mais aussi des prescriptions relatives à l'évaluation de la conformité, de la performance, de l'utilisation (des travaux, fournitures et services), des niveaux de sécurité, des méthodes d'essai, de réception, etc. Les annexes définissent également les notions de *norme*, d'*agrément technique européen*, de *spécification technique commune* et de *référentiel technique*.

Plus fondamentalement, il est prévu que les « spécifications techniques doivent permettre l'accès égal de soumissionnaires et ne pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence »⁸⁰.

Cette précision doit se comprendre raisonnablement.

Par définition, l'élaboration de prescriptions techniques est faite, du point de vue du pouvoir adjudicateur, en fonction de ses besoins et de ses souhaits. Elles ont pour fonction essentielle de préciser la prestation que le pouvoir adjudicateur veut acquérir.

31. Pourtant, le droit européen entend limiter considérablement la liberté de prescription des pouvoirs adjudicateurs. Ils doivent se soucier de l'impact de leurs exigences sur *le marché des produits et des prestations*. Toute prescription peut dès lors être critiquée sous l'angle de l'accès à ces marchés et doit pouvoir faire l'objet d'une justification précise. Elle va induire la nécessité d'un plus grand professionnalisme dans le chef des pouvoirs adjudicateurs et entités assimilées (à tout le moins de ceux qui rédigent les prescriptions techniques) : ils doivent être en mesure de justifier concrètement, sous l'angle technique, les exigences élevées ou particulières qu'ils imposent dans les documents du contrat⁸¹. Il s'agit d'une application particulière du principe de proportionnalité dégagé par la jurisprudence de la Cour de justice essentiellement introduite en vue de protéger les opérateurs économiques. Paradoxalement, elle nie aux consommateurs publics (ou assimilés) la possibilité d'avoir des préférences, comme tout consommateur.

32. Lorsque les spécifications techniques sont formulées en termes de performances ou

⁷⁷ Art. 34 à 39 de la Dir. 2004/17/CE et art. 23 à 27 de la Dir. 2004/18/CE.

⁷⁸ V. BERTRAND, *op. cit.*, spéc. p. 9. S'il est vrai que la normalisation fige les produits ou méthodes de production, la possibilité de rédiger des spécifications fonctionnelles existait avant qu'elle ne soit reconnue de manière expresse par le droit dérivé.

⁷⁹ Pt 1 de l'annexe XXI de la Dir. 2004/17/CE et pt 1 de l'annexe VI de la Dir. 2004/18/CE ; les définitions sont identiques dans les deux textes, malheureusement pas sous la numérotation ; il s'agit bien entendu d'une différence mineure et formelle sans importance.

⁸⁰ Art. 34, § 2, de la Dir. 2004/17/CE et art. 23, § 2, de la Dir. 2004/18/CE.

⁸¹ De manière incidente, une action de soutien aux personnes handicapées est insérée : les prescriptions techniques doivent être établies de manière à prendre en considération les critères d'accessibilité pour les personnes handicapées (ou la conception pour tous les utilisateurs).

d'exigences fonctionnelles, des **caractéristiques environnementales** peuvent être insérées, pour autant, selon le droit dérivé, qu'elles soient compréhensibles pour les soumissionnaires et permettent l'attribution du marché par le pouvoir adjudicateur⁸².

Cette dernière précision, superflue, est révélatrice du glissement de l'approche : l'opérateur économique est au centre de toutes les préoccupations. En effet, il est difficile de concevoir que des prescriptions techniques puissent empêcher la compréhension de l'objet d'un marché : par définition et en pratique, la rédaction de l'objet est précisée par référence au vocabulaire commun⁸³ et aux prescriptions techniques qui figurent dans le cahier spécial des charges (ou les documents du marché) pour décrire de manière concrète les prestations commandées.

33. Plus fondamentalement, le droit européen permet l'utilisation des **éco-labels** européens, (pluri)nationaux et autres, pour autant qu'ils présentent certaines caractéristiques : les exigences du label doivent être définies sur base d'une information scientifique et leur processus d'adoption doit inclure un large processus de concertation de toutes les parties intéressées (organismes gouvernementaux, consommateurs, fabricants, distributeurs, organisations environnementales). Il est plus difficile de comprendre que le droit européen exige, en outre, que les éco-labels soient appropriés pour définir les caractéristiques des fournitures et services faisant l'objet du marché. La précision apparaît tautologique, d'autant plus que les prescriptions techniques peuvent viser les procédés de production et les effets environnementaux des produits⁸⁴. Elle constitue, cependant, une avancée dans la promotion de l'achat respectueux de l'environnement.

La communication des spécifications techniques est conçue de manière souple : elle peut être assurée de manière directe par le pouvoir adjudicateur ou être réalisée par indication de la référence (lorsque les prescriptions sont accessibles au public)⁸⁵.

Dans l'hypothèse où le critère d'attribution⁸⁶ du marché est l'offre économiquement la plus avantageuse, pouvoirs adjudicateurs et entités assimilées doivent indiquer, dans le cahier spécial des charges, si la remise de variantes est autorisée, ainsi que les exigences minimales auxquelles elles doivent répondre.

3) Le choix des entreprises ou sélection qualitative

34. Le choix des entreprises ou la **sélection qualitative** est abordé de manière différenciée dans la directive secteur et dans la directive générale. La première réserve une très grande souplesse aux entités visées. La deuxième entend instaurer des règles plus précises. Si la vérification des cas d'exclusion ne suscite guère de difficulté, la vérification des capacités techniques, économiques et financières se révèle plus délicate sous l'angle opérationnelle et au cœur de divers enjeux et controverses, dont celle abordée dans le présent colloque.

35. Dans la directive « secteurs », le **système de qualification** constitue un processus particulièrement contraignant, tout en restant, en tant que tel, facultatif.⁸⁷ Il peut comporter différents stades de qualification et doit rester ouvert, en ce sens que les opérateurs économiques doivent pouvoir demander à être qualifiés à tout moment. Le système doit reposer sur des critères et règles objectifs⁸⁸. Il peut comporter des règles d'exclusion et en comportera nécessairement s'il est mis au point par un pouvoir adjudicateur. Le système peut également porter sur les capacités techniques, économiques et financières.

⁸² Art. 34, § 3, b), de la Dir. 2004/17/CE et art. 23, § 3, b), de la Dir. 2004/18/CE.

⁸³ Règl. (CE) n° 2195/2002 du Parlement européen et du Conseil, du 5 novembre 2002, relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV), *J.O.C.E.*, L 340 du 16 décembre 2002, mod. par le Règl. (CE) n° 2151/2003 de la Commission, du 16 décembre 2003, *J.O.U.E.*, L 329 du 17 décembre 2003.

⁸⁴ 29^e consid. de la Dir. 2004/18/CE.

⁸⁵ Art. 35 de la Dir. 2004/17/CE. Pour des raisons inexplicées, cette information n'est pas prévue dans la directive secteur.

⁸⁶ Le singulier est utilisé dans l'art. 36 de la Dir. 2004/17/CE et dans l'art. 24 de la Dir. 2004/18/CE. Il s'agit d'une erreur matérielle commune aux deux directives, les articles visant explicitement les mécanismes d'attribution prévoyant bien, lorsque le marché est attribué sur base de l'offre économiquement la plus avantageuse, l'utilisation de plusieurs critères d'attribution.

⁸⁷ Art. 53, § 1, de la Dir. 2004/17/CE.

⁸⁸ Art. 53, § 2, de la Dir. 2004/17/CE.

Dans la pratique, les systèmes de qualification se révèlent très lourds à gérer et à tenir à jour. Par définition, les renseignements pertinents relatifs aux capacités financière, économique et technique évoluent aujourd'hui très rapidement. Il peut dès lors arriver que des entreprises, bien que ne remplissant plus effectivement les conditions, soient encore inscrites dans le système de qualification. Ceci explique sans doute pourquoi, en dépit de l'existence d'un système de qualification parfois très poussé (qualification des entreprises, mais également des sites de production, voire des lignes de production⁸⁹, et, de manière plus problématique, du matériel), une sélection qualitative proprement dite est opérée à l'occasion de chaque commande, afin de s'assurer que le fournisseur ou prestataire présente toujours la fiabilité requise. Dès lors, il peut arriver que des entreprises qualifiées ne soient pas nécessairement sélectionnées.

36. La **directive générale** est plus formelle sur la question de la sélection qualitative, qui comporte deux phases distinctes : la non-exclusion et la vérification des aptitudes, rangées sous une section intitulée « Critères de sélection qualitative », plus communément décrites comme les **capacités économiques, financières, techniques et professionnelles**. Si la sélection est obligatoire⁹⁰, elle peut comporter des modalités variables. Les relations existant entre, d'une part, la sélection des entreprises et, d'autre part, l'attribution du marché sont controversées.

37. **Les capacités technique et professionnelle : illustrations.** Les capacités technique et professionnelle ne peuvent être prouvées qu'au moyen des documents précisés par la directive⁹¹. Parmi ces documents probants, certains sont *relatifs à l'entreprise*, comme les effectifs annuels moyens du personnel et l'importance du personnel d'encadrement, les titres d'études et professionnels du prestataire et des cadres, une description de l'équipement technique et des moyens d'études, les certificats d'exécution relatifs à des prestations passées ; d'autres *sont plus directement liés au marché*, comme l'indication des techniciens ou organismes techniques intégrés ou non à l'entreprise, particulièrement ceux responsables du contrôle de la qualité, dont le concours est assuré pour l'exécution de l'ouvrage, l'outillage, le matériel et l'équipement technique disponible pour l'exécution du marché, la part du marché que le prestataire a éventuellement l'intention de sous-traiter, les mesures de gestion environnementale que l'opérateur économique envisage.

