

LE MEMOIRE TECHNIQUE (MARCHES PUBLICS)

PREAMBULE

Le mémoire technique est un moyen mis à disposition du maître d'ouvrage pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse.

Avant le code des marchés publics de **2001**, l'appel d'offres était la procédure par laquelle **le maître de l'ouvrage choisissait librement l'offre qu'il jugeait la plus intéressante**. Cette dernière était définie comme l'offre « *qui apporte la meilleure réponse économique, au sens global du terme, aux besoins exprimés par la collectivité publique* » (circulaire du 25 septembre 1991 relative à la détermination de l'offre la plus intéressante).

En 1994, une seconde circulaire précisait qu'il fallait véritablement désigner « *le mieux-disant économique* », c'est-à-dire le meilleur rapport qualité-prix.

Les codes des marchés publics de 2001, 2004, 2006, ont remplacé « *l'offre la plus intéressante* » par « **l'offre économiquement la plus avantageuse** ». Il est rappelé dans les différentes versions du code que l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie par le maître d'ouvrage en se fondant sur divers critères variables.

L'offre économiquement la plus avantageuse doit être privilégiée pour toute procédure de passation et non pas uniquement pour l'appel d'offres, comme c'était le cas avant le CMP de 2001.

COMMENT CHOISIR L'OFFRE ECONOMIQUEMENT LA PLUS AVANTAGEUSE ?

Le maître d'ouvrage public doit choisir l'offre qui lui apporte la meilleure réponse économique possible.

« *Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse laisse aux pouvoirs adjudicateurs le choix des critères d'attribution du marché qu'ils entendent retenir, ce choix ne pouvant toutefois porter que sur des critères visant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse* » (CJCE 28 mars 1995).

Cela signifie que le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse doit être un choix multicritères, c'est le point de vue du droit communautaire. Le droit français accepte encore le prix comme critère unique s'il est justifié par l'objet du marché.

Les critères doivent respecter les principes fondamentaux du code des marchés publics :

- La liberté d'accès à la commande publique,
- l'égalité de traitement des candidats,

- *la transparence des procédures*

L'article 53 du code des marchés publics de 2006 (modifié en 2008) dispose que « pour attribuer le marché au candidat qui a présenté **l'offre économiquement la plus avantageuse**, le pouvoir adjudicateur se fonde :

- 1) **Soit sur une pluralité de critères** non discriminatoires et liés à l'objet du marché
- 2) **Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix** ».

De la qualité du choix des critères d'attribution dépend la qualité du choix de l'offre, qu'il s'agisse de son adaptation à la demande ou de sa valeur relativement aux autres offres reçues. Le choix des critères d'attribution ne doit donc pas être fait à la légère.

L'article 53 du CMP actuellement en vigueur donne des exemples de critères qui ne sont pas limitatifs :

« Notamment la qualité, **le prix, la valeur technique**, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, **le délai** de livraison ou **d'exécution** ».

En pratique, nombreux sont les maîtres d'ouvrage qui retiennent d'autres critères que le seul critère prix pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse.

LA VALEUR TECHNIQUE DE L'OFFRE ET LE MEMOIRE TECHNIQUE

En marchés de travaux, outre le critère prix, c'est le critère de la « **valeur technique de l'offre de l'entreprise** » qui est le plus utilisé. Pour apprécier ce critère, les maîtres d'ouvrage peuvent demander aux entreprises de fournir un « **mémoire technique** ».

Il convient de noter que **ni dans le code des marchés publics ni dans la circulaire de décembre 2009** relative au guide de bonnes pratiques dans les marchés publics, le « **mémoire technique** » **n'est cité**. En fait, ce document est un moyen utilisable par le maître d'ouvrage pour évaluer la valeur technique de l'offre des entreprises, mais rien ne l'oblige, à le demander.

Le maître de l'ouvrage pourrait se contenter d'indiquer dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de consultation que l'un des critères du choix des offres est « *la valeur technique de l'offre* » pondéré à X% et explicitée par les sous-critères qu'il retient.

Les critères de choix de l'offre ne doivent pas porter sur la capacité des entreprises qui est appréciée au stade de la candidature. Ils doivent concerner la valeur intrinsèque des offres.

L'utilisation de sous-critères n'est pas mentionnée dans le code des marchés publics actuels, mais la circulaire du 29 décembre 2009 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics indique que « le caractère assez subjectif de certains critères tels que « la valeur technique de l'offre » ou son « caractère esthétique » impose à l'acheteur public de définir, avec précision, ce qu'il entend par ce critère en ayant recours à des sous-critères. **Ces sous-critères doivent alors également être objectifs, opérationnels et non discriminatoires** ».

Elle est aussi précisée dans cette circulaire au paragraphe 14.1.1. Comment choisir les critères de sélection des offres ? : « Pour pouvoir faire une offre répondant aux attentes de l'acheteur, les candidats doivent ainsi pouvoir avoir connaissance :

- des caractéristiques techniques ou économiques qui procurent un avantage à l'acheteur, qui sont énoncées sous forme de critères et sous-critères ;
- le poids de ces critères et sous-critères ;
- les informations précises à fournir par les candidats pour chacun des critères et sous-critères ».

Ceci confirme la jurisprudence communautaire, en effet les entreprises doivent pouvoir élaborer leurs offres en ayant une juste perception des éléments que le pouvoir adjudicateur prendra en considération et de leur importance respective (CJCE 24 novembre 2005, ATI EAC SARL et autres).

L'entreprise candidate doit établir un mémoire technique uniquement quand le maître de l'ouvrage le demande et qu'il fournit un modèle précis dans le dossier de consultative, sinon l'entreprise a le choix de répondre comme elle le veut au critère de la « valeur technique » et à ses sous-critères qui doivent être précisés, comme indiqué dans la circulaire relative au guide de bonnes pratiques dans les marchés publics du 29 décembre 2009 :

« Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de mentionner les méthodes de notation dans l'avis de publicité ou le règlement de la consultation. Cependant, **le choix de la méthode étant déterminant sur le résultat obtenu, il doit respecter les principes fondamentaux de la commande publique et pouvoir en justifier devant le juge**. Dans un souci de bonne administration et afin d'éviter d'éventuelles contestations, il est recommandé d'assurer la plus grande transparence des méthodes de notation ».

Notion très générale, la valeur technique de l'offre doit être précisée par le règlement de la consultation. La circulaire du 25 septembre 1991 donne quelques exemples d'indications à apporter : provenance des matériaux, programme d'exécution, procédés d'exécution, mesures d'hygiène et de sécurité sur le chantier, mesures de réduction des nuisances... Ce critère est particulièrement important en cas de variantes.

L'appréciation de la valeur technique d'une offre se fait sur la base du mémoire technique ou méthodologique remis par l'entreprise. Afin de guider les entreprises et de faciliter son propre choix en rendant les offres plus facilement comparables, l'acheteur public peut établir une liste des points que les entreprises doivent développer dans ce mémoire (par

exemple : moyens humains et matériels, organisation du groupement, qualification, référence et moyens des sous-traitants, mesures prévues pour le respect des délais, en matière d'hygiène et de sécurité Précisions sur l'évacuation des gravats, etc.).

HIERARCHISATION ET PONDERATION DES CRITERES

Le dispositif de sélection des offres mis en place par l'acheteur doit permettre aux candidats de connaître :

- les qualités qui seront appréciées,
- le poids respectif de chacune d'entre elles,
- d'une manière générale, l'ensemble des éléments qui seront utilisés pour juger l'offre.

Les règles du jeu applicables doivent être connues à l'avance par les soumissionnaires. Il apparaît également préférable de préciser celles des exigences qui auront une prépondérance sur les autres. C'est ainsi que les critères du choix des offres doivent être classés par l'une des modalités suivantes :

- soit la **hiérarchisation**
- soit la **pondération**.

La hiérarchisation classe les critères par ordre décroissant d'importance et les analyse indépendamment les uns des autres. La hiérarchisation des critères est acceptée pour les marchés passés selon une procédure adaptée. Mais, même en procédure adaptée, la pondération est largement recommandée.

En effet, la **pondération** affecte chacun des critères d'un coefficient chiffré. L'offre économiquement la plus avantageuse est alors évaluée globalement, au regard de l'ensemble des critères qui la constituent. L'analyse des offres s'en trouve de fait affinée, favorisant le choix de l'offre la « mieux disante ». Les modalités de la pondération relèvent de la liberté de l'acheteur.

Dans les procédures formalisées, telles qu'appel d'offres, dialogue compétitif ou procédure négociée, les critères de sélection des offres doivent être pondérés. La hiérarchisation n'est possible que si la pondération est impossible, du fait de la complexité du marché. Le pouvoir adjudicateur doit être en mesure de prouver cette impossibilité (Conseil d'Etat, 7 octobre 2005, communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole).

Dans le cadre des marchés passés selon une procédure adaptée, les principes fondamentaux de la commande publique impliquent l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence s'il existe, dans les documents de la consultation. Cette information appropriée doit également porter sur les conditions de mise en œuvre de ces critères. Il appartient aussi, en conséquence, 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 (Conseil d'Etat, section, 30 janvier 2009, Agence nationale pour l'emploi).

Les critères généraux qui ne se suffisent pas à eux-mêmes, comme la valeur technique de l'offre, doivent être précisément définis pour permettre aux candidats de répondre à leurs exigences, le pouvoir adjudicateur pouvant ainsi recourir à la pratique des sous-critères.

JURISPRUDENCE

Le Conseil d'Etat a considéré récemment que le maître d'ouvrage public doit publier les sous-critères décisifs ainsi que leur pondération dans les conditions suivantes : En l'espèce, il s'agissait d'un sous-critère de la valeur technique intitulé « méthodologie et adaptation au contexte local ». Le pouvoir adjudicateur devait porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères, dès lors, *« eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, qu'ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres des candidats, ainsi que sur leur sélection et en conséquence, doivent eux-mêmes être regardés comme des critères de sélection »* (Conseil d'Etat – 18 juin 2010 – Saint-Pal de Pons).

Même si le pouvoir adjudicateur bénéficie d'une liberté de choix des sous-critères, pourvu qu'ils soient non discriminatoires et liés à l'objet du marché, on constate donc qu'ils doivent être annoncés (CE 1^{er} avril 2009, Ministère de l'Ecologie), voire pondérés ou hiérarchisés, dès lors qu'ils ont leur importance dans la décision finale d'attribution, et ce, afin de ne pas faire encourir à la procédure de passation, une annulation pour méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence. Cette obligation de transparence sera d'autant plus forte dans le cadre de critères à caractère assez subjectif.

C'est ainsi que les pouvoirs adjudicateurs doivent veiller à ne pas confondre conformité de l'offre et valeur technique de cette offre. La conformité au cahier des charges ne saurait être un critère d'attribution, puisque la non-conformité doit être sanctionnée par le rejet pur et simple de la proposition du candidat. La frontière entre les deux aspects n'est pas aisée, les maîtres d'ouvrage ayant tendance à définir le critère valeur technique par le biais de la conformité aux contraintes du cahier des charges.

Les juges sont venus rappeler toute l'attention qui doit être accordée à l'étape d'analyse des offres. Ainsi, le tribunal administratif de Dijon (11 mars 2010 – Soc. Roch Service) a récemment souligné la nécessaire distinction à opérer entre l'appréciation de la conformité des offres et l'appréciation de leur pertinence ou valeur. Dans le cas d'espèces, deux offres ont été jugées équivalentes et ont obtenu le même nombre de points car

Une autre jurisprudence récente apporte des éclaircissements sur la façon dont doivent être jugés par la commission d'appel d'offres, les mémoires techniques présentés par les entreprises.

Au terme d'une comparaison point par point des mémoires techniques présentés par deux entreprises concurrentes dans une procédure d'appels d'offres, la cour administrative d'appel de Marseille (1^{er} mars 2010) parvient à la conclusion que leurs contenus respectifs ne *« permettaient pas de justifier l'écart important entre les notes attribuées à chacune des*

deux sociétés ».

La cour considère que « la décision de la commission d'appel d'offres d'écarter l'offre de la première société en raison de la faible valeur de sa notice technique et de retenir celle de la deuxième société repose sur une appréciation manifestement erronée de la valeur de ces offres, (qu'elle) est illégale et doit donc être annulée ».

Elle rappelle ainsi que, sil les personnes publiques disposent d'un pouvoir largement discrétionnaire dans la notation de certains critères comme celui de la valeur technique, leur liberté d'appréciation ne doit cependant pas les conduire à des jugements arbitraires ou manifestement infondés.

Le Conseil d'Etat a également tranché sur l'importance d'un bon mémoire technique (CE 8 février 2010, commune de la Rochelle).

Le Conseil d'Etat estime qu'une commission d'appel d'offres a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant équivalente deux offres :

- dont l'une se borne à dresser une liste générale des moyens de l'entreprise, sans exposer comment ces moyens techniques et humains seraient mis en œuvre, et dont la notice technique présentée ne démontre pas qu'elle est apte à prendre en charge la réalisation demandée,
- alors que l'autre, qui n'était pas stéréotypée, comportait des dispositions précises concernant l'opération projetée par la commune et décrivait de manière détaillée ses moyens techniques et humains ainsi que les matériaux qu'elle utiliserait sur le chantier et qui, par ailleurs, répondait aux prescriptions du marché et présentait le maximum de garanties techniques.

En conséquence, puisque le critère technique était prépondérant et que la différence de prix entre les deux offres n'était que de 3%, le Conseil d'Etat condamne la commune à verser à l'entreprise évincée à tort une indemnisation égale à :

- l'intégralité de son manque à gagner,
- incluant les frais de présentation de l'offre,
- mais excluant le remboursement des frais généraux de l'entreprise,
- ce manque à gagner doit être déterminé, non en fonction du bénéfice net que lui aurait procuré le marché si elle l'avait obtenu, mais en fonction d'un taux de marge nette fixé à 4, 23% (l'entreprise s'est vue allouée à ce titre une somme de 150 000 €), majorée des intérêts moratoires au taux de l'intérêt légal à compter de septembre 2003.

COMMUNICATION DES MEMOIRES TECHNIQUES A UNE ENTREPRISE EVINCEE

Lorsqu'une entreprise évincée d'une procédure souhaite avoir le motif du rejet de son offre, elle souhaite parfois obtenir communication de documents, notamment du mémoire

technique de l'entreprise retenue pour savoir pourquoi son mémoire a été moins bien noté.

La Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) qui est la structure que l'on interroge lorsqu'un maître d'ouvrage refuse de communiquer un document administratif, estime que « si les pièces du marché sont, en principe, communicables, en revanche, les mémoires techniques, propositions techniques et plan particulier de sécurité et protection de la santé ne sont pas communicables en tant qu'ils contiennent des informations relatives aux moyens humains, techniques et matériels du candidat retenu ainsi qu'à ses procédés, informations couvertes par le secret en matière industrielle et commerciale (CADA, avis n°20062848, 11 juillet 2006).

MEMOIRE TECHNIQUE ET PIECE CONTRACTUELLE

Le mémoire technique n'est pas obligatoirement un document contractuel ; c'est donc le CCAP qui, dans la liste des pièces contractuelles doit le citer et à une place précise, afin qu'il s'impose par rapport à d'autres pièces du marché. Si le mémoire technique est noté comme pièce constitutive du marché, les engagements prévus dans ce document et non respectés peuvent donner lieu à une mise en demeure, voir à la résiliation du marché s'il y a non réponse à la mise en demeure et que les engagements pris remettent en cause l'équilibre du marché.

C'est ainsi que le CCAG-Travaux de 2009 prévoit à l'article 4 – pièces contractuelles, puis 4.1. « Ordre de priorité », dans des commentaires que « le pouvoir adjudicateur peut rendre contractuel tout ou partie de l'offre technique du titulaire, sous réserve d'avoir annoncé son intention dans le règlement de la consultation ».