

PASSATION

Le critère unique du prix est conditionné par l'objet du marché

- Le seul critère prix peut être utilisé si l'objet du marché le permet.
- La formulation de l'article 53 du code 2006 vient utilement préciser les dispositions de la directive 2004/18/CE.

Mathieu Heintz
 Chef du service juridique,
 conseil général de l'Isère

Mots clés : MARCHÉ PUBLIC | TRAVAUX ROUTIERS | SÉLECTION DES OFFRES | OBJET DU MARCHÉ | CRITÈRE UNIQUE | CRITÈRE PRIX |

[legirama.com : CE 6 avril 2007, Dpt de l'Isère, req. n° 298584]

La jurisprudence relative à l'utilisation des critères de sélection des offres vient de s'enrichir d'un nouvel arrêt, rendu par le Conseil d'État, sur l'utilisation du critère unique du prix⁽¹⁾. Pour la Haute Juridiction, la rédaction du code des marchés publics, qui prévoit que le recours au seul critère du prix se fait compte tenu de l'objet du marché, est conforme à la directive communautaire applicable aux marchés publics⁽²⁾.

État en cause une procédure de passation d'un marché public de travaux routiers pour laquelle le pouvoir adjudicateur avait retenu, comme critère de sélection des offres, le seul critère du prix. Le juge du référé précontractuel annula cette procédure au motif qu'au regard du degré de complexité du marché, la collectivité ne pouvait recourir au critère unique du prix pour l'attribuer⁽³⁾.

Saisi en cassation, le Conseil d'État devait notamment répondre à la question de savoir si la rédaction du code des marchés publics, sur le critère unique du prix, était conforme à la directive communautaire 2004/18/CE. Concrètement, l'article 53 du code des marchés publics 2004 – applicable en l'espèce – prévoyait que « si compte tenu de l'objet du marché, la personne publique ne retient qu'un seul critère, ce critère doit être le prix ». Dans une formulation presque identique, le code 2006 retient que, pour attribuer un marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde « 1° soit sur une pluralité de critères [...]. 2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix ». Pour sa part, la directive communautaire 2004/18/CE prévoit qu'à défaut de

retenir une pluralité de critères, le pouvoir adjudicateur retient « uniquement le prix le plus bas »⁽⁴⁾. Ainsi la formulation de la directive communautaire, contrairement au code des marchés publics, ne conditionne nullement le recours au critère prix par l'objet du marché. En d'autres termes, le débat portait sur le point de savoir si le recours au critère unique du prix était nécessairement conditionné, et donc restreint par l'objet du marché, ou au contraire, si celui-ci pouvait être utilisé quel qu'en soit l'objet⁽⁵⁾.

La réponse à cette problématique est aujourd'hui clairement énoncée par le Conseil d'État pour lequel « en faisant aussi dépendre de l'objet du marché le recours au seul critère du prix, l'article 53 du code des marchés publics n'a fait que préciser ces dispositions en conformité avec l'objectif de la directive ». Avant d'analyser les effets pratiques de cet arrêt pour les acheteurs, nous présenterons successivement les deux thèses opposées quant à l'exigence d'un lien entre l'objet du marché et le critère unique du prix.

I. La thèse en faveur d'un lien entre l'objet du marché et le critère unique du prix

La doctrine s'est accordée majoritairement pour considérer que le recours au critère unique du prix était nécessairement conditionné par l'objet du marché ; plus encore, que ce critère ne pouvait être mis en œuvre que pour des achats simples ou des fournitures courantes.

(1) CE 6 avril 2007, Dpt de l'Isère, req. n° 298584.

(2) Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JOUE du 30 avril 2004).

(3) TA Grenoble 20 octobre 2006, Sté PL Favier c/Dpt de l'Isère, ord. n° 0604522

(4) Art. 53-1° dir. 2004/18/CE.

(5) A. Ruellan, « Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse et le code des marchés publics », CP-ACCP, n° 39, décembre 2004, p. 36 ; V. Mirouse, « Débat sur le principe du critère unique du prix », CP-ACCP, n° 46, juillet-août 2005, p. 74.

