



Marchés publics : l'existence d'une règle de publicité des sous-critères et de leur pondération

Catherine Prebissy-Schnall

► **To cite this version:**

Catherine Prebissy-Schnall. Marchés publics : l'existence d'une règle de publicité des sous-critères et de leur pondération. Contrats concurrence consommation, LexisNexis, 2010. hal-01877081

HAL Id: hal-01877081

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01877081>

Submitted on 19 Sep 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« Marchés publics : l'existence d'une règle de publicité des sous-critères et de leur pondération : CE, 18 juin 2010, Cne de Saint-Pal-de-Mons, req. n° 337377 », *Contrats Concurrence et Consommation*, août-sept. 2010, comm. n° 215.

Catherine Prebissy-Schnall

Le pouvoir adjudicateur méconnaît les règles de publicité et de mise en concurrence en ne portant pas à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation des sous-critères qui, eu égard à leur nature et à leur importance, doivent être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection.

[CE, 18 juin 2010, req. n° 337377, Cne de Saint-Pal-de-Mons](#) (cette décision sera publiée au Recueil Lebon ; conclusions de M. Bertrand Dacosta, rapporteur public) : [JurisData n° 2010-009438](#)

Note :

La commune de Saint-Pal-de-Mons a lancé une procédure d'appel d'offres organisée pour l'attribution de deux lots en vue de la construction d'une station d'épuration. Un groupement d'entreprises (la société Moulin et la société Atelier REEB) a candidaté pour le lot n° 2 mais n'a pas été retenu. Classé en seconde position, le candidat écarté a demandé à la commune, sur le fondement de l'[article 83 du Code des marchés publics](#), dans sa rédaction alors applicable, de lui communiquer les motifs détaillés de ce rejet. L'avis d'appel à la concurrence ne mentionnait que deux critères de sélection des offres, à savoir la valeur technique (pour 70 %) et le prix (pour 30 %). Or, la société Moulin a découvert que son offre avait fait l'objet d'une notation précise pour la valeur technique sur la base de sept sous-critères pondérés : ainsi, le sous-critère « méthodologie et adaptation au contexte local » était pondéré pour 28 %. Le juge du référé contractuel du tribunal administratif de Clermont-Ferrand a annulé la procédure d'attribution du lot n° 2 par une ordonnance en date du 19 février 2010. Confirmant cette ordonnance, le Conseil d'État a estimé que « si le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en œuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères également pondérés ou hiérarchisés, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces 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 par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection ».

C'est un thème récurrent dans le flux des décisions jurisprudentielles que celui de l'accès à la commande publique des opérateurs économiques, et particulièrement dans un contexte de relance économique. Cette liberté d'accès consiste à permettre à toute entreprise remplissant les conditions requises, de se porter candidate à un marché public. Elle implique donc la fixation préalable de règles du jeu claires pour garantir la transparence et la libre concurrence. La question de sous-critères est une question centrale puisqu'il s'agit d'une mise en application du principe de transparence des procédures mais aussi du principe d'égal accès à la commande publique (1). Si la problématique n'est pas nouvelle, elle continue de faire l'objet d'une divergence d'appréciation de la part du juge national et du juge communautaire quant au degré de précision exigée en matière d'information des sous-critères (2). En l'espèce, le Conseil d'État reconnaît l'existence d'une obligation de publicité des sous-critères et de la pondération

ab initio si et seulement si ces sous-critères revêtent le caractère d'un véritable critère autonome. Dès lors, ne sont pas concernés par ce devoir d'information préalable les sous-critères qui ne sont pas susceptibles d'être requalifiés (3).

1. L'application du principe de transparence aux sous-critères

La libre concurrence va de pair avec une bonne lisibilité des conditions d'égalité des candidats et de l'exécution des marchés. Cette obligation de transparence consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture efficiente à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures et donc de la sincérité du choix du pouvoir adjudicateur ([CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, Telaustria](#). – [CJCE, 3 déc. 2001, aff. C 59/00, Ben Moustén Vestergaard](#)).

