

N° 375245

Ministre de la défense  
c/ Société Legrand Bâisseurs

7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> sous-sections réunies

Séance du 31 mars 2014

Lecture du 11 avril 2014

## CONCLUSIONS

### M. Bertrand DACOSTA, rapporteur public

L'école nationale des sous-officiers d'active, située dans la ville de Saint-Maixent-L'Ecole (à proximité de Niort), doit accueillir, à chaque repas, 1500 rationnaires, pour reprendre le terme au charme tout militaire qu'utilise l'administration. Le mess actuel a été installé en 2005 dans une structure modulaire, à titre provisoire. Le provisoire a duré un certain temps, mais le ministère de la défense a fini par lancer, à l'été 2013, la procédure de passation d'un marché ayant pour objet la réalisation d'un nouveau mess, sous la forme d'un bâtiment permanent. Plus précisément, l'Etat a retenu, en l'espèce, la solution d'un marché portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance de l'immeuble. Il s'est fondé sur les dispositions de l'article 3 de la loi du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, qui permettent de déroger à la loi relative à la maîtrise d'ouvrage public, pour les immeubles affectés à la police nationale, à la gendarmerie nationale, aux armées ou aux services du ministère de la défense. Il s'agit, vous le savez, d'une préfiguration des contrats de partenariat.

Ces marchés sont conclus selon les procédures prévues par le code des marchés publics. L'article 69 prévoit, pour les marchés de conception-réalisation, un appel d'offres restreint. Rappelons qu'aux termes de l'article 33 du code des marchés publics, *« l'appel d'offres est dit restreint lorsque seuls peuvent remettre des offres les opérateurs économiques qui y ont été autorisés après sélection. »*

Dans ce cas, la sélection des candidats s'effectue en deux étapes.

Conformément au droit commun, qui résulte du I de l'article 52, le pouvoir adjudicateur vérifie que les candidatures sont recevables et qu'elles satisfont aux niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence. Ensuite, le II du même article prévoit que *« lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, il procède à la sélection de ces candidats en appliquant aux candidatures retenues conformément au I des critères de sélection non discriminatoires et liés à l'objet du marché relatifs à leurs capacités professionnelles, techniques et financières. Ces critères sont mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation. »*

Par ailleurs, la collectivité doit fixer un nombre minimum de candidats admis à

1

présenter une offre, qui ne peut être inférieur à cinq. Toutefois, « *lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection des candidatures est inférieur au nombre minimum, le pouvoir adjudicateur peut continuer la procédure avec les seuls candidats sélectionnés* » (article 60).

En l'espèce, le chiffre a été fixé à cinq. La société Legrand Bâisseurs a déposé une candidature, en qualité de mandataire d'un groupement solidaire composé de six entreprises. Cette candidature a été rejetée, au motif qu'elle avait été classée au sixième rang des dix candidats.

La société a alors saisi le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Bordeaux, qui a intégralement annulé la procédure. Il a en effet relevé que les sous-critères de sélection retenus par le ministère de la défense s'apparentaient à de véritables critères, qu'ils avaient été pondérés et que cette pondération n'avait pas été portée à la connaissance des candidats.

Cette question de la pondération des critères a déjà été très largement défrichée par votre jurisprudence.

Rappelons que les textes applicables n'imposent à la personne publique de pondérer les critères et de rendre publique cette pondération que pour les critères d'attribution des offres et pour les seuls marchés supérieurs aux seuils européens : l'exigence résulte de l'article 53 du code, qui transpose la directive du 31 mars 2004

Toutefois, même sans texte, les principes généraux du droit de la commande publique imposent, pour tous les marchés, d'indiquer ces critères, ainsi que leurs conditions de mise en œuvre, dès l'engagement de la procédure (cf., pour les marchés inférieurs aux seuils, CE, Section, 30 janvier 2009, ANPE, p. 3). Ces conditions de mise en œuvre consistent en pratique soit à les pondérer, soit à les hiérarchiser, puisqu'il n'existe pas d'autres outils permettant de définir les règles du jeu (cf. en ce sens CE, 26 septembre 2012, GIE « Groupement des poursuites extérieures », T.).

