

Quelles limites à la subjectivité des critères de sélection ?

Progressivement encadrée, l'expression de la légitime subjectivité des acheteurs publics en matière de définition et de mise en œuvre des critères de sélection des offres doit être conciliée avec le principe d'égalité de traitement entre les candidats, la recherche nécessairement subtile d'un point d'équilibre entre subjectivité et égalité pouvant toutefois apparaître comme inachevée.

Parmi les principes fondamentaux de la commande publique, le plus difficile à garantir est certainement l'égalité de traitement entre les candidats.

La transparence passe, pour l'essentiel, par l'élaboration d'un dossier de consultation détaillé et l'envoi d'une motivation complète sur les motifs de rejet d'une offre.

On échappe à la critique sur la liberté d'accès en prenant soin de ne pas imposer des conditions trop restrictives à la remise d'une offre.

Mais réaliser l'égalité de traitement entre tous les soumissionnaires est plus ambitieux.

Certains n'y croient même pas : « L'égalité peut être un droit, mais aucune puissance humaine ne saurait la convertir en fait »⁽¹⁾.

De fait, le manquement à l'égalité de traitement est un rouage essentiel de la mécanique qui conduit au référé précontractuel.

Car c'est là que s'instille le doute qui peu à peu conduit le candidat déçu jusqu'à la suspicion, puis à l'action contentieuse où la critique des critères de sélection des offres est quasiment un exercice imposé du référé précontractuel.

Il va consister à opposer égalité et subjectivité, en partant notamment du postulat qu'il ne peut y avoir de garanties d'une véritable égalité de traitement dès lors que l'application d'un critère dépendra d'un point de vue particulier reflétant nécessairement des préjugés personnels.

Hormis le critère du prix ou ceux supposant la mise en œuvre d'une formule de notation arithmétique (comme

Auteur

Vincent Michelin

Christophe Cabanes

Avocats à la Cour

Selarl Cabanes-Neveu & Associés

Mots clés

Contrôle du juge • Notation • Principe d'égalité de traitement

(1) Honoré de Balzac, in *La Comédie humaine*, Troisième livre « Scènes de la vie parisienne ».

cela peut parfois être le cas du critère « délais d'exécution », tous les autres critères peuvent se prêter à la critique d'une trop grande subjectivité qui peut s'exprimer à différents niveaux : un critère peut être subjectif dans son objet (critère esthétique, environnemental...), dans sa définition, dans ses modalités de mise en œuvre ou encore dans sa notation.

La réglementation de la commande publique a toujours préconisé des critères de choix laissant une large part à la subjectivité que la jurisprudence a cherché à combiner avec le principe d'égalité, sans toutefois véritablement parvenir à lever les doutes quant au respect effectif de ce dernier principe, ce qui est probablement la contrepartie de la liberté de choix.

Si elles demeurent intrinsèques à l'analyse d'une offre, les difficultés liées à l'expression d'une subjectivité trop importante peuvent toutefois être anticipées et peut-être mieux maîtrisées, tant du côté des acheteurs publics que des candidats.

Une subjectivité progressivement encadrée par le principe d'égalité de traitement

Au stade de la définition des critères

L'intensité des contentieux en référés précontractuels pourrait permettre de croire que tout a déjà été tranché par le juge et qu'il n'y a donc plus rien à dire sur le sujet.

De fait, une jurisprudence importante a complété les orientations fixées par les diverses réglementations sur la commande publique.

On sait que pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur peut, aux termes des dispositions de l'article R. 2152-7 du Code de la commande publique (ci-après « CCP ») se fonder « sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution ».

S'en suit une liste indicative de vingt critères réglementaires, et pour la fixation desquels l'acheteur public dispose d'une marge de manœuvre relativement large, pour autant que les critères ainsi retenus soit liés à l'objet du marché.

Parmi ces critères réglementaires, la jurisprudence a, depuis un célèbre arrêt *Commune de Toulouse* du 28 avril 2006⁽²⁾, distingué les critères objectifs des critères subjectifs qui nécessitent par essence d'être précisés par les pouvoirs adjudicateurs lorsqu'ils sont prépondérants dans le choix des offres, l'objectif étant d'éviter que ces derniers ne disposent d'une liberté de choix discrétionnaire.

En matière de critères subjectifs, l'effectivité des principes d'égalité de traitement et de transparence a

d'abord été garantie par l'obligation faite aux acheteurs publics d'informer les candidats de l'ensemble des éléments qui seront pris en considération pour juger les offres, et ce dès l'engagement de la procédure⁽³⁾, et de formuler les critères de sélection « de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents de les interpréter de la même manière »⁽⁴⁾.

S'est ensuite ajoutée une obligation faite aux personnes publiques de porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation des 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⁽⁵⁾.

Enfin, tous les critères qui sont désormais « entachés d'incertitudes », pour reprendre la formule du Conseil d'État, constituent un manquement de la personne publique à ses obligations de publicité et de mise en concurrence⁽⁶⁾.

L'équilibre parfois subtil à trouver entre expression d'une légitime subjectivité de l'acheteur public au stade de la définition de ses critères de sélection et garantie suffisante de l'égalité de traitement, a notamment donné lieu à plusieurs décisions en matière de critères environnementaux qui sont d'autant plus intéressantes qu'elles concernent un critère subjectif relativement récent, auquel les acheteurs publics ont de plus en plus fréquemment recours.

On retient de la jurisprudence que si un pouvoir adjudicateur conserve une marge de manœuvre réelle dans la définition de son critère, qui peut par exemple prendre la forme d'un critère relatif au « bilan carbone » des candidats, celle-ci ne saurait pour autant lui conférer un trop large pouvoir d'appréciation à raison d'une définition insuffisamment précise du contenu du critère.

Par un arrêt désormais célèbre, le Conseil d'État a ainsi jugé que : « que le juge des référés a relevé, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, que pour attribuer une note au titre du sous-critère relatif à l'impact environnemental, regardé lui-même comme un critère de sélection, le pouvoir adjudicateur avait exigé la production d'un bilan carbone sans en préciser le contenu ni en définir les modalités d'appréciation ; qu'ayant en conséquence souverainement relevé, sans dénaturer les pièces du dossier, que des incertitudes et contradictions affectaient ainsi la sélection des offres, il n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que le pouvoir adjudicateur avait manqué, à ce titre, à ses obligations de publicité et de mise en concurrence »⁽⁷⁾.

(3) CE 30 janvier 2009, ANPE, req. n°290236.

(4) CJCE 18 octobre 2001, SIAC Construction, aff. C-19/00.

(5) CE 18 juin 2010, Commune de Saint-Pal-de-Mons, req. n° 337377.

(6) CE 28 mai 2014, Commune de Dijon, req. n° 375941.

(7) CE 15 février 2013, Société Derichebourg, req. n° 363921.

(2) CE 28 avril 2006, Commune de Toulouse, req. n° 280197.

Plus récemment, à propos de la passation d'un contrat de concession relatif à la gestion du Zénith de Nantes Métropole, le tribunal administratif de Nantes, statuant en matière de référé précontractuel, a jugé qu'un critère du « développement durable » qui était susceptible d'interprétation de la part des candidats, faute de toutes précisions sur la ou les composantes du développement du durable qui sera(ient) effectivement prise(s) en compte^[8], laissait à l'acheteur une marge d'appréciation discrétionnaire incompatible avec le respect du principe d'égalité de traitement :

« 9. Il résulte de l'instruction d'une part qu'outre l'appellation de ce critère, l'article 14 du projet de cahier des charges de la concession indique : « L'exploitant s'engage à mettre en œuvre dans le cadre de sa démarche qualité, une politique de développement durable transversale dont les actions sont décrites en annexe 2 », selon cette annexe « le candidat proposera une politique de développement durable transversale tant sur l'accessibilité du public, l'accueil des manifestations, la gestion des équipements et des énergies ». Toutefois, il ne ressort d'aucun document de la consultation que la collectivité publique ait défini cette notion de développement durable. Si Nantes Métropole fait valoir que cette appellation se suffit à elle-même et qu'il n'y avait pas lieu de l'expliquer, les sociétés requérantes soutiennent, sans être sérieusement contredites, qu'il ressort de la notification du rejet des offres que la collectivité publique a entendu privilégier la dimension environnementale. Dans ces conditions, et alors que cette notion de développement durable recouvre plusieurs dimensions, ce critère ne peut être regardé comme suffisamment précis et objectif au sens des dispositions citées au point 6 »^[9].

C'est donc bien le degré de précision de l'objet et du contenu d'un critère qui permet de limiter, au stade de l'analyse des offres, l'expression d'une trop grande subjectivité de l'acheteur public.

Au stade de la mise en œuvre des critères

À ce stade, la jurisprudence s'est principalement attachée à encadrer l'expression d'une marge d'appréciation trop importante des acheteurs publics par un contrôle simple à réaliser qui consiste à vérifier la bonne l'application des critères tels qu'ils ont été annoncés.

Le principe de transparence se combine ici avec celui d'égalité de traitement : « Dire ce que l'on va faire » (transparence), et « faire ce que l'on a dit » (égalité de traitement).

Dans cette perspective, entachent évidemment la procédure de passation d'illégalité :

- la suppression de l'un des critères mentionnés dans l'avis de publicité^[10] ;
- l'insertion ou l'utilisation, en cours de consultation, de tout nouveau critère^[11].

Mais plus globalement, le Conseil d'État considère, en matière de passation de marchés publics comme de contrat de concession, qu'un acheteur public ne peut modifier les modalités de mise en œuvre des critères de sélection des offres sans en informer les candidats en temps utile et, en tout état de cause, avant le dépôt des offres^[12].

Il faut revenir à la décision de première instance, initialement annulée par la cour administrative d'appel de Lyon, puis confirmée par la Haute juridiction^[13].

Le Conseil d'État a en effet validé la décision du tribunal administratif de Dijon qui avait annulé une délégation de service public au motif pris de ce que les paramètres de jugement ne « ne correspondaient que partiellement et incomplètement à ceux que le syndicat s'était lui-même fixés ».

Progressivement encadrée par le principe d'égalité de traitement, la légitime subjectivité des acheteurs publics en matière de définition des critères et d'analyse des offres peut toutefois rapidement basculer vers une forme de partialité, que la réglementation comme la jurisprudence peinent parfois à limiter.

Une subjectivité encadrée qui ne préserve toutefois pas totalement de la partialité

Une marge de manœuvre réelle des acheteurs publics au stade de la définition et des conditions de mise en œuvre des critères

Elle l'est tout d'abord par le fait qu'il existe une limite aux précisions attendues sur les critères de choix et leur contenu.

Ainsi aucune décision de la Haute juridiction n'a jamais imposé à un pouvoir adjudicateur d'informer les candidats à une procédure de passation des éléments d'appréciation qui seront mis en œuvre pour l'évaluation d'un sous-critère, alors que la mise en œuvre de tels éléments d'appréciation peut se révéler décisive pour l'attribution d'un contrat.

C'est même tout le contraire en l'état du droit positif, le Conseil d'État ayant jugé que :

[8] Voir sur ce point la définition donnée par Rapport Brundtland « Our common future » [1989] qui parle d'un développement économiquement efficace, socialement équitable et écologiquement soutenable, cette triple dimension du développement durable étant désormais reprise à l'article L. 2111-1 du CCP.

[9] TA Nantes 1^{er} août 2018, Société S-PASS, req. n° 1806520 et 1806700.

[10] CAA Marseille 15 octobre 2009, Joseph X, req. n° 07MA03623.

[11] CE 5 janvier 2011, Société Voyages Dupas Lebeda, req. n° 342158 ; voir également TA Limoges 30 novembre 2006, France Télécom c/ Syndicat mixte Dorsal, req. n° 0500310, *JCP A* 2007, n° 2146.

[12] CE, 30 juillet 2014, Sté Lyonnaise des Eaux, req. n° 369044

[13] TA Dijon 29 mars 2012, Société Lyonnaise des Eaux, req. n° 1100951.

