



Valeur du critère de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Catherine Prebissy-Schnall

► **To cite this version:**

Catherine Prebissy-Schnall. Valeur du critère de l'offre économiquement la plus avantageuse.. Contrats concurrence consommation, LexisNexis, 2007. hal-01879614

HAL Id: hal-01879614

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01879614>

Submitted on 24 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.

« Valeur du critère de l'offre économiquement la plus avantageuse : CE, 6 avril 2007, Département de l'Isère », *Contrats Concurrence et Consommation*, juin 2007, comm. n° 151.

Catherine Prebissy-Schnall

En faisant dépendre de l'objet du marché le recours au seul critère du prix, les dispositions de [l'article 53 du Code des marchés publics](#) sont compatibles avec les objectifs de la [directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004](#). Ainsi, eu égard à la complexité des travaux, le choix du seul critère du prix n'est pas suffisant pour apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse.

[CE, 7e et 2e ss-sect., 6 avr. 2007, n° 298584, Dépt . de l'Isère : *Juris-Data n° 2007-071748* ; concl. N. Boulouis](#)

(...) 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 ; (...)

Note :

Saisi d'un pourvoi contre une ordonnance du juge des référés précontractuels de Grenoble rendue le 20 octobre 2006, le Conseil d'État apporte des éclaircissements sur les critères de choix des offres pour l'attribution d'un marché public et plus précisément sur l'adéquation entre les critères d'attribution d'un marché et son objet. En l'espèce, le contentieux opposait une collectivité à une société évincée de la procédure de passation d'un marché public de travaux. Le Conseil d'État confirme le manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, dans la mesure où le département a méconnu les dispositions de l'[article 53 du Code des marchés publics](#) en retenant le seul critère du prix pour choisir l'attributaire du marché. En l'espèce, la complexité de la prestation de travaux publics ne justifiait pas le recours à ce seul critère.

Cet arrêt exige une attention particulière au moins à deux égards. Il amène tout d'abord à s'interroger sur la compatibilité des dispositions de l'[article 53 du Code des marchés publics](#) (dans sa rédaction issue de la loi du 18 janvier 2005, applicable aux faits de l'espèce) avec les objectifs de la [directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004](#) (I). Il conduit, par voie de conséquence, à se pencher sur le critère du prix comme critère de sélection unique (II).

I. – Contrairement au juge des référés des [articles L. 521-1 et L. 521-2 du Code de justice administrative](#) (*CE, 9 déc. 2005, Mme Allouache et a., n° 287777* : *Juris-Data n° 2005-069389* ; *AJDA 2005, p. 2374*), le juge des référés précontractuels est compétent pour se prononcer sur la compatibilité du Code des marchés publics avec la directive du 31 mars 2004 (*T.-X. Girardot, Le retour de la loi écran devant le juge des référés : AJDA 2006*). L'article 53 de la directive dispose que « *les critères sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs se fondent 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 (...)* ; b) soit uniquement le prix le plus bas ».

Selon le requérant et à la seule lecture des dispositions communautaires, le pouvoir adjudicateur doit alors pouvoir choisir le critère unique du prix sans que l'on exige une liaison

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

Cet article du Code des marchés publics est-il compatible avec la directive communautaire ? Et dans l'affirmative, la réalisation d'un ouvrage routier peut-il justifier le recours au seul critère du prix ?

Le Conseil d'État confirme 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 multicritère ou non. Les auteurs du code n'ont pas méconnu les objectifs de la directive en exigeant que l'objet du marché entre en ligne de compte lorsque le pouvoir adjudicateur choisit le critère unique du prix. Comme le souligne le commissaire du gouvernement Nicolas Boulouis, il est indéniable que le Code des marchés publics n'est pas la reproduction exacte des dispositions de la directive. Mais pour autant, il ne méconnaît pas les objectifs de celle-ci (cf. [Dr. adm. 2004, comm. 171, obs. A. Ménéménis](#)).

