

MARCHÉS PUBLICS

Les critères de sélection des offres

L'ESSENTIEL

■ Critère unique du prix

Le recours au critère unique du prix est contraint par l'absence de complexité du marché.

■ Attribution multicritère

La notion d'offre économiquement la plus avantageuse s'entend au sens large, sans nécessairement poursuivre une finalité économique.

■ Sous-critères et méthode d'analyse des offres

Les sous-critères doivent être publiés, mais cette obligation ne s'impose pas pour la méthode d'analyse des offres.

UNE ANALYSE DE

Mathieu HEINTZ, chef du service juridique au conseil général de l'Isère

Les critères de sélection des offres des marchés publics sont à l'honneur. En effet, on peut recenser, depuis 2006, au moins une quinzaine de jurisprudences et une vingtaine de réponses ministérielles rendues sur ce sujet. Cette actualité s'explique par le fait que l'article 53 du Code des marchés publics encadre partiellement le régime juridique des critères de sélection des offres en orientant, d'une part, leur choix et en précisant, d'autre part, leurs modalités d'application.

Malgré les dispositions de l'article 53-I du Code des marchés publics (*lire l'encadré page suivante*) des zones d'ombres demeuraient quant au choix des critères et leurs modalités d'application. La jurisprudence, complétée par la doctrine ministérielle, permet aujourd'hui d'éclairer certains points.

De cet ensemble, il est possible de donner une réponse aux quatre principales questions que se pose l'acheteur dans le choix et la mise en œuvre des critères de sélection des offres :

- dans quelle condition recourir au critère unique du prix ?
- en cas de recours à une pluralité de critères, quelle méthode retenir pour les définir ?

– faut-il publier les sous-critères de sélection des offres et leur pondération ?

– faut-il publier la méthode d'analyse des offres ?

I. Recours au critère unique du prix

L'article 53-I du Code des marchés publics prévoit que pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, soit sur un seul critère qui est celui du prix. Dans cette dernière hypothèse, le code précise que ce choix se fait compte tenu de l'objet du marché.

Cependant, et jusqu'à peu, 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 (1).

L'interprétation majoritaire s'accordait sur le fait que le recours au seul critère du prix était nécessairement conditionné par l'objet du marché, et plus encore, que ce critère ne pouvait être mis en œuvre que pour des achats simples ou des fournitures courantes (2).

À NOTER

Le Conseil d'Etat considère que le recours au critère prix se fait compte tenu de l'objet du marché, notamment en l'absence de complexité de ce dernier.

Dans ce sens, la Cour de justice des communautés européennes avait jugé non conforme aux directives communautaires, « 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 » (3).

RÉFÉRENCES

- Code des marchés publics, art. 53.

Code des marchés publics: article 53

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

– 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 d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché.

– 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 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.

III. Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées. Les autres offres sont classées par ordre décroissant. L'offre la mieux classée est retenue.

IV. Lors de la passation d'un marché, un droit de préférence est attribué, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, à l'offre présentée par une société coopérative ouvrière de production, par un groupement de producteurs agricoles, par un artisan, une société coopérative d'artisans ou par une société coopérative d'artistes ou par des entreprises adaptées.

– Lorsque les marchés portent, en tout ou partie, sur des prestations susceptibles d'être exécutées par des artisans ou des sociétés d'artisans ou des sociétés coopératives d'artisans ou des sociétés coopératives ouvrières de production ou des entreprises adaptées, les pouvoirs adjudicateurs contractants doivent, préalablement à la mise en concurrence, définir les travaux, fournitures ou services qui, à ce titre, et dans la limite du quart du montant de ces prestations, à équivalence d'offres, seront attribués de préférence à tous autres candidats, aux artisans ou aux sociétés coopératives d'artisans ou aux sociétés coopératives ouvrières de production ou à des entreprises adaptées.

– Lorsque les marchés portent, en tout ou partie, sur des travaux à caractère artistique, la préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres prévue au paragraphe précédent, s'exerce jusqu'à concurrence de la moitié du montant de ces travaux, au profit des artisans d'art ou des sociétés coopératives d'artistes.

A l'inverse, 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. Ceci ressort notamment de la directive communautaire 2004/18/CE, qui ne conditionne pas à l'objet du marché le recours au seul critère du prix.

Finalement, le Conseil d'Etat dans un arrêt «Département de l'Isère» (4) considère que le recours au critère prix se fait compte tenu de l'objet du marché, notamment en l'absence de complexité de ce dernier. Précisément, dans cette affaire, la Haute juridiction a apprécié l'objet du marché (des travaux routiers) compte tenu de sa complexité pour considérer que le seul critère du prix méconnaissait en l'espèce les obligations de mise en concurrence.

En d'autres termes, la complexité du marché a servi de référence, de curseur, pour juger de l'adéquation du critère unique à l'objet du marché.