De même, toujours pour les marchés conclus selon une procédure formalisée, l'absence de disposition écrite relative au traitement des sous-critères, toujours en ce qui concerne le choix des offres, n'a pas empêché la jurisprudence de se déployer également sur ce point.

Pour la Cour de justice de l'Union européenne, si le pouvoir adjudicateur entend définir des sous-critères, il doit les rendre publics dès le début de la procédure. Et s'il entend les pondérer, il doit, en principe, rendre également publique cette pondération. Par un arrêt du 24 janvier 2008, Emm. G. Lianakis AE<sup>1</sup>, la Cour a en effet jugé que la directive 92/50 relative aux marchés publics de services – mais la solution est transposable à la directive de 2004 – « *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.* » En outre, elle a considéré, par un arrêt du 24 novembre 2005, ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc<sup>2</sup>, qu'une commission d'appel d'offres ne

---

<sup>1</sup> Aff. C- 532/06

<sup>2</sup> Aff. C-331/04

pouvait accorder « *un poids spécifique aux sous-éléments d'un critère d'attribution établis d'avance* » - donc pondérer ex-post des sous-critères qui avaient fait l'objet d'une publicité – qu'à la condition qu'une telle décision :

- « *ne modifie pas les critères d'attribution du marché définis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché ;*
- *ne contienne pas d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation ;*
- *n'ait pas été adoptée en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires. »*

Vous avez donné un mode d'emploi analogue en droit interne par votre décision Commune de Saint-Pal-de-Mons du 18 juin 2010 (p. 211), qui juge que les dispositions de l'article 53 imposent au pouvoir adjudicateur, s'il décide de faire usage de sous-critères pondérés ou hiérarchisés, de « *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.* »

Qu'en est-il pour les critères de sélection non pas des offres, mais des candidatures, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres restreint ?

Vous avez été confrontés à la question dans le cadre d'une procédure adaptée et vous lui avez donnée, par votre décision du 24 février 2010, Communauté de communes de l'Enclave des Papes (p. 60) la réponse suivante :

« *lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, il lui appartient, y compris lorsqu'il met en œuvre une procédure adaptée sur le fondement de l'article 28 du code des marchés publics, d'assurer l'information appropriée des candidats sur les critères de sélection de ces candidatures dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché (...); cette information appropriée des candidats n'implique en revanche pas que le pouvoir adjudicateur indique les conditions de mise en œuvre des critères de sélection des candidatures.* »

L'information appropriée des candidats sur les critères de sélection des candidatures s'impose quelle que soit la procédure. La formulation est un peu plus ambiguë s'agissant de l'absence d'obligation d'indiquer les conditions de mise en œuvre des critères ; on peut la lire comme jouant non seulement pour les marchés conclus selon une procédure adaptée, mais aussi pour ceux qui doivent l'être selon une procédure formalisée telle que l'appel d'offre.

Toutefois, une telle interprétation extensive se heurterait frontalement à la jurisprudence de la Cour de justice. Celle-ci, dans son arrêt *Universale Bau* du 12 décembre 2002<sup>3</sup>, a en effet jugé que « *la procédure d'attribution d'un marché public doit respecter, à tous ses stades, notamment celui de la sélection des candidats dans une procédure restreinte,*

---

<sup>3</sup> Aff. C-470/99

*tant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires potentiels que celui de la transparence » ; et elle en a déduit que « si, dans le cadre d'une procédure restreinte, le pouvoir adjudicateur a fixé au préalable des règles de pondération des critères de sélection des candidats qui seront invités à présenter une offre, il est tenu de les indiquer dans l'avis de marché ou dans les documents de l'appel d'offres. »*

En l'espèce, le juge du référé précontractuel a combiné la jurisprudence Commune de Saint-Pal-de-Mons, en la transposant aux critères de sélection des candidatures, et la jurisprudence Universale Bau. Il a estimé que les sous-critères avaient été pondérés, que ces sous-critères devaient être regardés comme des critères de sélection et que la pondération aurait dû être portée à la connaissance des candidats.

