

Contrats publics

REVUE - n°91 - (VIE DES CONTRATS PASSATION)
septembre 2009

La publication des méthodes d'analyse des offres en question

Bertrand De Campredon, Avocat Au Barreau De Paris

Si le juge administratif contrôle le respect de la pondération ou, à défaut, la hiérarchisation des critères de choix des offres, il s'est jusqu'à présent refusé à juger des incidences de l'absence de publication des méthodes de notation des offres sur la régularité de la procédure, parfois au mépris du principe de transparence des procédures de passation des marchés. S'inspirant de décisions jurisprudentielles relatives à la pondération des sous-critères de choix des offres, une ordonnance du tribunal administratif de Marseille laisse toutefois penser qu'une évolution jurisprudentielle est à prévoir.

Le législateur a souhaité laisser une marge de manœuvre importante à l'acheteur public en matière de mise en œuvre de la pondération des critères du choix des offres. Si une série de décisions témoigne de l'existence d'un contrôle juridictionnel des dispositions de l'article 53 du code des marchés publics de plus en plus approfondi, le juge administratif refuse toujours d'englober dans son examen la question de la publication des méthodologies d'analyse des offres retenues par le pouvoir adjudicateur (I). En cela que les méthodes de notation constituent un élément déterminant du choix de la personne publique, mais aussi une source d'informations primordiale pour les candidats quant à l'exacte teneur de ses attentes, cette position, au regard des principes fondamentaux de la commande publique et des évolutions jurisprudentielles en la matière, apparaît dans une certaine mesure critiquable (II).

I. Absence de publication : le refus du juge administratif d'examiner les incidences

Se fondant notamment sur le silence de l'article 53 du code des marchés publics (B), le juge administratif se cantonne à un contrôle de la régularité des méthodologies de notation des offres retenues par le pouvoir adjudicateur (A).

A) Le contrôle juridictionnel des méthodologies d'analyse des offres

Bien que la jurisprudence ne soit pas parfaitement homogène en matière de publication des méthodologies d'analyse des offres choisies par l'acheteur public, il semble que son positionnement puisse être ainsi résumé : si la personne publique n'est pas tenue de mentionner les méthodes d'appréciation dans l'avis d'appel public à la concurrence (AAPC) ou les documents de consultation, elle doit en revanche être en mesure, dans l'hypothèse d'un contentieux, de justifier de leur régularité à l'aune des principes fondamentaux de la commande publique(1). À ce

titre, deux ordonnances du juge des référés du tribunal administratif de Montpellier illustrent, de façon assez significative, cet état jurisprudentiel. Dans une première affaire, alors que le requérant tentait de faire valoir que la publication des méthodes d'analyse des offres aurait été nécessaire au regard des informations qu'elles recelaient quant aux attentes de la personne publique, le juge des référés a considéré que les méthodes de notation constituaient des « éléments d'appréciation des offres concernant lesquels aucune obligation de publicité n'existait »(2). Dans une seconde espèce, selon un raisonnement similaire, le juge administratif a estimé qu'« aucune disposition n'impose au pouvoir adjudicateur de définir, dans le règlement de la consultation, de manière précise et détaillée, la grille de notation utilisée pour classer les candidats, selon les critères de pondération fixée dans ce règlement ; qu'en l'espèce, au demeurant, la communauté de commune du Pays de l'Or avait bien précisé, dans le règlement de la consultation, la formule mathématique utilisée pour classer les offres de prix des candidats »(3).

Ainsi, il y a lieu de constater que, si la régularité des méthodes et barèmes retenus par la personne publique fait l'objet d'un contrôle juridictionnel, aucun examen du bien-fondé de la décision du pouvoir adjudicateur de publier ou non les méthodologies d'appréciation choisies n'est en revanche réalisé par le juge. La mesure dans laquelle l'absence de publication des méthodes de notation contreviendrait à l'égalité des candidats ou à la transparence des procédures constitue en réalité une question automatiquement écartée. La réponse retenue par le juge administratif est fondée sur plusieurs considérations.

