Fourchettes des taux de pondération des critères pour l'attribution des marchés subséquents aux accords-cadres : TA Melun, ord., 23 décembre 2013, Société Organisation et services en informatique et logiciels, n°1309859 et TA Melun, ord., 23 décembre 2013, société Econocom, n°1309885

Catherine Prebissy-Schnall

▶ **To cite this version:**

Catherine Prebissy-Schnall. Fourchettes des taux de pondération des critères pour l'attribution des marchés subséquents aux accords-cadres : TA Melun, ord., 23 décembre 2013, Société Organisation et services en informatique et logiciels, n°1309859 et TA Melun, ord., 23 décembre 2013, société Econocom, n°1309885. Contrats Concurrence Consommation, 2014, pp.32. hal-01812382

HAL Id: hal-01812382

https://hal.parisnanterre.fr/hal-01812382

Submitted on 30 Aug 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« Fourchettes des taux de pondération des critères pour l'attribution des marchés subséquents aux accords-cadres : TA Melun, ord., 23 décembre 2013, Société Organisation et services en informatique et logiciels, n° 1309859 et TA Melun, ord., 23 décembre 2013, société Econocom, n°1309885 », *Contrats Concurrence Consommation*, avril 2014, p. 32.

Catherine Prebissy-Schnall

Les écarts de pondération des critères d'attribution des marchés subséquents peuvent constituer une information appropriée pour les candidats même si ces écarts ne permettent pas d'établir une hiérarchie certaine parmi les critères annoncés.

TA Melun, ord., 23 déc. 2013, n° 1309859 , Sté Organisation et services en informatique et logiciels : JurisData n° 2013-032635
TA Melun, ord., 23 déc. 2013, n° 1309885, Sté Econocom : JurisData n° 2013-032634

Note :

L'Union des groupements d'achats publics (UGAP) a lancé une consultation pour la passation d'un accord-cadre avec cinq attributaires relatif à l'acquisition, la location/maintenance de solutions d'impression et l'exécution de prestations associées pour l'État. Les marchés subséquents à l'accord-cadre devaient prendre la forme de marchés à bons de commande. Classée 6ème, la société Organisation et Services en Informatique et Logiciels (Osilog) a saisi le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Melun en demandant qu'il soit ordonné à l'UGAP de déclarer irrecevables les candidatures des groupements déclarés attributaires. La Société soutenait notamment que les candidats à l'accord-cadre devaient connaître à l'avance la hiérarchisation des critères des marchés subséquents. Classée 10ème et dernière, la société Econocom a également saisi le juge des référés en lui demandant d'annuler la décision de l'UGAP de rejeter son offre ainsi que l'ensemble de la procédure de passation de l'accord-cadre. Elle soutenait notamment que l'écart maximal de la fourchette de pondération des critères d'attribution des marchés subséquents doit être approprié, ne pas conduire à l'absence de prise en compte de certains critères et ne doit pas permettre de modifier l'ordre de priorité des critères. Par deux ordonnances du 23 décembre 2013, le juge des référés a rejeté les conclusions des sociétés requérantes. Appliquant la jurisprudence du Conseil d'État du 5 juillet 2013*(CE, 5 juill. 2013, UGAP, n° 368448 : JurisData n° 2013-013831)*, il précise la notion d'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution des marchés subséquents à un accord-cadre.

I. – La solution dégagée par le Conseil d'État (*CE, 5 juill. 2013, UGAP*)

Dans cet arrêt, le Conseil d'État transpose les exigences déjà posées par la jurisprudence en matière de critères pour les marchés classiques (**1°)** aux marchés pris sur le fondement d'un accord-cadre (**2°)**