Les normes de garantie de la qualité et de gestion environnementales peuvent être intégrées à la phase de sélection qualitative. Les pouvoirs adjudicateurs doivent cependant se conformer aux systèmes européens (p. ex., EMAS), tout en reconnaissant l'équivalence des organismes de certification établis dans les autres États membres⁹².

4) La distinction entre le choix des entreprises et le choix des offres

38. Les liens existant entre, d'une part, la **sélection des entreprises** et, d'autre part, la comparaison des offres et l'**attribution** du marché sont controversés. La réponse apportée à cette question est cruciale dans le cadre de la comparaison des offres des entreprises. La théorie économique des enchères a mis en évidence que le traitement optimal d'agents économiques différents était toujours discriminatoire. En d'autres termes, la sélection des entreprises devrait permettre d'intégrer les différences objectives existant entre les agents économiques et d'en tirer les conséquences en termes de comparaison des offres et d'attribution du marché si la recherche d'efficacité économique est intégrée au droit européen des marchés publics. A défaut (absence de prise en considération des situations différentes des agents dans l'attribution des marchés), le droit européen induit des discriminations entre les agents qui ne sont pas susceptibles de reposer sur des justifications (par définition, économiques) objectives et proportionnées par rapport à l'objectif poursuivi, celui de l'ouverture des marchés publics à la concurrence entre les entreprises (quelle que soit leur nationalité).

⁸⁹ Par ex., les systèmes de qualification mis au point par certains opérateurs dans le secteur de l'électricité en Belgique.

⁹⁰ Art. 44, § 1, de la Dir. 2004/18/CE.

⁹¹ Art. 48 de la Dir. 2004/18/CE.

⁹² Art. 49 et 50 de la Dir. 2004/18/CE.

39. **Une réglementation imprécise et une pratique hésitante.** Le texte des directives ne rencontre pas directement cette question.

L'article 44 de la directive, qui ouvre le chapitre consacré au déroulement de la procédure, indique une séquence de travail en utilisant une terminologie maladroite ou à tout le moins imprécise : « l'attribution des marchés doit se faire sur base des critères prévus aux articles 53⁹³ et 55⁹⁴, compte tenu de l'article 24⁹⁵, après vérification de l'aptitude des opérateurs économiques non exclus en vertu des articles 45 et 46, effectuée par les pouvoirs adjudicateurs conformément aux critères⁹⁶ relatifs à la capacité économique et financière, aux connaissances ou capacités professionnelles et techniques visées aux articles 47 à 52 et, le cas échéant, aux règles et critères non discriminatoires visés au paragraphe 3⁹⁷ ».

Il est délicat de tirer des enseignements précis de cette disposition. Elle peut être interprétée comme une sorte de présentation générale d'une procédure de passation, une sorte de menu dont les éléments vont être précisés dans la suite du chapitre. Malheureusement, la suite du chapitre ne contient pas toutes les précisions requises.

Il semble cependant que des modalités différentes de sélection soient possibles. Une première modalité consiste à fixer des seuils minima de capacité. Une autre modalité, plus sélective au sens propre, et dès lors éliminatoire, implique la formulation de critères ou de règles de sélection. Cette formulation de critères est plus contraignante que la simple exigence de documents probants sur lesquels une appréciation de type binaire est portée (suffisant ou insuffisant, sélection ou non-sélection⁹⁸). L'approche sélective peut s'accompagner d'un classement des entreprises. Par définition, un classement est susceptible d'avoir une incidence sur l'attribution finale du marché. Cette brève présentation illustre une nouvelle fois le *continuum* des opérations matérielles requises pour la passation d'un marché (choix des entreprises et choix des offres).

La pratique est hésitante ou plurielle. Les différentes logiques sont suivies sans qu'il soit nécessairement possible de comprendre les raisons qui ont présidé aux choix parfois opérés par les pouvoirs adjudicateurs, ni d'anticiper, en cas de contestation de ces choix par un opérateur économique non sélectionné, la position qui sera adoptée par la Cour de justice.

La nécessité de rencontrer de manière précise ces questions est évidente pour les praticiens et élémentaire pour la sécurité juridique indispensable aux transactions économiques. À nouveau, le droit européen pêche par manque de précision. Cette imprécision se répercute sur les possibilités d'intégrer les considérations environnementales dans le processus d'achat. En effet, les entreprises innovantes ont des coûts de gestion d'infrastructures souvent plus élevés que les autres. Celles engagées dans des processus respectueux de l'environnement ont souvent une approche globale de la gestion de leur entreprise à côté de l'offre de services ou de fournitures innovants du point de vue environnemental.

40. **Jurisprudence et doctrine.** La jurisprudence de la Cour de justice ne nous semble pas fixée sur les modalités précises qui doivent être suivies par les pouvoirs adjudicateurs dans l'opération de sélection des entreprises. Certes, l'arrêt *Beentjes*⁹⁹ a parfois été invoqué dans le sens d'une séparation nette entre la phase de sélection des entreprises et celle d'attribution du marché¹⁰⁰. En réalité, les circonstances de l'espèce ne permettent pas de conclure fermement sur ce point.

La Cour de justice précise, dans cette affaire, que la vérification des aptitudes et l'attribution du marché sont deux opérations différentes¹⁰¹ qui peuvent néanmoins être simultanées et qui répondent

⁹³ L'art. 53 est relatif aux critères d'attribution du marché.

⁹⁴ Par contre, l'art. 55 est relatif aux offres anormalement basses.

⁹⁵ L'art. 24 est relatif aux variantes.

⁹⁶ La formulation de critères de capacité économique, financière ou technique est une opération plus complexe que l'appréciation de simples références justifiant de telles capacités. En outre, l'établissement d'un classement semble s'inscrire dans le prolongement logique de la formulation de critères.

⁹⁷ Le § 3 est relatif aux seules procédures restreintes, négociées avec publicité et au dialogue compétitif lorsque le pouvoir adjudicateur veut restreindre le nombre de candidats appropriés.

⁹⁸ En Belgique, cette approche binaire est celle qui est la plus généralement retenue.

⁹⁹ C.J.C.E., 20 septembre 1988, aff. 31/87, *Rec.*, 1988, p. 4635, avec concl. av. gén. DARMON.

¹⁰⁰ Ce qui est rappelé par Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et Cl. DARDENNE, *op. cit.*, spéc. p. 124.

¹⁰¹ Pt 15 de l'arrêt.

à des règles différentes¹⁰². Ces trois précisions ne sont pas contestables et relèvent d'une certaine évidence. La Cour de justice va reconnaître que si la directive précise les références probantes ou moyens de preuve admissibles, elle impose aux pouvoirs adjudicateurs d'effectuer la vérification de l'aptitude *sur base de critères* fondés sur les capacités économique, financière et technique des entreprises¹⁰³. Elle indique donc que les pouvoirs adjudicateurs doivent fixer des critères qui servent à apprécier la capacité des entreprises¹⁰⁴. Par contre, elle indique dans la foulée que les critères d'attribution ne peuvent servir qu'à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse¹⁰⁵. L'attention de la doctrine s'est souvent focalisée sur cette dernière précision pour en déduire, à tort selon nous, que les opérations de sélection des entreprises et de comparaison des offres (en vue de l'attribution du marché) étaient des phases autonomes¹⁰⁶.

L'arrêt *Beentjes* ne nous semble pas aller aussi loin. Si la Cour a affirmé que les deux opérations étaient distinctes, elle s'est bien gardée d'évoquer leur autonomie. Dans cette affaire, une entreprise, après que son offre ait été retenue comme la meilleure, a été privée du marché en raison de la circonstance qu'elle ne pouvait employer des chômeurs de longue durée (exigence posée par le cahier spécial des charges), ce qui rendait son offre moins *acceptable*¹⁰⁷. La Cour, sans condamner en tant que telle l'exigence d'emploi des chômeurs de longue durée¹⁰⁸, va seulement indiquer que sa mise en œuvre doit se faire conformément aux directives¹⁰⁹. En l'espèce, elle considère que l'exigence n'est ni une condition d'aptitude, ni un critère d'attribution, mais *une condition particulière supplémentaire* qui doit obligatoirement être publiée¹¹⁰. La Cour n'a ni sanctionné l'usage de la clause, ni donné aucun enseignement utile sur les liens qui peuvent exister entre la sélection des entreprises, la comparaison des offres et l'attribution du marché.

La Cour va préciser son approche¹¹¹. Pour la passation d'un marché ayant pour objet la fourniture d'un « véhicule spécial, une moto balayeuse, en état de fonctionner (*sic*) et pourvue des autorisations administratives nécessaires, destinée au service de gestion et d'entretien d'autoroutes de Kalwang, sur l'autoroute A9, dite Phyrn », le pouvoir adjudicateur avait retenu un système du *mieux-disant*, le prix du marché étant pondéré par différents autres critères, dont la liste de références de clients de motos balayeuses dans les régions alpines de l'Union européenne (référence à la langue allemande). Un système d'évaluation des références, précisé dans les documents de passation, valorisait le nombre de références. Le pouvoir adjudicateur avait en outre exigé que l'appareil puisse être examiné dans un rayon de 300 kilomètres. La Cour va reformuler la question préjudicielle qui lui était posée en indiquant que la juridiction lui posait la question de savoir si le pouvoir adjudicateur pouvait tenir compte des références à d'autres clients comme critères d'attribution (et non pas en tant que critère d'aptitude). Reprenant les points 16 et 17 précités de l'arrêt *Beentjes*, la Cour va mettre l'accent sur le fait que si la liste des références figure parmi les références probantes pour vérifier l'aptitude, l'exigence des références *telle qu'elle figurait dans la procédure en cause*, soit l'identité et le nombre de clients antérieurs *sans autres précisions sur les livraisons effectuées*, ne donnait aucune indication qui permette d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.