Tout d'abord, cette opinion a été exprimée par la doctrine administrative tant française que communautaire :

1. Dans une réponse parlementaire, le ministère de l'économie précisait que « le recours au critère unique du prix concerne les cas où, compte tenu de l'objet du marché, les offres des soumissionnaires peuvent être appréciées de manière objective sur la seule base du prix proposé. C'est notamment le cas pour les marchés dont l'objet porte sur l'achat de produits simples et standardisés pour lesquels les prescriptions du cahier des clauses techniques particulières sont limitées. Le choix du critère unique du prix – comme celui d'éventuels critères additionnels – doit être justifié par l'objet du marché. La personne responsable du marché doit donc être en mesure d'expliquer les raisons de son choix en la matière »⁽⁶⁾. Cette position fût également exprimée par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes pour laquelle « l'utilisation du critère unique du prix ne peut être systématique, mais cette disposition [art. 53 CMP 2004 relatif au critère unique du prix] apporte une solution pratique notamment dans le cas des fournitures courantes »⁽⁷⁾.
2. Au plan communautaire, le commissaire européen Mario Monti défendait que « pour certains marchés, notamment pour les produits simples et identifiables, le prix seul semble être le meilleur critère », mais que pour les autres marchés, plus complexes, « le prix seul semble un critère inapproprié »⁽⁸⁾.

Finalement, cette position s'est cristallisée autour d'un arrêt dit Sintesi rendu le 7 octobre 2004 par la Cour de justice des Communautés européennes⁽⁹⁾. Dans cette affaire était en cause une réglementation nationale italienne qui imposait aux pouvoirs adjudicateurs de recourir, pour les marchés publics de travaux, au seul critère du prix le plus bas. Or la Cour considéra que l'interprétation de la directive applicable alors aux marchés publics de travaux s'opposait « à une réglementation nationale qui, en vue de l'attribution des marchés publics de travaux à l'issue de procédures d'appels d'offres ouverts ou restreints, impose de manière abstraite et générale, aux pouvoirs adjudicateurs de recourir au seul critère du prix le plus bas ».

Dans un commentaire sous cet arrêt, Alain Ménéménis notait que, « dans certaines hypothèses, le critère unique du prix est certainement suffisant. C'est le cas notamment pour des achats simples. Il présente même, dans ces cas, l'avantage d'être un critère totalement objectif qui permet une comparaison aisée des offres »⁽¹⁰⁾. En revanche il relevait que, « lorsque l'achat présente un certain degré de complexité ou encore lorsque les entreprises susceptibles d'être intéressées par la commande de l'administration peuvent faire valoir des « avantages comparatifs » de

natures variées, le critère du prix est trop fruste pour garantir à l'acheteur qu'il pourra faire le meilleur choix en faisant jouer au mieux la concurrence »⁽¹¹⁾.

En définitive, l'idée de limiter le recours au critère unique du prix trouve toute sa logique dans la recherche de l'offre la mieux-disante, autrement dit l'offre économiquement la plus avantageuse. Cependant une interprétation divergente pouvait être retenue, s'appuyant sur le droit communautaire et, paradoxalement, sur l'arrêt Sintesi.

II. La thèse en faveur du caractère inconditionné du critère unique du prix

Il pouvait être soutenu, à la lecture du droit communautaire, que le recours au critère unique du prix présentait un caractère inconditionné, c'est-à-dire non lié à l'objet du marché.

Tout d'abord, à la différence du code des marchés publics, la directive communautaire 2004/18/CE ne prévoit pas que le choix du seul critère prix soit conditionné par l'objet du marché. En effet l'article 53-1° de la directive dispose que « les critères sur lesquels se fondent les pouvoirs adjudicateurs pour attribuer les marchés publics sont : a) soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, divers critères liés à l'objet du marché public en question: par exemple, la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution; b) soit uniquement le prix le plus bas ».