Au regard des grands principes de la commande publique, la question des sous-critères n'est pas nouvelle. Certes, ni la [directive communautaire 2004/18/CE du 31 mars 2004](#), ni le Code des marchés publics n'utilise la notion de sous-critère. Mais la circulaire du 29 décembre 2009 relative au guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics y fait explicitement référence : « Afin de permettre aux candidats d'être "raisonnablement informés" et d'interpréter les critères d'attribution de la même manière, le caractère assez subjectif de certains critères tels que "la valeur technique de l'offre" ou son "caractère esthétique", impose à l'acheteur public de définir, avec précision, ce qu'il entend par ce critère en ayant recours à des sous-critères. Ces sous-critères doivent alors également être objectifs, opérationnels et non discriminatoires ».

En pratique, il est en effet fréquent que les pouvoirs adjudicateurs utilisent des critères de choix des offres assez imprécis comme la « valeur technique de l'offre » ou encore la « valeur esthétique de l'offre ». Le choix est alors concrètement opéré à l'aide de sous-critères qui viennent expliciter les critères de sélection. Cette méthode consistant à utiliser des sous-éléments inconnus des candidats laisse donc place à toutes les stratégies : Si l'analyse des offres sur une base multicritères permet aux commissions d'appel d'offres de motiver objectivement des choix différents, elle peut aussi permettre à la collectivité, en conservant l'apparence de la légalité, d'adapter les critères au candidat à qui elle veut attribuer le marché.

Or, la problématique des sous-critères devient de plus en plus sensible et délicate dans la mesure où les concurrents évincés demandent de plus en plus souvent des justifications détaillées et peuvent accéder à certains documents en vertu de la [loi n° 78-753 du 17 juillet 1978](#) modifiée portant sur l'accès aux documents administratifs.

Comment pratiquer l'analyse multicritère pour identifier « l'offre économiquement la plus avantageuse » et motiver son choix sans ambiguïté ?

Les sous-critères de sélection des offres ne constituent pas des critères au sens de l'[article 53 du Code des marchés publics](#) et n'ont pas à figurer explicitement dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans le règlement de la consultation ([TA Montpellier, 28 sept. 2006, req. n° 0605115, Sté Philip Frères c/ dpt du Gard](#)).

L'[article 53 du Code des marchés publics](#) donne la possibilité d'attribuer le marché public en se fondant :

– soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché (tels que le prix proposé, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, le coût d'utilisation, la rentabilité, le délai d'exécution ou de livraison, le service après-vente et l'assistance technique. Le pouvoir adjudicateur précise la pondération relative qu'il confère à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges) ;

– soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix.

L'[article 53 du Code des marchés publics](#) impose au pouvoir adjudicateur d'informer les candidats des critères de sélection des offres et, pour les marchés passés selon une procédure formalisée de leur pondération ou hiérarchisation. Par un arrêt de section ANPE du 30 janvier 2009 ([CE, 30 janv. 2009, n° 290236](#) : *RDI 2009, p. 242, obs. S. Braconnier*), le Conseil d'État indique que même pour les marchés passés selon une procédure non formalisée, le pouvoir adjudicateur est tenu d'apporter une information appropriée aux candidats sur les conditions de mise en œuvre des 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 (solution étendue aux critères de sélection des candidatures, dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur limite le nombre de candidats admis à présenter une offre, tout en n'imposant pas, là encore, une information sur les conditions de mise en œuvre des critères : [CE, 24 févr. 2010, Communauté de communes de l'enclave des papes, req. n° 333569](#)).

Le Conseil d'État a confirmé la compatibilité du Code des marchés publics avec les objectifs de la directive puisque cette directive laisse la faculté de retenir le prix comme critère unique de sélection des offres et que l'[article 53 du Code des marchés publics](#) laisse également un choix au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché sur une base multicritères ou non ([CE, 6 avr. 2007, Dpt de l'Isère, n° 298584](#) : *Jurisdata n° 2007-071748* ; *Contrats, conc. consom. 2007, comm. 151*). La réponse du Conseil d'État aurait été différente si l'[article 53 du Code des marchés publics](#) n'encadrait pas l'exercice de la faculté de choix. En effet, la Cour de justice des communautés européennes avait critiqué la législation italienne qui imposait le recours systématique au prix le plus bas comme seul critère d'attribution dans les marchés de travaux (*CJCE, 7 oct. 2004, aff. C- 247/02, Sintesi Spa c/ Autorita per la Vigilanza sui Lavori Pubblici* : *Rec. CJCE 2004, I, 9215*). Saisie d'une décision préjudicielle, la CJCE avait estimé que « la fixation par le législateur national, de manière abstraite et générale, d'un critère unique d'attribution des marchés publics de travaux prive les pouvoirs adjudicateurs de la possibilité de prendre en considération la nature et les spécificités de tels marchés, pris isolément, en choisissant pour chacun d'eux le critère le plus apte à assurer la libre concurrence et à garantir ainsi que la meilleure offre sera retenue ». Les critères retenus par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse ne doivent pas être nécessairement de nature quantitative ou orientés exclusivement vers les prix. Même si des critères d'attribution qui ne sont pas exprimés en des termes quantitatifs sont inclus dans le cahier des charges, ils peuvent être appliqués de manière objective et uniforme afin de comparer les offres et sont clairement pertinents pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse (*CJCE, 17 sept. 2002, Concordia Bus Finland, aff. C-513/99*. – *CJCE, 4 déc. 2003, EVN AG c/ Autriche, aff. C-448/01* sur la prise en compte de la performance environnementale dans les marchés publics).