Cet arrêt ne peut dès lors être interprété comme une condamnation de principe du système de pondération du prix (ou de l'offre) par des éléments susceptibles d'être utilisés lors de la vérification des aptitudes. Par contre, la Cour de justice indique, à juste titre, que les références demandées doivent contenir des éléments pertinents pour porter une appréciation de la valeur économique de l'offre¹¹². Par exemple, si les références portent sur des éléments précis relatifs à la manière dont les

¹⁰² Pt 16 de l'arrêt.

¹⁰³ Pt 17 de l'arrêt.

¹⁰⁴ La pratique n'est pas systématiquement fixée en ce sens. Il suffit de consulter les avis publiés à l'échelle européenne pour le constater. En Belgique, la fixation de critères précis de sélection constitue plutôt l'exception.

¹⁰⁵ Pt 19 de l'arrêt.

¹⁰⁶ Position défendue, notamment, par le Gouvernement italien dans l'arrêt *Beentjes*.

¹⁰⁷ Rapport d'audience. L'expression *acceptable* était intégrée dans les règles de passation.

¹⁰⁸ Pt 30 de l'arrêt.

¹⁰⁹ Pt 31 de l'arrêt.

¹¹⁰ Pt 37 de l'arrêt.

¹¹¹ C.J.C.E., 19 juin 2003, *GAT Gesellschaft für Abfallentsorgung-Technik GmbH c/ Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG)*, aff. C-315/01, *Rec.*, 2003, p. I-6351, avec concl. av. gén. L. GEELHOED ; sur cet arrêt, voy. M. DISCHENDORFER, « The Classification of Selection Criteria and the Legality of Ex Officio Interventions of Review Bodies in Review Procedures under the EC Directive on Public Procurement: the GAT Case », *P.P.L.R.*, 2004, NA 39-46.

¹¹² C'est égal. en ce sens que s'est prononcé le Conseil d'État de Belgique, notamment dans son arrêt du 22 août

marchés ont été antérieurement exécutés, ou sur le degré de satisfaction du client, ces éléments nous semblent objectifs et participer à la valeur économique de l'offre (ou de l'engagement du soumissionnaire)¹¹³. Certes, ils ne peuvent être traduits que par un système de cotation qui comporte un élément de subjectivité, comme toute appréciation faite par des sujets. Mais, il semble peu contestable que ces éléments relèvent de l'opération de sélection qualitative tout en influençant l'attribution du marché.

Avec Messieurs Ph. Flamme, M.-A. Flamme et Cl. Dardenne¹¹⁴, il nous semble que les opérations de sélection des entreprises et de comparaison des offres sont étroitement liées, voire, dans certaines circonstances, indissociables. Elles sont menées dans une finalité commune : attribuer le marché.

Plusieurs arguments de texte et de bon sens plaident en ce sens.

Premièrement, le texte même des directives. Il a déjà été signalé que parmi les références énoncées par les directives, certaines étaient relatives aux capacités de l'entreprise considérées de manière générale. Par contre, d'autres références sont étroitement liées à l'exécution du marché spécifique. Il semble dès lors que les textes contiennent, en germe, les liens qui se tissent nécessairement entre la sélection de l'entreprise et l'exécution du marché, ce qui implique une influence dans le cadre de l'attribution du marché.

Deuxièmement, certaines références (notamment techniques) permettent d'éclairer de manière significative l'offre remise pour l'exécution du marché¹¹⁵. L'utilisation de certaines techniques demande de l'expérience et du matériel spécifique. La satisfaction répétée des clients relative à la qualité des prestations offertes atteste de la fiabilité et du professionnalisme de l'entreprise. Le Conseil d'État de Belgique semble avoir adopté résolument cette interprétation en refusant toute séparation rigide entre la sélection des entreprises et l'attribution du marché¹¹⁶ mais en imposant au pouvoir adjudicateur de démontrer, par exemple, que les références peuvent jouer comme critère d'attribution en raison de la nature spécifique du marché. La dernière exigence devrait évoluer : la satisfaction répétée des clients antérieurs constitue un retour sur expérience pour le pouvoir adjudicateur, de nature à conforter le contenu de l'ensemble des engagements pris par un soumissionnaire.

Mais il est vrai cependant que la spécificité de certains marchés renforce les liens entre les compétences pour exécuter le marché et l'exécution proprement dite (du marché sur base d'une offre).

Par exemple, lorsque la relation contractuelle présente un *intuitu personae* marqué ou lorsque la personne du prestataire, ainsi que ses compétences et aptitudes, influencent de manière significative la qualité de ses prestations. Les prestations intellectuelles et artistiques constituent des domaines d'activité pour lesquels les références et l'expérience professionnelle devraient pouvoir intervenir dans l'attribution du marché.

Un autre argument de bon sens plaide en ce sens : une offre de prestation intellectuelle ou artistique ne se présente pas sous les mêmes contours que celle relative à l'exécution de travaux ou à la livraison de fournitures. Une offre de prestation intellectuelle ou artistique est parfois difficile à réaliser sans entrer dans une phase d'exécution. Comment un artiste peut-il expliquer la statue qu'il va sculpter sans l'ébaucher ? Comment un architecte peut-il proposer dans une offre son esquisse sans marquer de son empreinte le projet qui suivra ? Comment un chercheur peut-il remettre prix pour une étude ? La formulation de la méthodologie n'implique-t-elle pas déjà une exécution du travail ?

Au-delà des prestations intellectuelles ou artistiques, les prestations de services individualisées (ou toute prestation non standardisée) accentuent l'importance de l'intervention des prestataires et son impact dans l'offre de prestation.

2003, n° 122.277 (*T.B.P.*, 2005/2, p. 67 et s., avec note, et *erratum*, 2005/3, p. 146).

¹¹³ En effet, entre l'instant où l'œuvre des forces anonymes du marché est en cours (l'opérateur économique lutte) et l'instant de sa parfaite réalisation (les mauvais opérateurs économiques disparaissent), il peut y avoir de nombreux consommateurs ou clients insatisfaits.

¹¹⁴ Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et Cl. DARDENNE, *op. cit.*, spéc. p. 125.

¹¹⁵ Dans le même sens, C.E., 28 juin 1995, n° 54.050, et 14 septembre 1994, n° 49.048, mis en exergue par Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et Cl. DARDENNE, *op. cit.*, spéc. p. 126.

¹¹⁶ C.E., 22 décembre 2003, n° 126.719, *Entr. et dr.*, 2004, p. 154 et s.

Troisièmement, il convient encore d'intégrer les spécificités de certains opérateurs économiques, soit parce qu'ils sont particulièrement actifs sur les plans social et environnemental, soit parce qu'ils bénéficient d'un soutien (fonds publics, protection d'une partie de leur activité, ou tout autre avantage) des pouvoirs publics pour l'exercice de leur activité économique, soutien susceptible d'influencer soit le prix de leur prestation, soit le contenu de leur offre. Comment le faire concrètement sans, d'une manière ou d'une autre, pondérer les prix remis pour l'exécution des prestations par des éléments liés aux caractéristiques des agents économiques ? Cette interprétation nous semble s'inscrire dans la logique du considérant qui impose aux États membres de ne pas permettre de distorsion de concurrence entre les opérateurs publics et les opérateurs privés lorsqu'ils participent à une procédure de passation de marché public.

Certes, il convient que les liens tissés entre la vérification des aptitudes et l'attribution des marchés puissent être réalisés de manière transparente, sur base d'éléments objectifs et vérifiables. Il est possible d'imaginer des modalités différentes pour le faire. L'exercice ne semble pas présenter de difficulté particulière.

Par exemple, une première vérification des aptitudes générales des entreprises pourrait être suivie d'une comparaison des offres et d'une vérification des capacités plus spécifiques des entreprises en lien avec l'offre déposée. Un système d'attribution de points lors de toutes les phases de la procédure de passation (vérification des capacités et aptitudes et comparaison des offres proprement dites) nous semble une technique plus respectueuse de la diversité des entreprises. En outre, dans la perspective de la stratégie dite de Lisbonne, cette approche présente le grand avantage de ne pas pénaliser les entreprises novatrices et créatrices, soucieuses de leur responsabilité sociétale, qui peuvent ne pas avoir la même structure de coûts que les autres.

N'est-ce pas en appliquant de manière intuitive cette approche que la Cour de justice a admis, dans un secteur sensible, celui de l'industrie pharmaceutique¹¹⁷, que « la directive du Conseil 77/62/CEE du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, telle que modifiée par la directive du Conseil 88/295/CEE du 22 mars 1988, doit être interprétée en ce sens qu'elle autorise les entités y visées, qui désirent acquérir de la diamorphine, à attribuer le marché en tenant compte de la capacité des entreprises soumissionnaires à assurer de manière fiable et constante l'approvisionnement de l'État¹¹⁸ membre concerné »¹¹⁹. Cette *capacité* des entreprises soumissionnaires peut être appréciée notamment en portant un jugement sur les documents remis dans le cadre de la sélection des entreprises.

Le tribunal de première instance a récemment abondé dans ce sens¹²⁰. Dans le cadre de la directive 93/37/CEE, il a considéré que l'article 30 ne pouvait être interprété en ce sens que « chacun des critères d'attribution retenus par le Conseil afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse devait nécessairement être de nature quantitative ou orienté exclusivement vers les prix ou les tarifs du métré récapitulatif. En effet, divers facteurs qui ne sont pas purement quantitatifs peuvent influencer l'exécution des travaux, et, par conséquent la valeur économique d'une offre. Ainsi, l'expérience et la capacité technique d'un soumissionnaire et de son équipe, l'habitude du type de projet visé par le marché en question, la qualité des sous-traitants proposés sont tous des éléments qualitatifs qui, s'ils n'atteignent pas le niveau requis par le marché, sont susceptibles d'entraîner des retards dans l'exécution des travaux ou la nécessité de travaux supplémentaires. Il s'ensuit que, même si certains des critères mentionnés dans le cahier des charges pour évaluer la capacité d'un soumissionnaire à exécuter les travaux ne sont pas exprimés en termes quantitatifs, ils peuvent être

¹¹⁷ L'affaire soulevait la question de savoir si les dispositions du Traité relatives à la libre circulation des marchandises (anc. art. 30 et s.) étaient applicables au commerce d'héroïne.