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, p. 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. »

II. – Dans la logique du raisonnement de la CJCE et dans la lignée de sa jurisprudence, le Conseil d'État précise que le recours au critère unique du prix ne peut pas toujours être admis. Considérant que le pouvoir adjudicateur dispose d'une trop grande liberté de choix, notamment pour les marchés qui sont inférieurs aux seuils communautaires, la restriction tenant à l'objet du marché permet de contenir l'appréciation de l'acheteur public dans les limites d'une certaine objectivité (CE, 13 mai 1987, *Société Wanner Isofi Isolation : Rec. CE 1987, p. 17*. – [CE, 29 juill. 1994, n° 131562, Cne de Ventenac-en-Minervois](#) . – [CE, 25 juill. 2001, n° 229666, Cne de Gravelines : Juris-Data n° 2001-062795](#) ; *Rec. CE 2001, p. 391* ; *AJDA 2002, p. 46*). Toujours établis au seul regard de l'objet du marché et de ses conditions d'exécution, les critères permettent d'examiner avec la même objectivité toutes les offres des candidats afin de retenir l'entreprise la mieux-disante au regard du rapport entre le prix proposé et la qualité des prestations. Pour rendre plus difficile les appels d'offres sur mesure, le Code des marchés publics a, en prime, posé l'obligation de hiérarchiser ou de pondérer les critères d'attribution du marché dans le règlement de la consultation ou dans l'avis public à la concurrence. Une telle hiérarchisation des critères suppose de déterminer, au préalable, une liste de critères justifiés par l'objet du marché, comme par exemple ses performances en matière de protection de l'environnement, ses performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté (*L. n° 2005-2, 18 janv. 2005, art. 58*), le prix des

prestations. Les critères énoncés doivent être explicités ([CE, 28 avr. 2006, n° 280197, Cne de Toulouse : Juris-Data n° 2006-070072](#) : si le pouvoir adjudicateur est ainsi libre d'utiliser le critère esthétique en lui donnant une place prépondérante, il doit fournir des indications sur ses attentes en la matière dans le cahier des charges). Se fonder ainsi sur une hiérarchisation de critères variables selon l'objet du marché permet d'aboutir à une adéquation parfaite entre les besoins de la collectivité et les propositions d'offres des entreprises. Mais cela suppose que le choix d'une proposition différente de la moins-disante soit motivé. Or, les services chargés de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse ne sont pas toujours en mesure de pouvoir justifier en quoi une autre offre serait mieux-disante. Cette incapacité des pouvoirs adjudicateurs à apprécier la validité et la qualité de l'offre d'opérateurs économiques qu'ils ne connaissent pas les conduit à attribuer de manière quasi-systématique le marché au moins-disant.

Si notre droit permet une concurrence effective en laissant un choix au pouvoir adjudicateur entre un critère unique ou plusieurs critères pour attribuer un marché, la pratique révèle que quelle que soit la méthode d'analyse des offres retenue, elle peut entraîner des risques d'atteintes aux obligations de mise en concurrence. L'analyse des offres sur une base multicritères peut permettre à l'acheteur, en conservant l'apparence de la légalité, d'adapter les critères au candidat à qui elle veut attribuer le marché. Quant à la méthode reposant sur le critère unique et objectif du prix, elle peut aussi constituer un terrain propice aux ententes et aux soupçons de favoritisme si le prix est, en réalité, un prix anormalement bas constitutif d'un avantage injustifié.

En l'espèce, eu égard au degré de complexité des travaux lancés par le département de l'Isère (la construction d'un barreau de liaison, d'un carrefour giratoire et d'un ouvrage d'assainissement), le choix du seul critère du prix n'est pas suffisant pour apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse. En contrôlant et en sanctionnant ainsi l'inadéquation entre le critère de sélection retenu et l'objet du marché, le juge administratif opère un contrôle étendu qui vient considérablement limiter le recours exclusif du prix dans des domaines où l'argument de la complexité des travaux pourra être soulevé.

Mots clés : Règles de concurrence et commande publique, Objet du marché, Offre économiquement la plus avantageuse