« Considérant, en deuxième lieu, que le pouvoir adjudicateur, à qui il était loisible de définir des sous-critères permettant d'apprécier la valeur technique des offres, pouvait, eu égard à l'objet du marché, retenir que celles-ci seraient appréciées en tenant compte de la provenance et de la qualité des matériaux ; qu'il n'avait pas à préciser, au-delà de ce qu'il a fait, la portée qu'il donnait à la provenance des matériaux, laquelle constitue un des éléments d'appréciation de leur qualité ; que la seule circonstance que ces matériaux devaient répondre aux normes minimales fixées par un label n'enlevait pas sa pertinence au critère de qualité retenu par l'appel d'offre ; que le sous-critère relatif à l'organisation du chantier, le phasage et le planning afin de respecter les délais tendait à mesurer la capacité technique de l'entreprise à respecter des délais d'exécution prévus dans les documents contractuels ; qu'il était ainsi en rapport avec l'objet du marché et n'avait pas à être individualisé sous la forme d'un critère à part entière ; qu'il y a lieu dès lors d'écarter les moyens du groupement tirés de l'absence de pertinence et de l'imprécision des critères retenus »^[14].

Or, il faut bien admettre que le fait de préciser les sous-critères qui seront mis en œuvre ne suffit pas toujours en soi à éclairer les candidats et à éviter qu'une zone d'ombre ne cache une forme de partialité.

Le critère de la valeur technique sera-t-il véritablement éclairé par l'information selon laquelle un sous-critère lié aux matériaux sera mis en œuvre ?

Car, sans information sur les paramètres d'appréciation, comment savoir si l'acheteur public entendra apprécier la qualité des offres au regard de la provenance des matériaux^[15], de leur durabilité, ou encore de leur caractère esthétique ?

Et comment savoir si l'acheteur public préférera l'acier, le bois, le verre...

Faut-il attendre la décision de choix pour l'apprendre ?

S'il doit nécessairement exister un lien entre un paramètre d'appréciation et un sous-critère, qui doit de la même manière être lié à l'objet du critère auquel il se rattache, le degré d'information requis des acheteurs publics en matière de contenu des critères paraît aujourd'hui encore insuffisant pour considérer que la frontière entre expression d'une légitime subjectivité et partialité est véritablement étanche.

Ce constat semble d'autant plus s'imposer que des conditions de mise en œuvre parfois hautement subjectives de critères de sélection ont été sauvées par le juge.

C'est le cas, par exemple, dans une récente affaire en matière d'assainissement collectif.

Le Conseil d'État a ainsi validé des modalités de mise en œuvre de critères de sélection dont on doit bien avouer qu'elles étaient relativement absconses, puisque consistant en l'attribution de signes relatifs à des « points forts significatifs (++) », des « points forts (+) », des « points neutres (=) », des « points faibles (-) » et des « points faibles significatifs (--) » puis à l'application d'une fourchette de points exprimés en pourcentage de la note du critère ou sous-critère en fonction de la catégorie de « signes » dans laquelle se situait l'offre^[16].

L'un des moyens du pourvoi a évidemment porté sur la particulière complexité des modalités d'application des critères de choix, et par suite, sur la marge de manœuvre que se serait réservée l'acheteur public.

Il est intéressant sur ce point se reporter aux conclusions du Rapporteur public, M. Olivier Henrard, sur l'arrêt précité^[17].

De fait, il aura fallu une audience d'instruction (assez exceptionnelle au Conseil d'État) et des conclusions très détaillées du Rapporteur public (dont le lecteur ne doit pas perdre un instant le fil) pour parvenir au rejet du grief.

Le simple fait qu'il faille un tel effort d'analyse pour comprendre les conditions d'application d'un critère ne devrait-il pas suffire à le disqualifier ?

La référence, un peu trop systématique, aux compétences propres et à l'expérience du candidat censé être en mesure de corriger les carences dans la définition des critères, permet-elle véritablement de couvrir toutes les imprécisions, voire même les imperfections dans la définition du critère ?

On peut continuer à en douter, car l'égalité de traitement entre les candidats passe, peut-être avant tout, par l'égalité au stade de la compréhension d'une donnée aussi essentielle que les critères de choix.

Consacrer plusieurs pages de conclusions de Rapporteur public à l'identification du sens à donner à ces critères est un premier indice de ce qu'il ne répond pas à cet objectif.

Car il ne doit, par définition, pas y avoir plusieurs interprétations possibles si l'on veut respecter ce principe d'égalité.

De la même manière, on peine à comprendre que certains acheteurs publics puissent, encore aujourd'hui, réaliser l'analyse d'offres au moyen de smileys, et que des décisions, certes isolées, aient pu valider un tel procédé^[18].

Comment contrôler en effet que la subjectivité de l'acheteur ne pas s'est muée en partialité lorsque les offres sont évaluées par le biais de dessins stylisés exprimant

[14] CE 31 mars 2010, Collectivité territoriale de Corse, req. n° 334279.

[15] Il s'agit précisément de l'hypothèse dont le Conseil d'État a eu à connaître dans l'affaire Collectivité territoriale de Corse du 31 mars 2010 (*op. cit.*).

[16] CE 8 février 2019, Société Véolia Eau et SIAAP, req. n° 420296.

[17] Conclusions sur CE 8 février 2019, *BJCP* n° 124, p. 159.

[18] Voir par exemple : TA Amiens 26 janvier 2012, Saur, req. n° 1200087.

soit le contentement, la neutralité, ou l'insatisfaction, avec entre ces expressions, toutes les variantes possibles ?

Comment vérifier que deux smileys souriants et un smiley mécontent valent plus qu'un smiley souriant et deux smileys neutres ?

Si l'exemple peut paraître caricatural, le simple fait qu'un acheteur puisse encore considérer qu'il est fondé à recourir à de telles modalités d'analyse des offres est une illustration de l'imprécision de la frontière entre subjectivité et partialité.

Enfin, la question peut même se poser de savoir si des critères réputés « objectifs » comme le prix ne peuvent pas en réalité receler une forme de subjectivité trop importante.

La fréquence des contentieux mettant en cause l'application du critère prix, pourtant réputé être le critère objectif par excellence, peut à cet égard surprendre. De fait, même ce critère conserve sa part de mystère.

Ainsi, c'est uniquement lorsque le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, qu'il lui appartient alors 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^[19].

En revanche, la Haute juridiction a clairement indiqué que le pouvoir adjudicateur n'est « pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres »^[20].

Pour l'instant, cette jurisprudence est constante^[21] et laisse aux candidats malheureux un goût d'inachevé.

Car finalement peut-on considérer que le critère du prix est véritablement objectif à partir du moment où l'on ignore les conditions dans lesquelles il sera appliqué ?

Surtout que la méthode de notation retenue peut laisser une part plus ou moins importante de subjectivité, notamment en autorisant les acheteurs publics à modifier l'écart relatif (en pourcentage) entre les prix proposés par les candidats et les notes qui leur sont attribuées^[22], parfois dans des proportions conséquentes^[23].

Le non-respect d'une stricte proportionnalité entre le nombre de points attribué à une offre et son montant en euros ne devrait-elle pas être portée à la connaissance

des candidats pour éviter les abus, ou à tout le moins que des soupçons infondés ne pèsent sur le choix de la personne publique ?

Certes, certaines décisions s'intéressent à la question de savoir si cette méthode était bien fixée avant l'ouverture des offres afin de s'assurer que ces dernières n'ont pu l'influencer^[24].

Mais pour l'instant, le juge ne paraît pas décidé à aller au-delà dans ses investigations.

C'est peut-être un des enjeux des évolutions jurisprudentielles à venir, le critère du prix ne pouvant véritablement mériter le qualificatif d'objectif que pour autant qu'il sera également transparent.

Une marge de manœuvre renforcée par le contrôle distant du juge

S'il appartient au juge de vérifier que l'équilibre entre subjectivité et égalité a été respecté, il demeure que ses modalités de contrôle apparaissent limitées, tant au stade du référé précontractuel que des contentieux en contestation de la validité d'un contrat.

En effet, en référé précontractuel, il résulte d'une jurisprudence absolument constante qu'il n'appartient pas au juge d'examiner l'appréciation portée par un acheteur public « sur les mérites respectifs des offres de chacun des candidats », selon la formule consacrée^[25].

De même, la place de l'erreur de fait dans les contentieux en référé précontractuel se réduit au strict minimum, puisque le contrôle du juge se limite à vérifier l'absence de dénaturation d'une offre, autrement dit que le pouvoir adjudicateur ne s'est pas « mépris sur le contenu de l'offre soumise à son appréciation ou n'en a pas grossièrement déformé les termes »^[26].

C'est dire à quel point la place du contrôle de l'erreur de fait est circonscrite, seules les méprises les plus grossières sur le contenu d'une offre lors de la mise en œuvre des critères de sélection pouvant être sanctionnées au stade du référé précontractuel.

Dans le cadre des contentieux au fond, la difficulté pour les candidats évincés à faire valoir l'expression d'une trop grande subjectivité de l'acheteur public assimilable à une forme de partialité lors de la mise en œuvre des critères, demeure.

[19] CE 30 janvier 2009, ANPE, prec.

[20] CE 31 mars 2010, Collectivité territoriale de Corse, req. n° 334279.

[21] Voir dernièrement : CE 18 décembre 2012, Sté Transport du Centre, req. n° 362532.

[22] Voir par exemple : TA Nantes ord., 18 janvier 2013, Sté Evamed, req. n° 1212067 ; TA Lyon 17 décembre 2012, SA Schindler France, req. n° 120741.

[23] TA Cergy-Pontoise 9 juillet 2013, Sté Coved, req. n° 1303467-12 : « L'application d'un coefficient multiplicateur de 20 qui a eu pour effet de traduire un écart relatif entre les offres de prix de 2,87% en un écart de 60% entre la note attribuée à la société attributaire, et celle attribuée à la société requérante ».

[24] Voir par exemple : CAA Bordeaux 14 mai 2009, req. n° 7BX00650 ; TA Toulon ord., 10 janvier 2012, Société Varoise de Construction Routière, req. n° 1103376 ; TA Lyon ord., 12 décembre 2008, Société SOPAC, Société SNEF, req. n° 0807405.

[25] Voir par exemple : CE 22 octobre 2014, Sté EBM Thermique, req. n° 382495 ; CE 18 juin 2010, Société SAUR, req. n° 335475 ; CE 21 mai 2010, Commune d'Ajaccio, req. n° 333737 ; CE 16 novembre 2009, Région Réunion, req. n° 307620.

[26] Conclusions de Gilles Pellissier sur CE 20 janvier 2016, CIVIS, req. n° 394133.

Non pas tant au regard des moyens susceptibles d'être invoqués, le contentieux dit *Tarn-et-Garonne*^[27] autorisant les candidats évincés à se prévaloir des erreurs manifestes d'appréciation de leur offre, qu'au regard des sanctions qui peuvent être appliquées.

Il avait ainsi déjà été jugé par une juridiction d'appel que l'irrégularité tenant à l'imprécision des critères de sélection des offres ne constitue pas un vice d'une particulière gravité, que le juge devrait relever d'office^[28].

Encadrant encore plus strictement les conditions dans lesquelles un contrat public peut être annulé, le Conseil d'État a récemment rappelé que la méconnaissance éventuelle des règles de passation d'un contrat ne constitue pas, sauf circonstances particulières, une cause d'annulation^[29].

Autrement posé, l'expression d'une trop grande subjectivité de l'acheteur public au stade de l'analyse des offres au détriment d'une application rigoureuse du principe d'égalité de traitement des candidats ne constitue pas un vice d'une gravité suffisante pouvant justifier l'annulation d'un contrat.

Si une telle solution peut paraître cohérente avec l'impératif de préservation de la stabilité des relations contractuelles, elle limite en revanche les possibilités de sanction d'un contrat pour l'attribution duquel l'acheteur public aura fait preuve d'une trop grande subjectivité au stade la mise en œuvre des critères de sélection.