¹¹⁸ Souligné par l'auteur.

¹¹⁹ C.J.C.E., 28 mars 1995, *The Queen c/ Secretary of State for the Home Department, exparte Evans Medical Ltd and Macfarlan Smith Ltd*, aff. C-324/93, *Rec.*, 1995, p. I-563, avec. concl. av. gén. C. LENZ.

¹²⁰ T.P.I.C.E., 25 février 2003, *SPA Renco c/ Conseil Union Européenne*, aff. T-04/01, <http://europa.eu.int/cj>; sur cet arrêt, voy. les obs. de P. BRAUN, «The Use of Selective of Qualitative Award Criteria and the Difference between Award and Qualification Criteria : A note on T-4/01, *renco SpA v Council of The European Union* », *P.P.L.R.*, 2003, NA 116-119.

appliqués de manière objective et uniforme afin de comparer les offres et sont clairement pertinents pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse ». Une partie de la doctrine¹²¹ a critiqué ce jugement par rapport à la jurisprudence *Beentjes*, qu'elle interprète comme imposant une distinction plus rigide entre la sélection des entreprises et l'attribution du marché. Il nous semble, au contraire, que ce jugement est plus en harmonie avec le texte des directives. Il est d'ailleurs intéressant de noter qu'il a été rendu dans le cadre de la passation d'un marché-cadre, soit un contrat de plus longue durée, pour lequel la fiabilité de l'adjudicataire revêt une importance particulière.

5) Le choix des offres : critères d'attribution et pondération

41. Le **choix des offres** doit être fondé sur **des critères d'attribution** qui doivent permettre d'apprécier la valeur de l'offre. Les exigences posées par le droit européen des marchés sont communes dans la directive secteur et dans la directive générale¹²² : le ou les critères, en principe pondérés, **doivent être en lien avec l'objet** du marché. La jurisprudence a renforcé la rigidité du processus de choix des offres, d'une part, en interdisant toute modification des offres (à vrai dire, il s'agit de la seule différence objective entre la procédure d'appel d'offres et la procédure négociée) et, d'autre part, en interprétant la notion de variante de manière stricte, et enfin, en imposant la transparence du processus de comparaison au travers des questions **du choix et de la pondération des critères**.

42. Si la fonction du critère d'attribution s'énonce facilement, à savoir permettre d'apprécier la valeur économique d'une offre, la concrétisation et la formalisation rigoureuse d'un critère d'attribution, tout comme son application concrète dans le cadre de la comparaison des offres, sont trois exercices délicats. L'énonciation exemplative contenue dans le droit dérivé des marchés publics et l'exigence de pondération l'illustrent à suffisance. Dans ce contexte, la controverse relative à la possibilité d'énoncer, et donc d'intégrer, des critères d'attribution dits *non économiques* semble, une fois débarrassée de ses oripeaux idéologiques, anecdotique.

43. Un critère d'attribution doit permettre d'apprécier la valeur économique d'une offre, il s'agit de sa fonction première. Dès lors, il ne peut porter sur la possibilité d'exercer un essai ou un contrôle sur le produit dans un périmètre acceptable¹²³. La capacité des entreprises soumissionnaires à assurer de manière fiable et constante l'approvisionnement du pouvoir adjudicateur¹²⁴ peut, selon l'expression utilisée par la Cour de justice, servir de critère d'attribution en dépit de son caractère relativement vague. À vrai dire, il peut exister deux manières de considérer ce genre d'éléments : soit dans le cadre d'une sélection des entreprises qui permet l'établissement d'un **véritable classement** qui influencera l'attribution finale du marché, soit en tant que critère d'attribution au sens strict. Les deux manières impliquent que les documents du marché précisent le type d'approvisionnement requis.

44. Sous réserve des dispositions nationales relatives à la rémunération de certains services, les critères sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs et entités assimilées peuvent se fonder pour attribuer les marchés publics sont : soit uniquement le **prix le plus bas**, soit des **critères multiples** lorsque l'attribution est faite à l'offre économiquement la plus avantageuse¹²⁵. Il s'agit donc d'une alternative. La Cour de justice semble imposer que le choix des critères d'attribution soit fait par le pouvoir adjudicateur et non par la réglementation au terme d'un raisonnement imprécis¹²⁶. En effet, il est parfaitement envisageable qu'un État membre impose une des deux méthodes, par exemple dans un secteur d'activité. Ceci d'autant plus que certaines administrations sont particulièrement compétentes pour définir des solutions techniques fermées pour lesquelles la mise en compétition par les prix peut

¹²¹ Voy. P. BRAUN, *loc. cit.*

¹²² Art. 55 de la Dir. 2004/17/CE et art. 53 de la Dir. 2004/18/CE.

¹²³ C.J.C.E., 19 juin 2003, *GAT Gesellschaft für Abfallentsorgung-Technik GmbH c/ Österreichische Autobahnen und SchnellstraSSen AG (ÖSAG)*, aff. C-315/01, <http://europa.eu.int/cj> ; sur cet arrêt, voy. M. DISCHENDORFER, « The Classification of Selection Criteria and the Legality of Ex Officio Interventions of Review Bodies in Review Procedures under the EC Directive on Public Procurement : the GAT Case », *op. cit.*

¹²⁴ C.J.C.E., 28 mars 1995, *The Queen c/ Secretary of State for the Home Department, exparte Evans Medical Ltd and Macfarlan Smith Ltd*, aff. C-324/93, *op. cit.*

¹²⁵ Art. 55, § 1, de la Dir. 2004/17/CE et art. 53, § 1, de la Dir. 2004/18/CE.

¹²⁶ Un législateur ne peut imposer de manière abstraite et générale l'attribution sur base du critère du prix (C.J.C.E., 7 octobre 2004, *Sintesi SpA*, aff. C-247/02, <http://europa.eu.int/cj>).

se révéler efficace¹²⁷.

Sous l'angle sémantique, un critère est un signe, un caractère qui permet de distinguer une chose ou une notion, de porter un jugement sur un objet¹²⁸. Dans le langage courant, il est parfois utilisé au sens de condition, ce qui ne simplifie pas les choses dans la passation des marchés publics¹²⁹.

Les deux directives traduisent curieusement cette notion en donnant des exemples de critères d'attribution, tout en précisant qu'ils doivent être liés à l'objet du marché : « le délai de livraison ou d'exécution, le coût d'utilisation, la rentabilité, la qualité, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, la valeur technique, le service après-vente et l'assistance technique, l'engagement en matière de pièces de rechange, la sécurité d'approvisionnement et le prix ».

Certaines observations peuvent être déduites de l'alternative et de cette énonciation.

Premièrement, l'alternative est proposée quelle que soit la procédure suivie (ouverte, restreinte ou négociée). L'exigence du droit dérivé des marchés publics permet donc de combattre certains comportements d'un autre siècle. Certains pouvoirs adjudicateurs recherchent obstinément à s'insérer dans le cadre d'une procédure négociée afin de faire *ce qu'ils veulent*. Cette volonté de puissance infantile se traduit parfois par le refus d'énoncer les règles de préférence ou les critères d'attribution. Ce type de décision peut aussi révéler l'incompétence des conseillers techniques ou le refus d'assumer une part de responsabilité dans les choix finaux. Ces comportements sont clairement prohibés. À défaut d'avoir énoncé des critères multiples, il est raisonnable de considérer que seul le prix doit être pris en compte, ou un rapport qualité/prix lorsque le cahier spécial des charges contient des indications en ce sens. Dans le prolongement de cette exigence, les critiques ancestrales relatives à la procédure négociée, perdent beaucoup de leur pertinence. La procédure négociée ne peut signifier une attribution discrétionnaire du marché : elle implique désormais clairement l'attribution soit sur base de critères multiples, soit sur base du critère du prix.

Deuxièmement, si la fonction d'un critère d'attribution est de permettre d'apprécier la valeur économique d'une offre, il importe que le critère d'attribution ne se confonde pas avec les engagements juridiques ou les caractéristiques d'une prestation (qui peuvent être formulés dans les documents du marché soit de manière impérative, soit de manière plus ouverte, les documents du marché pouvant autoriser la remise de variantes ou prévoir l'objet des futures négociations).

Dès lors, l'engagement en matière de pièces de rechange, le service après-vente et l'assistance technique, les délais de livraison ou d'exécution et les caractéristiques environnementales, énoncés dans le droit dérivé comme étant des critères d'attribution, sans autre précision, ne peuvent servir à départager les offres sous l'angle de leur valeur économique.

Les *critères* énoncés par les directives rejoignent, pour partie, le langage courant. Certains sont en réalité plutôt des exigences (ou conditions). Ces dernières peuvent être imposées sous forme de clauses d'exécution ou de caractéristiques des prestations (exigences absolues¹³⁰, exigences minimales¹³¹ ou exigences variables¹³²). Il importe, au contraire, que le pouvoir adjudicateur précise, d'une part, ce qui importe le plus pour lui et, d'autre part, la manière dont il va apprécier la prestation. Par exemple, un délai court ou un seuil de qualité élevé sont-ils plus importants que le niveau de prix, ou bien un prix le plus bas pour un niveau de qualité et un délai de réalisation les meilleurs sont-ils les objectifs poursuivis ? Quel service après-vente veut-il : une intervention dans l'heure sur site, dans les 24h00, dans la semaine ? Avec quelles sanctions en cas de non-respect des délais ?