1° Le principe d'égal accès à la commande publique implique la fixation préalable de règles du jeu claires pour garantir la transparence et la libre concurrence. La question des critères d'attribution et des sous-critères est donc une question centrale puisqu'il s'agit d'une mise en application du principe de transparence des procédures *(CE, 18 juin 2010, Cne de Saint-Pal-*

de-Mons, req. n° 337377 : JurisData n° 2010-009438 , la Haute juridiction ouvre à la sanction du juge des référés l'utilisation de critères de sélection imprécis combinée à l'utilisation de sous-critères pondérés mais inconnus des candidats qui apparaissent en réalité comme de véritables critères de sélection). L'article 53 du Code des marchés publics impose au pouvoir adjudicateur d'informer les candidats des critères de sélection des offres et, pour les marchés passés selon une procédure formalisée de leur pondération ou hiérarchisation. Par un arrêt de section ANPE du 30 janvier 2009 *(CE, 30 janv. 2009, n° 290236 : JurisData n° 2009-074852 ; Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 121)*, le Conseil d'État indique que même pour les marchés passés selon une procédure non formalisée, le pouvoir adjudicateur est tenu d'apporter une information appropriée aux candidats sur les conditions de mise en œuvre des 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 (solution étendue aux critères de sélection des candidatures, dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur limite le nombre de candidats admis à présenter une offre, tout en n'imposant pas, là encore, une information sur les conditions de mise en œuvre des critères : CE, 24 févr. 2010, Communauté de communes de l'enclave des papes, req. n° 333569)

2° Dans l'arrêt rendu le 5 juillet 2013 *(CE, 5 juill. 2013, req. n° 368448 : JurisData n° 2013-013831 ; Contrats, conc. consom. 2013, comm. 221, obs. C. Prebissy Schnall)*, le Conseil d'État indique que l'information des candidats sur les critères d'attribution des marchés subséquents à un accord-cadre est nécessaire dès l'engagement de la procédure d'attribution de l'accord-cadre, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats *(CMP, art. 76, III, 5°)*. Dans l'hypothèse du choix d'une pondération des critères, cette pondération peut être exprimée par une fourchette à condition que l'écart maximal soit approprié et que le choix de la fourchette n'autorise pas l'absence de prise en compte ultérieure de certains des critères d'attribution annoncés *(CMP, art. 53, II* ; considérant n° 4 de l'arrêt) Ainsi, les candidats à l'attribution d'un accord-cadre doivent être en mesure de déterminer, pour chaque marché subséquent ou chaque type de marché subséquent, s'il sera attribué sur la base de l'ensemble des critères annoncés, de certains d'entre eux ou du seul critère du prix. Dans cet arrêt, le Conseil d'État a sanctionné la fourchette retenue dont l'écart (allant jusqu'à 0 %) permettait de neutraliser trois des quatre critères annoncés pour ne conserver, le cas échéant, que le seul critère du prix.

II. – Les conséquences de la solution : l'application de la jurisprudence du Conseil d'État par le juge des référés du tribunal administratif de Melun, le 23 décembre 2013

Par deux ordonnances du 23 décembre 2013, le juge des référés valide la fourchette des taux de pondération des critères dans les marchés subséquents à un accord-cadre tout en précisant « qu'aucune disposition applicable, ni aucun principe n'exigent que la hiérarchisation des critères d'attribution des marchés subséquents soit connue au stade de la passation de l'accord-cadre ».

À l'occasion de la passation de l'accord-cadre pour l'acquisition, la location/maintenance de solutions d'impression et exécution de prestations associées pour l'État, l'UGAP a, à nouveau, pondéré les critères d'attribution pour ses marchés subséquents. En vertu de l'article 11.4 du cahier des caractéristiques et modalités d'exécution de l'accord-cadre, les marchés subséquents seront attribués sur la base du critère du prix, de la qualité du service, de la valeur technique et de la performance en matière de protection de l'environnement pondérés respectivement entre 50 et 35 %, entre 20 et 40 %, entre 5 et 25 %, et entre 5 et 20 %. En l'espèce, de telles fourchettes de pondération permettent de connaître à coup sûr l'ensemble des critères

d'attribution des marchés subséquents. Les écarts retenus ne rendent pas possible la neutralisation ultérieure d'un ou de plusieurs critères. Mais ils ne permettent pas non plus d'établir une hiérarchie certaine parmi les critères annoncés. En effet, le taux de pondération permet de connaître le caractère prépondérant du prix et le fait qu'il représentera au moins la moitié de la valeur des offres mais pas plus des deux tiers. Le critère de la qualité de service représentera au moins 20 % de la valeur des offres, la valeur technique au moins 5 % et le critère de la performance en matière de protection de l'environnement au moins 5 %. Le juge des référés estime ainsi que les candidats de l'accord-cadre connaissent par avance 80 % des éléments de jugement de la valeur des offres au stade des marchés subséquents. Ils disposent ainsi d'une information appropriée leur permettant de formuler utilement une offre au stade de l'attribution de l'accord-cadre. Il rejette donc l'argumentation des sociétés non retenues qui estimaient que les écarts de pondération n'étaient pas appropriés car ils ne permettaient pas d'établir une hiérarchie certaine parmi les critères annoncés. Pour autant il ne faudrait pas transposer cette solution, explicitement dégagée pour les marchés subséquents à l'accord-cadre, à tous les marchés publics : la hiérarchisation des critères d'attribution reste une obligation et il ne faudrait pas jouer sur les taux de pondération pour brouiller le rang d'importance respectif des critères.

L'examen des deux ordonnances rendues par le juge des référés du tribunal administratif de Melun permet de mesurer les conséquences pratiques du principe posé par le Conseil d'État dans son arrêt UGAP de 2013 : L'accord-cadre doit rester un instrument de planification des achats d'une grande souplesse qui pose certes les bases essentielles de la passation des marchés ultérieurs pris sur son fondement (à cet égard les critères d'attribution doivent être connus) mais qui doit aussi permettre d'affiner la pertinence du besoin sans que les marchés subséquents ne modifient de manière substantielle les stipulations de l'accord-cadre. Ainsi, et même si la pondération exprimée par une fourchette ne permet pas de déterminer de manière absolue le rang d'importance respectif des critères, la fixation de taux de pondération répond à ce besoin de progression de l'offre, de souplesse dans le choix de l'attributaire tout en constituant une information appropriée pour les candidats. L'enjeu est de rendre toujours autant attractif le mécanisme de l'accord-cadre sans conditionner son recours par des éléments de rigidité.

Mots clés : Marchés publics. - Accord-cadre. - Marchés subséquents. - Critères d'attribution

10. « Le délit de favoritisme et la création d'un favoritisme non intentionnel devant les juridictions financières », *in* Chronique de Droit administratif et Droit public financier, *Droit adm*., 2014, chronique 12.

Depuis qu'ils ont cessé de s'ignorer par la création du délit de favoritisme, le droit de la commande publique et la justice pénale connaissent des rapports de force qui ont déstabilisé les praticiens, convaincus que l'efficacité de l'achat public reste incompatible avec un juridisme étroit. Pour rendre crédible l'aspect répressif de la lutte contre la corruption et pallier les inconvénients tenant aux difficultés de preuve, le législateur a créé, en 1991, le délit d'octroi d'avantage injustifié, connu sous le nom de délit de favoritisme. Au sens de l'article 432-14 du Code pénal, il est constitué par le simple fait de « procurer ou tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les

marchés et les délégations de service public ». Appréhendant les indélicats comme les honnêtes maladroits sur le non-respect des règles, le juge pénal est ainsi appelé à sanctionner des irrégularités souvent relevées par les juridictions administratives et financières mais qui ne faisaient, auparavant, l'objet d'aucune sanction pénale. Le danger est, qu'eu égard au brouillage qui obscurcit la notion de favoritisme, notion qui recouvre des significations multiples, à la complexité de la réglementation de l'achat public et à la difficulté pour en constater la transgression, les cas dans lesquels les infractions sont constatées apparaissent comme aléatoires (I). L'alternative à cette pénalisation mal ressentie serait l'appropriation par le juge financier du contentieux de l'incrimination de favoritisme (II).

