

1-

Aux termes des arrêts du Conseil d'Etat des 16 octobre 2000 (n°213958 Sté STEREAU) et du 8 avril 2005 (n°270476 RADIOMETEUR), pour introduire un référé précontractuel, il suffisait d'alléguer tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence sans pour autant que ces anomalies portent préjudice au requérant.

Autrefois arme fatale des candidats évincés, le référé précontractuel permettait d'annuler une procédure en invoquant par exemple l'omission par le pouvoir adjudicateur de renseignement de la fameuse rubrique relative à l'Accord sur les Marchés Publics ou la non moins utile rubrique sur la mise en place d'une enchère électronique lorsque celle-ci n'est pas usitée.

2-

L'arrêt SMIRGEONES (CE 3 octobre 2008 n°305420) a modifié radicalement l'esprit du référé précontractuel en introduisant une limite forte aux moyens de droit pouvant être soulevés. Les manquements doivent désormais avoir lésé ou être susceptibles de léser le requérant.

Ainsi, les Tribunaux Administratifs assistent à une recrudescence des recours portant sur des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence portant sur les critères d'attribution et leur mise en œuvre.

3-

En l'état actuel du Droit, il résulte que :

- I) Les critères doivent être non discriminatoires et justifiés par l'objet du marché
- II) Les pouvoirs adjudicateurs doivent se fonder sur une pluralité de critères pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse
- III) Les pouvoirs adjudicateurs sont soumis à des obligations d'information appropriée des candidats, de pondération et de définition précise des critères afin d'assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures
- IV) Les sous-critères peuvent être assimilés à de vrais critères d'attribution et être soumis par conséquent aux mêmes obligations
- V) La jurisprudence ne consacre pas encore la publication des méthodes de notation des critères comme élément essentiel assurant le respect des grands principes de la commande publique

I) TYPOLOGIE DES CRITERES MOBILISABLES

4-

L'article 53-I du CMP présente les critères d'attributions sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs se fondent pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Le premier paragraphe propose une énumération de critères récemment augmentée par « les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture » (décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011).

Les critères pris en compte doivent être **non discriminatoires** et **justifiés par l'objet du marché**.

Selon la Cour de Justice des Communautés Européennes, de tels critères doivent être **objectifs, applicables à toutes les offres, strictement liés à l'objet du marché concerné et comporter un avantage économique au bénéfice direct du pouvoir adjudicateur**. Ces critères ne doivent pas « *conférer une liberté inconditionnée de choix et respectent les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non discrimination.* »

Extrait Article 53 du Code des Marchés Publics :

I. – Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde :

1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, les coûts tout au long du cycle de vie, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ;

2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix.

II. – Pour les marchés passés selon une procédure formalisée autre que le concours et lorsque plusieurs critères sont prévus, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération.

Le poids de chaque critère peut être exprimé par une fourchette dont l'écart maximal est approprié.

Le pouvoir adjudicateur qui estime pouvoir démontrer que la pondération n'est pas possible notamment du fait de la complexité du marché, indique les critères par ordre décroissant d'importance.

Les critères ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation sont indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.

5-

La liste énumérative du 1° est donc purement indicative et non limitative (arrêt du 18 octobre 2001, SIAC Construction, C-19/00). Les pouvoirs adjudicateurs peuvent donc piocher dans cette liste ou bien intégrer d'autres critères si ceux-ci respectent le principe de non discrimination et sont en rapport avec le marché.

Ainsi, **en procédure adaptée, le pouvoir adjudicateur peut retenir un critère reposant sur l'expérience des candidats** et donc sur leurs références sur des opérations de même nature (CE 2/08/2011 Parc National des Grandes Causses n°348254). Le mélange des genres entre critères de sélection des candidatures et critères d'attribution est en revanche constamment sanctionné par le juge, les deux étapes ne devant jamais être confondues (CE 4/03/2011 Région Réunion n° 344197, CE 29/12/2006 Sté Bertele SNC N° 273783, CJCE 19/06/2003 GAT C-315/01...).

La jurisprudence a cependant consacré la nuance portant sur **les moyens humains et matériels affectés spécialement au marché** (CE 8/02/2010, Cne La Rochelle n° 314075). La doctrine autorise également le recours à ce critère justifié par les Curriculum Vitae des intervenants (Réponse Ministérielle du 13/05/2008)

6-

La Cour de justice des Communautés Européennes a jugé en 2002 que les pouvoirs adjudicateurs pouvaient avoir recours à **des critères limitant la concurrence dès lors que l'objet du marché le justifie** (CJCE 17/09/2002 Concordia Bus Finland C-51399). En l'espèce, le service des approvisionnements d'Helsinki avait attribué des points supplémentaires à un matériel de transport de personnes dont les émissions d'oxyde azotique et le niveau sonore étaient inférieurs à certaines limites et limitait ainsi la concurrence à un seul candidat. La CJCE indique ainsi qu' « Il convient donc de constater que, dans un tel contexte factuel, le fait que l'un des critères retenus par l'entité adjudicatrice afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse ne pouvait être rempli que par un petit nombre d'entreprises, parmi lesquelles figurait une entreprise appartenant à ladite entité, n'est pas à lui seul de nature à constituer une violation du principe d'égalité de traitement. »

7-

Le juge a en revanche considéré que les critères suivants n'étaient pas justifiés par l'objet du marché :

- une bonne connaissance des lieux (TA RENNES 05/04/1995)
- Le mieux disant social (TA STRASBOURG 30/09/1999) s'il ne respecte pas le principe de non discrimination
- Formuler des propositions concrètes pour améliorer l'emploi (CE 25/07/2010 Commune de GRAVELINES n°229666)
- Implantation locale de l'entreprise (CE 29/07/1994 Commune de VENTENAC en MINERVOIS et CE 14/01/1998 Société MARTIN-FOURQUIN)

II) PLURALITE DES CRITERES MOBILISABLES

8-

Les pouvoirs adjudicateurs doivent se **fonder sur une pluralité de critères pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse**.

Cependant, si l'objet du marché le permet, les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir uniquement au critère prix. Il s'agit dans ce cas de marchés portant sur des fournitures, travaux ou services dont les **spécifications techniques sont basiques et standardisées**. Dès 2002, T MILLETT, juge à la CJCE, affirmait : « les cas où le seul critère prix pourrait être déterminant doivent être très rares, il faudrait en effet que les prestations offertes par les soumissionnaires soient strictement identiques... » Les économistes parlent de contrats transactionnels limités purement et simplement à l'échange sans relation durable entre l'acheteur et le vendeur (C EMERY, CP n°39).

A contrario, si l'objet du marché a pour but la réalisation de prestations complexes (réalisation de voirie dans le cas d'espèce), le pouvoir adjudicateur devra utiliser plusieurs critères en plus du prix (CE 06/04/2007 Département de l'Isère n°298584).

Il est donc essentiel que le pouvoir adjudicateur puisse justifier du choix du seul critère prix.

9-

Le critère du prix peut cependant ne pas être retenu pour déterminer l'offre la mieux disante **si le marché n'engendre aucune dépense effective**, dans le cas d'espèce du mobilier urbain dans le marché lancé par la Ville de Toulouse (CE 28/04/2006 Cne de Toulouse).

PUBLICITE :

10-

L'arrêt du Conseil d'Etat du 30/01/2009 ANPE n°290236 dans son 4^{ème} considérant énonce la règle de principe :
« pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, **dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché**, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter **également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères** ; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre **selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné** ».

L'émérite rapporteur public Bertrand DACOSTA énonce trois motifs qui ont nourri le CE lors de l'instruction du pourvoi de l'ANPE :

« - L'incertitude pesant sur les critères de jugement des offres est loin d'être neutre, puisqu'elle interdit aux candidats de calibrer efficacement celles-ci ; elle peut ainsi **conduire certains d'entre eux à renoncer à concourir** « à l'aveugle » ;

- L'absence de révélation publique des critères retenus **peut faciliter toutes les manœuvres**, telles celles, consistant, pour un pouvoir adjudicateur, à modifier in fine les critères en fonction du candidat dont il souhaite voir l'offre sélectionnée, ou encore à réserver l'information à celui-ci ;

- il est enfin, **de l'intérêt même du pouvoir adjudicateur** de définir en amont les critères qu'il devra appliquer. »

Il ajoute :

« Refuser de dévoiler aux candidats les règles du jeu, **c'est atténuer la portée d'un dispositif conçu dans l'intérêt tant des opérateurs économiques que des collectivités elles-mêmes**. »

Par « conditions de leur mise en œuvre », Bertrand DACOSTA entend plus exactement la pondération des critères.

Cette démonstration reprend également le développement de la réponse ministérielle du 11/01/2007 à une question du Sénateur Bernard PIRAS (n°25201) :

« Quel que soit le type de procédure utilisé et afin de respecter les principes généraux de la commande publique, les candidats doivent être informés de la manière selon laquelle le pouvoir adjudicateur procédera à la comparaison des offres des candidats et comment il retiendra pour attribuer le marché tel candidat plutôt que tel autre »

PONDERATION :

11-

La **pondération des critères est la règle**. Le Conseil d'Etat a considéré dès 2005 que la pondération était obligatoire pour les procédures formalisées (CE 29/06/2005 Cne la SEYNE S/MER n°267992 et CE 07/10/2005 CU MARSEILLE n°276867). Le jugement de la CAA de MARSEILLE du 16/10/2008 établit que l'absence illégale de pondération constitue un vice de nature à justifier la nullité du marché au motif qu'elle méconnaît le principe d'égalité des candidats (CAAMAR 1610/2008 Cté d'agglomération de Montpellier n° 08MA01375).

La pondération **peut-être identique pour deux critères** (Réponse ministérielle du 01/03/2007)

La pondération **peut s'exprimer autrement qu'en pourcentage**, « elle peut donc s'exprimer sous la forme de coefficient (par exemple 0,7), pourcentage (par exemple 70%) ou nombre de points (par exemple 70 points sur 100) ou par tout système équivalent à condition que cela aboutisse à une pondération des notes données, critère par critère (Réponse ministérielle du 08/03/2007)

La pondération **doit respecter le principe d'égalité de traitement des candidats**. Ainsi le CE a pu jugé qu'une pondération importante du critère relatif à la valeur technique n'avait pas pour effet d'avantager les grands groupes de transports (CE 10 mai 2006, Ent SCHIOCCHET n°288435).

La pondération **doit être pertinente et en rapport avec l'objet du marché**. Ainsi, dans un marché relatif à l'information d'immigrés en situation irrégulière dans les centres de détention, la pondération limitée à 15% d'un critère de qualification juridique a été jugé non pertinente par le TA de PARIS (TAPAR 30/10/2008 Groupement d'information et de soutien des immigrés)

DEFINITION :

12-

Les critères doivent être définis de **façon suffisamment précise dans les documents de la consultation**. Cette obligation n'est évidemment pas opérante pour les critères simples tels que le prix ou le délai de livraison, la durée de la garantie... En revanche, les pouvoirs adjudicateurs doivent préciser leurs attentes en matière esthétique (CE 28/04/2006 Cne TOULOUSE, CE 05/09/2008 Cne ST-NAZAIRE)

IV) SOUS-CRITERES :

13-

Le juge contrôle la qualification de « sous-critères ». La jurisprudence a en effet défini les sous-critères comme « **une simple aide complémentaire et marginale à la décision** ». Par exemple, une liste non limitative des éléments à fournir dans le mémoire technique ne peut être considérée comme une liste de sous-critères non hiérarchisés ni pondérés (TA MONTPELLIER 29/03/2006 CFT SA n°0601539), de même, des « éléments d'appréciation de la valeur technique ne constituent pas des critères » (TA MONTPELLIER 28/09/2006 Sté Philip Frères n°0605115, voir aussi CE 24/10/2008 UGAP n°314499 où « le **sous-élément ergonomie de l'équipement** mentionné dans le règlement de la consultation au titre du critère de la valeur technique des offres ne saurait être regardé en l'espèce comme un critère à part entière »)

Un « sous-critère » qui n'aurait pas cette fonction marginale, est donc assimilable à un critère et doit respecter notamment les modalités de publicité relative aux critères. Inversement, les sous-critères n'ont pas obligation à être pondérés s'ils ne présentent pas les caractéristiques de véritables critères de choix, notamment un effet discriminatoire et une influence dans la préparation des offres (CAA BX 12/10/2007 Région Réunion).

14-

La CJCE a ainsi jugé que les sous-critères devaient être publiés quant **ils sont de nature à éclairer les candidats sur les exigences du pouvoir adjudicateur**. (CJCE 25/11/2005 EAC et Viaggi di Mai C331/04).

La jurisprudence nationale a aussi consacré le principe de la nécessaire publication et hiérarchisation ou pondération des sous-critères « dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres des candidats. » (CE 18/06/2010 Cne SAINT PAL DE MONS n°337377 voir aussi CE 2/08/2011 Parc National des Grandes Causses n°348254 ou CE 01/04/2009 Ministère de l'Ecologie n°321752). Cette influence apparaît comme réelle dans la majeure partie des cas. Il est donc fortement conseillé de pondérer et publier ses sous-critères.

15-

Il a été cependant admis que cette exigence pouvait être satisfaite uniquement dans le Règlement de Consultation de manière à ne pas alourdir les coûts de publication des AAPC (CE 18/06/2010 OPAC MARSEILLE n°335611).

Enfin, il est évident que la définition, la pondération ou hiérarchisation, des sous-critères ne pourront pas être modifiées en cours de consultation (CJCE 18/11/2010 C C/ Irlande C-226/09, CJCE 24/012008 Emm. G. Lianakis AE e. a. c/ Dimos Alexandroupolis e. a C-532/06)

V) METHODE DE NOTATION :

16-

Le principe de transparence inciterait les pouvoirs adjudicateurs à informer au préalable les opérateurs économiques avec un maximum d'éléments d'appréciation qu'ils comptent mettre en œuvre pour juger les offres reçues.

Dans cette logique, les OE auraient donc toutes les cartes en main pour proposer aux pouvoirs adjudicateurs les meilleures offres possibles. L'opportunité de contester l'analyse des offres serait également amoindrie.

Afficher les méthodes de notation de chaque critère apparaîtrait donc dans le pire des cas comme accessoire.

Le Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie recommandait, dans une réponse du 08/03/2007 à une question du Sénateur PIRAS du 19/01/2006, « *d'assurer la plus grande transparence des méthodes de notation* ».

Or, le Conseil d'Etat a jugé que **la méthode de notation n'avait pas obligation à être publiée** (CE 31/03/2010, CT de CORSE n°334279, CE 02/08/2011 Syndicat Mixte de la Vallée de l'Orge Aval n°348711).

La Cour Administrative d'Appel de Nancy précisait la position du Conseil d'Etat en indiquant que: « *l'absence d'indication dans l'avis d'appel public à la concurrence et dans le règlement de consultation quant au choix de la*

méthode de notation n'a pu fausser la concurrence dès lors qu'il n'est ni établi, ni même soutenu qu'un mode de calcul aurait pu favoriser l'une ou l'autre des entreprises candidates » (CAANY du 05/08/2010 CC PAYS DE LURES n°09NC00016).

Dès lors, si publier les méthodes de notation n'apparaît pas comme obligatoire dans l'absolu, il apparaît opportun de les porter à connaissance des opérateurs économiques dans le cas où leur application pourrait impacter le classement final des offres.

17-

Les méthodes de notation peuvent revêtir plusieurs formes :

- Une simulation nécessaire à l'évaluation de prestations unitaires et forfaitaires (CAANY du 05/08/2010 CC PAYS DE LURES n°09NC00016) ou un « détail quantitatif estimatif masqué correspondant aux travaux les plus courants du marché, non remis aux entreprises, élaboré avant la réception des offres (TATOU du 10/01/2012 SVCR 1103376)
- Méthode simple type 1=Insuffisant, 2=Passable, 3=Moyen, 4=Correct, 5=Excellent (Réponses ministérielles du 08/03/2007)
- Les Pouvoirs Adjudicateurs peuvent instaurer une note éliminatoire « sous la seule réserve que cet aménagement particulier du classement des offres soit annoncé et qu'il ne soit pas discriminatoire » (Réponse ministérielle du 01/03/2007)

18-

Au contraire, **une méthode de notation basée sur l'estimation administrative du pouvoir adjudicateur est interdite**. La notation du critère prix doit « donner lieu à une comparaison directe des offres entre elles, le prix le plus bas devant obtenir l'évaluation la plus haute » (Réponse ministérielle du 23/08/2007). L'estimation administrative permet uniquement de déterminer la procédure de passation qui sera mise en œuvre et détecter les offres anormalement basses.

Enfin, un mouvement de jurisprudence apparaît en ce qui concerne le contrôle par le juge de la méthode de notation ainsi :

- une formule de notation linéaire ($\text{Note} = \text{note maximale} \times (1 - ((\text{prix noté} - \text{prix min}) / (\text{prix max} - \text{Prix min})))$) qui aboutissait à une discordance trop forte entre les écarts de prix et les écarts de note de prix « *ne garantit pas une comparaison des offres dans des conditions de nature à assurer une concurrence permettant de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse* » (TAGREN 10/11/2009 Syndicat départemental d'énergies de la Drôme)
- une méthode de notation proportionnelle au carré ($\text{Note} = (\text{Prix min carré} / \text{Prix noté carré}) \times \text{Note max}$ "a eu pour effet d'amplifier les écarts constatés entre le coût de l'offre min par rapport au coût de l'offre notée en survalorisant le critère, par ailleurs faiblement pondéré (15%) du coût." (TADIJ 23/12/2009 Dept de la Côte d'Or)
- Une formule de notation qui sanctionnerait l'offre la plus éloignée de l'estimation des services est illégale (T.A. de Lyon 15 janvier 2010, Société les Etablissements René Collet, n°0907754)
- Une formule de notation ayant pour effet d'amplifier les écarts de note du prix par rapport au prix est autorisée si le critère prix est prépondérant dans l'attribution du marché (TAPOITIERS 16/08/2011 Sté TERRALYS n°11-01666)

19-

Le choix des critères d'attribution revêt une importance capitale dans toutes ses dimensions. Si la sécurité juridique commande aux pouvoirs adjudicateurs de respecter les exigences formelles destinées à la transparence des procédures, c'est bien l'efficacité économique qui leur impose une véritable réflexion lors de la définition du besoin. Le juge est désormais fréquemment sollicité et demeure vigilant.