Dans une logique de rentabilité et de rationalisation des coûts, la jurisprudence communautaire favorise donc l'utilisation de la technique multicritères comme méthode d'analyse des offres. Son objectif est de permettre à tous les soumissionnaires

raisonnablement informés et normalement diligents d'interpréter les critères et les sous-critères d'attribution de la même manière et de disposer, par conséquent, des mêmes chances dans la formulation des termes de leur offre. Mais son appréciation quant au degré de précision exigée en matière d'information des sous-critères n'est pas celle que vient d'opérer le Conseil d'État dans notre arrêt.

2. Divergence d'appréciation de la part du juge national et du juge communautaire quant au degré de précision exigé en matière d'information des sous-critères

Dans un arrêt en date du 24 novembre 2005 (*ATI EAC Srl & Viaggi di Maio SNC et autres c/ Actv Venezia Spa, aff. C-331/04*), la CJCE avait considéré que le droit communautaire « ne s'opposait pas à ce « qu'une commission d'adjudication accorde un poids spécifique aux sous-éléments d'un critère d'attribution établis d'avance en procédant à une ventilation entre ces derniers du nombre de points prévus au titre de ce critère par le pouvoir adjudicateur lors de l'établissement du cahier des charges ou de l'avis de marché ».

Trois conditions sont toutefois posées par la Cour :

- 1) l'usage des sous-critères ne doit pas modifier les critères d'attribution du marché. Ils ne sont que des sous-critères et non des critères à part entière ;
- 2) les sous-critères ne doivent pas préciser des éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation ;
- 3) les sous-critères ne doivent pas avoir un effet discriminatoire (comme d'ailleurs les critères eux-mêmes).

Face à cette question des sous-critères, le juge communautaire a eu l'occasion de se prononcer plus franchement sur la nécessité d'une information préalable des candidats. Par un arrêt du 24 janvier 2008 (*Emm. G. Lianakis AE2*), la Cour a jugé que la directive communautaire n° 92/50 relative aux marchés publics de services, « lue à la lumière du principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques et de l'obligation de transparence qui en découle », s'oppose à ce qu'un pouvoir adjudicateur « fixe ultérieurement (...) des sous-critères pour les critères d'attribution mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché ». La Cour a fondé la solution sur l'exigence que « tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et leur importance relative soient connus des soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leurs offres ».

En définitive, pour retenir l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur doit en principe annoncer, dès le début de la procédure, les critères et les sous-critères sur la base desquels il se déterminera. Si l'utilisation des sous-critères est accompagnée d'une pondération, cette dernière doit figurer dans les documents de consultation. Toutefois, il reste admis qu'un sous-critère puisse ne pas être communiqué, s'il ne modifie pas les critères, s'il n'a pas d'effet discriminatoire et s'il n'a pas eu d'effet sur la préparation des offres. Un arrêt récent du Tribunal de première instance de l'Union européenne (*Trib. UE, 2 mars 2010, aff. T- 70/05, Evropaiki Dynamiki*) a ainsi reconnu la possibilité pour un pouvoir adjudicateur de pondérer *ex-post* des sous-critères des critères d'attribution établis au préalable, sous les trois conditions de l'arrêt *ATI EAC Srl & Viaggi di Maio SNC*.

