

QUEL CONTRÔLE DE LA PONDÉRATION DES CRITÈRES DE JUGEMENT DES OFFRES ?

Posté le 24 juin 2020 par Sébastien Palmier



Catégorie : [Référé pré-contractuel & Contractuel](#)

CE 10 juin 2020, Ministre des armées, req. n°431194

L'acheteur public détermine librement la pondération des critères de jugement des offres. Toutefois, il ne peut légalement retenir une pondération, en particulier pour le critère du prix, qui ne permettrait manifestement pas, eu égard aux caractéristiques du marché, de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse. Le contrôle du juge se limite néanmoins à un contrôle restreint concernant la pertinence de la pondération retenue par l'acheteur public.

Enseignement n°1 : Absence ou obligation de pondération des critères selon qu'il s'agit d'une procédure adaptée ou formalisée

Pour rappel, l'article L 2152-7 du code de la commande publique rappelle que le marché est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution. L'article L 2152-8 du code de la commande publique rappelle également que les critères d'attribution retenus par l'acheteur ne doivent pas avoir pour effet de lui conférer une liberté de choix discrétionnaire et doivent garantir la possibilité d'une véritable concurrence. C'est la raison pour laquelle l'article R2152-11 du code de la commande publique indique que les critères d'attribution ainsi que les modalités de leur mise en œuvre doivent être indiqués dans les documents de la consultation.

Pour les procédures adaptées, l'indication des modalités de mise en œuvre consiste à minima dans la hiérarchisation des critères de jugement des offres. Dans ses conclusions sur cet arrêt, le Rapporteur public Mireille Le Corre rappelle en effet que dans le cadre d'une procédure adaptée, l'acheteur public n'est pas tenu de procéder à une pondération des critères mais peut se contenter d'une simple hiérarchisation (CE 30 janvier 2009, ANPE, n°290236). Rien ne lui interdit néanmoins d'opter pour une pondération des critères de jugement des offres pour « *objectiviser* » son choix. Dans son arrêt du 10 juin 2020, Ministre des armées, req. n°431194, le Conseil d'Etat confirme cette solution dans son considérant n°4 : « *alors même que le marché en cause était un marché à procédure adaptée, soumis à une simple obligation de hiérarchisation des critères, le ministère des armées avait décidé de procéder à la pondération des*

critères de choix du marché ».

Dans une procédure adaptée, l'acheteur public est donc libre de préciser les modalités de mise en œuvre des critères de choix des offres en procédant soit à leur hiérarchisation, soit à leur pondération.

Pour les procédures formalisées, l'indication des modalités de mise en œuvre consiste à minima dans la pondération des critères de jugement des offres.

L'article R2152-11 du code de la commande publique indique que pour les marchés passés selon une procédure formalisée, les critères d'attribution font l'objet d'une pondération sauf si celle-ci s'avère impossible pour des raisons objectives, auquel cas la hiérarchisation est permise. La pondération peut être exprimée sous forme d'une fourchette avec un écart maximum approprié.

Dans une procédure formalisée, l'acheteur public est donc tenu de préciser les modalités de mise en œuvre des critères de choix des offres en procédant à leur pondération, sauf impossibilité pour des raisons objectives.

Enseignement n°2 : le contrôle du juge sur la pondération des critères

Selon la jurisprudence de la CJUE, le juge est compétent pour contrôler la pertinence de la pondération des critères de jugement des offres au regard des caractéristiques des prestations visées par l'objet du marché (CJCE, 4 décembre 2003, EVN et Wienstrom, C-448/01, points 39 à 43).

Dans un arrêt en date du 2 août 2011, Parc Régional des Grands Causses, le Conseil d'Etat avait déjà eu l'occasion de confirmer cette solution en ces termes : « *Considérant qu'il résulte de l'instruction que le marché litigieux est relatif à soixante-dix pré-diagnostics énergétiques sur des bâtiments publics, écoles, mairies, logements communaux, salles des fêtes ainsi que sur des établissements de santé, des campings, gîtes ruraux, centres de vacances et hôtels ; qu'il prévoit la réalisation d'un bilan énergétique sur chaque bâtiment ainsi qu'une évaluation des gisements d'économie d'énergie et une orientation vers des interventions simples à mettre en œuvre ou des études approfondies ; qu'en égard à la technicité de ces prestations, l'objet du marché justifie objectivement le recours au critère, pondéré à hauteur de 20%, tenant aux références des candidats afin de prendre en considération leur expérience ; que la prise en compte de ce critère n'a pas eu d'effet discriminatoire* » (CE 2 août 2011, Parc Régional des Grands Causses, req.n°348254).

Mais surtout, dans un arrêt du 7 mai 2013, Département de Paris, le Conseil d'Etat avait également eu l'occasion de sanctionner la pondération excessive du critère du prix à 40 % eu égard aux caractéristiques des prestations visées par l'objet du marché en des termes particulièrement clairs : « *6. Considérant qu'après avoir relevé que les prestations d'analyses soumises à la nomenclature, dont la facturation ne pouvaient faire l'objet d'aucune forme de remise en application des dispositions précitées du code de la santé publique, représentaient la majeure partie du prix total du marché litigieux et que leur prix s'imposait ainsi tant aux candidats qu'au pouvoir adjudicateur, le juge des référés du tribunal administratif de Paris a pu en déduire, sans commettre d'erreur de droit et par une appréciation exempte de dénégation, notamment sur le caractère marginal et accessoire des prestations susceptibles d'être facturées, que le critère du prix n'était pas pertinent pour départager les offres et que sa pondération à hauteur de 40 % de la note finale était manifestement excessive ; que, si l'ordonnance énonce au surplus que le coût des prestations accessoires telles que le ramassage des échantillons, le traitement administratif des dossiers et les heures de formation n'avaient pas vocation à être facturées aux collectivités parisiennes, ces motifs, quel que soit leur bien fondé, présentent un caractère surabondant et ne justifient pas la cassation demandée* » (CE 7 mai 2013, Département de Paris, req.n°364833).

Dans son arrêt du 10 juin 2020, le Conseil d'Etat pose pour la première fois la règle selon laquelle l'acheteur public détermine librement la pondération des critères de jugement des offres tout en précisant que cette pondération est soumise à un contrôle restreint de la part du juge pour éviter d'une part, que la pondération retenue conduise à ce qu'un critère soit neutralisé du fait de la pondération qui lui est affectée ; d'autre part, que la pondération accordée au critère du prix n'ait pas pour effet à écarter l'offre



PALMIER - BRAULT - ASSOCIÉS
Avocats en contrats publics

économiquement la plus avantageuse : "**Le pouvoir adjudicateur détermine librement la pondération des critères de choix des offres. Toutefois, il ne peut légalement retenir une pondération, en particulier pour le critère du prix ou du coût, qui ne permettrait manifestement pas, eu égard aux caractéristiques du marché, de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse**".

CE 10 juin 2020, Ministre des armées, req. n°431194

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le ministre de la défense a lancé la passation d'un marché à bons de commande, selon la procédure adaptée, en vue de la réalisation, notamment, de prestations de formation " achats publics ", divisées en sept lots géographiques. Les offres du groupement constitué des sociétés Erics Associés et Altaris ont été rejetées. Par un jugement du 30 avril 2017, le tribunal administratif de Rennes a rejeté les demandes de ces sociétés tendant à la condamnation de l'Etat à leur verser la somme de 218 400 euros en réparation du préjudice causé par leur éviction de ce marché. La ministre des armées se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 29 mars 2019 par lequel la cour administrative d'appel de Nantes a, sur appel des sociétés Erics Associés et Altaris, annulé ce jugement, condamné l'Etat à leur verser la somme de 4 800 euros et rejeté le surplus de leur requête d'appel.
2. D'une part, lorsqu'un candidat à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce contrat et qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité et les préjudices invoqués par le requérant à cause de son éviction, il appartient au juge de vérifier si le candidat était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat. En l'absence de toute chance, il n'a droit à aucune indemnité. Dans le cas contraire, il a droit en principe au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre. Il convient en outre de rechercher si le candidat irrégulièrement évincé avait des chances sérieuses d'emporter le contrat conclu avec un autre candidat. Si tel est le cas, il a droit à être indemnisé de son manque à gagner, qui inclut nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre, lesquels n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique. En revanche, le candidat ne peut prétendre à une indemnisation de ce manque à gagner si la personne publique renonce à conclure le contrat pour un motif d'intérêt général.
3. D'autre part, le I de l'article 53 du code des marchés publics, applicable à la date de passation du marché litigieux, disposait que : "*Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde :/ 1° 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 de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, les coûts tout au long du cycle de vie, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché. 2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix*". Il résulte de ces dispositions qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse en se fondant sur des critères permettant d'apprécier la performance globale des offres au regard de ses besoins. Ces critères doivent être liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, être définis avec suffisamment de précision pour ne pas laisser une marge de choix indéterminée et ne pas créer de rupture d'égalité entre les candidats. **Le pouvoir adjudicateur détermine librement la pondération des critères de choix des offres. Toutefois, il ne peut légalement retenir une pondération, en particulier pour le critère du prix ou du coût, qui ne permettrait manifestement pas, eu égard aux caractéristiques du marché, de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse.**



PALMIER - BRAULT - ASSOCIÉS
Avocats en contrats publics

4. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond qu'alors même que le marché en cause était un marché à procédure adaptée, soumis à une simple obligation de hiérarchisation des critères, le ministère des armées avait décidé de procéder à la pondération des critères de choix du marché. Le règlement de la consultation prévoyait que les offres seraient appréciées au regard d'un critère de valeur technique pondéré à 90 % et d'un critère de prix pondéré à 10 %. Il résulte de ce qui a été dit au point 3 ci-dessus qu'en jugeant qu'une telle pondération était irrégulière au motif qu'elle était " particulièrement disproportionnée ", que le ministre de la défense n'en établissait pas la nécessité et qu'elle conduisait à " neutraliser manifestement " le critère du prix, la cour administrative d'appel de Nantes a commis une erreur de droit.
5. Il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, que la ministre des armées est fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué.
6. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de l'Etat qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante.

DECIDE :

Article 1er : L'arrêt du 29 mars 2019 de la cour administrative d'appel de Nantes est annulé.

Article 2 : L'affaire est renvoyée à la cour administrative d'appel de Nantes.

Article 3 : Les conclusions des sociétés Erics Associés et Ataris présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la ministre des armées et aux sociétés Erics Associés et Altaris.

