

N° 388123

Commune de La Bohalle

7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunis

Séance du 21 mars 2016

Lecture du 6 avril 2016

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

L'affaire qui vient d'être appelée vous permettra d'enrichir d'une nouvelle illustration votre jurisprudence, qui commence à être bien fournie, relative à la distinction, toujours délicate, entre les critères d'évaluation des offres, dont l'existence et la valeur relative doivent être portés à la connaissance des candidats et la méthode de notation qui, parce qu'elle relève de l'appréciation par le pouvoir adjudicateur des mérites respectifs des offres, n'a pas à l'être.

La commune de La Bohalle a conclu le 26 mai 2011 avec la société Electrotechnic, au terme d'une procédure adaptée, un marché ayant pour objet l'installation d'une chaudière à granulés-bois dans son école communale. La société Aclimat, concurrente évincée, a saisi le TA de Nantes de conclusions tendant à l'annulation du contrat, auquel le tribunal a fait droit par un jugement du 13 novembre 2013 que la CAA de Nantes a confirmé par un arrêt du 19 décembre 2014 contre lequel la commune de La Bohalle se pourvoit en cassation.

Deux moyens, l'un soulevé à titre principal, l'autre subsidiaire, nous semblent clairement fondés. Le premier porte sur le motif retenu par la cour pour juger irrégulière la procédure de passation du contrat, le second sur les conséquences qu'elle en a tiré pour répondre aux conclusions dont elle était saisie.

Sur le premier point, la cour a considéré que le pouvoir adjudicateur avait méconnu ses obligations de transparence et de mise en concurrence en ne portant pas à la connaissance des candidats les éléments d'appréciation des sous-critères du critère technique.

Comme l'a relevé la cour, le règlement de la consultation indiquait que les offres seraient évaluées sur deux critères principaux, le prix et la valeur technique, notés respectivement sur 40 et 60 points, la valeur technique étant elle-même appréciée en fonction de deux sous-critères intitulés « qualité du matériel proposé » et « quantitatif », notés respectivement sur 25 et 35 points. La cour a également constaté que le premier sous-critère « avait été apprécié sur la base de cinq éléments notés chacun 5 points, à savoir la puissance des radiateurs, la garantie, les références, la qualité du devis et la réactivité de l'entreprise » et, d'autre part, que le second sous-critère, avait « été apprécié sur la base de deux éléments respectivement notés 30 et 5 points, à savoir les détails quantitatifs et le contrat d'entretien proposé ». Elle en a déduit que la procédure avait été irrégulière car « ces sept éléments d'appréciation, qui sont hiérarchisés et pondérés du fait de l'importance particulière accordée aux détails quantitatifs notés sur 30 points, n'ont pas été portés à la connaissance des

candidats dans le cadre de la procédure de consultation alors qu'ils ont nécessairement eu une influence sur la présentation des offres et la sélection des entreprises ».

La commune requérante soutient qu'en estimant que ces éléments d'appréciation constituaient des sous-critères qui auraient dû être portés à la connaissance des candidats, la cour a commis une erreur de droit. Il s'agit davantage d'une erreur de qualification juridique, que vous contrôlez en cassation (25 mars 2013, *société Cophignon*, n° 364951, aux T).

Les principes qui gouvernent cette qualification sont bien connus. Ils résultent des obligations d'information des candidats que vos décisions de section *ANPE*, du 30 janvier 2009 (n° 290236, p. 3), à propos des critères de sélection et *Syndicat mixte de la vallée de l'Orge aval*, du 2 août 2011 (n° 348711, aux T), à propos des sous-critères, ont mis à la charge des pouvoirs adjudicateurs sur le fondement, en l'absence, dans les procédures non formalisées, de règles particulières s'imposant à eux, des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Vous avez indiqué que les pouvoirs adjudicateurs doivent toujours donner aux candidats dès l'engagement de la procédure d'attribution une information appropriée sur les critères d'attribution du marché et, en présence d'autres critères que le prix, sur les conditions de leur mise en œuvre, c'est-à-dire sur leur importance respective. Les sous-critères, qui, eu égard à leur nature et à l'importance de leur pondération ou de leur hiérarchisation, ont la même incidence que les critères sur la préparation des offres, doivent également être publiés dans les mêmes conditions (18 juin 2010, *commune de Saint-Pal-de-Mons*, n° 337377, au rec).