3. L'obligation de publicité des sous-critères et de la pondération *ab initio* est subordonnée à la requalification en critères de sélection

La jurisprudence française est plus exigeante et se fonde principalement sur la problématique de l'usage des sous-critères comme critères de sélection à part entière. Elle a reconnu par exemple que le pouvoir adjudicateur devait être vigilant dans l'utilisation des sous-critères qui pouvaient en réalité être déguisés en nouveaux critères autonomes. Ainsi l'acheteur public est contraint de rendre public l'existence des sous-critères et leur pondération *ab initio* si ces sous-éléments peuvent eux-mêmes être regardés comme des critères de sélection ([CE, 24 oct. 2008, UGAP, req. n° 314499](#). – [CAA Bordeaux, 12 oct. 2007, Région Réunion, n° 07BX01819](#)). Dans le prolongement de cette jurisprudence, le Conseil d'État précise que les sous-critères doivent être mentionnés dans les documents de la consultation dès lors que ceux-ci représentent une part significative dans l'analyse des offres ([CE, 1er avr. 2009, Min. d'État, ministre de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement durable et de l'Aménagement du territoire, req. n° 321752](#), mentionné aux tables du *Recueil Lebon* : Le sous-critère de la rapidité d'intervention en matière de maintenance de l'équipement, dont le résultat représentait le tiers de l'appréciation sur le service après-vente, lui-même affecté d'un coefficient de 30 %, n'était pas prévu dans les documents de la consultation). On se rapproche ici de la jurisprudence de la CJUE pour qui la pondération d'un sous-critère doit être portée à la connaissance des candidats, même s'il ne revêt pas le caractère d'un véritable critère autonome, dès lors que, si elle avait été connue des candidats, elle aurait pu influencer l'élaboration de leurs offres.

Pour autant, dans l'arrêt commenté du 18 juin, le Conseil d'État n'a pas saisi l'occasion d'aligner complètement sa grille de lecture avec celle du juge communautaire. En l'espèce, la commune avait détaillé la pondération des sous-critères de la façon suivante : 10,5 pour la description des moyens humains affectés au chantier, 10 pour la description des moyens matériels, 7 pour la liste des principales fournitures, 28 pour la description de la méthodologie adaptée au contexte local, 7 pour la description des mesures d'hygiène et de sécurité, 3,5 pour le coût d'exploitation de la station d'épuration et 3,5 pour le planning de réalisation. En l'espèce, la commune aurait dû communiquer précisément la pondération du sous-critère intitulé « méthodologie et adaptation au contexte local » car celui-ci pesant pour 28 %, c'est-à-dire une part non-négligeable du critère technique, il a influencé le pouvoir adjudicateur dans l'analyse des offres. Il est donc requalifié en critère de sélection. Et il est donc soumis à une obligation de publicité. Autrement dit, la Haute juridiction ouvre à la sanction du juge des référés l'utilisation de critères de sélection imprécis combinée à l'utilisation de sous-critères pondérés mais inconnus des candidats qui apparaissent en réalité comme de véritables critères de sélection.

La nécessité d'une information préalable des candidats sur l'utilisation des sous-critères et la méthode de notation n'apparaît donc pas absolument nécessaire dans l'avis de publicité ou le règlement de la consultation ([CE, 31 mars 2010, Collectivité territoriale de Corse, req. n° 334279](#)). Le candidat n'a pas un droit à tout savoir puisque l'obligation de transparence de la commande publique ne se confond pas avec celle de la « machinerie interne » du pouvoir adjudicateur.

Toutefois, on ne peut qu'encourager l'exigence d'un droit à l'information préalable des candidats sur tous les sous-critères, notamment dans le cadre des marchés formalisés, et sans rechercher s'il s'agit en réalité d'un critère de sélection autonome ou pas. Une telle avancée serait non seulement en accord avec la jurisprudence communautaire mais s'inscrirait

parfaitement dans le contexte actuel de modernisation de l'État avec l'usage des technologies de l'information et de la communication : la parution du Guide pratique de la dématérialisation des marchés publics (direction des affaires juridiques, juin 2010) constitue en effet un facteur essentiel de développement de l'information, dans une démarche de qualité et de traçabilité permettant de renforcer la responsabilité des décideurs publics et le contrôle du juge.

Cet appel du 18 juin lancé par le Conseil d'État n'était donc pas vraiment celui qu'on attendait...

Mots clés : Marchés publics. - Obligation d'information. - Sous-critères. - Pondération *ab initio*