En d'autres termes, il est plus important de déterminer la *fonction*¹³³ de préférence des

¹²⁷ Il en est ainsi pour le secteur de la voirie dans les États membres qui conservent celle-ci en gestion directe.

¹²⁸ Selon le *Petit Robert*.

¹²⁹ J. PICTET et D. BOLLINGER, *op. cit.*, spéc. p. 27.

¹³⁰ Par ex., un délai d'exécution de 300 jours ouvrables ou une assistance technique sur tel ou tel aspect des prestations.

¹³¹ Par ex., le moteur ne peut dépasser tel seuil d'émission de CO₂.

¹³² Par ex., un seuil de pollution le plus bas possible.

¹³³ L'expression n'est pas au sens strict utilisée dans son sens mathématique. Elle veut exprimer l'idée que c'est la relation entre divers éléments qui importe et non leur simple formalisation. D'où, l'avancée significative de

caractéristiques de la prestation (techniques et juridiques) en précisant celles qui sont imposées et celles pour lesquelles les entreprises peuvent proposer des alternatives, tout en indiquant, en principe¹³⁴, clairement le système de cotation qui sera appliqué.

La question de la fonction de préférence est dès lors indissociablement liée à la question de variantes (ou plus généralement des variables dans l'exécution des prestations¹³⁵), et dès lors à la manière dont les spécifications techniques (et les clauses contractuelles) sont rédigées, ainsi qu'à la forme que doit revêtir la réponse des entreprises (offres de prestations proprement dites). À défaut de prévoir la possibilité de remettre des variantes ou variables, il nous semble impossible de concevoir une attribution de marché sur base de critères multiples. En effet, si le pouvoir adjudicateur ne permet pas la remise de variantes ou ne prévoit pas des variables dans l'exécution, il doit fournir suffisamment de précisions relatives aux caractéristiques des prestations afin de permettre l'attribution sur base du critère du prix, sous peine de verser dans l'arbitraire ou l'irrationalité. Par exemple, si le marché prévoit deux critères (prix et qualité) valant chacun 50 %, tout en comportant des spécifications techniques précises (ou fermées, en ce sens qu'elles définissent de manière impérative les techniques et les matériaux) et un métré récapitulatif des postes qui doivent être exécutés (qui doit être rempli ou côté par les soumissionnaires), le pouvoir adjudicateur est dans l'impossibilité de porter un jugement objectif et rationnel sur le critère qualité. Si le marché, dans les mêmes circonstances, prévoit l'attribution sur base du prix et du délai, les renseignements fournis ne permettent à nouveau pas au pouvoir adjudicateur de porter un jugement rationnel sur le critère du délai (aucun élément de l'offre n'y est spécifiquement consacré). Dans les deux exemples, les deux critères, même pondérés, ne donnent pas suffisamment de renseignements aux soumissionnaires pour décider du contenu de leur réponse. Ils devraient connaître de manière plus précise ce qui importe pour le pouvoir adjudicateur : combien est-il prêt à payer en plus par jour de délai en moins ? Afin d'autoriser les entreprises à se rapprocher de ce choix idéal, il est indispensable de leur donner la possibilité de remettre un prix pour un délai et des variables sous forme de majoration du prix par jour de délai en moins. Or, les documents contractuels sont rarement rédigés de la sorte. En outre, l'importance des sanctions financières en cas de dépassement de délai doit être intégrée à la réflexion, sans quoi l'engagement est mal apprécié (et par conséquent, le critère délai également). La dernière remarque vaut également pour les pénalités spécifiques liées à un non-respect de la qualité promise.

Troisièmement, l'énonciation des critères admet une *certaine* subjectivité : la qualité, ainsi que les caractères esthétique et fonctionnel, le démontrent à suffisance¹³⁶. Cependant, sans autre précision, ces trois exemples ne peuvent être qualifiés de critères sans verser dans une totale subjectivité qui confine, dans la passation d'un marché public, soit à l'arbitraire (le pouvoir adjudicateur ne peut se réserver la faculté de faire ce qu'il veut), soit à l'inefficacité du processus d'achat (les critères doivent permettre aux opérateurs économiques de remettre une offre pertinente par rapport à une demande clairement exprimée).

Le pouvoir adjudicateur doit poser des choix en matière de qualité, d'esthétisme et de fonctionnalité de la prestation ou de la fourniture afin d'orienter la réflexion des opérateurs économiques. Par exemple, veut-il tel ou tel style architectural, une approche rococo ou minimaliste ? Cette précision doit être donnée *a priori*, sans quoi le caractère esthétique devient une sorte de clause de style qui autorise toutes les décisions (dès lors, il ne peut logiquement servir à motiver le choix d'une offre de manière pertinente). Dans le prolongement de cet exemple, la qualité, sans autre précision, nous semble une considération bien trop vague que pour permettre un processus d'achat efficace qui

l'exigence d'une pondération.

¹³⁴ Dans les marchés complexes du point de vue technologique ou juridique, il n'est pas toujours possible de conceptualiser dès le départ un système de cotation, en raison de certaines inconnues. Par ex., si le marché fait appel à la créativité des entreprises, il est délicat de concevoir, *a priori*, la manière dont les offres vont être formulées ou présentées.

¹³⁵ Les variables peuvent être relatives aux engagements juridiques. Un délai d'exécution imposé, lorsqu'il est sanctionné par des amendes de retard plafonnées à 5 % de la valeur du marché ou par des amendes de retard non plafonnées, devrait, en principe, entraîner deux prix différents et une *valeur* différente au prix annoncé dans l'une ou l'autre hypothèse ...

¹³⁶ Le Conseil d'État de Belgique a admis, p. ex., que les critères d'attribution ne devaient pas nécessairement être objectifs au sens de mesurables. Il suffit, selon lui, p. ex., que la qualité soit appréciée sur l'aspect extérieur et le confort, sous-critères partiels d'un critère général de qualité. La subjectivité, inévitable dans l'appréciation, ne rend pas l'utilisation du critère irrégulière, la subjectivité étant atténuée dans le cas d'espèce par le fait qu'on opère une moyenne de l'appréciation par trois personnes (C.E., 10 juillet 2002, n° 109.138, *T.B.P.*, 2004/1, spéc. p. 50).

repose sur un raisonnement, si pas rigoureux, à tout le moins présentant une certaine rationalité. Pour choisir opportunément et remettre une offre pertinente, c'est bien la manière dont la qualité est appréciée qu'il importe de formaliser. Par exemple, comment la qualité du moteur d'un bus sera-t-elle appréciée par le pouvoir adjudicateur ? Veut-il une grosse cylindrée ? Une motorisation économique (diesel plutôt qu'essence) ? Une **motorisation respectueuse de l'environnement** (gaz naturel ou autre) ? Plus précisément, si ces choix sont posés, il importe de préciser comment les appréciations seront portées pour départager deux mêmes types de motorisation. Concrètement, comment la qualité est-elle appréciée par le pouvoir adjudicateur ?

En résumé, choisir une offre de manière transparente, en permettant aux opérateurs économiques de répondre de manière pertinente, suppose l'attribution soit sur base du prix, soit sur base de critères multiples.

La première branche de l'alternative suppose la formalisation d'une demande de prestation entièrement fermée dans des documents contractuels (conditions d'engagements juridiques, caractéristiques imposées de la prestation, du produit ou de la fourniture). À défaut, l'opérateur économique ne peut rédiger utilement son offre et le pouvoir adjudicateur choisir rationnellement sur base du prix. Relevons encore que le droit dérivé est silencieux sur la manière dont le pouvoir adjudicateur peut organiser concrètement la comparabilité des offres sous l'angle du prix : il n'existe aucune précision sur les modalités de détermination du prix, sur la manière de rectifier les erreurs commises par les soumissionnaires dans leur soumission, sur les problèmes d'omission des postes des métrés ou des inventaires, ni sur les exigences particulières et variables d'une remise de prix forfaitaire (ou non). Bref, les opérations concrètes de comparaison des offres restent en dehors du champ d'application du droit dérivé des marchés publics, alors qu'elles constituent le cœur du processus de passation. Sur l'essentiel et le complexe, le droit dérivé reste muet. Il est, comme tel, largement insuffisant et doit impérativement pouvoir être complété par les législateurs nationaux.

La deuxième branche de l'alternative suppose que la demande contienne des variables (soit dans les exigences techniques, soit dans les engagements juridiques) et la formalisation d'une fonction de préférence entre les éléments variables.

L'expression de *critères d'attribution* n'est probablement pas la plus heureuse, même si elle est répandue à l'échelle planétaire. En effet, dès qu'en tenant la plume, l'observateur essaye de concrétiser l'expression, il est plus fréquent que l'exercice débouche sur la formalisation d'une exigence particulière (un service après-vente) ou d'une considération excessivement subjective impropre à départager des offres de manière rationnelle et prévisible (la qualité). Le droit dérivé ne se démarque pas sur ce point des écueils très fréquents rencontrés dans la pratique. L'important reste de mettre en relation les exigences et leur appréciation respective par le pouvoir adjudicateur et de définir concrètement les règles de comparaison des offres. Le droit dérivé reste très lacunaire sur ces questions essentielles, à l'exception notoire mais imprécise de la nouvelle exigence de pondération.

45. **La pondération.** La pondération des critères est désormais¹³⁷ obligatoire. Il s'agit d'une avancée significative, pour autant que cette nouvelle exigence soit bien comprise.

La Cour de justice a préparé cette avancée significative dans son arrêt *Universale-Bau*¹³⁸, rendu sur avis contraire de l'avocat général Alber. Elle a estimé que si, dans le cadre d'une procédure restreinte, le pouvoir adjudicateur avait fixé au préalable des règles de pondération des critères de sélection des candidats qui seront invités à présenter une offre, il est tenu de les indiquer dans l'avis de marché ou les documents de l'appel d'offres. Certes la solution était rendue dans le cadre de la sélection des entreprises, mais elle était révélatrice d'une tendance de fond de la jurisprudence, tendance qui consiste à privilégier le principe de la transparence à toute autre considération.

¹³⁷ Contrairement au texte des anciennes directives qui laissaient une plus grande latitude aux pouvoirs adjudicateurs et entités assimilées, en ne prévoyant que le classement par ordre décroissant de l'importance, *si possible* (art. 26, § 2, de la Dir. 93/36/CEE ; art. 30, § 2, de la Dir. 93/37/CEE ; art. 36, § 2, de la Dir. 92/50/CEE).

¹³⁸ C.J.C.E., 12 décembre 2002, *Universale-Bau A.G und Bietergemeinschaft*, aff. C-470/99, *Rec.*, 2002, p. I-11617 ; sur cet arrêt, voy. M. DISCHENDORFER, « The EBS Case : Definition of a 'Body Governed By Public Law', Limitation Periods, and Publicity requirements for Scoring Methods », *op. cit.*

Le droit dérivé a étendu la solution aux critères d'attribution en exigeant que la pondération soit précisée dans l'avis de marché ou le cahier des charges. Elle peut être exprimée en prévoyant une fourchette dont l'écart maximal doit être *approprié (sic)*¹³⁹. Ce n'est que dans l'hypothèse où la pondération n'est pas possible pour des raisons *démonstrables (resic)* selon l'avis du pouvoir adjudicateur, que ce dernier peut se limiter à indiquer l'ordre décroissant d'importance des critères¹⁴⁰ (dans l'avis de marché, le cahier des charges ou le document descriptif du dialogue compétitif)¹⁴¹.

Le débat sur cette nouveauté a été mouvementé. Le Parlement européen n'y était pas favorable¹⁴², mais la Commission européenne n'a pas cédé, à juste titre¹⁴³. Le progrès réalisé par cette exigence de pondération peut sembler limité du point de vue du pouvoir adjudicateur : la plupart du temps, il est indispensable de disposer de ces informations pour concevoir une procédure de passation efficace. Du point de vue de l'opérateur économique, cette pondération lui permet certes de mieux cerner les priorités du pouvoir adjudicateur, mais elle ne lui donne pas nécessairement d'information pertinente sur la manière dont son offre doit concrètement être rédigée, ni sur la manière dont elle va être appréciée.

En effet, il ne peut y avoir de réel progrès que si la portée de cette nouvelle exigence est appréciée souplesment¹⁴⁴, tout en rencontrant la question des sous-critères souvent formalisés en vue de procéder à l'appréciation concrète des offres¹⁴⁵.

Sur ces questions, le droit dérivé, la jurisprudence et, dans une certaine mesure, les pratiques des pouvoirs adjudicateurs dans les États membres progressent vers plus de transparence¹⁴⁶.

En effet, la pondération des critères d'analyse est un sujet beaucoup plus complexe qu'il n'y paraît¹⁴⁷ et certaines méthodes de pondération très répandues, comme la moyenne pondérée, sont faussement simples. Elle peut présenter certaines failles sous l'angle de la logique formelle¹⁴⁸ si certaines conditions ne sont pas respectées.

Les systèmes de pondération sont nombreux et font parfois l'objet de logiciels informatiques :

¹³⁹ Le droit dérivé regorge de ces précisions, comme s'il était possible d'imaginer d'énoncer que l'écart ne doit pas être approprié ! Par contre, il eût été intéressant de préciser cette exigence pour lui donner un minimum de sens prévisible.

¹⁴⁰ L'ordre décroissant est une information ordinale, pauvre, même s'il intègre un *préordre* (expression utilisée en mathématique pour les *ex æquo*) (voy. J. PICTET et D. BOLLINGER, *op. cit.*, spéc. p. 59) ; la solution antérieure était plus souple et conduisait à bien des incertitudes (voy., pour une illustration, T.P.I.C.E., 25 février 2003, *Strabag Benelux c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. T-183/00, *A.P.M.*, 2003/3, spéc. p. 3). Le Conseil de l'UE avait énoncé huit critères d'attribution sans spécifier l'ordre d'importance dans le cadre d'un marché de travaux, conformément à l'art. 30, § 2, de la Dir. 93/37/CEE en vigueur à l'époque, laissant ainsi un très (trop ?) large pouvoir d'appréciation au pouvoir adjudicateur quant au poids relatif qu'il accordera au moment du choix aux critères d'attribution. Les dérives sont évidentes. En outre, cette manière de faire ne permet pas aux soumissionnaires de répondre intelligemment au pouvoir adjudicateur. Il est indispensable que les facteurs déterminants du choix soient clarifiés dès le départ.

¹⁴¹ Art. 55, § 2, de la Dir. 2004/17/CE et art. 53, § 2, de la Dir. 2004/18/CE.

¹⁴² De manière étonnante et sans argument convainquant !

¹⁴³ Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et Cl. DARDENNE, *op. cit.*, spéc. p. 153.

¹⁴⁴ Lorsqu'une partie importante de la conception ou du contenu du marché dépend des opérateurs économiques (p. ex., détenteur d'un *process*), le pouvoir adjudicateur ne dispose pas toujours, au moment où il lance la procédure, de toutes les informations utiles pour formaliser avec précision le système de pondération.

¹⁴⁵ La pratique des sous-critères est généralement suivie dans la plupart des États membres. La Cour de justice a rendu sur le sujet un arrêt pour le moins ambigu (voy. C.J.C.E., 24 novembre 2005, *ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, EAC Srl, Viaggi di Maio Snc c/ ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia, Comune di Venezia, en présence de : ATI La Linea SpA-CSSA*, aff. C-331/04, <http://www.europa.eu.int/cj>).

¹⁴⁶ C.J.C.E., 24 novembre 2005, *ATI EAC*, aff. C-331/04, *op. cit.* ; dans cet arrêt, interprétant l'avant-dernière version du droit dérivé, la Cour de justice admet une ventilation (en cours de passation) des points prévus pour un critère d'attribution entre des sous-éléments établis d'avance, pour autant que l'opération ne modifie pas le critère d'attribution, ne contienne pas d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la présentation des offres, auraient pu influencer cette préparation et n'ait pas été adoptée en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires. Concrètement, la difficulté de respecter les conditions posées, à juste titre par la Cour de justice, implique la plus grande prudence dans la formulation de sous-critères en cours de procédure de passation.

¹⁴⁷ Dans le même sens, L. RICHER, « Hiérarchisation et pondération des critères : aperçu documentaire », *A.C.C.P.*, 2004, n° 39, pp. 49-55.

¹⁴⁸ J. PICTET et D. BOLLINGER, *Adjuger un marché public au mieux-disant. Analyse multicritère, pratique et droit des marchés publics*, *Coll. Diriger l'entreprise Lausanne*, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2003., spéc. p. 6.

méthode de pondération directe, méthode GRAMP, MACBETH-Poids, méthode des cartes, des coalitions, etc.¹⁴⁹. Les mathématiques sont souvent précieuses pour résoudre certains problèmes¹⁵⁰.

Fondamentalement, si les raisonnements et théories mathématiques qui sous-tendent les méthodes de travail décrites dans l'ouvrage passionnant de J. Pictet et D. Bollinger sont complexes, des outils informatiques ont été développés pour permettre une application aisée par les pouvoirs adjudicateurs.

Nul doute que la généralisation de l'utilisation de ces outils, plus que toute réforme supplémentaire du droit dérivé des marchés publics, améliorera de manière significative les pratiques des pouvoirs adjudicateurs. Il importe cependant que la simplicité, confondante parfois, avec laquelle la jurisprudence applique les règles imprécises contenues dans le droit dérivé des marchés publics ne vienne pas contrarier ce louable effort de rationalisation et de professionnalisation des techniques de comparaison des offres.

46. **Les considérations économiques et les autres considérations**¹⁵¹. Dans le contexte décrit ci-dessus, il est plus difficile de comprendre la controverse persistante relative à la légalité de l'utilisation de considérations non économiques dans la phase d'attribution. Une fois la controverse débarrassée de ses oripeaux idéologiques, que reste-t-il des différents points de vue ? Une fois admises l'ambiguïté intrinsèque de l'expression *critères d'attribution* et l'indispensable complexité d'un processus rigoureux de comparaison des offres, il est délicat de comprendre les problèmes liés aux considérations *non économiques* dans le cadre de l'attribution des marchés publics. Il s'agit toujours, en définitive, d'apprécier des offres de prestations économiques par rapport à des exigences qui ont été précisées dans des documents rédigés par le pouvoir adjudicateur (ou pour leur compte), en les départageant sur base de règles de choix annoncées. Les appréciations doivent être objectives et se baser sur des éléments vérifiables. Qu'il s'agisse d'éthique¹⁵², de technique, d'environnement ou de social, il y a toujours une demande et des réponses à examiner en fonction de cette demande et des règles de choix.

Les considérations écologiques ne posent plus de problème au stade de l'attribution. La Belgique¹⁵³ avait anticipé la dernière version des directives en arguant de l'arrêt *Concordia*¹⁵⁴, qui est, sur ce point, sans ambiguïté. Dans cet arrêt, la Cour de justice a souligné que dans les directives, les critères qui

¹⁴⁹ *Ibid.*, spéc. pp. 63-72.

¹⁵⁰ *Ibid.*, spéc. p. 7.

