

Les critères de la discorde

Le dossier de ce numéro 129, consacré aux critères et sous-critères, touche au cœur du contentieux de la passation des contrats publics, en référé précontractuel en particulier, qui est désormais l'axe principal de contestation, sous réserve de la démonstration de la lésion pour l'entreprise requérante. Ces critères de sélection ou d'attribution cristallisent toutes les préoccupations de la commande publique.

Par leur objet d'abord. Ils doivent traduire avant tout la bonne définition des besoins et la bonne appréciation des conditions de réponse avec ceux-ci. Sans rapport avec les conditions d'exécution des prestations, ils n'auront plus de portée. Il s'agira par exemple du critère « délai d'exécution » qui, faute d'avoir prévu au cahier des charges des pénalités de retard, ne pourra être mis en œuvre sans risque; ou encore du critère « valeur technique » fondé sur des exigences exclusives de spécialisation alors que la nature des prestations juridiques en cause ne le justifiait pas. Trop éloignés de l'objet, ils seront sanctionnés. Ils peuvent traduire le souhait de prendre en compte des préoccupations sociales ou environnementales à condition que les conditions de mise en œuvre soient claires et non équivoques. Mais manifestement le juge – à Douai au moins⁽¹⁾ – semble avoir une conception très éloignée de ces préoccupations, davantage occupé qu'il est à annuler des marchés intégrant une dimension d'intégration par l'emploi, apparemment hors sujet s'agissant de marchés de déménagement, quand d'autres peuvent considérer que ne pas prévoir de critères environnementaux pour des marchés touchant à l'environnement est encore acceptable aujourd'hui...

Par leur poids également. Compte tenu d'un « indice de masse contentieuse » important, les critères d'attribution sont à consommer avec pondération pour ce qui concerne les marchés publics conclus selon les procédures formalisées. Tel ne sera pas le cas toutefois des critères de sélection des candidatures pour lesquels la pondération n'est pas obligatoire; pas davantage pour les Mapa et les concours (quoiqu'en dise la circulaire du 14 février 2012), ni les délégations de service public. Surtout lorsque le poids qui leur

est conféré peut nécessiter d'en préciser les contours dans la mesure où, comme la valeur esthétique, ils peuvent revêtir une certaine subjectivité.

Par leur absence de neutralité mais sans parti pris de protectionnisme. Si un critère doit avoir une nationalité, il ne pourra pas être suisse. Son devoir, c'est de ne pas être neutre, faute de quoi il revient à s'annuler au profit du critère suivant, ce qui n'est pas sa vocation. Pour autant, il ne doit pas non plus être protectionniste, même pour les marchés de la défense.

Par leur pluralité en cas de complexité. Le choix du critère unique du prix n'est en effet possible qu'en raison d'une absence avérée de complexité des prestations à mettre en œuvre, faute de quoi la pluralité des critères d'attribution devra être retenue.

Par l'information claire – mais par trop – qu'il convient d'en donner. Par principe, l'exigence en la matière ne semble pas si transparente qu'elle mériterait de l'être, notamment sur les conditions de mise en œuvre de formules magiques plus ou moins abscones – pour ne pas dire obscures – en matière de prix; à condition toutefois qu'il s'agisse bien d'une simple méthode de notation et pas des conditions particulières spécifiques. Car en principe l'absence d'information suffisante sur le poids de chaque critère doit être sanctionnée si, dans l'hypothèse où elle aurait été communiquée au préalable aux candidats, cette information est susceptible d'influencer les conditions de présentation de leurs offres.

Tous ces éléments sont bien désormais au cœur des débats lors de l'établissement des cahiers des charges, de la rédaction du rapport d'analyse des offres, de la motivation des lettres de rejet, de la contestation qui en est faite devant le juge du référé précontractuel statuant à l'aune de la lésion qui peut en avoir découlé et, pour finir, lors du contentieux de fond, au regard de l'erreur manifeste d'appréciation qui a pu en être faite et les préjudices qui en découlent. Sans que ce dossier soit un concordat, il faudra s'accorder le temps de faire le tour de toute cette discorde autour des critères. ■

Nicolas Charrel
SCP Charrel et Associés

(1) CAA Douai 29 décembre 2011, Région Nord-Pas-de-Calais, req. n° 10DA01501.