



Le prix comme critère d'attribution des marchés publics

En règle générale, le prix constitue un critère de sélection parmi d'autres. Si l'acheteur reste relativement libre dans le choix de la méthode de pondération, le juge vérifie néanmoins que l'objectif de cette pondération est respecté à travers l'importance accordée au critère du prix. En outre, les acheteurs publics disposent d'une liberté contrôlée en ce qui concerne la notation du critère « prix ».

Parmi les critères de sélection des offres pouvant être mis en œuvre par les acheteurs publics, le prix occupe une place centrale consacrée en dernier lieu par le nouveau code de la commande publique, entré en vigueur le 1^{er} avril 2019, dont l'article R. 2152-7⁽¹⁾ rappelle :

– d'une part, que le prix peut constituer un critère d'attribution unique lorsque l'achat concerne des services et fournitures standardisés ;

– d'autre part, qu'en cas de pluralité de critères, le prix doit nécessairement figurer parmi les critères retenus.

Il nous faut toutefois d'emblée préciser qu'en application de cet article, le critère du prix peut être suppléé par celui du coût.

En effet, si la bonne utilisation des derniers publics figure toujours parmi les objectifs auxquels la commande publique doit répondre⁽²⁾, la notion d'« offre économiquement la plus avantageuse » a permis de faire évoluer une vision sans doute trop simpliste du prix consistant à systématiquement retenir l'offre la moins-disante.

Auteur

Simon Daboussy
Avocat – associé
AdDen Méditerranée

Auberi Gaudon
Avocat
AdDen Méditerranée

Mots clés

Marchés publics • Prix • Critères de sélection • Pondération
• Méthodes de notation

(1) « Pour attribuer le marché au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde :

1° Soit sur un critère unique qui peut être :

a) Le prix, à condition que le marché ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre ;
b) Le coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie défini à l'article R. 2152-9 ;

2° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. Il peut s'agir des critères suivants : (...) ».

(2) CCP, art. L. 3.

Le critère du prix, bien que primordial, ne peut donc s'apprécier que par rapport à la qualité de la prestation proposée.

Cette approche renouvelée a ainsi conduit à introduire au sein des règles applicables aux marchés publics la notion de « coût » en lieu et place de celle du « prix » qui est apparue trop restrictive. La référence au coût permet en effet d'adopter une logique globale qui ne se limite pas au prix d'achat mais intègre également le coût d'utilisation, d'entretien ou de tout autre aspect relatif au cycle de vie⁽³⁾. Désormais porté au même rang que le prix, le critère du coût en constitue une alternative intéressante lorsque le prix d'acquisition se révèle insuffisant pour apprécier le mérite des offres.

Malgré ces évolutions récentes, le critère du prix demeure largement utilisé dans le cadre des procédures de passation. Dans la mesure où il constitue, à côté du coût, un critère de sélection susceptible d'être érigé en critère unique et, à défaut, dont la présence est obligatoire, le prix reste essentiel pour guider l'acheteur lorsqu'il procède à l'examen des offres.

Le critère du prix donne ainsi lieu à un contentieux abondant permettant de préciser les conditions dans lesquelles il peut être mis en œuvre. Car derrière une apparente simplicité, l'utilisation du prix comme critère d'attribution peut en réalité permettre aux acheteurs d'introduire une certaine subjectivité via la pondération et les méthodes de notation retenues. Il appartient alors au juge de s'assurer que la mise en œuvre de ce critère n'a pas conduit la personne publique à méconnaître les principes cardinaux de transparence et d'égalité applicables à la commande publique.

La place accordée au critère « prix » varie selon l'objet du marché

Le Code de la commande publique impose de retenir le prix⁽⁴⁾ parmi les critères de sélection des offres. Précisons que celui-ci ne peut désormais être érigé en critère unique que si l'achat concerne des services et fournitures

standardisées dont la qualité est insusceptible de varier d'un opérateur économique à l'autre, ce qui sera notamment le cas du matériel courant (stylos, carburant...). La fixation du prix comme critère unique est ainsi censurée en présence de travaux complexes⁽⁵⁾.