¹⁵¹ Voy. not., sur le sujet, P. LEFEVRE, « Les considérations sociales et environnementales dans les marchés publics européens », *J.T.D.E.*, 2000, pp. 245-247 ; Ph. QUERTAINMONT, *op. cit.* ; F. WALSCHOT, « Les aspects économiques des marchés publics », in *La nouvelle réglementation des marchés publics*, éd. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1997, pp. 169-182 ; A.L. DURVIAUX et F. NAVEZ, *op. cit.* ; les études magistrales de J. NOËL, notamment « Étude 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 ; « À propos des clauses sociales, un arrêt étonnant de la Cour de Justice », *J.T.*, 2001, pp. 561-564 ; « Implications de l'introduction de critères éthiques dans les marchés publics », *J.T.*, 2001, pp. 873-877 ; M.-A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et Cl. DARDENNE, *op. cit.*, p. 280 et s. ; P. BRUMTER-CORET et N. POURBAIX, « La communication interprétative de la Commission européenne relative à l'intégration des exigences environnementales dans le droit des marchés publics », *R.D.U.E.*, 2001/3, pp. 731-766 ; P. THIEL, « Les clauses environnementales dans les marchés publics », *Amén.*, 2003/2, p. 63 et s. ; N. CHARREL, « L'achat social ou la prise en compte des aspects sociaux dans les marchés publics », *A.C.C.P.*, 2004, n° 2, p. 62 et s. ; H. PONGERARD-PAYET, « Critères sociaux et écologiques des marchés publics : droits communautaire et interne entre guerre et paix », *Europe*, oct. 2004, pp. 6-12 ; T. GLIOZZO, « L'admissibilité d'un critère environnemental au regard de la réglementation communautaire des marchés publics », *A.J.D.A.*, février 2004, pp. 335-337 ; B. SCHUTYSER, « Sociale en milieuoverwegingen bij overheidsopdrachten : een stand van zaken in het licht van de nieuwe richtlijnen », *T. Gem.*, 2005/2, pp. 135-148.

¹⁵² Dès lors, l'approche adoptée diffère de la question éthique posée par M. VERDUSSEN (« Marchés publics et droits de l'homme », *Mélanges Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1139-1149). En effet, la formulation d'une interdiction d'attribution ou d'exécution d'un marché à une entreprise qui ne s'engagerait pas à s'abstenir d'exercer des activités commerciales ou industrielles dans des États dont les autorités se rendent coupables de violations graves des droits de l'homme, ne s'inscrit pas dans la technique de passation proprement dite, qui suppose une analyse rigoureuse de l'offre de prestation proposée par une entreprises en intégrant de manière plus ou moins développée ce qu'elle intègre dans son offre de prestation. Il s'agit plus d'une exclusion posée *a priori* (qui suppose une modification des textes des directives ou une réflexion sur la compétence des États membres pour compléter la liste des exclusions).

¹⁵³ Par la loi du 8 avril 2003 modifiant l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

¹⁵⁴ C.J.C.E., 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland Oy Ab c/ Helsingin Kaupunki et HKL-Bussiliikenne*, aff. C-513/99, *Rec.*, 2002, p. I-7213, avec concl. av. gén. MISCHO.

sont donnés à titre d'exemples ne sont pas tous économiques. Le Traité CE, en ses articles 130R, § 1, alinéas 1, troisième phrase, et 6, renforce encore une interprétation large des considérations économiques intégrant l'environnement et le développement durable. Les articles 23, 26, 50 et 53 de la directive générale témoignent de la volonté du législateur européen de promouvoir les considérations écologiques à tous les stades du processus de comparaison des offres, sans pour autant exclure la formalisation d'un critère d'attribution de cette nature¹⁵⁵. Les considérations écologiques peuvent être intégrées dans les spécifications techniques, dans les variantes, dans la sélection des entreprises et dans la comparaison des offres selon les modalités déjà partiellement précisées.

Depuis, la Cour de justice a affiné son approche dans l'arrêt *EVN et Wienstrom*¹⁵⁶ : elle souligne que le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'un pouvoir adjudicateur retienne, dans le cadre de l'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse pour l'attribution d'un marché de fourniture d'électricité, un critère d'attribution exigeant la fourniture d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables, affecté d'un coefficient de 45 %. La circonstance que ledit critère ne permette pas nécessairement d'atteindre l'objectif visé est sans pertinence à cet égard, pour autant que le critère soit assorti d'exigences permettant d'assurer un contrôle effectif de l'exactitude des informations contenues dans l'offre et d'un système de cotation pertinent.

Les considérations sociales restent par contre plus controversées en droit communautaire et en doctrine, notamment en ce qu'elles visent l'emploi. Sans prétendre répondre à la question de l'efficacité de la technique, il nous semble que les considérations sociales (ou liées à l'intervention d'êtres humains dans le processus de production de la prestation achetée) ne présentent aucune spécificité de nature à empêcher un traitement équivalent aux considérations écologiques : tout dépend des priorités exprimées clairement par le pouvoir adjudicateur dans les documents du marché (objet, spécifications techniques, définition des postes de prestations, contrôle des prix et des conditions d'exécution). Cette opinion est cependant ne fait pas l'unanimité¹⁵⁷.

Le conflit idéologique qui sous-tend ces apparentes divergences d'interprétation pourrait rapidement rebondir si le double visage des considérations sociales (et autres considérations secondaires) était mis en avant. Les considérations sociales jouent également un rôle indispensable dans la poursuite d'une certaine égalité *dans la concurrence* au bénéfice des opérateurs économiques *purs*¹⁵⁸, soit ceux qui poursuivent leur intérêt par l'accomplissement d'une activité économique en payant leurs impôts et leurs charges sociales !

Sous l'angle économique, les considérations environnementales au stade de la comparaison des offres permettent, théoriquement, de rectifier (par un système de pondération du prix p. ex., mais pas uniquement) le désavantage subi par les entreprises, actives dans le même secteur d'activité, qui ne reçoivent pas d'aides et peuvent dès lors parfois remettre des prix plus élevés. Comment, sans cette pondération, à court terme, tendre à l'égalité dans la comparaison des offres, et à long terme, conserver les sources de financement des activités d'intérêt général ?

III. La réforme du droit européen des marchés publics en cours

47. En janvier 2011, la Commission européenne a lancé une réflexion sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics¹⁵⁹ qu'elle inscrit dans le prolongement de la stratégie Europe 2020 pour une **croissance** intelligente (sic), **durable** et inclusive¹⁶⁰, soit une économie sociale de marché compétitive reposant sur trois priorités : « développer une économie fondée sur la **connaissance et l'innovation**; promouvoir une **économie sobre en carbone, économe dans la consommation des ressources** et compétitive; et encourager une économie à fort taux d'emploi,

¹⁵⁵ Dans le même sens, Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et Cl. DARDENNE, *op. cit.*, spéc. p. 114.

¹⁵⁶ C.J.C.E., 4 décembre 2003, aff. C-448/01, <http://www.europa.eu.int/cj>.

¹⁵⁷ Voy. notamment les opinions de Messieurs Ph. Flamme, M.-A. Flamme et Cl. Dardenne *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, *op. cit.*, spéc. p. 118.

¹⁵⁸ Le qualificatif est utilisé par commodité, non par adhésion à ce qu'il sous-entend.

¹⁵⁹ Livre vert sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics, Vers un marché européen des contrats publics plus performant, Bruxelles, 27 janvier 2011, COM(2011) 15 final.

¹⁶⁰ Voir la communication de la Commission du 3 mars 2010, COM(2010) 2020.

favorisant la cohésion sociale et territoriale ».

Les marchés publics ont un rôle essentiel à jouer en tant qu' « instruments de marché » pour atteindre ces objectifs. La Commission européenne entend donc inviter à utiliser les contrats publics pour d'une part, « améliorer les conditions-cadres permettant aux entreprises d'innover, en utilisant pleinement la politique de la demande »¹⁶¹, d'autre part, « encourager le passage à une économie efficace dans l'utilisation des ressources et à faibles émissions de CO₂, notamment en recourant plus largement aux marchés publics écologiques » et enfin, « améliorer l'environnement des entreprises, en particulier pour les PME innovantes ». Pour la première fois également, la Commission européenne affirme que la politique européenne des marchés publics doit « garantir une utilisation optimale des fonds publics », tout en rappelant que les marchés publics doivent rester « ouverts » à l'ensemble de l'Union.

De nombreuses critiques se sont élevées à l'encontre du droit européen des marchés publics, ce qui a conduit la Commission à annoncer dans l'Acte pour le marché unique¹⁶², qu'elle entreprenait une vaste consultation en vue de formuler des propositions législatives au plus tard pour le début de l'année 2012 en vue de simplifier et d'actualiser la législation européenne, qui ne datait pourtant que de 2004¹⁶³.

La Commission entend ajouter des objectifs complémentaires au droit européen des marchés publics. Le premier consiste à « rentabiliser » les dépenses publiques. Le second « consiste à permettre aux acheteurs publics de faire en sorte que leurs marchés servent mieux les **objectifs communs de la société** : protection de l'environnement, amélioration de l'utilisation des ressources et de l'énergie et lutte contre le changement climatique, promotion de l'innovation et de l'inclusion sociale, et mise en place des meilleures conditions possibles pour la fourniture de services publics de haute qualité ».

L'utilisation **stratégique de la politique des marchés publics** pour faire face aux nouveaux défis fait l'objet d'une section entière du livre vert. La Commission a envisagé deux manières de faire d'une part, « donner aux pouvoirs adjudicateurs les moyens de tenir compte de ces objectifs dans le cadre des règles de procédure régissant la passation des marchés publics («comment acheter») » et d'autre part, « imposer des exigences contraignantes aux pouvoirs adjudicateurs ou prévoir des mesures incitatives, afin d'orienter leurs choix de biens et de services («quoi acheter») ».

