

N° 416577
Ministre des armées
c/ société Archimed

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies
Séance du 23 mars 2018
Lecture du 4 avril 2018

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

L'affaire qui vient d'être appelée vous conduira à donner une nouvelle illustration de la délicate distinction entre critères et méthode de notation. Votre jurisprudence en comporte certes déjà plusieurs, mais cette distinction, aux enjeux pratiques importants, ne peut véritablement être appréhendée qu'à travers les applications qui en sont faites.

Le service parisien du soutien de l'administration centrale (SPAC), organisme du ministère des armées chargé d'organiser et de mettre en œuvre les moyens matériels et les prestations nécessaires au fonctionnement des services de l'administration centrale du ministère et de quelques services déconcentrés, a lancé au mois de mai 2017 une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de la passation d'un accord-cadre à bons de commande relatif à la création et à la maintenance d'un système de gestion des bibliothèques numériques, de gestion des connaissances et de capitalisation documentaire au profit de l'ensemble des organismes du ministère de la défense. Après avoir écarté comme irrégulière l'une des trois offres reçues, le pouvoir adjudicateur a décidé d'attribuer le marché à la société Ausy et a informé du rejet de son offre sa concurrente, la société Archimed. Celle-ci a alors saisi le juge des référés précontractuels du TA de Paris qui, par une ordonnance du 30 novembre 2017 contre laquelle la ministre des armées se pourvoit en cassation, a prononcé l'annulation de la procédure de passation de ce marché au motif que l'un des sous-critères du critère technique, le sous-critère SC2 « présentation de la solution », avait été noté au vu de deux éléments, la « présentation de la solution hors robustesse » et la « présentation de la solution – partie robustesse », qui constituaient des critères dont l'existence et la pondération devaient être portées à la connaissance des candidats.

Cette qualification, que vous contrôlez en cassation (25 mars 2013, *SAS Cophignon et OPH des Ardennes-Habitat 08*, n° 364951, aux T) est, parmi d'autres moyens de moindre intérêt jurisprudentiel, critiquée par la ministre requérante, à juste titre nous semble-t-il.

L'obligation d'informer dès l'engagement de la procédure de passation d'une commande publique les candidats des critères de sélection et des conditions de leur mise en œuvre est une règle générale qui découle des principes fondamentaux de la commande publique (Sect, 30 janv 2009, *ANPE*, n° 290236). Elle figure aujourd'hui pour les marchés publics à l'article 62 du décret du 25 mars 2016, applicable au marché litigieux qui, eu égard à son objet, n'est pas un marché de défense ou de sécurité au sens de l'article 6 de l'ordonnance du 23 juillet 2015. Dans les procédures formalisées, les candidats doivent également être

informés de la valeur que le pouvoir adjudicateur attache à ces critères, en principe en les pondérant, exceptionnellement, si la pondération est impossible, en les hiérarchisant. Ces règles sont applicables à tous les critères, qu'ils soient principaux ou secondaires, ce qu'il est convenu d'appeler des sous-critères (18 juin 2010, *commune de Saint-Pal-de-Mons*, n° 337377, au rec), puisqu'ils ont tous les mêmes fonction et portée sélectives. En revanche, vous l'avez rappelé à de nombreuses reprises, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation qu'il entend appliquer (31 mars 2010, *Collectivité territoriale de la Corse*, n° 334279, aux T ; 2 août 2011, *Syndicat mixte de la vallée de l'Orge aval*, n° 348711, aux T). La distinction entre critères de sélection et méthode de notation repose sur l'idée que le pouvoir adjudicateur doit indiquer les qualités qu'il attend des offres, afin que les candidats puissent répondre au mieux à ses besoins, mais qu'il n'a pas à rendre compte de l'appréciation qu'il fait de ces qualités pour chacune des offres examinées. L'énoncé des critères de sélection participe de la définition objective et préalable des besoins tandis que la notation est une opération subjective d'évaluation des mérites respectifs des offres au regard de ces critères.

La difficulté vient de ce que la caractéristique d'une offre à laquelle le pouvoir adjudicateur attache une importance suffisante pour en faire une qualité attendue qu'il va formaliser par un critère peut elle-même être constituée de plusieurs éléments, de sorte que son évaluation au regard de ce critère conduira le pouvoir adjudicateur à apprécier les mérites de l'offre sur les différents éléments qui la composent. Certes, en théorie, il ne serait pas inconcevable de détailler toujours plus précisément les différents éléments sur lesquels porte cette appréciation pour en faire autant de sous-critères. Mais une telle obligation irait à l'encontre de l'équilibre que votre jurisprudence comme celle de la CJUE cherche à trouver entre le respect des principes fondamentaux de la commande publique et la liberté laissée aux pouvoirs adjudicateurs dans l'appréciation des mérites des offres.

Ainsi, pour la CJUE, « le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'une commission d'adjudication accorde un poids spécifique aux sous-éléments d'un critère d'attribution établis d'avance, en procédant à une ventilation, entre ces derniers, du nombre de points prévus au titre de ce critère par le pouvoir adjudicateur lors de l'établissement du cahier des charges ou de l'avis de marché, à 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 » (CJUE, 24 novembre 2005, *ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc*, aff. C-331/04, point 32). Sous ces conditions, "il est possible pour un pouvoir adjudicateur de déterminer, après l'expiration du délai de présentation des offres, des coefficients de pondération pour les sous-critères qui correspondent en substance aux critères préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires" (CJUE, 14 juillet 2016, *TNS Dimarso NV*, aff. C-6/15, point 26; CJUE 21 juillet 2011, *Evropaïki Dynamiki/EMSA*, C-252/10). En qualifiant de critères devant être portés à la connaissance des candidats les éléments d'appréciation qui "eu égard à leur nature et à l'importance de [leur] pondération ou hiérarchisation, ... sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection", vous ne raisonnez pas différemment (18 juin 2010, *commune de Saint-Pal-de-Mons*, précitée; 25 mars 2013, *SAS Cophignon et OPH des Ardennes-Habitat 08*, précitée). Dans cette dernière affaire, où vous deviez déterminer si deux éléments d'appréciation du prix des offres constituaient ou non des sous-critères, vous avez notamment relevé qu'elles "ne manifestaient pas l'intention du pouvoir adjudicateur d'accorder à l'un d'entre eux une importance particulière", pour en

conclure qu'il ne s'agissait pas de critères. Une décision *sté Proxiserve* du 17 juin 2015 (n° 388457, aux T sur un autre point) offre une bonne illustration de critères devant être communiqués aux candidats : vous avez jugé qu'en distinguant, pour noter le critère du prix, pondéré à 50 %, les éléments des offres relatifs au « prix global », à l'« investissement », élément désignant le montant des dépenses d'installation des nouveaux compteurs à la charge du pouvoir adjudicateur, et au « prix mensuel moyen supporté par le locataire » et en affectant les deux premiers éléments, au moment de l'évaluation des offres, d'une pondération de 10 % et le troisième d'une pondération de 30 %, le pouvoir adjudicateur avait manqué à ses obligations de mise en concurrence car, "eu égard à leur objet et à leur importance", ces éléments d'appréciation étaient de "véritables critères de jugement des offres".

La distinction entre critères (et sous-critères) et méthode de notation doit donc combiner des approches matérielle – un critère est toujours une caractéristique de l'offre à laquelle le pouvoir adjudicateur attache une importance particulière – et quantitative – seules les caractéristiques de l'offre particulièrement valorisées, et donc susceptibles d'avoir une influence sur l'élaboration des offres, constituent des critères devant être portés à la connaissance des candidats.

En l'espèce, l'auteur de l'ordonnance attaquée a constaté que la notation du sous-critère SC2 « présentation de la solution », pondéré à 30 %, du critère technique, lui-même pondéré à 70%, avait été "réalisée à partir de deux éléments, d'une part, la « présentation de la solution hors robustesse » et, d'autre part, la « présentation de la solution – partie robustesse », auxquels a été attribuée une même note de 15 points sur 100" et en a déduit que "ces deux éléments doivent être regardés comme des critères d'attribution du marché". Cette conclusion, qui fait l'économie d'une analyse de l'objet et de l'importance relative de ces éléments d'appréciation, est certainement hâtive. Mais elle nous semble également inexacte : les parties "robustesse" et "hors robustesse" désignent respectivement la fiabilité du système et son architecture matérielle et logicielle, ainsi que cela était expliqué dans le règlement de la consultation qui donnait des indications précises aux candidats sur les éléments devant figurer dans le dossier technique des candidats pour chacun des sous-critères d'appréciation des offres. Les candidats savaient donc que ce sous-critère serait évalué sur ces deux éléments, de sorte que le pouvoir adjudicateur n'a pas noté ce sous-critère en fonction d'un élément dont les candidats ignoraient l'existence et la pertinence. Le pouvoir adjudicateur a ensuite donné le même poids à ces deux éléments, de sorte que cette pondération, eut-elle été connue des candidats, n'aurait eu aucune influence sur l'élaboration de leurs offres. Par conséquent, en évaluant la "présentation de la solution" des offres au regard de leurs qualités "robustesse" et "hors robustesse", le pouvoir adjudicateur n'a fait qu'appliquer une méthode de notation et n'a pas mis en oeuvre un critère de sélection qu'il aurait du porter à la connaissance des candidats. En jugeant le contraire, l'auteur de l'ordonnance attaquée a inexactement qualifié les faits.

Si vous partagez cet avis, vous annulerez l'ordonnance et réglerez l'affaire au titre de la procédure de référé.

Vous écarterez sans difficultés le moyen tiré de ce que le pouvoir adjudicateur aurait méconnu son obligation de motiver le rejet de l'offre de la candidate évincée : il l'a informée de rejet de son offre par un courrier du 26 octobre 2017 qui indique qu'elle avait été classée seconde sur les deux critères et précise les notes obtenues par les deux candidats. Vous avez déjà jugé que cette communication des notes satisfaisait l'exigence de motivation du rejet de l'offre (CE, 18 décembre 2012, *Métropole Nice Côte d'Azur*, n° 363342). En tout état de

cause, trois semaines plus tard, en réponse à sa demande, le ministre a expliqué à la société Archimed les caractéristiques et avantages de l'offre retenue.

Vous écarterez également, pour les raisons que nous avons dites, le moyen tiré de ce que le pouvoir adjudicateur aurait fait application de critères occultes. Il n'est par ailleurs pas évident de comprendre ce que veut dire la société requérante lorsqu'elle prétend que le règlement de la consultation, lorsqu'il précise ce qui est attendu des offres pour chacun des critères et sous-critères, établit d'autres critères. Quoi qu'il en soit, il n'en est rien et il ne saurait être reproché au pouvoir adjudicateur d'avoir le plus précisément possible indiqué ce qu'il attendait des offres.

Aussi confuse est la critique portant sur le sous-critère 5, "démonstration", qui correspond à l'appréciation du système proposé tel qu'il devait être présenté au cours d'une démonstration de deux heures. La société évincée s'appuie sur les précisions du règlement de la consultation relatives aux modalités de cette démonstration pour soutenir qu'il s'agirait de critères occultes. Mais, comme précédemment, il ne s'agit pas de critères mais d'explications sur ce que devront présenter les candidats. Par ailleurs, rien n'interdit au pouvoir adjudicateur d'évaluer une offre en fonction d'un échantillon des prestations commandées (23 mai 2011, *Cne d'Ajaccio*, n° 339406, jugeant notamment que l'appréciation des échantillons n'était pas un sous-critère du critère technique).

Le dernier moyen est tiré de ce que la méthode de notation du critère financier serait irrégulière car elle ne permettrait pas d'attribuer la meilleure note à la meilleure offre. Vous ne jugez irrégulières que les méthodes de notation qui sont par elles-mêmes de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie (3 novembre 2014, *Commune de Belleville-sur-Loire*, n° 373362, au rec). En l'espèce, la méthode de notation, qui consistait à noter séparément les différents postes répartis en quatre groupes, chacun étant affecté d'une pondération particulière, était certes compliquée mais elle était connue des candidats et la requérante, qui a proposé les prix les plus élevés sur quatre des trois groupes et qui a donc plutôt bénéficié du système, n'établit absolument pas en quoi cette méthode de notation fausserait le jeu normal des critères et de leur pondération.

EPCMNC : - Annulation de l'ordonnance attaquée;

- Rejet de la demande présentée par la société Archimed devant le juge du référé du TA de Paris ainsi que des conclusions de l'Etat, qui n'a pas pris d'avocat, au titre des frais de l'instance.