

2143 Procédure adaptée, information des candidats sur les sous-critères de sélection et négociation

Sous peine de censure, en procédure adaptée, le pouvoir adjudicateur est tenu d'informer les candidats de manière exhaustive sur les éléments d'appréciation du critère de la valeur technique. Il lui incombe également de respecter l'égalité de traitement des candidats en cas de recours à la négociation.

TA Orléans, ord., 15 janv. 2013, n° 1204125, Société Novacyt

(...)

● 1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que par un avis d'appel à la concurrence publié au bulletin officiel des annonces des marchés publics le 15 mai 2012, le centre hospitalier régional d'Orléans a lancé une procédure adaptée d'appel d'offres ayant pour objet l'attribution d'un marché de fourniture, mise en service et maintenance d'un automate de cytologie dans le service d'anatomopathologie avec fourniture de réactifs et consommables associés ; que la date limite de réception des offres était fixée au 5 juin 2012 à 16 heures ; que seules les sociétés Hologic France et Novacyt ont présenté une offre ; que par lettre en date du 11 décembre 2012, le directeur du centre hospitalier régional d'Orléans a informé la société requérante que son offre n'avait pas été retenue, que le marché était attribué à la société Hologic France et qu'un délai de onze jours sera respecté entre la date de publication de l'avis d'intention de conclure au Journal officiel de l'Union européenne et la date de conclusion du marché ; que par lettre du 15 décembre 2012, la société requérante a demandé au pouvoir adjudicateur de lui communiquer les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue, en particulier en ce qui concerne le critère A ;

● 2. Considérant qu'aux termes de l'article L 551-1 du Code de justice administrative : « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public. Le juge est saisi avant la conclusion du contrat » ; qu'aux termes de l'article L 551-2 du même code : « Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses au prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations » ; Sur les conclusions tendant à l'annulation de la procédure de passation du marché et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête :

● 3. Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article L 551-1 du Code de justice administrative, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements ; qu'il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte un avantageant une entreprise concurrente ;

● 4. Considérant que, pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le

cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères ; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné ; qu'en outre, si le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en œuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères, il doit porter à la connaissance des candidats leurs conditions de mise en œuvre dès lors que ces sous-critères 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 ; qu'en revanche, il n'est pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres ;

● 5. Considérant que selon l'article 11 du règlement de la consultation, le jugement des offres était opéré sur trois critères tenant l'un à la valeur technique du matériel (critère A) affecté d'un coefficient de pondération de 5, l'autre au coût (critère B) affecté d'un coefficient de pondération de 3 et le dernier à la prestation SAV (critère C) affecté d'un coefficient de pondération de 2 ; que s'agissant de la valeur technique du matériel, le règlement précise que « ce critère sera évalué notamment au vu de l'ergonomie, de la facilité d'utilisation des matériels et de la convivialité des logiciels, des possibilités d'évolution » ; que si l'article 7.2.3 du cahier des clauses particulières (CCP) précisait suffisamment les caractéristiques techniques demandées pour l'automate de cytologie en cause, les indications précitées du règlement de la consultation relatives à l'évaluation du critère de la valeur technique du matériel conféraient au pouvoir adjudicateur, en raison de leur imprécision résultant en particulier de l'emploi du terme « notamment » et dès lors qu'aucun autre document du dossier de consultation ne suppléait cette imprécision, un libéreté de choix discrétionnaire s'agissant du critère de la valeur technique lequel était prépondérant dans la notation des offres ; que, dans ces conditions, le centre hospitalier a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; que ce manquement, relatif à l'insuffisance de précisions sur les conditions de mise en œuvre du critère de la valeur technique, est susceptible d'avoir lésé la société requérante au stade de l'examen des offres dès lors qu'elle a obtenu, avant la négociation qui n'a d'ailleurs eu lieu qu'avec la Société Hologic France, la meilleure note au critère du coût (critère B) et au critère de la prestation SAV (critère C) et que la différence entre la note globale obtenue par elle avant négociation, soit 65,00, et celle obtenue par la société Hologic France, soit 68,32, n'est que de 3,32 points ; qu'ainsi, ce manquement justifie l'annulation de la procédure de passation du marché ; (...)

NOTE

La réforme du droit des marchés publics opérée par les décrets n° 2008-1355 et n° 2008-1356 du 19 décembre 2008 a significativement accru le nombre d'achats publics pouvant être réalisés selon une procédure adaptée. Bien qu'étant devenue la procédure de droit commun de passation des marchés publics, celle-ci n'est que très peu abordée par les textes. La jurisprudence administrative travaille donc à lui fixer un cadre général, entre la libre détermination par le pouvoir adjudicateur des modalités de publicité et de mise en concurrence censée la caractériser et les principes généraux de la commande publique. L'ordonnance du tribunal administratif d'Orléans ici commentée s'inscrit dans ce cadre et contribue à en préciser les modalités de mise en œuvre.