B)Éléments de justification de l'étendue du contrôle juridictionnel

Deux types de justification viennent notamment au soutien du refus du juge de contrôler les éventuelles incidences de la non-publication des méthodes de notation sur la régularité de la procédure de consultation. En premier lieu, les dispositions peu prescriptives de l'article 53 du code des marchés publics n'imposent pas au pouvoir adjudicateur une telle publication. Ces dernières précisent seulement en effet que « les [seuls] critères ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation sont indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation ». En second lieu, une réponse ministérielle du mois de mars 2007 a précisé le contenu de la liberté octroyée à la personne publique en matière de pondération. De ce fait, si « chaque acheteur [doit] élaborer sa propre méthode en fonction de l'importance respective qu'il entend donner à chacun des critères », en revanche, « l' article 53 du code des marchés publics limite l'obligation d'insérer dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation aux seules mentions des critères d'attribution et de la part respective de chaque critère. Le pouvoir adjudicateur n'est donc pas tenu de mentionner les méthodes de notation dans l'avis de publicité ou le règlement de la consultation. Cependant, le choix de la méthode étant déterminant sur le résultat obtenu, il doit respecter les principes fondamentaux de la commande publique et pouvoir être justifié devant le juge. Dans un souci de bonne administration et afin d'éviter d'éventuelles contestations, il est recommandé d'assurer la plus grande transparence des méthodes de notation »(4).

En la matière, la position « médiane » adoptée reflète indéniablement la difficile conciliation d'impératifs d'importance relativement équivalente. Il est exact que « le choix de la méthode étant déterminant sur le résultat obtenu », les enjeux inhérents à la publication de la mise en

œuvre de la pondération sont primordiaux. Force est en effet de constater que, dans une large mesure, l'effectivité des principes fondamentaux de la commande publique est corrélée au degré de précision de la diffusion de la mise en œuvre de la pondération retenue. Outre la participation à la bonne information des candidats, la publication des méthodologies d'analyse permet également de réduire la marge de manœuvre dont dispose la personne publique dans le choix de l'entreprise adjudicatrice, et donc d'accroître l'égalité. Cependant, l'utilité que présente la publication des méthodes de notation ne doit pas occulter à quel point il est délicat d'enfermer le choix de la personne publique dès la phase de lancement de la procédure dans une méthodologie stricte, contraignante et, selon les caractéristiques du marché, pas toujours définissable. Excepté les difficultés purement pratiques inhérentes à la détermination, dès l'AAPC, de véritables méthodes d'appréciation, l'intérêt d'une telle rigidité, au regard de l'objectif premier de satisfaction des besoins de la personne publique, est effectivement discutable. Il n'est pas inintéressant d'observer que la position qui consiste à écarter systématiquement la question des incidences de l'absence de publication des méthodologies de notation sur la régularité de la procédure, en cela qu'elle ne tient pas compte des différents impératifs en présence, ne s'inscrit pas dans l'esprit de la réponse ministérielle du 8 mars 2007. Une série de considérations donne à penser que cette solution majoritairement retenue en jurisprudence devrait être affinée à terme.

II. Vers un contrôle juridictionnel de la publication des méthodes de notation ?

La difficile conciliation du respect des principes de l'article 1er du CMP et de la faculté offerte au pouvoir adjudicateur de ne publier que la seule pondération des critères de choix (A) associée à l'intensification du contrôle juridictionnel des dispositions de l'article 53 du CMP (B) semble indiquer une évolution à venir de la jurisprudence quant à la question de la publication des méthodes de notation.

A) Les difficultés inhérentes à l'absence de publication des méthodes d'analyse des offres

Le postulat consistant à soutenir qu'en toute hypothèse, la non-publication aux documents contractuels ou à l'AAPC des méthodes et barèmes de notation ne peut avoir d'incidences sur la régularité de la procédure de consultation, est largement critiquable. En effet, au titre du principe de transparence des procédures, il y a lieu de souligner que, dans certains marchés, le fait de ne pas publier ces éléments peut tout à fait contrevenir à l'obligation incombant au pouvoir adjudicateur de fournir une information claire et complète aux candidats(5). En cela que le degré d'information des entreprises est, entre autres, directement corrélé à la connaissance de la mise en œuvre de la pondération retenue par le pouvoir adjudicateur, la situation d'un candidat à l'obtention d'un marché peut être altérée par la publication ou la non-publication des méthodologies d'analyse. À ce titre, dès lors qu'il est établi que les offres des candidats auraient été différentes s'ils avaient eu connaissance de données complémentaires, se pose obligatoirement la question du respect de la transparence imposée par l'article 1er du CMP. Ainsi, lorsque les méthodes de notation recèlent des éléments susceptibles d'influer sur la préparation des offres, le fait de ne pas procéder à leur publication porte indéniablement atteinte au principe de transparence des procédures. Sans soutenir que les méthodologies d'analyse constituent

systématiquement des sources d'informations primordiales pour les candidats, il est nécessaire de souligner que « rares sont les hypothèses où [la] pondération, qui n'aurait pas été portée à la connaissance des candidats, ne comportera pas des éléments qui, s'ils avaient été connus des candidats lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation »(6). Ainsi, la configuration d'un manque d'informations caractérisé par l'absence de publication des méthodes de notation ne saurait être considérée comme marginale.

Par ailleurs, quoi que cela soit délicat dans la mesure où sont en jeu des questions fondamentales telles que la place du discrétionnaire dans la commande publique ou le degré de liberté dont doit disposer le pouvoir adjudicateur, l'on peut tout de même constater que, l'absence d'obligation de publier les méthodes de notation des offres pose une difficulté sur le plan du principe de l'égalité de traitement des candidats. Les propos consistant à souligner qu'« en l'absence de pondération et de toute obligation de motivation précise, l'arbitraire devient la règle [..]. Car faute de pondération des critères et de règles précises concernant leur évaluation dans les règlements de consultation [..] il est aisé de favoriser le candidat de son choix »(7) résument assez bien une des problématiques inhérentes à l'absence de publication des méthodes de notation. La teneur du problème est en réalité liée à la portée de la faculté, pour le pouvoir adjudicateur, de ne procéder qu'à la seule communication à l'AAPC ou aux documents de consultation de la pondération de chaque critère. À cet égard, « dire, par exemple, que le prix comptera pour 30 % ne signifie rien, si l'on ne précise pas selon quelle opération on passera d'une somme exprimée en euro à une note sur dix, vingt ou cent, que l'on multipliera par trois, pour établir, au total, le score obtenu, tous critères mélangés, par l'offre »(8). De même, soutenir que les délais seront pris en compte à hauteur de 20 % n'a de sens que s'il est précisé combien de points seront accordés par journée ou demi-journée d'exécution. Ainsi, il apparaît que la personne publique n'est en réalité que très peu liée par les pourcentages de pondération publiés ; étant libre de déterminer les méthodes d'appréciation au moment de l'examen des offres, elle conserve une marge de manœuvre colossale dans le choix de l'entreprise adjudicatrice. En effet, lorsque toutes les offres sont connues, n'est-il pas toujours possible d'établir une méthode de notation qui, tout en respectant la pondération publiée, aboutira à la désignation d'un candidat en particulier ? À ce titre, il est intéressant de rappeler que la CJCE a déjà eu l'occasion de préciser que les soumissionnaires doivent se trouver sur un pied d'égalité, aussi bien au moment où ils préparent leur offre qu'à celui où celles-ci sont évaluées(9).

Enfin, tel que cela apparaît en filigrane dans la réponse ministérielle du mois de mars 2007, l'opacité des méthodologies d'appréciation pose aussi problème au regard du principe de bonne administration. Outre l'inévitable suspicion engendrée par la non-communication de ces informations, force est de constater que, quand bien même leur publication n'aurait pas changé la teneur des offres présentées, rares seront les hypothèses « où le candidat évincé ne l'affirmera pas à l'appui de son recours »(10). Ainsi, la diffusion dès la phase de lancement de la procédure des méthodologies de notation aurait vraisemblablement pour effet de réduire la masse du contentieux en la matière. En sus des éléments d'insatisfaction précités, le contrôle juridictionnel de plus en plus approfondi des dispositions de l'article 53 du CMP milite en faveur d'une évolution jurisprudentielle.

B) Incidences de l'absence de publication et contrôle juridictionnel des dispositions de l'article 53 du CMP

Au titre du contrôle de l'application des dispositions de l'article 53 du CMP, on sait que le juge vérifie notamment « la cohérence des notes attribuées »(11) au regard des principes fondamentaux de la commande publique, que la nature subjective du critère dominant ne confère pas à l'acheteur public « une liberté de choix discrétionnaire »(12), ou encore que la mise en œuvre de la pondération rend compte de l'écart réel des offres(13). La jurisprudence témoigne également du contrôle effectué quant aux sous-critères de la pondération(14). Dans un premier temps, il a été considéré qu'une procédure serait régulière, quoi que la pondération des sous-critères n'ait pas été publiée, si cette dernière n'était pas susceptible de modifier des critères d'attribution du marché, de contenir des éléments qui auraient pu influencer la préparation des offres, ou d'être de nature à discriminer l'un des soumissionnaires(15). Reprise par le juge national(16), cette solution a finalement été modifiée : dès lors, la publication de la pondération d'un sous-critère n'est obligatoire que dans l'hypothèse où celui-ci s'apparente en réalité à un véritable critère(17).

La solution retenue par la jurisprudence quant aux sous-critères de la pondération enrichit la réflexion concernant la publication des méthodologies d'analyse des offres. Les questions posées par la nécessité de communiquer la pondération des sous-critères sont très proches, par leurs enjeux et leurs éléments constitutifs, de celles inhérentes à la diffusion des méthodes de notation. Pour l'une et l'autre, il s'agit notamment de déterminer si l'absence de publication de ces éléments nuit à la bonne information des candidats. Est-ce que les méthodologies d'analyse ou les sous-critères retenus par la personne publique influent dans une proportion telle sur la décision du pouvoir adjudicateur que leur communication est indispensable à la régularité de la procédure de consultation ? En matière de sous-critères, la jurisprudence estime que, si la réponse est affirmative (c'est-à-dire que le sous-critère s'analyse, en raison de son importance dans le choix final, en un véritable critère), la régularité de la procédure est entachée par l'absence de publication. Dans ces conditions, si l'on admet que dans certains cas, bien que l'article 53 soit muet sur ce point, la pondération d'un sous critère doit être connue, pourquoi ne pourrait-on pas convenir que la procédure ne peut être régulière que si les méthodes de notation ont été publiées ? Il n'y a, semble-t-il, qu'un pas entre l'examen de la nécessité de procéder à la publication des méthodologies d'appréciation et le fait de contrôler si un sous-critère représente ou non « une simple aide complémentaire et marginale à la décision »(18).

Une ordonnance récente du tribunal administratif de Marseille indique un changement de position de la jurisprudence sur cette question. Dans cette affaire, alors que l'absence de publication des méthodes de notation était soulevée par le requérant, le tribunal, ne se limitant pas à une simple mise en exergue du silence des dispositions de l'article 53 du CMP sur ce point, a estimé que les méthodologies d'évaluation des offres (en l'occurrence celles retenues pour apprécier le prix) n'avaient pas à être publiées sauf à ce que « ces modalités n'aient pour effet d'introduire de nouveaux critères d'appréciation ou de remettre en cause ceux retenus ou la pondération les concernant »(19). S'inspirant manifestement de la solution dégagée quant aux sous-critères de la pondération, le juge a cherché à s'assurer de l'absence de conséquences sur la régularité de la procédure de la non-publication des méthodologies de notation.

Bien que le caractère novateur de cette ordonnance soit à saluer, la solution retenue n'est pas pleinement satisfaisante. En effet, si le respect du principe de transparence des procédures paraît assuré par un contrôle juridictionnel consistant à vérifier que la non-publication des

méthodologies d'analyse n'altère pas, en raison des données qu'elles contiendraient, la bonne information des candidats, force est de constater que les difficultés concernant le principe d'égalité de traitement ne sont que peu diminuées. Sans présumer du sort de l'ordonnance du juge administratif de Marseille, on peut déjà noter que la marge de manœuvre significative dont dispose le pouvoir adjudicateur, résultant de la possibilité d'établir des méthodes de notation connaissance prise des caractéristiques des offres présentées, n'est nullement réduite par ce qui pourrait être la nouvelle teneur du contrôle juridictionnel en la matière. Cette question est la plus délicate puisqu'il semble qu'une pleine effectivité du principe d'égalité dépende nécessairement, dès le lancement de la procédure, d'un « enfermement » du choix de la personne publique au marché dans des méthodes de notation clairement définies. Or, une telle solution ne serait pas sans engendrer de nouvelles difficultés. À ce titre, il est sans doute nécessaire de se reporter aux réflexions et préconisations de la doctrine autorisée, selon lesquelles si « les candidats doivent disposer des informations nécessaires à l'élaboration de leurs soumissions », en revanche « il paraît souhaitable de ne pas obliger le pouvoir adjudicateur à figer ses méthodes avant l'ouverture des offres [...] le pouvoir adjudicateur ne doit pas être contraint de lier à l'excès son pouvoir d'appréciation ». L'auteur précise qu'en tout état de cause, la détermination des limites aux principes dont dispose l'article 1er du CMP « passe par une réflexion sur le pouvoir discrétionnaire »(20).

Références : - Art. 1er et 53 du CMP- TA Marseille 2 mars 2009, Société Sotec, n° 09-00786