Les critères et sous-critères participent de l'évaluation des offres, puisqu'ils concernent les caractéristiques sur lesquelles elles seront notées. En les identifiant, le pouvoir adjudicateur indique ce qu'il en attend et en les pondérant ou en les hiérarchisant, il indique leur importance respective au regard de ses besoins. La méthode de notation relève quant à elle de l'appréciation des mérites des offres sur chacun de ces critères. Alors que la détermination des critères et de leur importance respective est une décision objective, la notation est une appréciation subjective. Il est cependant évident que cette appréciation subjective porte sur des caractéristiques de l'offre et que son résultat procède d'une valorisation particulière de telle ou telle d'entre elles. Ainsi, il ne serait pas inconcevable, en théorie, de détailler toujours plus précisément les différents éléments sur lesquels porte cette appréciation pour en faire autant de sous-sous-sous-critères. Mais une telle tendance irait à l'encontre de l'équilibre entre le respect des principes fondamentaux de la commande publique et la liberté laissée aux pouvoirs adjudicateurs dans l'appréciation des mérites des offres, liberté encore plus grande dans les procédures non formalisées, que votre jurisprudence comme celle de la Cour de justice de l'Union européenne dont elle s'inspire s'attachent à construire. Cet équilibre repose sur la finalité de l'information donnée aux candidats, qui est de leur permettre d'adapter leurs offres aux attentes du pouvoir adjudicateur. La Cour de justice a ainsi indiqué, dans son arrêt *Commission c/ Irlande*, du 18 novembre 2010 (aff. C-226/09), que le pouvoir adjudicateur n'était pas tenu, dans une procédure non formalisée, de publier la pondération relative des critères d'attribution qu'il a mis en œuvre pour évaluer les offres dès lors « d'une part, qu'elle n'aurait pas donné aux soumissionnaires potentiels, si elle avait été connue de ceux-ci lors de la préparation des offres, des informations qui auraient pu influencer d'une manière significative cette préparation et, d'autre part, n'a pas constitué une modification de ces critères ». Ces deux conditions auxquelles la méthode de notation peut régulièrement demeurer interne au pouvoir adjudicateur se retrouvent dans votre jurisprudence. D'une part, vous vérifiez que la méthode

de notation n'ait pas remis en cause les critères annoncés (voyez en ce sens notamment vos décisions 18 décembre 2012, *Dépt de la Guadeloupe*, n° 362532, aux T sur ce point et 3 novembre 2014, *Cne de Belleville-sur-Loire*, n° 373362). D'autre part, la définition du sous-critère issue de votre décision précitée *commune de Saint-Pal-de-Mons* repose sur l'idée qu'une méthode de notation qui aboutirait à conférer à une ou plusieurs caractéristiques des offres une importance particulière pour le pouvoir adjudicateur ne relèverait plus seulement de l'application des critères affichés aux offres mais traduirait l'existence d'un critère occulte. La distinction entre la méthode de notation et le critère est donc à la fois qualitative – s'agit-il d'isoler une caractéristique de l'offre distincte des critères énoncés ? – et quantitative – cette caractéristique occupe-t-elle une place suffisamment importante dans l'évaluation de l'offre ? C'est ce dernier aspect que souligne la CJUE lorsqu'elle n'impose la publicité que des informations qui auraient pu « influencer d'une manière significative » la préparation des offres, la simple référence à une influence, qui figurait dans un état antérieur de sa jurisprudence (CJUE, 24 novembre 2005, *ATI EAC*, aff. C- 331/04), étant en effet trop générale, toute information pouvant a priori être regardée comme susceptible d'influencer la préparation d'une offre.