Le tribunal administratif de Rouen a également jugé qu'en regard à la technicité de travaux de maçonnerie et de pierre de taille, le seul critère du prix ne pouvait être retenu pour apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse (5).

En définitive, le choix du critère unique du prix n'est pas inconditionné. Autrement dit, il ne peut être un critère «roue de secours», faute pour l'acheteur d'avoir été en capacité de définir d'autres critères d'attribution.

Compte tenu des références à la complexité ou la technicité du marché, il ne pourra certainement y recourir que pour «l'achat de produits simples et standardisés pour lesquels les prescriptions du cahier des clauses techniques particulières sont limitées» (6).

II. Attribution multicritère

L'article 53-I du Code des marchés publics dispose «que pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur»

peut se fonder «sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché (...)».

Suit alors une liste non exhaustive de critères. La clarté de cette disposition est pourtant relative. En effet, dans un arrêt d'avril 2006, «Commune de Toulouse» (7), le Conseil d'Etat s'est prononcé sur l'absence du critère prix dans une attribution multicritère, ainsi que sur la définition des critères permettant

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

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

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

(4) CE 6 avril 2007, «Département Isère», req. n°298584.

(5) TA Rouen 8 novembre 2007, «Entreprise Georges Lanfry», «Le Moniteur», Cahier détaché, 7 mars 2008, p.16.

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

(7) CE 28 avril 2006, «Cne de Toulouse», req. n°280197.

■ ■ ■ de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

Le prix, tout d'abord, figure expressément dans la liste de l'article 53-I du code prévue pour l'attribution multicritère. Cependant, s'est posée la question de savoir si celui-ci

A NOTER

Le critère prix n'est pas obligatoire lorsque le pouvoir adjudicateur attribue un marché sur la base d'une pluralité de critères.

doit être en tout état de cause retenu. Il contribue en effet à déterminer l'offre économiquement la plus

avantageuse. Pour le Conseil d'Etat, les dispositions du Code des marchés publics relatives à l'attribution multicritère « n'ont ni pour objet, ni pour effet de rendre obligatoire ce critère [le prix] lorsque la personne publique adopte plusieurs critères d'attribution du marché dans la mesure où les critères retenus, eu égard à l'objet du marché, permettent de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse » (8). Le critère prix n'est donc pas obligatoire lorsque le pouvoir adjudicateur attribue un marché sur la base d'une pluralité de critères. Mais ce choix se fait à raison de l'objet du marché, c'est-à-dire lorsque d'autres critères permettent à eux seuls de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. En l'espèce, était en cause un marché de mobilier urbain pour lequel la réalisation de la prestation ne donne pas lieu au paiement d'un prix; le prestataire se rémunérant principalement grâce aux recettes publicitaires. Plus généralement, cette hypothèse se rencontrera pour toutes les « prestations qui donnent lieu à la fixation, par voie réglementaire, d'un barème de tarifs qui s'impose à l'acheteur et aux candidats » (9). Ensuite, les critères doivent permettre de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse (10). Qu'en est-il à cet égard, des critères relatifs à la qualité, au

caractère esthétique et fonctionnel listés à l'article 53-I du Code des marchés publics? Aucun d'eux ne présente à proprement parler de caractère économique. Cependant, et encore dans l'arrêt « Commune de Toulouse », le Conseil d'Etat a considéré qu'un pouvoir adjudicateur peut retenir le critère esthétique eu égard à l'objet du marché de mobilier urbain, dès lors qu'il permet de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

La notion d'offre économiquement la plus avantageuse ne doit donc pas être entendue au sens strict, mais dans une acception large (11). Ceci est conforme tout d'abord à la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, pour laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent se fonder sur un critère social ou environnemental pour attribuer un marché (12); mais également au Code dont certains critères proposés s'écartent sensiblement de la dimension économique, comme, par exemple, le caractère innovant ou encore les performances en matières environnementales ou d'insertion professionnelle des publics en difficulté (13).

En définitive, les acheteurs veilleront strictement, dans le choix des critères de sélection des offres, au lien avec l'objet du marché, mais bénéficieront de plus de souplesse

A NOTER

Les acheteurs veilleront strictement au lien avec l'objet du marché, mais bénéficieront de plus de souplesse dans l'aptitude des critères à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

dans l'aptitude des critères à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Dans l'arrêt « Commune de Toulouse », le Conseil d'Etat a tout de même annulé la procédure de passation du marché, au motif que le contenu du critère de la valeur esthétique, qui était prépondérant, n'était pas précisé dans les documents de la consultation. Ce qui pose la question de la publicité des sous-critères de sélection des offres.