Dans les autres cas, le prix constitue un critère de sélection parmi d'autres. Se pose alors nécessairement la question de la place qu'il convient de lui accorder et, plus précisément, de l'importance relative donnée à chaque critère par rapport à l'ensemble des critères. À cet égard, il est important de rappeler que la pondération est seulement rendue obligatoire pour les marchés passés selon une procédure formalisée, sauf impossibilité dûment justifiée permettant de ne prévoir qu'une hiérarchisation⁽⁶⁾. Elle n'en reste pas moins vivement conseillée pour les marchés passés en procédure adaptée⁽⁷⁾ puisqu'elle permet d'accroître la transparence de la procédure et d'encadrer le choix des offres par l'acheteur. Qu'elle soit imposée ou volontaire, la pondération des critères de sélection et notamment du prix doit par ailleurs faire l'objet d'une publication et être ainsi portée à la connaissance des candidats avant la remise de leur offre⁽⁸⁾.

La pondération du critère « prix » doit être régulière, mais également efficace. Pour cela, il est impératif qu'elle soit fixée en tenant compte de l'objet et des caractéristiques du marché. S'il n'existe pas de règles précises encadrant la pondération, le juge censure toutefois les choix qui ne permettraient pas à l'acheteur de sélectionner l'offre la plus économiquement avantageuse ou qui ne seraient pas justifiés au regard de l'objet même du marché. Plus largement, la pondération ne doit pas avoir d'effet discriminatoire⁽⁹⁾.

Une surpondération du critère prix de nature à neutraliser les autres critères alors que celui-ci n'était pas pertinent pour départager les offres au regard de la nature des prestations est irrégulière⁽¹⁰⁾. Au demeurant, une pondération excessive de ce critère peut plus facilement donner lieu à des pratiques anti-concurrentielles telles qu'une baisse artificielle de leurs prix par les candidats ou l'organisation d'une entente⁽¹¹⁾.

(3) CCP, art. R. 2152-9 :

« Le coût du cycle de vie couvre, dans la mesure où ils sont pertinents, tout ou partie des coûts suivants du cycle de vie d'un produit, d'un service ou d'un ouvrage :

1° Les coûts supportés par l'acheteur ou par d'autres utilisateurs, tels que :

a) Les coûts liés à l'acquisition ;
b) Les coûts liés à l'utilisation comme la consommation d'énergie et d'autres ressources ;
c) Les frais de maintenance ;
d) Les coûts liés à la fin de vie comme les coûts de collecte et de recyclage ;

2° Les coûts imputés aux externalités environnementales et liés au produit, au service ou à l'ouvrage pendant son cycle de vie, à condition que leur valeur monétaire puisse être déterminée et vérifiée. Ces coûts peuvent inclure le coût des émissions de gaz à effet de serre et d'autres émissions polluantes ainsi que d'autres coûts d'atténuation du changement climatique ».

(4) Ou, à défaut, le coût.

(5) CE 6 avril 2007, Département de l'Isère, req. n° 298584, *Rec. CE* tables.

(6) CCP, art. R. 2152-12 :

« Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, les critères d'attribution font l'objet d'une pondération ou, lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, sont indiqués par ordre décroissant d'importance. La pondération peut être exprimée sous forme d'une fourchette avec un écart maximum approprié ».

(7) *Le prix dans les marchés publics : Guide et recommandations*, Direction des affaires juridiques, avril 2013, p. 46.

(8) CCP, art. R. 2152-11 :

« Les critères d'attribution ainsi que les modalités de leur mise en œuvre sont indiqués dans les documents de la consultation ».

(9) CE 10 mai 2006, Société Schiocchet, req. n° 288435, *Rec. CE*.

(10) CE 7 mai 2013, Département de Paris, req. n° 364833.

(11) CAA Nantes 27 avril 2018, Société Signalisation France, req. n° 17NT02571.

À titre d'exemple, il est recommandé pour un marché portant sur la réalisation d'un ouvrage photovoltaïque incluant fournitures et services de prévoir que le critère « prix » soit au plus égal à 40 %. Et, de manière générale, la doctrine administrative recommande de prévoir une pondération mesurée du critère « prix » qui ne doit dépasser qu'exceptionnellement les 60 %. Elle considère également qu'une pondération de ce critère à 80 % « reviendrait dans la majorité des cas à neutraliser celle des autres critères » et à faire du prix un critère unique en méconnaissance de la règle désormais fixée à l'article R. 2152-7 du Code de la commande publique^[12].

À l'inverse, une sous-pondération de ce critère en présence d'un marché dont il n'est pas établi que la valeur technique devrait être prépondérante est également de nature à fausser le choix de l'acheteur. Dans une décision récente, le Conseil d'État a ainsi considéré qu'une pondération du critère de la valeur technique à 90 % contre 10 % pour le critère financier dans le cadre d'un marché de prestations de formations était disproportionnée et avait pour effet de neutraliser le critère du prix^[13].