La recherche nécessairement subtile d'un équilibre entre expression d'une légitime subjectivité de l'acheteur et respect de l'égalité de traitement entre les candidats apparaît, à cet égard, encore inachevée.

Mieux concilier subjectivité et égalité

Les difficultés liées à l'expression d'une subjectivité trop importante de l'acheteur public peuvent-elles être anticipées et peut-être mieux maîtrisées ?

Outre, évidemment, le respect des règles de droit positif en matière de définition et d'application des critères de sélection des offres, des réflexes simples à mettre en œuvre paraissent de nature à limiter la survenance de telles difficultés.

Du côté des acheteurs publics, il s'agit d'assurer un choix transparent non susceptible d'être contesté devant le juge.

Pour parvenir à cet objectif, quelques règles élémentaires devraient être de nature à limiter les risques contentieux liés à l'expression d'une trop grande subjectivité

au stade la définition des critères et de l'analyse des offres :

- recourir à l'un des vingt critères réglementaires du CCP : l'exercice d'analyse et de comparaison des offres est en effet déjà suffisamment complexe avec des critères éprouvés pour que les personnes publiques ne risquent pas à en créer d'elles-mêmes de nouveaux, surtout que la liste des critères réglementaires de l'article R. 2152-7 du CCP paraît désormais suffisamment complète pour les acheteurs puissent y trouver les moyens pertinents, objectifs et non discriminatoires de leur choix ;
- accroître le niveau de détail des attentes au titre de chacun des critères et sous-critères : plus un critère sera précis dans ses conditions de mise en œuvre, plus les risques de divergences d'interprétation du critère par les candidats seront limités. Et même si la jurisprudence n'exige pas aujourd'hui une information des candidats sur les paramètres d'appréciation mis en œuvre au titre des sous-critères^[30], le respect spontané d'une telle exigence devrait non seulement permettre de circonscrire les critiques contentieuses, mais également de prémunir les acheteurs publics d'une possible évolution du sens de la jurisprudence du Conseil d'État en la matière ;
- renvoyer, pour chaque critère ou sous-critère, à la partie du CCTP correspondante, ceci afin de permettre, là encore, aux candidats de déterminer précisément la nature des attentes de l'acheteur, et à ce dernier de maîtriser en toute transparence les conditions de mise en œuvre de ses paramètres de choix ;
- augmenter la sensibilité de l'échelle de notation : plus une échelle de notation sera sensible, plus les différences de qualité entre deux offres pourront être traduites de manière pertinente, limitant de fait les critiques relatives à la partialité du choix de l'acheteur.

Il va de soi qu'une échelle de notation allant de 1 à 5 n'offrirait pas les mêmes possibilités - et garanties - de choix qu'une échelle de notation sur 10. Car en la matière, certaines différences parfois minimes entre deux offres peuvent conduire à l'attribution de notes distinctes (3/5 et 4/5) qui, compte-tenu des effets associés à la pondération du critère ou du sous-critère, pourront constituer un avantage décisif pour l'un des candidats à l'attribution du marché.

Corrélativement, la personne publique aura davantage de difficultés à justifier son choix avec une échelle de notation à la faible sensibilité, tandis que les candidats évincés seront peut-être plus enclins à accepter une différence d'analyse entre leur offre et de celle de leur concurrent au titre d'un critère subjectif avec une échelle de notation plus sensible, donc plus intelligible et plus transparente.

- Exiger des candidats la remise de justificatifs permettant de s'assurer de la véracité de leur proposition, a fortiori lorsque des caractéristiques particulières de l'offre sont attendues et sanctionnées par le système de d'évaluation des offres.

[27] CE Ass., 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, req. n° 358994.

[28] CAA Bordeaux 8 novembre 2016, Société Guyanet, req. n° 15BX00313.

[29] CE 21 octobre 2019, Société Ateliers Bois, req. n° 416616.

[30] CE 31 mars 2010, Collectivité territoriale de Corse, prec.