Elle rappelle les initiatives spécifiques lancées ces dernières années à l'échelle européenne et nationale, en mettant l'accent notamment que les marchés publics écologiques (MPE)¹⁶⁴. La plupart des Etats membres ont leurs plans d'action en faveur des MPE (PAN), comportant des objectifs facultatifs ou obligatoires et des mesures spécifiques. L'UE a elle-même élaboré des critères relatif

¹⁶¹ Cette idée est reprise dans la communication de la Commission intitulée «Une Union de l'innovation» (SEC(2010) 1161), l'une des initiatives phares annoncées dans la stratégie Europe 2020, qui traite de l'utilisation stratégique des marchés publics comme instrument de promotion de la recherche et de l'innovation. Cette communication invite les États membres à réserver une partie de leur budget «marchés publics» à la recherche et à l'innovation et indique que la Commission fournira des orientations et mettra en place des mécanismes de soutien à l'intention des pouvoirs adjudicateurs.

¹⁶² Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions du 27 octobre 2010: «Vers un Acte pour le Marché unique - Pour une économie sociale de marché hautement compétitive», COM(2010) 608.

¹⁶³ 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, JO L 134 du 30.4.2004, p. 1, telle que modifiée par le règlement (CE) n° 1177/2009 de la Commission, du 30 novembre 2009, modifiant les directives 2004/17/CE, 2004/18/CE et 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne leurs seuils d'application en matière de procédures de passation des marchés, JO L 314 du 1.12.2009, p. 64 ; 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, JO L 134 du 30.4.2004, p. 114, telle que modifiée par le règlement (CE) n° 1177/2009 de la Commission.

¹⁶⁴ Voir la communication de la Commission relative à des marchés publics pour un environnement meilleur, COM(2008) 400, qui fixe des objectifs pour la généralisation des marchés publics écologiques (MPE) dans les États membres et qui a lancé le processus d'élaboration de critères européens communs volontaires relatifs aux MPE. Voir aussi le «Manuel sur les marchés publics écologiques (Acheter vert!)» à l'adresse suivante: http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying_green_handbook_fr.pdf

aux MPE pour 18 groupes de produits et de services¹⁶⁵.

La Commission a réouvert le débat sur le « **comment acheter** » (description de l'objet, des spécifications techniques, les critères de sélection qualitative, les critères d'attribution, vérification du respect des exigences). L'ensemble des questions posées par le livre vert reste cependant relativement prévisible, ciblant en réalité, les pratiques déjà répondant sur base du droit positif. Seule la question 67 posée semble audacieuse en ce qu'elle met clairement en évidence les changements de paradigme susceptible d'être impliqué par une prise en considération des objectifs écologiques dans la politique européenne des marchés publics. Elle vise à déterminer les cas dans lesquels une restriction aux fournisseurs locaux et régionaux pourrait être justifiée par des raisons légitimes et objectives non fondées sur des considérations purement économiques.

La Commission soulève une autre possibilité avec le « **quoi acheter** ». Il s'agit ici d'imposer aux pouvoirs adjudicateurs des obligations sur ce qu'ils doivent acheter. La démarche a déjà été mise en oeuvre par certains Etats membres¹⁶⁶. L'UE a depuis peu des législations sectorielles qui vont dans le même sens, en imposant aux pouvoirs adjudicateurs l'obligation d'exiger dans leurs marchés publics un certain niveau d'efficacité énergétique¹⁶⁷ ou l'obligation de tenir compte des incidences énergétiques ou environnementales dans leurs décisions de passation de marchés publics¹⁶⁸; en demandant au secteur public de jouer un rôle exemplaire en matière d'efficacité énergétique en adoptant un nombre minimal de mesures en ce sens dans le domaine des marchés publics¹⁶⁹ et en encourageant le développement de bâtiments publics plus économes en ressources (par exemple, des bâtiments à consommation énergétique primaire faible ou nulle)¹⁷⁰. La Commission indique cependant que pareille politique risque d'avoir des effets négatifs sur la concurrence avec une éventuelle diminution du nombre de soumissionnaires et une hausse des prix. Elle indique que ce type de politique ne peut donc être efficace que lorsque le marché a atteint une « certaine maturité » à l'échelle de l'Union pour garantir une « concurrence effective », retombant dans son système de pensée classique.

L'utilisation stratégique des marchés publics aux fins de réalisation des objectifs sociétaux de la stratégie Europe 2020 n'a pas suscité l'adhésion de tous les acteurs consultés. Les entreprises se sont montrées réticentes.

48. Au terme d'un processus bien connu de consultation, le livre vert a débouché sur l'adoption de deux propositions de directive¹⁷¹. Après le processus de consultation, il reste dans la proposition, une seule vraie avancée par rapport au droit antérieur et une approche dirigiste.

49. Les pouvoirs adjudicateurs doivent désormais « utiliser leur pouvoir d'achat pour cibler des produits et des services qui favorisent l'innovation, respectent l'environnement et permettent de lutter contre le changement climatique, tout en améliorant l'emploi, la santé publique et les conditions sociales ».

¹⁶⁵ Voir la communication de la Commission relative à des marchés publics pour un environnement meilleur – COM(2008) 400 – qui fixe des objectifs en matière d'adoption de marchés publics écologiques (MPE) dans les Etats membres et qui a lancé le processus d'élaboration de critères européens communs volontaires relatifs aux MPE. Voir aussi le « *Manuel sur les marchés publics écologiques (Acheter vert!)* » à l'adresse suivante: http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying_green_handbook_fr.pdf

¹⁶⁶ Pays-Bas, Finlande, Slovaquie, Autriche, Belgique...

¹⁶⁷ Règlement (CE) n° 106/2008 (JO L 39 du 13.2.2008, p. 1) («règlement Energy Star de l'UE»).

¹⁶⁸ Directive 2009/33/CE relative à la promotion de véhicules de transport routier propres et économes en énergie.

¹⁶⁹ Directive 2006/32/CE relative à l'efficacité énergétique dans les utilisations finales et aux services énergétiques.

¹⁷⁰ Directive 2009/28/CE relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables (JO L 140 du 5.6.2009, p. 16) et directive 2010/31/UE sur la performance énergétique des bâtiments (JO L 153 du 18.6.2010, p. 13).

¹⁷¹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics, Bruxelles, 20.12.2011, COM (2011) 896 final et Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la passation de marchés par des entités opérant dans le secteur de l'eau, de l'énergie, des transports et de services potaux, Bruxelles, 20 décembre 2011, COM (2011), 895 final.

50. La directive proposée donnerait « aux acheteurs publics la possibilité de fonder leurs décisions d'attribution sur » le coût de l'ensemble du cycle de vie, des produits, services ou travaux à acheter . Le cycle de vie « recouvre toutes les étapes de l'existence d'un produit, de travaux ou d'une prestation de services, de l'acquisition des matières premières ou de la production des ressources jusqu'à l'élimination, la liquidation et la finalisation ». A notre sens, il ne s'agit pas d'une avancée. La prise en considération du coût du cycle de vie n'était pas prohibée par les directives de 2004. La difficulté était et reste de proposer une méthode de calcul adéquate.

Par contre, le préambule précise encore que « les coûts à prendre en considération n'incluent pas uniquement les dépenses monétaires directes, mais aussi les **coûts environnementaux externes**, si ceux-ci peuvent être chiffrés et vérifiés ». Il s'agit de la seule avancée dans le processus, car ce point restait problématique sur base des directives de 2004. L'UE entend cependant garder la main sur cette question puisqu'elle précise que « lorsqu'il existe une méthode commune de l'Union européenne pour le calcul du coût du cycle de vie, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de l'utiliser ».

51. La proposition indique encore que « les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire référence à tous les **facteurs directement liés au processus de production** dans les spécifications techniques et les critères d'attribution, dès lors qu'ils se réfèrent à des aspects du processus de production qui ont un lien étroit avec les éléments particuliers à produire ou la fourniture des biens ou des services en question ». La proposition ne fait dès lors aucune avancée sur ce point par rapport aux directives 2004.

Reste donc exclue « la formulation d'exigences non liées au processus de production des produits, travaux ou services faisant l'objet du marché », telle que des exigences générales relatives à la responsabilité sociale de l'entreprise couvrant tout le fonctionnement du contractant, exigences qui auraient pu être un vrai geste fort de soutien aux entreprises innovantes et respectueuses de leurs obligations sociétales.

52. La proposition indique ensuite que « les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger que les travaux, fournitures ou services faisant l'objet du marché portent des labels spécifiques certifiant qu'ils présentent certaines qualités environnementales, sociales ou autres, sous réserve d'accepter aussi des labels équivalents », qu'ils s'agissent « d'écolabel européen ou les écolabels (pluri-)nationaux ou encore des labels certifiant qu'un produit a été fabriqué sans recours au travail des enfants ». Il est cependant précisé que « les systèmes de certification utilisés doivent porter sur des caractéristiques en lien avec **l'objet du marché** et ils doivent être conçus sur la base de données scientifiques, établis selon une procédure ouverte et transparente et accessibles à toutes les parties intéressées ».

A nouveau, cette pratique n'était pas prohibée par les directives de 2004. La proposition n'apporte aucune nouveauté à cet égard.

53. La proposition indique enfin, qu'« un pouvoir adjudicateur peut exclure des opérateurs économiques de la procédure s'il constate une infraction aux obligations consacrées par la législation de l'Union dans le domaine du droit social, du droit du travail ou du droit de l'environnement ou une infraction aux dispositions du droit international du travail ». Cette possibilité n'était pas prohibée par les directives de 2004.

Au surplus, les pouvoirs adjudicateurs seront, en outre, tenus de rejeter les offres dont ils auront établi qu'elles sont anormalement basses en conséquence d'une violation de la législation de l'Union dans le domaine du droit social, du droit du travail ou du droit de l'environnement. Cette timide avancée, l'obligation étant clairement prévue, n'en est pas une en pratique puisque le contrôle de la normalité des prix est généralement exercé par les acheteurs publics pour d'autres raisons.