I. La définition des contours de l'incrimination

Le législateur a volontairement simplifié la répression en exigeant uniquement la preuve d'un avantage injustifié quelconque consenti à un candidat qui, même sans contrepartie, suffit à caractériser le favoritisme. L'élément intentionnel peut revêtir deux conceptions différentes. Dans la première conception, l'intention peut résider dans la volonté délibérée de tourner la réglementation :

soit pour avantager une entreprise ;

soit pour échapper à des contraintes et à des contrôles, sans avoir, pour autant, une volonté de favoriser autrui (Cass. crim., 4 nov. 1997, *Bull. crim.* n° 372).

Dans la seconde conception, l'intention peut se déduire du manquement que l'auteur n'a pu ignorer et qui permet de dire qu'il a agi en pleine connaissance de cause : l'irrégularité constitutive de la faute ne recouvre donc pas forcément la notion de partialité ou d'impartialité (Cass. crim., 15 sept. 1999, *Hottegindre Geoges* , *Depraz-Depland Alain* : Juris-Data n° 003934 ; Cass. crim., 7 mars 2000, pourvoi n° 99-84117).

Par ailleurs, il existe des incertitudes sur le champ d'application de l'infraction qui ne semble pas couvrir tous les contrats de la commande publique. Le caractère émietté de ce droit et les modifications incessantes pour s'adapter à l'harmonisation européenne ont inévitablement une incidence sur les contours du délit. Or, si les lois pénales s'appliquent dans des conditions peu claires, les pouvoirs adjudicateurs auront tendance à traiter le risque pénal comme un risque statistique. Ce qui est exactement le contraire de ce à quoi doit viser la loi pénale.

II. Une solution : un dosage d'actions équilibrées entre le juge pénal et le juge financier à travers la création d'une incrimination non intentionnelle ?

Le projet de loi portant réforme des juridictions financières déposé devant l'Assemblée Nationale le 28 octobre 2009 proposait d'inclure parmi les justiciables de la Cour des comptes ceux qui auraient commis de manière non intentionnelle des faits de favoritisme, étant entendu que les faits commis de manière intentionnelle auraient vocation à continuer de relever du juge répressif (modification de l'article L313-6 du code de juridictions financières). Parallèlement, le périmètre du favoritisme aurait été étendu à tous les contrats de la commande publique. L'objectif de cette réforme était d'obtenir une meilleure articulation entre la responsabilité budgétaire et financière, d'une part, et les dispositions pénales, d'autre part, en ce qui concerne les actes de favoritisme non intentionnels. Cette approche suppose le renforcement de l'élément intentionnel et une définition plus précise de l'incrimination pour que celui qui s'expose à la sanction puisse avoir conscience qu'il est en infraction. Toutefois, avec cette proposition de réforme, comment le juge financier aurait-il déterminé si la personne poursuivie a procuré un avantage injustifié suite à une simple erreur administrative ou suite à une violation en toute connaissance de cause de la réglementation ? Cette incapacité du juge à prouver l'intention coupable autrement que par la présomption oblige à rechercher une autre grille d'analyse. On pourrait opter pour la détermination d'un seuil financier fixant la limite

du champ couvert par l'incrimination de favoritisme non intentionnel. Mais en faisant dépendre la gravité de la sanction pénale de l'importance financière du marché en cause, on aboutirait à maintenir une pénalisation injuste des décideurs des petites collectivités pour qui la maladresse, l'ignorance ne seraient pas sanctionnées par des amendes dès lors qu'elles seraient commises dans le cadre de la passation d'un marché important. L'irrégularité serait alors sanctionnée par une peine correctionnelle mal vécue car jugée excessive. Ne faudrait-il pas songer davantage à confier tout le contentieux du favoritisme au juge financier, juge de la sauvegarde des deniers publics et de l'efficacité de la dépense publique au lieu et place du juge pénal?