En résumé, une méthode de notation traduit l'existence d'un critère ou sous-critère lorsqu'elle a pour effet de donner à certaines caractéristiques des offres qui n'ont pas été identifiées au nombre des critères ou sous-critères annoncés une importance particulière dans leur évaluation.

Nous ne voyons malheureusement pas comment être plus précis dans l'énoncé de la distinction entre critères et méthode de notation, dont nous avons déjà tenté d'identifier les éléments dans nos conclusions sur la décision *société Cophignon* précitée. La présente espèce vous permettra d'en donner une nouvelle illustration.

S'agissant de la méthode de notation du sous-critère de la « qualité du matériel proposé », d'une valeur totale de 25 points, elle consiste à distinguer cinq éléments – la puissance des radiateurs, la garantie, les références, la qualité du devis et la réactivité de l'entreprise – qui couvrent les principaux aspects qualitatifs d'un matériel. Ces éléments étant chacun noté sur 5, aucune importance particulière n'est donnée à l'un d'entre eux. On ne voit pas, dans ces conditions, en quoi une information donnée aux candidats sur ces éléments aurait influencé de manière significative l'élaboration de leurs offres.

S'agissant de la méthode de notation du sous-critère « quantitatif », noté sur 35 points, elle distingue deux éléments, l'un concernant les « détails quantitatifs », noté sur 30 points, l'autre le contrat d'entretien, noté sur 5 points. Contrairement au sous-critère précédent, cette méthode de notation fait bien apparaître un élément particulier, le contrat d'entretien, dont il n'était pas évident pour les candidats de savoir qu'il entrerait dans l'appréciation d'un sous-critère dont l'intitulé « quantitatif » fait référence à la quantité d'unités de matériel, sur laquelle porte d'ailleurs l'essentiel de l'évaluation. Mais, précisément, la place marginale de cet élément d'appréciation dans l'évaluation globale de l'offre au titre de ce sous sous-critère n'obligeait pas le pouvoir adjudicateur à en informer les candidats.

La méthode de notation mise en œuvre par la commune de La Bohalle ne comportait donc aucun critère ou sous-critère irrégulièrement tenu secret. En jugeant que le pouvoir adjudicateur devait la porter à la connaissance des candidats, la cour a donc inexactement qualifié les faits.

Son erreur procède d'ailleurs d'une erreur de méthode car elle n'a pas examiné les méthodes de notation mises en œuvre pour chaque sous-critère, comme elle devait le faire. Elle s'est fondée sur « l'importance particulière accordée aux détails quantitatifs notés sur 30 points » par rapport aux 6 autres éléments, alors que les sous-critères publiés permettaient déjà aux candidats de savoir que le quantitatif, dont faisaient nécessairement partie les « détails quantitatifs », était pondéré à hauteur de 35 points et que la seule chose qu'ils ignoraient était que, dans l'appréciation de ce sous-critère, l'attribution de 5 points dépendait de la qualité du contrat d'entretien.

Si vous nous suivez, vous annulerez pour ce motif l'arrêt, ce qui vous dispensera d'examiner les autres moyens, qu'ils soient principaux ou subsidiaire. Les premiers ne sont pas fondés, à la différence du moyen subsidiaire auquel vous pourriez tout de même répondre pour censurer une erreur dans la détermination par le juge des effets de l'irrégularité sur le contrat qu'il serait regrettable de voir se développer.

Comme nous l'avons dit, la cour a retenu une irrégularité du contrat tenant à la procédure de sélection du titulaire du marché. Puis, pour déterminer ses effets sur le contrat, elle a jugé « qu'en l'absence de possibilité de régularisation ou de résiliation du marché, entièrement exécuté depuis le 13 octobre 2011, et d'atteinte excessive aux droits des cocontractants ou à l'intérêt général, les premiers juges ont décidé à bon droit d'en prononcer l'annulation ».