Le moyen tiré de ce que l'ordonnance serait entachée d'erreur de droit en tant qu'elle affirme le principe selon lequel la pondération des critères, lorsqu'elle est prévue, doit être indiquée dès le début de la procédure ne peut qu'être écarté.

Un autre moyen de cassation est cependant soulevé par le ministre. Il est tiré de ce que le premier juge aurait commis une erreur de qualification juridique en qualifiant de critère de sélection ce qui relevait, en réalité, de la méthode de notation.

De fait, contrairement aux critères et le cas échéant, aux sous-critères, la méthode de notation n'a pas, elle, à être portée à la connaissance des candidats (CE, 31 mars 2010, Collectivité territoriale de Corse, T.). Par ailleurs, vous exercez bien un contrôle de qualification juridique sur la notion même de critère de sélection (CE, 25 mars 2013, SAS Cophignon et Office public de l'habitat des Ardennes-Habitat 08, T.).

Pour apprécier le mérite du moyen, il faut entrer dans le détail du règlement de la consultation.

En premier lieu, il était prévu que le marché serait attribué à un groupement conjoint composé d'entreprises pouvant justifier de compétences pour cinq missions distinctes : la construction, la maîtrise d'œuvre (s'agissant de la maîtrise d'œuvre, il fallait présenter un ou des architectes et un bureau d'études), l'équipement de cuisines collectives et la maintenance. Le mandataire devait être l'entreprise générale chargée de la construction (ou l'entreprise chargée du gros-œuvre en cas de groupement)

Les candidats devaient être notés sur la base de 100 points. Sur ces 100 points, 60 avaient trait aux références antérieures. Les 60 points étaient eux-mêmes répartis sur les cinq missions principales que nous avons mentionnées :

- 16 points pour la mission « construction » ;
- 12 points pour l'architecte ;
- 12 points pour le bureau d'études techniques ;
- 10 points pour l'équipementier ;
- 10 points pour l'entreprise chargée de la maintenance.

Enfin, le règlement de la consultation détaillait le nombre et la nature des références demandées pour chacune de ces cinq catégories, ainsi que le nombre de points susceptibles d'être accordés par référence.

Pour prendre une illustration, s'agissant de l'architecte, il fallait présenter trois références de technicité et d'importance équivalente réalisées en mission de base (avec 4 points par référence).

Or le juge du référé précontractuel a constaté que le pouvoir adjudicateur n'avait pas attribué le nombre de points prévu par référence produite, mais un nombre de points variant entre 0 et celui indiqué dans le règlement de la consultation. Il en a déduit que l'Etat avait pondéré les références, et que cette pondération aurait dû être portée à la connaissance des candidats.

Nous vous invitons à faire droit au moyen de cassation. Il ne s'agit pas ici d'une question de pondération. Le règlement de la consultation ne prévoyait pas que toute référence satisfaisant aux prescriptions du règlement de la consultation devrait donner lieu à l'attribution du maximum de points ; d'ailleurs, si tel avait été le cas, sélectionner un nombre restreint de candidats aurait sans doute été impossible. Ce qui est en jeu ici, c'est la méthode de notation des références, que le ministère de la défense était parfaitement en droit d'élaborer et qu'il n'avait pas à communiquer au préalable.

Vous annulerez donc l'ordonnance attaquée, ce qui vous conduira, après cassation, à examiner les autres manquements invoqués par la société Legrand Bâtisseurs.

Nous avons évoqué le critère relatif aux références. Il y en avait deux autres. L'un était intitulé « *qualité de l'équipe candidate* », l'autre « *organisation de travail proposée pour le projet* ». La société soutient que l'un et l'autre pouvaient être retenus comme critères d'attribution des offres, non comme critères de sélection des candidats.