S'il s'agit, dans le second cas, d'une obligation jurisprudentielle⁽³¹⁾, les acheteurs publics auront tout intérêt, chaque fois qu'ils disposent d'un temps suffisant à l'analyse des offres, à exiger la production de justificatifs leur permettant de vérifier l'exactitude des informations données par les candidats⁽³²⁾, afin de rendre leur analyse la plus objective possible, puisqu'étant fondée sur des documents justificatifs précis, et non simplement sur des propositions potentiellement sujettes à interprétation.

Du côté des candidats évincés, l'enjeu est la compréhension des motifs d'éviction qui détermine leur capacité à les contester utilement.

L'état actuel de la jurisprudence qui réduit la communication des motifs de rejet de l'offre aux seules notes⁽³³⁾, associé au contrôle distant du juge sur les modalités d'analyse des offres, limitent de fait le développement de critiques contentieuses liées à l'expression d'une forme de subjectivité-partialité de l'acheteur public lors de la mise en œuvre des critères de sélection.

On ajoutera d'ailleurs que même lorsque l'acheteur public transmet spontanément aux candidats évincés les explications littérales censées expliquer telle ou telle note, leur caractère général et/ou évasif peut parfois ne laisser aucune prise à la critique.

Comment contester valablement, en référé comme au fond, l'explication d'un acheteur public selon laquelle un mémoire technique serait « insuffisamment précis »

sur tel ou tel aspect technique, ou qu'il serait « moins détaillé » que le mémoire de son concurrent ?

Cela relève tout simplement de la gageure.

Tant que la pratique des expertises techniques ne se sera pas développée dans le cadre des contentieux Tarn-et-Garonne (et on peut douter qu'elle se développe un jour au regard de la liberté de choix reconnue aux acheteurs publics), afin qu'un expert judiciaire puisse par exemple vérifier le bien-fondé de l'analyse de tel ou tel critère subjectif, les candidats évincés continueront d'éprouver les plus grandes difficultés à démontrer que la mise en œuvre d'un critère ne relève pas de la seule subjectivité de l'acheteur, mais d'une forme de partialité.

Il ne faut, finalement, pas attendre d'avoir appris le rejet de son offre, c'est déjà trop tard.

Lorsqu'un candidat estime, à tort ou à raison, qu'il existe un doute potentiel sur l'impartialité de l'acheteur, et par suite sur le respect du principe d'égalité au stade de la mise en œuvre de critères subjectifs de sélection, il lui appartient de prendre « les devants », et notamment de poser toutes questions utiles relatives à la précision des attentes de l'acheteur, ses modalités exactes de choix, les clauses exactes du CCTP sur lesquelles le jugement d'un critère technique s'appuiera...

Non seulement cette initiative pourra être de nature à limiter l'expression d'une trop grande subjectivité de l'acheteur au stade de la mise en œuvre des critères de sélection, mais ces questions et demandes de renseignement seront ensuite autant de balises qui pourront le guider dans le cadre d'un éventuel contentieux.

On objectera peut-être que de tels questionnements pourraient être mal perçus par l'acheteur public et de nature à dégrader l'image du candidat. Gageons qu'il n'en sera rien pour l'acheteur public impartial.

Si la recherche nécessairement subtile d'un point d'équilibre entre expression de la légitime subjectivité de l'acheteur public au stade de l'analyse des offres et respect de l'égalité de traitement entre les candidats peut laisser un goût d'inachevé, il s'agit probablement là de la rançon de la liberté de choix.

(31) CE 9 novembre 2015, Sté des autocars de l'Île de Beauté, req. n° 392785 ; CE 5 février 2018, Métropole Nice côte d'Azur, req. n° 414508.

(32) Par exemple des bons de commandes, le cas échéant avec une condition suspensive liée à l'attribution du marché, si le déploiement de véhicules neufs est exigé dans le cadre d'une prestation de transport routier.

(33) Voir par exemple : CE 16 novembre 2016, Société TEM, req. n° 401660 ; CE 4 mai 2016, Association ELISE, req. n° 396590. Voir encore les conclusions de Gilles Pellissier sur CE 4 avril 2018, Ministre des Armées, req. n° 416577.