La cour a ce faisant fait application des principes gouvernant l'office du juge du contrat lorsque, saisi par un candidat évincé, il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, tels que vous les avez posés dans votre décision d'Assemblée du 16 juillet 2007, *Tropic Travaux Signalisation* (n° 291545).

Or ces principes ont évolué depuis cette décision. Vous l'avez ainsi substantiellement redéfini par votre décision d'Assemblée du 28 décembre 2009, *Cne de Béziers* (n° 304802), par laquelle vous avez limité les causes d'annulation du contrat à l'illicéité de son contenu ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement. Certes, cette redéfinition est intervenue à propos de la contestation de la validité du contrat par les parties. Mais il ne faisait aucun doute qu'elle avait une portée plus générale et qu'elle décrivait l'office du juge du contrat au moment de déterminer la portée sur le contrat d'une irrégularité qu'il avait constatée, quelle que soit le cadre contentieux dans lequel il se trouvait. Vous l'avez d'ailleurs, en la reformulant légèrement, rappelée à propos des recours désormais ouverts à tous les tiers contre le contrat (Ass, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n° 358994). Si les règles relatives aux recours des tiers posées par votre décision *Département de Tarn-et-Garonne* n'étaient pas applicables au litige, compte tenu du différé d'exécution qu'elle comporte, la détermination des effets des irrégularités sur le contrat n'était pas concernée par ce différé, d'une part parce qu'elle relève de l'office du juge, qui s'applique immédiatement aux affaires en cours, d'autre part et surtout parce que cette limitation des causes d'annulation du contrat résulte de la décision d'Assemblée de 2009.

Il nous semble donc que la cour a, comme le soutient la commune requérante, commis une erreur de droit en prononçant l'annulation du contrat au motif qu'il ne pouvait être résilié, qui n'est pas au nombre des motifs qui peuvent justifier l'annulation du contrat.

Ces motifs ne tiennent qu'à la nature de l'irrégularité constatée. Et les irrégularités de passation du contrat ne sont, sauf circonstances très particulières qui ne peuvent tenir qu'aux circonstances dans lesquelles l'irrégularité a été commise (29 septembre 2014, *Sté Grenke location*, n° 369987, inédite), circonstances que la cour n'a pas relevées et qui ne sont d'ailleurs pas invoquées, pas de nature à entraîner l'annulation du contrat. Vous l'avez jugé à de nombreuses reprises lorsque la validité du contrat est contestée par les parties (Assemblée 28 décembre 2009 *Cne de Béziers* ; 12 janvier 2011, *M...*, n° 338551, au Recueil ; 23 mai 2011, *Dépt de la Guyane*, n° 314715, aux T ; 4 mai 2015, *Sté Bueil publicité mobilier urbain*, n° 371455). La question de l'extension de ces solutions aux contestations de la validité du contrat par des tiers mérite discussion en présence des irrégularités de procédure les plus importantes, telles que l'absence de totale de publicité et de mise en concurrence. Mais nous n'avons aucun doute qu'un simple manquement à l'une des règles de passation ne peut entraîner l'annulation du contrat et encore moins au seul motif que la résiliation ne pourrait plus être prononcée.

Saisie de conclusions en annulation d'un contrat entièrement exécuté dont l'illégalité n'est pas de celles qui entraînent sa nullité, la juridiction ne peut à notre avis que constater qu'il n'y a pas lieu d'annuler le contrat et que les conclusions aux fins de résiliation sont devenues sans objet. Son irrégularité ne pourra être utilement invoquée qu'à l'occasion de l'examen d'éventuelles conclusions indemnitaires.

EPCMNC : - Annulation de l'arrêt attaqué ;

- Renvoi de l'affaire à la CAA de Nantes ;
- A ce que vous mettiez à la charge de la société Aclimat le versement à la commune de La Bohalle d'une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés.