

L'examen du critère « prix » d'un marché public peut être conditionné à l'obtention d'une note technique minimale

LES FAITS ●●●

En juillet 2016, une fondation du secteur public espagnole a lancé un appel d'offres pour passer un marché public en fixant deux critères d'attribution : l'un technique, l'autre financier, chacun pondéré à 50 points sur 100. Une particularité était prévue au cahier des charges concernant le processus de sélection des offres : un seuil minimum de points, fixé à 35, était requis au titre du critère technique pour être noté au titre du critère du prix et donc pour continuer à participer à la procédure.

La société Montte a formé un recours devant les juridictions espagnoles contre le cahier des charges, à l'occasion duquel une demande de décision préjudicielle a été formée devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). La question était alors posée : les pouvoirs adjudicateurs peuvent-ils fixer, dans le cahier des charges d'un marché passé selon une procédure ouverte, des critères de jugement des offres qui s'appliquent au cours de phases éliminatoires successives et permettent ainsi d'éliminer, à l'issue de chaque phase, les offres qui n'atteignent pas un seuil de points minimum prédéterminé ?

LA JUSTICE PASSE

CJUE, 20 septembre 2018, Montte SL c/ Musikene, aff. C-546/16

La CJUE a répondu positivement à la question préjudicielle qui lui était posée. Le raisonnement tenu par la Cour est justifié par le fait qu'une offre qui n'obtiendrait pas le seuil de points minimum fixé par le pouvoir adjudicateur dans le cahier des charges au titre du critère technique ne correspond pas aux besoins du pouvoir adjudicateur. Une telle offre ne peut donc pas être prise en compte pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu, en conséquence, de déterminer si le prix d'une telle offre est inférieur à ceux des offres non éliminées ayant atteint le seuil de points minimum au titre du critère technique et correspondant aux besoins du pouvoir adjudicateur.

L'applicabilité au droit français. La question qui se pose alors est celle de l'applicabilité en droit français de la réponse de la CJUE. Le ministère de l'Économie, interrogé par un sénateur sur la possibilité de faire figurer, « parmi les modalités d'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse », un « nombre de points ou une note éliminatoire des offres », avait répondu qu'il n'était pas exclu « que le pouvoir adjudicateur puisse fixer, sur un ou plusieurs critères, une note éliminatoire ou un nombre de points minimum en dessous duquel l'offre classée est écartée ».

Le gouvernement a toutefois pris le soin de préciser que cette possibilité n'était offerte aux acheteurs publics que « sous la seule réserve que cet aménagement particulier du classement des offres soit annoncé et qu'il ne soit pas discriminatoire » (Question écrite



n° 21278, JO Sénat, 19 janvier 2006 ; Réponse JO Sénat, 1^{er} mars 2007).

La solution dégagée par la CJUE semble potentiellement applicable au droit français car l'offre qui n'obtiendrait pas le minimum de points sur le plan technique pourrait être qualifiée d'inappropriée (art. 59 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016).

Plusieurs points en suspens. Pour autant, il n'est pas certain que le recours à des phases éliminatoires successives en commençant par l'évaluation financière, et en éliminant celles qui n'atteindraient pas le seuil de points minimum prédéterminé, serait validé par les juridictions communautaires ou internes. En effet, dès lors que l'offre n'excède pas les crédits budgétaires alloués au marché, elle répond aux besoins de l'acheteur public d'un point de vue financier. Il n'est donc pas possible de recourir à des phases éliminatoires successives en commençant par l'évaluation financière.

Les acheteurs publics doivent toutefois éliminer les offres inacceptables, à savoir celles dont le prix « excède les crédits budgétaires alloués au marché public tels qu'ils ont été déterminés et établis avant le lancement de la procédure » (art. 59 du décret n° 2016-360) et mettre en œuvre la procédure de détection des offres anormalement basses (art. 60 du même décret).

Il n'est enfin pas davantage certain que le recours à des phases éliminatoires successives soit permis par les textes dans le cadre de toutes les procédures de passation des marchés publics.

Raphaëlle Chocron, SCP Sartorio-Lonqueue-Sagalovitch et associés