En mai 2012, le centre hospitalier régional d'Orléans lançait une procédure adaptée d'appel à la concurrence dans le cadre de l'article 28 du Code des marchés publics en vue de l'attribution d'un

marché de fourniture, mise en service et maintenance d'un automate de cytologie, avec fourniture de réactifs et consommables associés. Seules deux sociétés présentèrent une offre. Informée le 11 décembre 2012 par le centre hospitalier du rejet de la sienne, la société Novacyt forma devant le tribunal administratif d'Orléans un recours en référé précontractuel sur le fondement de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative. La requérante demandait l'annulation de la procédure de passation et invoquait à l'appui de sa demande divers manquements par le pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence. Elle lui reprochait notamment d'avoir insuffisamment détaillé les conditions de mise en œuvre de l'un des trois critères retenus pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse et de l'avoir évincée de la négociation prévue par le règlement de la consultation et effectivement menée avec sa concurrente, la société Hologic, dont l'offre fut retenue.

1. La question de l'information des candidats sur les critères d'attribution du marché est celle qui retient le plus longuement le tribunal et qui détermina l'issue du litige.

Le juge des référés rappelle les principes posés par le Conseil d'État en la matière. Le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures énoncés à l'article 1^{er} du Code de marchés publics – principes qui s'appliquent à toutes les procédures de marchés publics, y compris non formalisées (CE, avis, 29 juill. 2002, n° 246921, *Sté MAJ Blanchisserie Pantin* : *JurisData* n° 2002-064109 ; *Rec. CE* 2002, p. 297 ; *AJDA* 2002, p. 755, note J.-D. Dreyfus ; *BJCP* 2002, n° 25, p. 427, *concl. D. Piveteau*) – implique l'obligation pour le pouvoir adjudicateur d'informer les candidats des critères d'attribution du marché, dès l'engagement de la procédure d'attribution, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats. Plus précisément, si le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, cette information appropriée des candidats doit porter également sur « les conditions de mise en œuvre de ces critères » (CE, 30 janv. 2009, n° 290236 : *JurisData* n° 2009-074852 ; *Rec. CE* 2009, p. 3 ; *JCP A* 2009, act. 142 ; *RJEP* juill. 2009, *comm.* 32, note D. Moreau ; *Contrats-Marchés publ.* 2009, *comm.* 121, note W. Zimmer ; *BJCP* 2009, n° 64, p. 201, *concl. B. Dacosta* ; *AJDA* 2009, p. 602, note J.-D. Dreyfus ; *Rev. Lamy Coll. terr. mai 2009*, n° 46, p. 35, note E. Glaser ; *RDI* 2009, n° 4, p. 242, *obs. S. Braconnier*). Cette solution faisait en quelque sorte déjà partie du paysage juridique. Elle présente l'intérêt de renforcer la cohérence des principes relatifs à l'information des candidats aux marchés publics quelle que soit la procédure applicable (procédure adaptée ou procédure formalisée). Surtout, elle est logique : comme l'écrivait le rapporteur public M. Dacosta, « les critères, c'est la règle du jeu, et on n'imagine [...] pas qu'une collectivité se lance dans une procédure de passation d'un marché public sans avoir la moindre idée de la façon selon laquelle elle appréciera les offres reçues ». Une simple énumération des critères sans aucune indication sur leur importance respective aux yeux du pouvoir adjudicateur aurait au demeurant placé les candidats dans une situation analogue à celle qui aurait été la leur en l'absence totale d'information.

Restait néanmoins à déterminer ce qu'il convient d'entendre par « conditions de mise en œuvre » des critères. Leur pondération préalable n'a pas été érigée par le Conseil d'État en exigence systématique, ni même à proprement parler leur hiérarchisation. Néanmoins, comme le relevait Bertrand Dacosta notamment pour les marchés proches du seuil des 90 000 €, les pouvoirs adjudicateurs ont tout intérêt à privilégier la méthode de la pondération lorsqu'elle est possible, afin de s'épargner un débat sur ce point à l'occasion d'éventuels contentieux. De fait, c'est ce que font très souvent les pouvoirs adjudicateurs (c'était d'ailleurs le cas en l'espèce). Il était également possible de déduire de la décision de 2009 que si la seule condition de mise en

œuvre envisageable des critères passait par la définition de sous-critères, le pouvoir adjudicateur aurait l'obligation à la fois de fixer des sous-critères et de leur accorder une publicité suffisante.