.....
.....
(1) TA Caen (ord. de référé) 30 juin 2005, Sté Toffolutti, n° 0501387 : BJCP, n° 43, novembre 2005. Pour une solution différente : les barèmes de notation n'ont pas à être publiés dès lors que des méthodologies précises de notation existent au sein du document de consultation ou de l'AAPC. (2) TA Montpellier 28 septembre 2006, Sté Philip Frères, n° 0605115 : V. Guinot et A. Hourcabié, « Sur la nécessité de publier la méthodologie d'analyse des offres », CP-ACCP n° 62, janvier 2007, p. 46. (3) TA Montpellier 27 juin 2008, Sté G. Gorce c/Pays de l'Or, n° 0802318 : en l'espèce, trois critères étaient prévus au marché ; le prix était pondéré à hauteur de 40 %, de telle sorte que la publication de la formule mathématique permettant de comprendre la note obtenue par le candidat sur ce seul critère ne liait pas le pouvoir adjudicateur. (4) Rép. min. n° 21229 (JO Sénat Q, 8 mars 2007, p. 534 ; Q. 19 janvier 2006, B. Piras) : Contrats marchés publ., juin 2007 : « La pondération des critères de choix des offres doit-elle obligatoirement s'exprimer en pourcentage ? Quel niveau d'information doit être communiqué aux candidats ? », p. 37-38. (5) CE 22 mars 2000, Lasaulce, n° 2078804 - CE 19 octobre 2001, Région de la Réunion - TA Nice 27 juin 2006, Asso. Environnement Méditerranée. (6) Contrats marchés publ. n° 291, W. Zimmer. (7) N. Charrel, « Observations du comité de rédaction », CP-ACCP, n° 69, septembre 2007. (8) D. Chabanol, J.-P. Jouguelet et F. Bourrachot, Le régime juridique des marchés publics, Paris, Éd. Le Moniteur, 2007, p. 233. (9) CJCE 18 octobre 2001, SIAC Construction Ltd c/County Council of the County of Mayo, aff. C-19/00 : Rec. 2001, p. I-07725 - CJCE 25 avril 1996, Commission c/Belgique, aff. C-87/94 : Rec. 1996, p. I-2043. (10) P. Proot, « Critères d'attribution : la CJCE fait le point », CP-ACCP, n° 77, mai 2008. (11) CAA Bordeaux 30 octobre 2007, Dpt de la Dordogne, n° 05BX00588 : Jurisdata n° 2007-348424, note F. Linditch ; JCP A, n° 52, décembre 2007. (12) CE 28 avril 2006, Cne de Toulouse, n° 280197 : concl. D. Casas, note C. Maugué, « Un contrat de mobilier urbain est-il un marché public en dépit de l'absence d'exonération de redevance domaniale ? La pondération du critère esthétique à hauteur de 50 % porte-t-elle atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats et de transparence de la procédure ? », BJCP, n° 47, septembre 2006, p. 268 et s. (13) TA Melun 10 janvier 2008, Sté Mabillon, n° 0709307/2 : « Tel n'est pas le cas d'une notation qui attribue à chaque candidat une note de 10, 8, 6 etc., selon le rang de classement du prix proposé sans tenir compte de l'écart réel entre les différents prix » - TA Melun 6 mars 2008, n° 0801217/2, Préfet de Seine-et-Marne c/Smitom Centre Ouest Seine-et-Marnais : Contrats marchés publ., juin 2008, note W. Zimmer, p. 27 : « L'évaluation des offres au regard de chacun des critères retenus doit se faire de façon objective ; que tel n'est pas le cas d'une notation qui attribue 40 points à l'offre la moins disante et 0 point à la plus disante sans tenir compte de l'écart réel entre les différents prix. » (14) E. Derouesne et A. Stefanini-Coste, « Le juge au service de l'effet utile du code des marchés publics : son office en matière d'allotissement et de sous-critère », Contrats marchés publ., p. 8 et s. (15) CJCE 24 novembre 2005, ATI EAC Srl e Viaggi di Mao SNC, aff. C-331/04 : JCP A, 2005, 1389, p. 1886, note F. Linditch. (16) TA Saint Denis de la Réunion 23 juillet 2007, Préfet de la Réunion, n° 0700546. (17) CAA Bordeaux 12 octobre 2007, Région de la Réunion c/Préfet de la Réunion, n° 07BX01819 : Contrats marchés publ., 2007, comm. 291, note W. Zimmer ; BJCP, 2007, p. 500 ; AJDA, 2008, p. 44, note J.-D. Dreyfus. (18) W. Zimmer, « Publicité de la pondération des sous-critères et avis d'appel public à la concurrence », Contrats marchés publ., n° 11, novembre 2007, comm. 291. (19) TA Marseille 2 mars 2009, Sté Sotec, n° 09-00786 : W. Zimmer et F. Llorens, « Critères de jugement des offres : modalités d'application ne constituant pas de nouveaux critères - absence d'obligation de publicité », Contrats marchés publ., n° 5, mai 2009, comm. 157. (20) L. Richer, « La transparence et l'obstacle », Mélanges Guibal, vol. I, p. 83, Presses universitaires de Montpellier I, 2006.

SOURCES OFFICIELLES

Article 1

Code des marchés publics (édition 2006) | 01/04/2016

Article 53

Code des marchés publics (édition 2006) | 19/12/2008

Cour Administrative d'Appel de Bordeaux, 6ème chambre (formation à 3), 30/10/2007, 05BX00588, Inédit au recueil Lebon
Arrêt, Bordeaux | 30/10/2007

Conseil d'Etat, 7ème et 2ème sous-sections réunies, du 28 avril 2006, 280197, mentionné aux tables du recueil Lebon
Arrêt, Conseil d'Etat | 28/04/2006

SUR LE MÊME SUJET

PDF de l'article

01/09/2009