Il existe toutefois des marchés dans lesquels le prix revêt une importance moindre. C'est notamment le cas lorsque le prix des prestations ou fournitures est réglementé et que, par définition, les offres remises par les candidats seront vraisemblablement identiques sur ce point. Il en va de même lorsque l'objet du marché implique une technicité spécifique nécessitant que le critère de la valeur technique soit particulièrement valorisé, ou qu'il porte sur une prestation faisant l'objet d'une réglementation technique et de normes qui doivent nécessairement être respectées par les candidats^[14]. Dans ces hypothèses, bien qu'il ne s'agisse pas à proprement parler de biens « standardisés » permettant de fixer le prix comme seul critère, et à condition que le pouvoir adjudicateur puisse en justifier de manière précise, il est possible d'admettre que le critère prix ne soit pondéré qu'à hauteur de 20 à 30 %.

En résumé, si l'acheteur reste relativement libre dans le choix de la méthode de pondération (coefficient, pourcentage, points...)^[15], le juge s'assure néanmoins que l'objectif de cette pondération, qui tend à limiter le caractère discrétionnaire du choix des offres, est respecté à travers l'importance accordée au critère du prix. Sauf à ce que la spécificité de l'objet du marché le justifie, l'acheteur est ainsi invité à retenir une pondération mesurée entre les différents critères de sélection.

Les acheteurs publics disposent d'une liberté contrôlée en ce qui concerne la notation du critère « prix »

Qu'il soit érigé en critère unique ou parmi d'autres critères de sélection, le prix fait nécessairement l'objet d'un examen approfondi par l'acheteur lors de l'analyse des offres. À l'issue de cet examen, le prix proposé par chaque candidat donne lieu à l'attribution d'une note par la personne publique qui sera prise en compte pour déterminer le classement final des offres. Pour reprendre les termes du rapporteur public B. Dacosta, « la méthode de notation consiste à attribuer une valeur chiffrée à une prestation au regard du critère donné »^[16].

Par principe, les méthodes de notation n'ont pas à être portées à la connaissance des candidats dès lors qu'elles ne constituent pas à proprement parler une modalité de mise en œuvre des critères de sélection au même titre que la pondération^[17].

L'absence de publication de cette méthode ne signifie pas pour autant que l'acheteur soit totalement libre lorsqu'il en fait usage. En effet, le juge administratif se réserve la possibilité de contrôler la notation à laquelle s'est livrée l'administration lorsque celle-ci est susceptible d'avoir une influence sur la pondération des critères de sélection ou de priver ces critères de leur portée. En l'absence de tels effets, notamment lorsque la mise en œuvre de méthodes de notation différentes pour apprécier le prix et la valeur technique était seulement susceptible d'aboutir à une différenciation plus grande des candidats sur l'un et l'autre de ces critères, le juge n'opère aucun contrôle^[18].

De manière générale, le juge s'assure que la méthode de notation adoptée permette de garantir l'effectivité du critère fondé sur le prix. En d'autres termes, la méthode utilisée ne doit pas conduire à neutraliser le poids qui lui est accordé, a fortiori lorsque ce critère fait l'objet d'une pondération importante, notamment en gommant les écarts de prix existant entre les différentes offres^[19]. Le choix de l'offre la plus économiquement avantageuse implique par ailleurs que l'attribution de la meilleure note revienne à l'offre contenant le prix le plus bas et non à l'offre la plus proche de l'estimation faite par l'acheteur^[20]. Dans la même perspective, le Conseil d'État censure une méthode de notation conduisant à ce que puissent être attribuées aux offres des notes négatives dont la prise en compte au titre des autres critères était susceptible de fausser la pondération relative définie

[12] *Le prix dans les marchés publics : Guide et recommandations*, Ministère de l'Économie et des Finances, Direction des affaires juridiques, avril 2013, p. 47 et s.

[13] CE 29 mars 2019, Société Erics Associés et la société Altaris, req. n° 17NT01869.

[14] CAA Marseille 13 novembre 2013, SARL Autocars Caball, req. n° 11MA00691 : cet arrêt a été rendu sous l'empire de l'article 53 du Code des marchés publics en vertu duquel le pouvoir adjudicateur pouvait se fonder uniquement sur le prix « compte tenu de l'objet du marché ».

[15] Rép. min. n° 21227 : *JO Sénat Q*, 8 mars 2007, p. 534.

[16] CE 2 août 2011, Syndicat mixte de la vallée de l'Orge Aval, req. n° 348711, *Rec. CE tables*.