Le Conseil d'État a complété ce cadre jurisprudentiel applicable aux marchés publics passés selon une procédure adaptée par une décision du 2 août 2011, *Syndicat mixte de la vallée de l'Orge Aval* (CE, 2 août 2011, n° 348711, *Syndicat mixte Vallée Orge Aval* : *JurisData* n° 2011-015772 ; *Rec. CE* 2011, *tables p.* 1006 ; *JCP A* 2011, *act.* 587 ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, *comm.* 286, W. Zimmer ; *RJEP* 2012, n° 694, *comm.* 8, note F. Brenet ; *AJDA* 2011, p. 2180, note E. Busson ; *CP-ACCP* 116/2011, p. 56, note E. Lanzarone ; *BJCP* 2011, p. 435, *concl. B. Dacosta* ; *Gaz. Pal.* 2011, n° 273, p. 33 ; note C. Gisbrant-Boinon), dont l'apport est repris par l'ordonnance commentée. Lorsque le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en œuvre les critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères, il lui incombe de porter à la connaissance des candidats les conditions de mise en œuvre de ceux-ci dès lors qu'ils sont « susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection ». La question précédemment posée se trouve donc déplacée un peu plus loin : dans la mesure où la Haute juridiction ne s'est pas contentée de limiter cette obligation de publicité à la seule hypothèse où l'influence exercée par les sous-critères est « significative » – ce qui limite certes la liberté des pouvoirs adjudicateurs mais évite également des divergences d'appréciation sur la question – ne faut-il pas considérer que tout sous-critère, quel qu'il soit, est par nature susceptible d'influencer la présentation des offres et qu'il doit donc être porté à la connaissance des candidats ?

Le Conseil d'État eut l'occasion de préciser – le tribunal d'Orléans le rappelle – que les méthodes de notation des offres ne sont pas assimilables à des sous-critères et qu'elles n'ont dès lors pas à être communiquées aux candidats (CE, 31 mars 2010, n° 334279, *Collectivité territoriale de Corse* : *JurisData* n° 2010-003023 ; *Rec. CE* 2010, *tables p.* 848 ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, *comm.* 240, note Ph. Devillers ; *JCP A* 2010, 2195, note F. Linditch ; *BJCP* sept. 2010, p. 241, *concl. N. Boulouis*). Néanmoins, dans une ordonnance du 29 avril 2010, le juge des référés du tribunal administratif d'Orléans avait ensuite eu l'occasion de préciser que le choix de la méthode de notation devait respecter les principes fondamentaux de la commande publique et que le pouvoir adjudicateur devait donc pouvoir en justifier devant le juge. Les « règles du jeu » doivent demeurer objectives.

Pour le reste, il semble que pèse en réalité sur les pouvoirs adjudicateurs l'obligation de porter à la connaissance des candidats les sous-critères servant à mettre en œuvre tout critère « mou » d'attribution d'un marché public, autrement dit, en pratique, tout critère dont le contenu n'est pas facilement prévisible comme peut l'être le prix ou le délai de livraison. L'acheteur public doit donc communiquer aux candidats les sous-critères qui lui serviront nécessairement à apprécier des critères au contenu vague tels que la valeur technique, le critère environnemental ou encore le critère esthétique (V. sur ce critère CE, 28 avr. 2006, n° 280197, *Cne Toulouse* : *JurisData* n° 2006-070072 ; *Rec. CE* 2006, *tables p.* 948 ; *JCP A* 2006, *act.* 373 ; *BJCP* 2006, p. 268, *concl. D. Casas, obs. C. Maugué* ; *Contrats-Marchés publ.* 2006, *comm.* 165, note G. Eckert, *CP-ACCP* 2006, n° 56, p. 64, note L. Renouard : la seule mention de l'utilisation du « critère esthétique » sans autre précision sur les attentes du pouvoir adjudicateur confère à ce dernier une liberté de choix discrétionnaire).

Il ne s'agit cependant là que d'un indice : l'élément déterminant reste la prévisibilité du critère pour tout candidat normalement diligent. C'est ainsi que l'on peut comprendre la décision du juge des référés de Lille annulant une procédure de passation lancée par un pouvoir adjudicateur qui exigeait des candidats, s'agissant du critère du prix, qu'ils proposent cinq prix relatifs à des types distincts de prestations sans leur avoir fourni la moindre précision sur l'impor-