Cet article distingue donc l'hypothèse où le marché est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse, sur la base d'une pluralité de critères, de celle où le marché est attribué uniquement par référence au prix. Et ce n'est *a priori* que lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse que les critères doivent « être liés à l'objet du marché public en question » selon les termes de la directive 2004/18/CE.

Cette lecture est renforcée par le préambule de la directive 2004/18/CE qui expose : « Lorsque les pouvoirs adjudicateurs choisissent d'attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, ils évaluent les offres afin de déterminer celle qui présente le meilleur rapport qualité prix [...]. La détermination de ces critères est fonction de l'objet du marché dans la mesure où ceux-ci doivent permettre d'évaluer le niveau de performance présenté par chaque offre par rapport à l'objet du marché, tel que défini dans les spécifications techniques, ainsi que de mesurer le rapport qualité/prix de chaque offre. »⁽¹²⁾

Il ressort donc de la directive que le choix du critère du prix unique n'est nullement conditionné par l'objet du marché.

(6) Rép. min., Q. n° 14228 (JO Sénat du 13 janvier 2005, p. 103).

(7) DGCCRF, « La place des critères prix et qualité dans les marchés publics », Actualités, n° 176, juin 2004, www.dgccrf.gouv.fr

(8) Rép. M. Monti du 8 novembre 1997 (JOCE du 30 avril 1998, p. 64-65).

(9) CJCE 7 octobre 2004, Sintesi SpA c/Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, aff. C-247/02 : CP-ACCP, n° 38, novembre 2004, p. 18 et n° 36, septembre 2004, p. 12 (concl.).

(10) A. Ménéménis, note sous CJCE 7 octobre 2004, Sintesi SpA : Dr. adm., décembre 2004, p. 24.

(11) Id.

(12) Cons. 46, 3° §.

Cette interprétation pouvait également s'appuyer sur les conclusions de l'avocat général Madame Stix-Hackl, rendues sous l'arrêt précité de la CJCE *Sintesi* dans lesquelles elle démontre que les directives communautaires confèrent une liberté de choix aux pouvoirs adjudicateurs entre le recours à une pluralité de critères ou au critère du seul prix⁽¹³⁾. Ainsi, dans ses conclusions, l'avocat général précise tout d'abord que « la question centrale soulevée par la présente affaire est celle de savoir si les États membres ont le pouvoir de prescrire, de manière générale, le critère d'attribution du prix le plus bas pour certains types de marchés »⁽¹⁴⁾. Or elle répond qu'« un tel pouvoir des États membres restreindrait dans le même temps la liberté de choix des pouvoirs adjudicateurs concernés par cette règle »⁽¹⁵⁾.

Madame Stix-Hackl explique que « plaide contre le pouvoir des États membres à imposer aux pouvoirs adjudicateurs un critère unique le fait que cela met fin à l'équivalence des deux critères d'attribution prévue dans toutes les directives sur les marchés publics »⁽¹⁶⁾. Elle ajoute qu'« il est, enfin, à renvoyer à la jurisprudence de la Cour⁽¹⁷⁾ qui souligne expressément que la disposition en cause dans la présente affaire laisse aux pouvoirs adjudicateurs le choix des critères d'attribution du marché »⁽¹⁸⁾. Elle conclut que « l'article 30 de la directive 93/37 ne subordonne justement pas le choix de l'un des deux critères à des conditions déterminées »⁽¹⁹⁾.

Il pouvait donc être retenu de cet ensemble que les pouvoirs adjudicateurs disposaient d'une liberté dans le choix d'attribuer les marchés soit sur la base d'un critère unique – le prix – soit sur le fondement de plusieurs critères. Telle n'a finalement pas été l'interprétation retenue par le Conseil d'État.

III. Les effets de l'arrêt département de l'Isère

En définitive, le Conseil d'État considère que la formulation du code des marchés publics n'est pas incompatible avec les objectifs de la directive 2004/18/CE, au contraire, qu'elle ne fait que préciser les dispositions communautaires.