III. Publication des sous-critères et de leur pondération

Le Code des marchés publics prévoit explicitement que les critères et leur pondération doivent être indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation (14). Il est, en revanche, silencieux sur la publicité des sous-critères de sélection des offres. La jurisprudence a donc

tranché en faveur de la transparence, tout en posant une limite pour ce qui concerne leur pondération.

En premier lieu, les critères dont la définition est trop générale doivent être précisés par des sous-critères, lesquels doivent être portés à la connaissance des candidats. C'est le cas essentiellement du critère de la valeur technique. Un pouvoir adjudicateur ne peut en effet « pour pallier l'imprécision du critère prépondérant de la valeur technique qui avait été mentionné dans l'avis d'appel public à la concurrence sans pour autant y

A NOTER

Rien ne s'oppose à ce que l'administration précise dans le règlement de la consultation les critères d'attribution énoncés dans les avis de publicité.

être défini, instituer, pour apprécier cette valeur et sélectionner les offres, deux nouveaux critères qui n'ont pas été portés à la connaissance des candidats

ni par l'avis d'appel public à la concurrence, ni par le règlement de la consultation » (15). Cependant, rien ne s'oppose à ce que l'administration précise dans le règlement de la consultation, les critères d'attribution énoncés dans les avis de publicité (16).

Ceci n'est valable que pour autant que ces sous-critères ne revêtent pas, par eux-mêmes, le caractère de véritables critères (17). Sinon, ils doivent être publiés en tant que tel dans l'avis de publicité du marché.

L'exigence de transparence est en revanche plus souple en ce qui concerne la pondération des sous-critères. Par deux arrêts, la Cour de justice des communautés européennes a posé comme principe que, dès lors que les critères et leur pondération ainsi que les sous-critères ont été publiés dans l'avis de marché ou le règlement de la consultation, la pondération des sous-critères peut intervenir après l'ouverture des offres (18).

Cependant, cette détermination ex-post n'est possible qu'à une triple condition:

- une telle décision ne modifie pas les critères d'attribution du marché définis dans les documents de la consultation;
- elle ne contient pas d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu l'influencer;
- et elle n'a pas été adoptée en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires.

(8) Idem.
 (9) Rép. min., Q. n°01683.
 (10) D. Casas, conclusions sur CE 28 avril 2006, « Commune de Toulouse », req. n°280197, B.J.C.P. n°47, p.268.
 (11) F. Brenet, « Les critères de sélection des offres dans les marchés publics sans prix: l'exemple des contrats de mobilier urbain », A.J.D.A. 19 mars 2007, p.693.
 (12) Idem.
 (13) Ibid.
 (14) CMP, art. 53-II, alinéa 4.
 (15) TA Marseille 26 juillet 2006, « Sté FM Développement », req. n°0604605.
 (16) TA Lyon 1^{er} février 2008, req. n°0800087.
 (17) Idem.
 (18) CJCE 24 novembre 2005, « ATI EAC Sri e Viaggi di Maio Snc c/ ACTV Venezia SpA », aff. C-331/04; 24 janvier 2008, « Emm. G. Lianakis AE e.a. C/Dimos Alexandroupolis e.a. », aff. C-532/06.

En pratique, il est difficile de garantir que les trois conditions susvisées sont bien respectées (19). D'ailleurs, la cour administra-

À NOTER

La Cour de justice des communautés européennes a admis que, sous réserve de certaines conditions, la pondération des sous-critères puisse intervenir après l'ouverture des offres.

tive d'appel de Bordeaux a considéré que « même si le recours à de tels sous-critères a emporté des effets en ce qui concerne le classement final des candidats par

suite d'une pondération postérieure à la date de clôture du délai de réception des offres, l'absence de publicité préalable ne saurait, à elle seule, manifester une atteinte au principe de transparence mis en œuvre par l'article 53-II précité, ni un risque d'effet discriminatoire envers l'un ou l'autre des soumissionnaires » (20). Le juge fait donc preuve d'une grande souplesse quant aux conditions posées par la Cour de justice (21).

En tout dernier lieu, reste posée la question de la transparence de la méthode d'analyse des offres.

IV. Absence d'obligation de publier la méthode d'analyse des offres

L'obligation de publicité, qui découle du principe de transparence des marchés, est large puisqu'il s'étend sans aucun doute aux sous-critères. Mais cette exigence recouvre-t-elle également la méthode d'analyse des offres? Il semble, d'après la doctrine et la jurisprudence, que le principe de transparence trouve là sa limite, et que ces modalités n'ont pas à être portées a priori à la connaissance des soumissionnaires.

Pour Laurent Richer et Dominique Chabano, l'« on peut penser qu'une limite devrait être admise à la transparence. La publication de l'ensemble de la méthodologie retenue n'est pas indispensable aux candidats, l'indication du poids attribué à chaque critère leur donne une indication suffisante sur les attentes du pouvoir adjudicateur et il paraît souhaitable de ne pas obliger le pouvoir adjudicateur à figer ses méthodes avant l'ouverture des offres [...]. Les candidats doivent disposer des informations nécessaires à l'élaboration de leurs soumissions, mais le pouvoir adjudicateur ne doit pas être contraint de lier à l'exercice son pouvoir d'appréciation » (22).

Plusieurs ordonnances ont confirmé cette analyse. Ainsi, le juge des référés du tribunal administratif de Caen a jugé « que si la commission d'appel d'offres s'est appuyée sur un barème de notation qui n'avait pas été mentionné dans le règlement de la consultation ni dans l'avis d'appel public à la concurrence, il n'en résultait pas pour autant un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles renvoie l'article L.551-1 du Code de justice administrative, dès lors que la commune avait précisé dans le règlement la méthodologie selon laquelle chaque critère serait apprécié » (23).

De même, le tribunal administratif de Montpellier a jugé que pour apprécier la valeur technique (sur la base du mémoire technique) des offres des candidats, la commission d'appel d'offres a décomposé la note afférente en trois éléments :

- moyens mis en œuvre, mode opératoire et adéquation de la réponse pour chaque opération de travaux, sur quatre points ;
- disposition sur la sécurité, sur un point ;
- certification de qualité (ISO, Qualipaysage), sur un point.

Considérant que ces éléments d'appréciation, qui ne constituent pas des critères au sens de l'article 53-II précité, n'avaient pas à figurer explicitement dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation » (24).

De cet ensemble, il ressort donc que la non-divulgarion aux soumissionnaires de la grille de notation n'est nullement constitutive d'un manquement à une obligation de publicité ou de mise en concurrence.

En revanche, il découle du principe de transparence que « la technique d'attribution de la note doit être connue avant l'analyse multicritère et doit être la même pour tous » (25). Concrètement, le pouvoir adjudicateur devra annoncer la méthode avant de procéder à l'ouverture des offres, par exemple en l'annexant au procès-verbal de la commission d'appel d'offres relatif aux candidatures.

En définitive, les acheteurs retiendront de cette actualité des critères de sélection des offres, d'une part, que le choix des critères est nécessairement conditionné par l'objet du marché, d'autre part, que leurs conditions d'utilisation sont très largement dominées par le principe de publicité, de transparence. Mais pour que cette vue d'ensemble

soit complète, des précisions sont encore attendues.

Tout d'abord, le Code des marchés publics 2006, fort de la jurisprudence antérieure (26), pose le principe de la pondération des critères et autorise par dérogation qu'ils soient indiqués par ordre décroissant, c'est-à-dire hiérarchisés (27).

Or, pour l'instant, aucun arrêt n'a reconnu à un pouvoir adjudicateur que la complexité du marché permettait une telle hiérarchisation. Autrement dit, le critère de la complexité reste pour le moment indéfini.

À NOTER

La non-divulgarion aux soumissionnaires de la grille de notation n'est nullement constitutive d'un manquement à une obligation de publicité ou de mise en concurrence.

Par ailleurs, et à ce jour, l'état de la jurisprudence française sur l'utilisation des critères de sélection des offres en matière environnementale ou sociale

demeure fondé sur la sanction prononcée par le Conseil d'Etat, dans l'arrêt « Commune de Gravelines », contre un critère en matière d'insertion pour l'attribution d'un marché de travaux (28).

Cependant, les évolutions du Code des marchés publics 2006, notamment la prise en compte des objectifs du développement durable lors de la définition du besoin, et l'interprétation souple que retient le juge quant à l'aptitude des critères à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse (voir supra), font espérer des évolutions jurisprudentielles en la matière. ■

(19) M. Jacob, « A quel stade de la procédure afficher la pondération des sous-critères ? » Contrats publics, ACCP/n°53, mars 2006, p.60.

(20) CAA Bordeaux 12 octobre 2007, « Région Réunion », req. n°07BX01819.

(21) J.-D. Dreyfus, « Existe-t-il une règle de publicité de la pondération des sous-critères retenus par la personne adjudicatrice ? », AJDA, 14 janvier 2008, p.44.

(22) Cités par V. Guinot et A. Hourcabie, « Sur la nécessité de publier la méthodologie d'analyse des offres », Contrats publics, ACCP/n°62, janvier 2007, p.46.

(23) TA Caen 30 juin 2005, « Sté Toffolutti », req. n°0501387.

(24) TA Montpellier 28 septembre 2006, « Sté Philip Frères », req. n°0605115.

(25) Rép. min., Q. n°21229, JO Sénat 8 mars 2007, p.534.

(26) CE 29 juin 2005, « Cne de La Seyne-sur-Mer c/Sté varoise de construction routière », req. n°267992.

(27) CMP, art. 53-II, alinéa 4.

(28) CE 25 juillet 2001, « Cne de Gravelines », req. n°229666.