



Mise en œuvre des critères de sélection des offres

L'acheteur public peut librement choisir les critères de sélection des offres qu'il appliquera, pourvu qu'ils soient non discriminatoires et liés à l'objet du marché, en application de l'article 53 du Code des marchés publics.

Les directives européennes¹ et le Code des marchés publics, hors marchés passés en procédure adaptée, n'imposent que la publicité des critères de choix des offres, ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation.

Si la publicité des critères de choix des offres est obligatoire, certains critères, tel que celui de la valeur technique, ont néanmoins un contenu pouvant être très large, ou ont un caractère très subjectif, tel que le critère esthétique. Dans ces hypothèses, le § 15.1.1.2 de la circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics² précise que les règles du jeu applicables devant être connues à l'avance par les soumissionnaires, imposent à l'acheteur public de définir, avec précision, ce qu'il entend par ces critères en ayant recours à des sous-critères. Ces sous-critères doivent alors également être objectifs, opérationnels et non discriminatoires.

Au-delà de la définition des critères et des sous-critères, ceux-ci sont mis en œuvre selon des modalités définies par la personne publique acheteuse. Aucun texte ne prévoit la publicité de cette méthode de notation, mais celle-ci peut faire l'objet de critiques voire de contentieux.

Au nom du principe de transparence des procédures, édicté à l'article 1^{er} du Code des marchés publics, il convient de s'interroger sur les obligations de publicité des sous-critères et de la méthode de notation des offres.

Le juge administratif s'est à plusieurs reprises prononcé sur l'application du principe de transparence aux sous-critères de choix des offres. Néanmoins, le Conseil d'Etat n'a pas édicté de règle générale à ce propos (I). Par ailleurs, aucune obligation ne pèse sur l'acheteur quant à la publication de la méthode de notation des offres (II).

¹ Directive 2004/18 du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et directive 2004/17 du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

² Publiée au Journal officiel du 15 février 2012.

I – Le principe de transparence s’applique aux sous-critères de sélection des offres, sans pour autant que la publicité des sous-critères et de leur pondération soit obligatoire en toute hypothèse.

La Cour de justice de l’Union européenne, en 2005³, a sanctionné la pondération a posteriori de sous-critères ayant eu pour conséquence de modifier des critères d’attribution définis préalablement. Néanmoins, un sous-critère peut ne pas être communiqué aux entreprises intéressées si trois conditions cumulatives sont réunies :

- il ne doit pas modifier les critères définis au préalable,
- il ne doit pas avoir d'effet discriminatoire,
- il ne doit pas avoir eu d'effet sur la préparation des offres.

Cette solution a été mise en œuvre par la cour administrative d’appel de Bordeaux dans un arrêt du 12 octobre 2007, *Région Réunion c/ Préfet de la Réunion*⁴, en jugeant que « *si rien ne s’oppose à ce que la personne publique s’abstienne de pondérer à l’avance les sous-critères, c’est sous réserve que ces derniers ne revêtent pas eux-mêmes, en fait, le caractère de véritables critères.* »

En 2008, le Conseil d’Etat a eu à connaître des sous-critères et de leur éventuelle publicité. Le Conseil d’Etat a jugé, en le qualifiant de « sous élément », que l’ergonomie de l’équipement était bien un sous-critère du critère « valeur technique » et n’avait pas à être mentionné au niveau de l’avis de publicité s’il figurait dans le règlement de consultation.

Il semblait ainsi se dégager une doctrine pour la publicité des sous-critères, le juge appréciant souverainement si la qualification de critère ou de sous-critère est, ou non, au cas d’espèce, appropriée.⁵

Dans le prolongement, le Conseil d’Etat a précisé ses critères d’appréciation et développé une approche au « cas par cas ».

En 2009⁶, il a décidé qu’un pouvoir adjudicateur ne pouvait faire de la rapidité d’intervention en matière de maintenance un sous-critère de l’appréciation de la valeur technique des offres, dès lors que ce sous-critère affecté d’un coefficient de pondération substantiel (30% en l’espèce) n’était pas prévu dans les documents de la consultation.

Le Conseil d’Etat, dans son arrêt du 18 juin 2010, *Commune de Saint-Pal-de-Mons*⁷, a par ailleurs clairement posé le principe selon lequel lorsque l’importance accordée aux sous-critères (ou l’un d’entre eux) est de nature à influencer la présentation et la sélection des offres, alors il s’agit de véritables critères dont la pondération doit être précisée dès le lancement de la consultation.

En l’espèce, la commune de Saint-Pal-de-Mons avait défini, au titre de la valeur technique, pondérée à 70 %, les sous-critères et leur pondération comme suit : 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

³ Affaire C-331/04, ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, EAC Srl, Viaggi di Maio Snc c/ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia, Comune di Venezia.

⁴ CAA Bordeaux 12 octobre 2007, Région Réunion c/ Préfet de la Réunion, n° 07BX01819.

⁵ CE, 24 octobre 2008, UGAP, n° 314499.

⁶ CE, 1er avril 2009, Ministre de l’Ecologie, n° 321752.

⁷ CE, 18 juin 2010, Commune de Saint-Pal-de-Mons, n°337377.

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.

Le Conseil d'Etat a jugé que compte tenu de la nature des sous-critères mis en œuvre et de l'importance de leur pondération, le seul sous-critère du critère de la valeur technique « méthodologie et adaptation au contexte local » étant pondéré pour 28 points, la commune de Saint-Pal-de-Mons aurait dû porter à la connaissance des candidats leur pondération et avait, en omettant de le faire, méconnu les règles de publicité et de mise en concurrence.

Ainsi, sont requalifiés en critères certains sous-critères, compte tenu de leur nature et de l'importance de leur pondération. Il convient ainsi de considérer qu'un sous-critère affecté d'une pondération telle qu'il « pèse » presque autant que l'un des critères de sélection des offres, doit être annoncé ainsi que sa pondération.

Dès lors, toute modification en cours de procédure de cette pondération implique nécessairement l'information des candidats (CE, 4 juillet 2012, *Ministère de la Défense*, n° 352714).

Le Conseil d'Etat ne répond cependant pas à la question de la nature des sous-critères qui doivent être publiés. Il appartient aux pouvoirs adjudicateurs de s'assurer, au cas par cas, de la nécessité ou non de publier les sous-critères et leur pondération. En cas de doute, en application du principe de sécurité juridique, il est préférable d'assurer cette publicité.

II – L'absence d'obligation d'informer sur la méthode de notation des offres.

Rien n'impose aux pouvoirs adjudicateurs d'annoncer la façon dont les points seront attribués au titre des différents critères et/ou sous-critères. Néanmoins, cette méthode doit être conforme au principe de transparence des procédures, ce qui suppose qu'elle soit définie avant toute analyse des offres.

Dans son arrêt du 31 mars 2010, pour une procédure adaptée, *Collectivité territoriale de Corse*,⁸ le Conseil d'État a apporté une précision relative aux conditions de mise œuvre des critères de jugement des offres (pour une procédure formalisée : CE, 23 mai 2011, *Commune d'Ajaccio*, n°339406).

En l'espèce, la collectivité territoriale de Corse a engagé une consultation en procédure adaptée pour la passation d'un marché ayant pour objet l'exécution de travaux d'aménagement d'un créneau de dépassement sur une route nationale. Suite à un référé précontractuel, le juge des référés du tribunal administratif de Bastia a annulé la procédure au motif que la méthode de notation retenue pour apprécier le critère de la valeur technique des offres ne figurait pas dans les documents de la consultation. Le Conseil d'État a cependant considéré que si « *le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'indiquer dans les documents de consultation les critères d'attribution du marché et leurs conditions de mise en œuvre, il n'est en revanche pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres.* »

La plus grande vigilance dans la mise en œuvre de la méthode de notation des offres est de mise. Les modalités d'attribution des notes peuvent en effet faire l'objet d'interrogations de la part des concurrents évincés, dans le cadre de l'article 83 du Code

⁸ CE, 31 mars 2010, *Collectivité territoriale de Corse*, n°334279.

des marchés publics, et être contestées devant le juge administratif, qui se reconnaît la possibilité de juger de la légalité de la méthode de notation à l'aune des principes régissant la commande publique.

*

*

*

Pour résumer, en l'état actuel de la jurisprudence, il convient :

- en premier lieu, de préciser par des sous-critères les critères de choix des offres dont la définition est trop générale ou trop subjective,
- en second lieu, lorsque le poids accordé à un ou plusieurs sous-critères est de nature à influencer la présentation et la sélection des offres, il est recommandé d'en préciser la pondération dès le lancement de la consultation. En cas de doute, en application du principe de sécurité juridique, il est préférable d'assurer cette publicité.
- enfin, si l'obligation de publicité s'étend aux sous-critères dans certaines hypothèses, il n'en est pas de même pour la méthode d'analyse des offres. En effet, pour la préparation des offres, la divulgation de cette méthode n'apparaît pas indispensable.⁹ La liberté laissée aux acheteurs n'en est pas moins encadrée, ainsi que l'a démontré l'arrêt *Syndicat Mixte de la Vallée de l'Orge Aval* (CE, 2 août 2011, n°348711). En outre, les modalités d'attribution de la note doivent être définies avant l'analyse des offres.¹⁰

⁹ Mathieu Heintz, « Les critères de sélection des offres », La Gazette, 7 juillet 2008, p. 54.

¹⁰ Réponse ministérielle 21229, JO Sénat, 08/03/07, p.534.