

N°431194

Ministre des armées c/ Sociétés Erics et Altaris

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 25 mai 2020

Lecture du 10 juin 2020

Conclusions

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

Quelle est la liberté du pouvoir adjudicateur dans la détermination de la pondération des critères de sélection des offres ?

1. Le ministère de la défense a lancé, en 2014, un marché à bons de commande, selon une procédure adaptée prévue par l'article 28 du code des marchés publics, en vue de la réalisation de prestations de formation au profit du personnel militaire et civil du service du commissariat des armées (SCA) et des commissaires affectés hors SCA, scindé en 14 lots. Chacune des 7 plateformes géographiques de ce service était concerné par deux lots, un lot relatif aux formations « achats publics » et un lot relatif aux formations « finances ».

Le groupement constitué des sociétés Erics et Altaris a présenté sa candidature et son offre pour l'attribution de l'ensemble des 7 lots de formations « achats publics » du marché. La note technique était pondérée à hauteur de 90 points sur 100 et la note prix à hauteur de 10 points sur 100. L'offre des sociétés requérantes a été rejetée pour chacun des lots.

Elles ont demandé au tribunal administratif de Rennes de condamner l'Etat à leur verser une somme de plus de 200 000 euros en réparation du préjudice causé par leur éviction, qu'elles estimaient irrégulière. Le tribunal administratif a rejeté leur demande.

Mais la cour administrative d'appel de Nantes, saisie uniquement de conclusions indemnitaires, a annulé ce jugement et condamné l'Etat à leur verser une somme toutefois limitée au montant de 4 800 euros, correspondant aux seuls frais d'élaboration de l'offre, dès lors qu'elles n'étaient pas dénuées, selon la cour, de toute chance de se voir attribuer le marché sur les lots évoqués, sans pour autant établir qu'elles auraient été privées d'une chance sérieuse, donnant droit à indemnisation de l'intégralité du manque à gagner. La cour a notamment estimé que la pondération du critère prix à seulement 10 % était particulièrement disproportionnée. Le ministre des armées se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

2. Les textes comme votre jurisprudence rappellent la poursuite d'un objectif essentiel : le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

L'article 53 du code des marchés publics, applicable au litige, prévoit que le pouvoir adjudicateur dispose, pour atteindre cet objectif impératif, de deux options :

- soit se fonder sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché,
- soit se fonder sur un seul critère, compte tenu de l'objet du marché, qui est alors nécessairement celui du prix.

Vous avez interprété cet article en précisant qu'il n'imposait pas au pouvoir adjudicateur de retenir le critère prix, à condition que l'objectif consistant à retenir l'offre économiquement la plus avantageuse soit atteint (28 avril 2006, *Commune de Toulouse*, n° 280197, aux Tables).

Vous avez confirmé cette solution en jugeant que le pouvoir adjudicateur n'était pas tenu de retenir le critère du prix si celui-ci n'était pas pertinent, en l'occurrence car les prix étaient quasiment entièrement réglementés (7 mai 2013, *Département de Paris*, n° 363833, C inédit).

Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse est aujourd'hui régi par les dispositions des articles L. 2152-7¹ à L. 2152-8² et R. 2152-6 à 2151-12 du code de la commande publique. Précisons que désormais – nous y reviendrons - bien que ces textes ne soient pas applicables au litige, le recours à un critère financier (prix ou coût) est obligatoire, depuis l'intervention du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 (article 62). L'article R. 2152-7 dispose aujourd'hui que l'acheteur se fonde soit sur un critère unique, qui peut être le prix ou le coût, soit sur une pluralité de critères, parmi lesquels figure le prix ou le coût et un ou plusieurs autres critères.

Ceci étant rappelé, le pouvoir adjudicateur dispose, si nous schématisons, de trois grandes libertés, qui sont toutefois des libertés conditionnelles :

- la liberté relative à la nature des critères de sélection
- la liberté relative à la méthode de notation de ces critères
- la liberté relative à la pondération de ces critères.

Arrêtons-nous un instant sur les deux premières libertés, avant de traiter la dernière, qui nous intéresse aujourd'hui.

¹ Article L. 2152-7 : « Le marché est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté 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. Les modalités d'application du présent alinéa sont prévues par voie réglementaire. / Les offres sont appréciées lot par lot. / Le lien avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution s'apprécie conformément aux articles L. 2112-2 à L. 2112-4. »

² Article L. 2152-8 : « Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'acheteur et garantissent la possibilité d'une véritable concurrence. Ils sont rendus publics dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. »

S'agissant d'abord de la nature même des critères retenus, ils « *n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'acheteur et garantissent la possibilité d'une véritable concurrence* » (article 52 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, article L. 2152-8 du CCP).

La nature des critères de sélection des offres relève de la liberté du pouvoir adjudicateur, sous réserve qu'ils ne soient pas discriminatoires, au sens où ils seraient dépourvus de lien avec l'objet du marché ou trop arbitraires ou imprécis. Vous avez ainsi censuré l'adoption d'un critère esthétique, qui, parce qu'il était défini de façon imprécise, était irrégulier (Commune de Toulouse précitée).

S'agissant ensuite de la méthode de notation de ces critères, le pouvoir adjudicateur bénéficie d'une liberté toutefois encadrée. La CJUE³ retient que le principe d'égalité de traitement entre les candidats conduit à ce que les soumissionnaires se trouvent sur un pied d'égalité « aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées ». Elle précise que lors d'une évaluation des offres, les critères « doivent être appliqués de manière objective et uniforme à tous les soumissionnaires ».

Par votre décision *Commune de Belleville-sur-Loire* (3 novembre 2014, n° 373362, aux Tables, conclusions Gilles Pellissier), vous avez jugé que le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection. Ces méthodes de notation sont toutefois entachées d'irrégularité si elles 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 à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie.

Vous avez ainsi censuré un critère de notation des offres reposant sur le montant des pénalités de retard que les candidats étaient prêts à accepter (9 novembre 2018, *Société Savoie*, n° 413533, aux Tables sur ce point), dès lors qu'il ne permettait ni de mesurer leur capacité technique à respecter des délais d'exécution du marché ni d'évaluer la qualité technique de leur offre.

Est également irrégulier un critère portant sur l'estimation du chiffre d'affaires par les candidats pendant la durée d'une concession (8 avril 2019, *Commune de Cannes*, n° 425373, aux Tables sur un autre point), un tel critère n'étant pas de nature à permettre la sélection de la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante.

Et récemment, vous avez censuré une méthode de notation fondée sur l'auto-évaluation de leur prestation par les candidats (22 novembre 2019, *Société Autocars Faure et Société Cars Annequin*, n°s 418460 et 418461, aux Tables, à nos conclusions).

³ CJUE, 18 octobre 2001, SIAC Construction, C-19/00 ; 24 novembre 2005, ATI EAC Srl e VIaggi di Maio Snc ; aff. C-331/04 ; 17 février 2011, Commission européenne c/ Chypre, C-251-09, points 39-40

3. Venons-en à la troisième liberté, qui nous intéresse directement : celle de la pondération des critères.

Il faut d'abord rappeler que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de procéder à une telle pondération dans le cadre d'une procédure adaptée : il doit seulement indiquer les conditions de leur mise en œuvre, avec au moins une hiérarchisation (Section, 30 janvier 2009, *ANPE*, n° 290236, au Recueil). L'obligation de pondération, qui existe, en revanche, pour les marchés à procédure formalisée, date des directives de 2004.

Dans l'hypothèse où la pondération est retenue, à quelles exigences doit-elle répondre et quel est le contrôle du juge ?

Selon la jurisprudence de la CJUE, le juge contrôle le bien-fondé de la pondération retenue par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse (CJCE, 4 décembre 2003, *EVN et Wienstrom*, C-448/01, points 39 à 43) : « *Les pouvoirs adjudicateurs sont libres non seulement de choisir les critères d'attribution du marché mais également de déterminer la pondération de ceux-ci, pour autant qu'elle permette une évaluation synthétique des critères retenus afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse* ».

Votre jurisprudence est peu abondante sur le contrôle que le juge doit exercer sur la pondération elle-même, mais donne des indications intéressantes.

Le juge du référé exerce un contrôle de la pondération des critères au regard du principe d'égalité entre candidats, en vérifiant si elle n'a pas pour effet d'avantager des grands groupes (7/2 SSR, *Société Schiocchet*, 10 mai 2006, n° 288435, C).

Vous avez également jugé que le juge du référé avait pu, sans dénaturation, retenir que la pondération du critère prix, qui n'était pas pertinent en l'espèce, à hauteur de 40 % de la note finale était « manifestement excessive » (*Département de Paris* précitée).

Dans le même sens, le juge du référé précontractuel ne peut annuler une procédure de passation d'un marché pour manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de fixer des niveaux minimaux de capacité liés et proportionnés à l'objet du marché résultant de l'article 45 du code des marchés publics que si l'exigence de capacité technique imposée aux candidats est manifestement dépourvue de lien avec l'objet du marché ou manifestement disproportionnée (7 mai 2013, *Société Segex et société Aximum*, n° 365706, aux Tables).

4. Pour répondre à la question qui vous est soumise aujourd'hui, disons d'emblée que l'idée d'un contrôle de la « proportionnalité » des critères de pondération nous paraît exclue. Ce n'est pas ce qui ressort des textes et de la jurisprudence et il s'agirait d'un encadrement excessif du pouvoir adjudicateur.

Vous pourriez estimer que même si un contrôle de proportionnalité est exclu, un contrôle de la non-disproportion devrait être exercé. La disproportion ne serait pas exclue par principe et

pourrait être admise si une raison le justifie, en lien avec l'objet du marché. Mais cette notion de proportion ou même de disproportion ne nous semble pas la plus adaptée : dira-t-on en effet d'un critère pondéré à 10 % par rapport à un autre à 90 % qu'il traduit une « disproportion », alors que le même critère, pondéré à 10 %, face à autant de critères pondérés chacun à 10 %, ne poserait pas la même difficulté ?

Même si les deux notions peuvent pour partie se rejoindre, plus que la notion de « proportionnalité » des critères, c'est la question du poids d'un critère donné qui importe.

Ceci étant précisé, plusieurs éléments doivent alors être pris en compte.

L'objectif de la recherche de l'offre économiquement la plus avantageuse ne peut s'accommoder d'une absence de tout contrôle de la pondération. Le pouvoir adjudicateur est certes libre de déterminer la pondération des critères. Il est également libre de retenir une pondération accordant un poids beaucoup plus important à l'un des critères, au regard de ce qu'il souhaite faire prévaloir en lien avec l'objet du marché. Toutefois, la réserve tient à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse puisse être retenue.

Ce contrôle ne nous semble pas encadrer excessivement la marge d'appréciation du pouvoir adjudicateur, pour deux raisons.

La première est que nous proposons plutôt, même si l'hésitation est permise, de retenir un contrôle restreint. Les quelques décisions précitées portant sur le contrôle de la pondération, prises certes dans le cadre de l'office du juge du référé précontractuel, vont, nous semble-t-il, dans le sens d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Il doit conduire le juge à censurer une pondération qui serait manifestement insuffisante si elle est susceptible de conduire à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas retenue. Vous pourriez toutefois pousser un peu plus le contrôle, comme le permet, nous semble-t-il sans y contraindre, la jurisprudence de la CJUE. Mais l'offre économiquement la plus avantageuse ne ressort pas nécessairement d'une seule pondération possible, ce qui rend plus aisé un contrôle de l'erreur manifeste.

La seconde raison, préservant la liberté du pouvoir adjudicateur, est qu'une pondération en apparence trop faible ou, à l'inverse, trop forte pourrait être acceptée si l'objet du marché le justifie, ce qui revient à établir un lien avec l'offre économiquement la plus avantageuse.

5. Ce contrôle doit-il alors s'appliquer de la même façon à tous les critères ?

S'agissant de tout critère, nous pensons qu'il y a place pour un contrôle visant à garantir qu'un critère affiché ne soit pas ensuite totalement occulté au stade de la sélection, dans le respect d'une forme de loyauté ou de bonne foi dans l'utilisation de critères affichés.

Ensuite, la pondération de tout critère, y compris technique, ne doit pas manifestement conduire à écarter l'offre économiquement la plus avantageuse.

A cet égard, le critère prix a plusieurs spécificités : il est un critère objectif, il est essentiel pour le bon usage des deniers publics, il est juridiquement obligatoire désormais et il contribue particulièrement à la recherche de l'offre économiquement la plus avantageuse. Comme nous l'avons dit, les textes permettent – et le permettraient déjà avant qu'il soit obligatoire - qu'il soit le seul critère existant. Le fait qu'il soit devenu obligatoire conduit encore davantage à lui réserver un traitement particulier.

Cette spécificité du critère prix suppose que sa pondération n'anéantisse pas sa prise en compte ou ne la cantonne pas excessivement.

Dans cette optique, vous pourriez soit considérer que le juge doit veiller à ce que le critère prix soit suffisamment important, qu'il ait toujours une certaine place, soit estimer que la liberté du pouvoir adjudicateur prime et que seule une pondération tellement faible qu'elle conduit manifestement à écarter l'offre économiquement la plus avantageuse doit être censurée.

Des arguments incontestables vont dans le sens de la première approche, ne serait-ce que la volonté du pouvoir réglementaire d'en faire un critère obligatoire et le souci de la protection des deniers publics.

Toutefois, nous ne pensons pas que les textes et l'esprit de votre jurisprudence vont en ce sens. Vous privilégiez autant que possible la liberté du pouvoir adjudicateur. La pondération, plus encore peut-être que la méthode de notation, relève du choix de l'acheteur en opportunité, car elle traduit ses besoins et la valeur qu'il attache à tel ou tel élément des offres. Il faut donc trouver un équilibre entre la liberté du pouvoir adjudicateur et le respect des dispositions accordant une place particulière au critère prix.

Nous vous proposons de retenir que le pouvoir adjudicateur est libre de déterminer la pondération des critères, sous deux réserves. D'une part, elle ne doit pas conduire à ce qu'un critère affiché soit ensuite écarté du fait de la pondération qui lui est affectée. D'autre part, la pondération, en particulier du critère prix, ne doit pas manifestement conduire à écarter l'offre économiquement la plus avantageuse.

4) Que penser, sur ces fondements, de l'arrêt de la cour ?

A vrai dire, nous avons hésité. Pris un à un et isolément, la critique formulée par les moyens soulevés n'a pas initialement emporté notre conviction.

Contrairement à ce qui est soutenu, la cour n'a pas vraiment été jusqu'à poser une exigence de proportionnalité des critères, et les termes utilisés par son arrêt laissent entendre qu'elle s'est peut-être placée dans le cadre d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur la pondération. Par ailleurs, en utilisant la notion de neutralisation, elle n'a pas nécessairement confondu celle de neutralisation des critères au sens où ils sont privés de toute portée par la méthode de notation, et celle qu'elle a maniée, de neutralisation d'un critère, au sens où il est réduit à tellement à un poids infime. Enfin, nous ne vous proposons pas de retenir un contrôle

de qualification juridique mais seulement de dénaturation, ce qui ne rend pas évident de censurer son appréciation en l'espèce.

Pour autant, le raisonnement globalement tenu par la cour nous paraît entaché d'erreur de droit si vous nous suivez s'agissant du contrôle que le juge doit opérer sur la pondération des critères. La cour a, en effet, jugé qu'une pondération 90/10 était irrégulière au motif qu'elle était « particulièrement disproportionnée, que le ministre n'en établissait pas la nécessité eu égard à l'objet du marché et qu'elle conduisait à « neutraliser manifestement » le critère du prix. Comme nous l'avons indiqué, non seulement la pondération des critères de sélection n'est pas soumise à une exigence de proportionnalité, ni même à une exigence d'absence de disproportion. La cour devait se borner à vérifier si la pondération retenue pour le critère prix ne conduisait pas à le priver de toute portée ou à écarter manifestement le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

En statuant comme elle l'a fait, elle a engagé l'office du juge dans un sens qui nous paraît excessif en termes d'encadrement du pouvoir adjudicateur.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'arrêt attaqué
- au renvoi de l'affaire à la CAA de Nantes
- à ce que les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative soient rejetées.