La Haute Juridiction annonçait déjà, en quelque sorte, cette lecture dans son arrêt *Commune de Toulouse*⁽²⁰⁾ où, inversement au cas d'espèce, l'une des questions portait sur l'obligation de recourir, entre autres, au prix lorsque le marché est attribué sur la base d'une pluralité de critères. Elle avait considéré à cette occasion que « ces dispositions [art. 53-II CMP 2004] imposent, lorsque l'objet du marché conduit à n'appliquer qu'un

seul critère, de retenir celui du prix ». Il appartient donc aux acheteurs de réaliser une analyse pour chaque marché afin de déterminer si l'objet du marché permet l'usage du seul critère prix, ou au contraire si celui-ci impose de recourir à une attribution multicritère.

Le ministère de l'économie et des finances suggérerait que le critère unique du prix était permis lorsque les offres des soumissionnaires pouvaient être appréciées de manière objective, c'est-à-dire pour des « produits simples et standardisés pour lesquels les prescriptions du cahier des clauses techniques particulières sont limitées »⁽²¹⁾. En d'autres termes, le critère unique du prix serait justifié principalement, voire uniquement, pour des fournitures courantes.

Dans cette logique, il a été jugé que l'acheteur « ne peut recourir au prix comme critère unique que si l'objet du marché le justifie et s'agissant essentiellement d'achat de fournitures courantes pour lesquels le prix est le critère déterminant »⁽²²⁾. Dans ces circonstances « s'agissant d'un marché de travaux relatif à des menuiseries extérieures qui font nécessairement l'objet de spécifications particulières, le prix ne saurait être regardé comme le seul critère de sélection des entreprises »⁽²³⁾. De même Véronique Mirouse note que, « dès lors que ces marchés ont une certaine spécificité au regard notamment du respect de l'environnement, de garanties de qualification, etc., il n'apparaît pas possible de considérer que nous sommes en présence d'une simple fourniture courante »⁽²⁴⁾. Elle affirme ainsi qu'« on ne peut pas mettre sur le même plan un marché d'achat de ramettes de papier blanc pour une collectivité, avec des circuits de transports scolaires mettant à disposition de la collectivité organisatrice du service un parc de cars ».

Doit-on pour autant considérer que le critère unique du prix ne serait valable que pour l'acquisition de fournitures courantes ? Ne pourrait-il pas également trouver à s'appliquer pour des marchés portant sur des prestations de services relativement simples, voire des travaux de même nature, et pour lesquels « les prescriptions du cahier des clauses techniques particulières sont limitées »⁽²⁵⁾. L'article 6 du code des marchés publics 2006 prévoit notamment que les prestations qui font l'objet d'un marché sont définies par des spécifications techniques formulées soit par référence à des normes ou d'autres documents équivalents, soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles :

1. Dans la première hypothèse, la description du besoin par des normes implique que la marge de réponse laissée aux candidats dans leur offre est minimale ; il leur appartient d'exécuter le marché conformément à ce qui est décrit dans le cahier des charges. Le critère unique du prix pourrait donc s'accommoder de ce type de marché.

(13) *Concl. avocat général C. Stix-Hackl, présentées le 1^{er} juillet 2004, sous l'affaire C-247/02, Sintesi Spa c/Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici ; <http://curia.europa.eu/jurispl/>*

(14) *Point 46.*

(15) *Point 46.*

(16) *Point 59.*

(17) *CJCE 18 octobre 2001, Siac Construction, aff. C-19/00 — CJCE 19 juin 2003, GAT, aff. C-315/01.*

(18) *Point 60.*

(19) *Point 62.*

(20) *Préc.*

(21) *Rép. min. préc.*

(22) *TA Fort-de-France 5 avril 2005, SA FACE c/Syndicat Inter-Hospitalier, ord. n° 05/115*

(23) *Id.*

(24) *V. Mirouse, préc.*

(25) *Rép. min. préc.*

2. En revanche, dans le second cas, les soumissionnaires devront expliquer, notamment à l'aide d'un mémoire technique, comment leur offre permet d'atteindre les performances ou exigences fonctionnelles décrites dans le marché. Dès lors, d'autres critères que le prix seront nécessaires pour évaluer ces réponses, comme par exemple la valeur technique, le caractère innovant, etc.

Il n'en reste pas moins que les acheteurs désireux de recourir au seul critère du prix devront être en mesure de justifier que l'objet du marché permettait bien son emploi ; ils seront contraints de procéder à une analyse au cas par cas.

Conclusion

Les acheteurs retiendront de cet arrêt que le critère unique du prix ne peut être un critère « roue de secours », faute d'avoir été en mesure de définir d'autres critères d'attribution. C'est bien en fonction de l'objet du marché, c'est-à-dire de ce qui est acheté, que la personne publique pourra recourir au seul critère du prix. Cela renvoie également au métier d'acheteur et à la connaissance fine que celui-ci doit avoir du secteur d'activité dont il est en charge. En effet, pour définir des critères pertinents de sélection des offres, celui-ci doit avoir un bagage technique lui permettant d'appréhender la matière objet du marché. ■

EXTRAIT

CE 6 avril 2007, Département de l'Isère, req. n° 298584

« Considérant que, pour annuler la procédure de passation du marché relatif à la réalisation d'un itinéraire alternatif à la route départementale RD 1075 sur la commune de Morestel, le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble a estimé, sur le fondement de l'article 53 du code des marchés publics, que le département de l'Isère, en retenant le seul critère du prix afin d'apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse, avait manqué à ses obligations de mise en concurrence ;

Considérant que le II de l'article 53 du code des marchés publics dispose, dans sa rédaction issue de la loi du 18 janvier 2005, applicable aux faits de l'espèce : pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, la personne publique se fonde sur divers critères variables selon l'objet du marché, notamment le coût d'utilisation, la valeur technique de l'offre, son caractère innovant, ses performances en matière de protection de l'environnement, ses performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le délai d'exécution, les qualités esthétiques et fonctionnelles, le service après-vente et l'assistance technique, la date et le délai de livraison, le prix des prestations. / D'autres critères peuvent être pris en compte, s'ils sont justifiés par l'objet du marché. / Si, compte tenu de l'objet du marché, la personne publique ne retient qu'un seul critère, ce critère doit être le prix ;

Considérant que le juge des référés a suffisamment motivé son ordonnance d'une part en écartant le moyen tiré de l'incompatibilité de l'article 53 du code des marchés publics avec la directive susvisée du 31 mars 2004 au motif que cette directive laisse la faculté de retenir le prix comme critère unique de sélection des offres compte tenu de l'objet du marché, d'autre part en relevant un manquement aux obligations de mise en concurrence par le choix du seul critère du prix afin d'apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse, eu égard au degré de complexité que présentent les travaux ;

Considérant que les dispositions de l'article 53 de la directive du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services permettent au pouvoir adjudicateur, pour attribuer un marché public, soit de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse en fonction de plusieurs critères liés à l'objet du marché, soit d'attribuer le marché sur le seul fondement du prix le plus bas ; qu'en faisant aussi dépendre de l'objet du marché le recours au seul critère du prix, l'article 53 du code des marchés publics n'a fait que préciser ces dispositions en conformité avec l'objectif de la directive ; que, par suite, le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble a pu, sans commettre d'erreur de droit, juger que les dispositions du II de l'article 53 du code des marchés publics étaient compatibles avec les objectifs de cette directive ;

Considérant que le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit en recherchant si le choix fait par le département de l'Isère des critères d'attribution du marché était, compte tenu de l'objet de ce marché, de nature à porter atteinte à ses obligations de mise en concurrence ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que les travaux de réalisation d'un itinéraire alternatif à la route départementale RD 1075 sur la commune de Morestel comprenaient la construction d'un barreau de liaison, d'un carrefour giratoire et d'un ouvrage d'assainissement ; que compte tenu de la complexité de ces travaux, souverainement appréciée par le juge des référés, celui-ci a pu en déduire, sans commettre d'erreur de droit, que le département avait méconnu les dispositions de l'article 53 du code des marchés publics, et ainsi ses obligations de mise en concurrence, en retenant le seul critère du prix pour apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que le département de l'Isère n'est pas fondé à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée. »