Il était effectivement demandé aux candidats de transmettre à l'administration une note présentant l'équipe dédiée au projet. Cette note devait comporter des indications sur :

- la composition de l'équipe dédiée au projet, avec l'organigramme, le rôle et les « *curriculum vitae* » de chaque membre ;
- l'organisation mise en place pendant la phase de conception (avec la méthodologie de travail, les outils et moyens mis en place...) ;
- l'organisation mise en place pendant les phases de réalisation, de mise en service et de maintenance de l'ouvrage (idem).

La distinction entre critères de sélection des candidatures et critères de sélection des offres trouve son fondement textuel dans les articles 44 et suivants de la directive du 31 mars 2004 et aux articles 52 et 53 du code des marchés publics. Elle a donné lieu à une abondante jurisprudence de la CJCE, depuis un arrêt Gebroeders Beentjes du 20 septembre 1988<sup>4</sup>. Pour

---

<sup>4</sup> Aff. C-31/87

la Cour, « même si les directives communautaires en matière de marchés publics n'excluent pas, en théorie, que la vérification de l'aptitude des soumissionnaires et l'attribution du marché puissent avoir lieu simultanément », il s'agit de « deux opérations distinctes et (...) régies par des règles différentes » ; aussi le droit communautaire s'oppose-t-il « à ce que, dans le cadre d'une procédure d'adjudication, le pouvoir adjudicateur tienne compte de l'expérience des soumissionnaires, de leur effectif et de leur équipement ainsi que de leur capacité à fournir le marché au moment prévu (...) à titre de critères d'attribution »<sup>5</sup>.

Vous appliquez la même grille de lecture, du moins pour les marchés passés selon une procédure formalisée (CE, 29 décembre 2006, Société Bertele SNC, T. ; CE, 8 février 2010, Commune de La Rochelle, p. 14).

La solution est, en revanche, différente, dans le cas des marchés passés selon une procédure adaptée (cf. CE, 6 mars 2009, Commune d'Aix-en-Provence, fichée sur un autre point et CE, 2 août 2011, Parc naturel régional des Grands Causses, T).

Pour les marchés supérieurs aux seuils, il existe donc, en principe, une frontière étanche entre les critères de sélection des candidatures, dont le régime est fixé par l'article 52 du code, et les critères de sélection des offres, régis par l'article 53. La sélection des candidatures a pour objet de s'assurer des capacités professionnelles, techniques et financières des candidats ; il s'agit de déterminer si l'entreprise a les reins suffisamment solides pour exécuter les prestations projetées. La sélection des offres doit permettre de comparer les propositions formulées au regard des besoins exprimés par le pouvoir adjudicateur. On ne peut utiliser des critères relatifs aux candidatures pour sélectionner des offres ; et l'on ne peut pas non plus retenir la démarche inverse, même si, à notre connaissance, vous ne l'avez pas jugé explicitement (cf. toutefois en ce sens CE, 8 août 2008, Centre hospitalier Edmond Garcin, aux tables sur un autre point). D'ailleurs, l'article 45 du code précise bien que le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des renseignements ou documents permettant d'évaluer leur expérience et leurs capacités professionnelles, techniques et financières, dont la liste limitative est fixée par un arrêté du 28 août 2006, lequel transpose les dispositions de la directive du 31 mars 2004.

Si les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats doivent être appréciées au stade de l'examen des candidatures, il n'est pas interdit au pouvoir adjudicateur, au stade de l'examen des offres, d'examiner et d'apprécier les moyens humains et matériels qui seront effectivement mobilisés pour effectuer les prestations qui font l'objet du marché ; un critère relatif à la composition et à la compétence de l'équipe qui sera chargée d'exécuter le marché est donc admissible, en particulier si la technicité des prestations requiert l'intervention de personnels particulièrement qualifiés.

Cette approche est, depuis plusieurs années, celle de la doctrine administrative. Citons par exemple une réponse en date du 13 mai 2008 du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie à une question parlementaire<sup>6</sup> :

---

<sup>5</sup> CJCE, 24 janvier 2008, Lianakis, aff. C-532/06 ; dans le même sens, CJCE, 12 novembre 2009, Commission c/ Grèce, aff. C-199/07

<sup>6</sup> Question n° 12698, JO du 13 mai 2008, p. 4022

*« Lorsque les compétences particulières des personnes chargées de l'exécution des prestations prévues par le marché présentent un intérêt essentiel pour la qualité de son exécution, le pouvoir adjudicateur peut exiger des candidats qu'ils fournissent des renseignements précis concernant les compétences professionnelles ou l'expérience des agents qu'ils prévoient d'affecter à l'exécution du marché. Ces renseignements peuvent constituer un des éléments de l'offre et le pouvoir adjudicateur peut faire de la compétence professionnelle de ces agents, soit un critère de sélection des offres, soit une condition particulière d'exécution des prestations. »*

C'est aussi la vôtre. Vous avez jugé que les dispositions de l'article 52 du code, *« si elles imposent au pouvoir adjudicateur de vérifier les capacités des candidats au moment de l'examen des candidatures, ne lui interdisent pas, s'il est non discriminatoire et lié à l'objet du marché, de retenir un critère ou un sous-critère (relatif aux offres) relatif aux moyens en personnel et en matériel affectés par le candidat à l'exécution des prestations du marché afin d'en garantir la qualité technique »* (CE, 11 mars 2013, Assistance publique – Hôpitaux de Paris, n° 364706).

Une chose est de mesurer les capacités des entreprises candidates, une autre de s'intéresser à la composition de l'équipe dédiée, qui est un élément de l'offre.

En tout état de cause, même si vous admettiez que la composition de l'équipe qui sera chargée d'effectuer les prestations peut être utilisée, au choix du pouvoir adjudicateur, comme un critère de sélection des candidatures ou des offres, l'organisation du travail et la méthodologie se situent clairement du côté du choix de l'offre.

Vous pourriez vous borner à relever que l'arrêté du 28 août 2006 ne permet pas d'exiger de tels éléments. Nous pensons en effet que le pouvoir adjudicateur ne peut exiger d'autres documents que ceux mentionnés dans cet arrêté, non seulement lorsqu'il procède à la vérification des capacités professionnelles, techniques et financières des candidats, en application du I de l'article 52, mais aussi lorsqu'il opère une sélection, sur le fondement du II. Il serait peu compréhensible que les mêmes termes soient interprétés différemment dans les deux paragraphes. On est bien dans un cadre identique. Comme le relève la circulaire du 14 février 2012 relative au guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, *« dans le cadre de la sélection, l'acheteur ne retient, après classement, que les meilleurs candidats parmi ceux qui ont les niveaux de capacités requis. Dans le cadre de l'élimination des candidatures, l'acheteur se contenter de renoncer à celles dont les capacités sont jugées insuffisantes. »*

Mais faire le détour par l'arrêté pourrait laisser supposer qu'il suffirait, pour lever la difficulté, de modifier son texte. Il n'en est rien. Le manquement tient à ce que le ministère de la défense a retenu, en tant que critère de sélection des candidatures, un critère qui ne pouvait être relatif qu'à l'appréciation des offres. Ce manquement a été susceptible de léser la société. Vous n'entrez pas dans la logique consistant à neutraliser un critère irrégulier, car une illégalité affectant les règles du jeu est toujours regardée comme susceptible d'avoir pu exercer une influence sur les résultats.

PCMNC à l'annulation de l'ordonnance attaquée, à l'annulation de la procédure de passation du marché et à ce que soit mis à la charge de l'Etat le versement à la société Legrand Bâtitisseurs d'une somme de 4 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA.