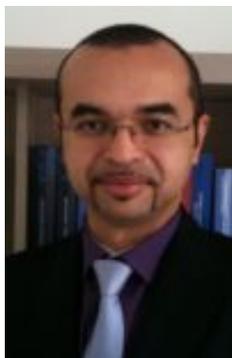


Lexbase Hebdo édition publique n°278 du 21 février 2013

[Marchés publics] Questions à...

Les sous-critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse doivent être liés à l'objet du marché — Questions à Laurent Givord, avocat associé, cabinet AdDen Bordeaux

N° Lexbase : N5827BTY



par Yann Le Foll, Rédacteur en chef de Lexbase Hebdo — édition
publique

Réf. : CE 2° et 7° s-s-r., 18 décembre 2012, n° 363 208, inédit au recueil Lebon (N° Lexbase : A1287IZP)

Dans une décision rendue le 18 décembre 2012, la Haute juridiction administrative est venue rappeler que la prise en compte des critères comme des sous-critères de sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse doivent être liée à l'objet du marché, tout en adoptant une position assez souple, considérant que le développement commercial d'une offre de prestations informatiques présentait, en l'espèce, un lien avec l'objet du marché relatif à la maîtrise d'ouvrage déléguée d'applications informatiques pour le compte de l'UGAP. Il aurait pourtant été pu soutenu efficacement que ce critère n'était pas directement lié à l'objet du marché -les prestations informatiques— et qu'il répondait à un besoin de l'UGAP en matière de diffusion de l'offre auprès de ses adhérents, ce qui n'était pas exactement l'objet du marché. Pour revenir sur cette décision, Lexbase Hebdo — édition publique a rencontré Laurent Givord, avocat associé, cabinet AdDen Bordeaux.

Lexbase : Comment le juge administratif appréhende-t-il la notion de critères de sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse liés à l'objet du marché ?

Laurent Givord : L'arrêt 18 décembre 2012 commence par évoquer l'article 53 du Code des marchés publics (N° Lexbase : L1072IR7) qui prévoit que, "*pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse*", le pouvoir adjudicateur se fonde, notamment (1) "*sur une pluralité de critères*" qui doivent être "*liés à l'objet du marché*". L'article énonce des critères "types" susceptibles de s'inscrire dans cette logique, tels que le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, le délai d'exécution de la prestation -cette liste n'est pas exhaustive-. La logique est la suivante : dès lors qu'une "*offre se [rapporte] nécessairement à l'objet du marché, il s'ensuit que les critères de jugement [des offres] qui [peuvent] être retenus [...] doivent, eux aussi, être liés à l'objet du marché*" (2). Ces dispositions ont déjà fait l'objet de nombreuses jurisprudences teintées, selon les cas, de "bon sens" ou d'une certaine sévérité.

Le juge administratif a déjà eu l'occasion de censurer des critères de jugement des offres non liés à l'objet du marché, tel que le caractère solidaire du groupement d'entreprise (3), ou encore l'exclusion automatique des candidats qui auraient recours aux "contrats nouvelle embauche" ou aux "contrats première embauche" (4). A subi le même sort l'exigence de références en matière de contrôle administratif, technique et financier de contrats d'affermage pour l'attribution d'un marché de maintenance d'un parc de chaudières (5). Et, même si la personne publique retient un des critères énoncés dans la liste de l'article 53 du Code des marchés publics, il faut encore que celui-ci présente bien un lien avec l'objet du marché. Ainsi, un critère relatif aux performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, mentionné à l'article 53, a été censuré comme ne présentant pas un tel lien avec un marché relatif au déménagement, au stockage et au transfert de mobilier et de machines-outils dans les établissements publics locaux d'enseignement d'une région (6).

Si, pour schématiser "à grands traits", le juge s'attache à déterminer dans quelle mesure les critères de jugement des offres se rattachent aux caractéristiques des prestations qui doivent être délivrées, on relèvera, toutefois, que la CJUE a rappelé qu'"il n'est pas requis qu'un critère d'attribution porte sur une caractéristique intrinsèque d'un produit, c'est-à-dire un élément qui s'incorpore matériellement dans celui-ci" (7). Le droit de l'Union européenne ne s'oppose donc pas à ce qu'un pouvoir adjudicateur retienne, dans le cadre d'un marché de fourniture d'électricité, un critère d'attribution intéressant la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables ou, dans le cadre d'un marché de fournitures, un critère relatif à l'origine estampillée "*commerce équitable*" (8).

Lexbase : Qu'en est-il des sous-critères ?

Laurent Givord : En pratique, pour rendre plus intelligibles les critères de jugement des offres, les pouvoirs adjudicateurs ont souvent recours à des sous-critères, lesquels sont eux-mêmes pondérés ou hiérarchisés. La question du régime juridique de ces sous-critères a été fixée par un arrêt du 8 juin 2010, lequel indique que le pouvoir adjudicateur "*doit 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*" (9).

Précisant son propos, le Conseil d'Etat a récemment jugé que, dans la mesure où chacun des "*éléments composant le critère de la valeur technique était affecté d'une note variant de 5 à 15 points*", lesdits éléments devaient être regardés "*comme des sous-critères pondérés de ce critère susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection*" (10). Autrement dit, le fait même d'attribuer un "poids" différent aux éléments composant un critère de jugement des offres aboutit à ce que ces éléments soient eux-mêmes regardés comme des critères de jugement, et non pas comme de simples indices d'appréciation du critère. Dès lors que ces sous-critères peuvent être regardés comme des critères, ils se trouvent soumis au même régime. A cet égard, la circulaire du 14 février 2012, relative au guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics (N° Lexbase : L1819IS8), précise que "*ces sous-critères doivent alors, également, être objectifs, opérationnels et non discriminatoires*". C'est la raison pour laquelle le juge est conduit à s'assurer que les sous-critères fixés par le pouvoir adjudicateur et sensés expliciter chacun des critères sont bien liés à l'objet du marché. C'est le propos de l'arrêt rendu le 18 décembre 2012.

Lexbase : De quelle manière le Conseil d'Etat en a-t-il fait application dans cette affaire ?

Laurent Givord : Cette question nécessite que l'on s'attarde quelque peu sur les faits de l'espèce. L'UGAP a lancé, en sa qualité de centrale d'achat, une procédure d'appel d'offres ouvert pour l'attribution de plusieurs marchés de prestations informatiques, au nombre desquels figurait un marché de "*services de maîtrise d'ouvrage déléguée d'applications informatiques*". Plus exactement, ce marché avait pour objet l'acquisition, par l'UGAP, de prestations de services de maîtrise d'ouvrage déléguée d'applications informatiques destinées à être ensuite commercialisées auprès des pouvoirs adjudicateurs, ces derniers devant adresser des bons de commande soit à l'UGAP, soit directement à son titulaire.

L'UGAP avait, au sein du critère qualité de services, fixé un critère intitulé "*mode de fonctionnement proposé en interface avec l'UGAP pour garantir le déploiement efficace de l'offre*" (11), lequel était destiné à tenir compte de la méthodologie proposée par les candidats pour commercialiser les prestations informatiques auprès des collectivités acheteuses. Evincée de l'attribution de ce marché, une société a, notamment, remis en cause devant le juge des référés précontractuels le fait que ce sous-critère n'était pas lié à l'objet du marché. La société soutenait qu'il ne présentait pas de lien avec les prestations attendues, à savoir des prestations informatiques, et qu'il répondait en fait à un besoin de l'UGAP en matière de diffusion de l'offre auprès de ses adhérents, ce qui s'éloigne également de l'objet *stricto sensu* du marché. Et ce d'autant plus qu'il s'agissait, *in fine*, pour les candidats, d'explicitier les modalités d'une phase se situant en amont de l'exécution même des prestations informatiques attendues.

Le juge de première instance s'est montré sensible à l'argumentation menée devant lui puisqu'il a annulé la procédure de passation relative au lot concerné, considérant, que ce sous-critère "*n'avait pas de rapport direct avec la valeur économique des offres présentées ou avec leurs conditions d'exécution*" (12). Le Conseil d'Etat n'a toutefois pas adopté ce point de vue. La Haute Juridiction juge, en effet, ce sous-critère régulier, dès lors qu'il vise "*à décrire les moyens commerciaux proposés par le titulaire du lot n° 3 pour identifier, avec l'UGAP, les besoins en services informatiques des pouvoirs adjudicateurs auprès desquels seront commercialisées par cette dernière les prestations de services informatiques acquises auprès du titulaire*". Ce faisant, elle s'attache à caractériser le lien entre le sous-critère et l'objet du marché en retenant une acception large de la notion d'objet du marché.

L'objet d'un marché est ainsi constitué, en quelque sorte, d'un noyau dur (les prestations informatiques au sens strict) et d'un certain nombre de "satellites" gravitant autour, que le pouvoir adjudicateur est susceptible de prendre en considération, sous le contrôle relativement souple du juge.

Lexbase : Sa position vous paraît-elle totalement satisfaisante en l'espèce ?

Laurent Givord : Cette décision n'est pas dénuée de sens. Elle illustre le fait qu'un sous-critère ne doit pas nécessairement porter sur les caractéristiques intrinsèques des prestations attendues, mais peut porter sur des éléments ayant un lien suffisant avec elles. En l'occurrence, le lien peut être regardé comme suffisant dans la mesure où les actions commerciales qu'il s'agissait de juger ont pour dessein d'identifier plus précisément les acheteurs susceptibles d'acquérir les prestations techniques en cause. Ceci est effectivement adapté à la fonction de centrale d'achat de l'UGAP, mais répond, également, aux besoins des pouvoirs adjudicateurs et présente un intérêt certain pour l'attributaire lui-même.

Toutefois, on relèvera que cet arrêt, non destiné à être publié au Recueil, reste un arrêt d'espèce. S'il peut donner un certain nombre d'indications sur les modalités d'appréciation du lien d'un sous-critère avec l'objet du marché, il n'a pas vocation à devenir l'outil infaillible à l'aune duquel les pouvoirs adjudicateurs pourront juger de la régularité des critères et des sous-critères qu'ils auront fixés.

(1) L'article 53 prévoit également que, compte tenu de l'objet, le pouvoir adjudicateur peut se fonder sur un seul et unique critère qui est celui du prix.

(2) CJCE, 17 septembre 2002, aff. C-513/99 (N° Lexbase : [A3655AZE](#)), point n° 59.

(3) CAA Versailles, 4ème ch., 6 juin 2006, n° 03VE03 998, inédit au recueil Lebon (N° Lexbase : [A0153DQQ](#)).

(4) TA Bordeaux, 5 décembre 2006, n° 0 601 563 et 0 602 050 (N° Lexbase : [A9147D7W](#)), BCP, 2007, p. 68 : le jugement relève, également, qu'il s'agit d'une atteinte au principe d'égalité.

(5) CAA Douai, 1ère ch., 31 mars 2005, n° 02DA00 889, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : [A2376DK9](#)).

(6) CAA Douai, 2ème ch., 29 novembre 2011, n° 10DA01 501, inédit au recueil Lebon (N° Lexbase : [A9705IB3](#)).

(7) CJUE, 10 mai 2012, aff. C-368/10 (N° Lexbase : [A9037IKW](#)), point n° 91 ; voir également à propos de critères relatifs à l'emploi et à la lutte contre le chômage, CJCE, 20 septembre 2000, aff. C-225/98 (N° Lexbase : [A5919AYU](#)).

(8) CJUE 10 mai 2012, aff. C-368/10, préc..

(9) CE 2° et 7° s-s-r., 18 juin 2010, n° 337 377, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : [A9865EZE](#)).

(10) CE 2° et 7° s-s-r., 4 juillet 2012, n° 352 714, inédit au recueil Lebon (N° Lexbase : [A4720IQU](#)).

(11) Un autre sous-critère intitulé "*cohérence de la décomposition des prix des unités d'œuvre forfaitisées*" était également fixé. Nous ne l'aborderons pas dans la mesure où son lien avec l'objet du marché s'avère difficilement discutable.

(12) TA Melun, 18 septembre 2012, n° 1 207 408/8.