[17] CE 31 mars 2010, Collectivité territoriale de Corse, req. n° 334279, *Rec. CE tables*.

[18] CE 25 mai 2018, Hauts de Seine Habitat, req. n° 417128, *Rec. CE*.

[19] CE 3 novembre 2014, Commune de Belleville-sur-Loire, req. n° 373362, *Rec. CE*.

[20] CE 29 octobre 2013, Val d'Oise Habitat, req. n° 370789, *Rec. CE tables*.



par l'acheteur^[21]. En présence d'un marché alloti, le juge considère également qu'est irrégulière une méthode consistant à procéder à une notation lot par lot avant de faire la moyenne arithmétique des différentes notes obtenues pour calculer une note globale, dès lors que cette moyenne globale ne permettait pas de tenir compte de la disparité des valeurs des différents lots^[22].

Le contrôle auquel se livre le juge administratif ne prive toutefois pas les acheteurs de leur liberté dans l'établissement des méthodes de notation. L'ingéniosité des personnes publiques et de leurs conseils a notamment permis l'apparition de la technique dite des « chantiers masqués ». Réservée aux marchés à prix unitaires, celle-ci consiste à simuler un chantier en appliquant aux prix proposés par les candidats des quantités fictives déterminées par l'acheteur. La notation attribuée aux offres dépend ainsi des résultats de cette simulation qui permet à l'acheteur de reconstituer le coût prévisionnel du marché. Dans un arrêt remarqué de 2016, le Conseil d'État a réaffirmé la régularité de cette méthode de notation basée sur la fiction, en admettant de surcroît que la simulation appliquée fasse l'objet d'un tirage au sort avant l'ouverture des plis^[23]. L'introduction du hasard a été validée par le juge administratif à trois conditions :

- les simulations doivent correspondre à l'objet du marché ;
- leur contenu ne doit pas privilégier un aspect particulier conduisant à dénaturer le critère du prix ;
- la même simulation doit être appliquée à toutes les offres.

Sous réserve que ces conditions soient respectées, on peut considérer qu'une telle méthode est de nature à garantir l'impartialité de la personne publique puisque celle-ci ne sait pas à l'avance quel type de commande sera utilisé pour la simulation.

[21] CE 18 décembre 2012 Département de la Guadeloupe, req. n° 362532, *Rec. CE tables*.

[22] CE 1^{er} juillet 2015 SNEGSO, req. n° 381095, *Rec. CE tables*.

[23] CE 16 novembre 2016 Société SNEF, req. n° 401660, *Rec. CE tables*.

Précisons également que le recours à une méthode de simulation n'a pas à être porté à la connaissance des candidats dans les documents de la consultation^[24]. Les candidats peuvent ainsi difficilement élaborer une stratégie faute de connaître le DQE (« Détail Quantitatif Estimatif ») à partir duquel leur offre de prix sera examinée^[25]. Ce d'autant plus que récemment, le juge administratif a même admis que la circonstance que les offres aient été analysées sur la base d'un DQE différent de celui figurant dans les documents de la consultation n'entachait pas d'irrégularité la procédure dès lors que la simulation utilisée respectait les conditions fixées par la jurisprudence^[26].

L'évolution et la complexification des méthodes de notation ainsi que le contrôle opéré par le juge sur ces dernières ont ainsi conduit à fixer un certain nombre de règles qu'il appartient aux acheteurs de respecter lorsqu'ils procèdent à l'analyse des offres, sauf à entacher leur procédure d'irrégularité. Afin d'orienter les personnes publiques préalablement à la mise au point de leurs procédures de passation, le ministère de l'Économie et des Finances a également dressé en 2013 un inventaire des principales méthodes de notation utilisées assorties de recommandations et de mises en garde quant à leur utilisation^[27]. Si celui-ci ne tient pas compte des évolutions les plus récentes, il n'en reste pas moins un outil utile permettant de limiter les risques d'irrégularité de la procédure de passation qui résulterait de l'adoption d'une méthode de notation inappropriée.

[24] En revanche, si elle fait le choix de la publier, l'Administration est tenue de respecter la méthode de notation indiquée dans les documents de la consultation.

[25] Détail Quantitatif Estimatif.

[26] CAA Marseille 19 mars 2018, Préfet des Alpes-Maritimes, req. n° 16MA02355.

[27] *Le prix dans les marchés publics : Guide et recommandations*, Direction des affaires juridiques, avril 2013, p. 48 et s.