



#Newsletter 10
#Droit des contrats et marchés publics

Marchés publics : Comment bien noter les offres ?
Ou comment noter au plus juste ?

Publiée le 26 novembre 2019

Marchés publics : Comment bien noter les offres ? Ou comment noter au plus juste ?

La multiplication ces derniers temps des référés précontractuels pris en charge par le cabinet CELEXANSE et dans lesquels l'argument de l'erreur de notation était systématiquement soulevé nous a conduit à réfléchir sur le sujet.

Si la question est simple, la réponse est un peu plus complexe.

Comment bien noter les offres ?

Qu'est-ce que bien noter une offre ?

Qu'est-ce qui garantit que l'offre ayant obtenu la meilleure note, et retenue comme économiquement la plus avantageuse, a été jugée, a été appréciée objectivement ?

A notre sens, la réponse se décline en plusieurs étapes.

1. Tout d'abord, bien juger une offre, c'est retenir des critères de jugement qui ne sont pas discriminatoires, qui ne rompent pas l'égalité de traitement entre les candidats et qui sont suffisamment précis

Les critères de jugement (d'attribution) permettent d'apprécier la qualité des offres remises. Ils doivent permettre d'identifier, parmi l'ensemble des offres, celle qui est économiquement la plus avantageuse.

Le pouvoir adjudicateur est libre de choisir le ou les critères de jugement.

Ces critères peuvent porter sur le prix le coût du cycle de vie, la qualité, y compris la valeur technique et les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles, l'accessibilité, l'apprentissage, la diversité, les conditions de production et de commercialisation, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, le caractère innovant, les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité, b) Les délais d'exécution, les conditions de livraison, le service après-vente et l'assistance technique, la sécurité des approvisionnements, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles, l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché ... (art. R 2152-7 du Code de la commande publique).

Ils doivent être objectifs c'est à dire ne pas être discriminatoires (art. L 2152-7 du Code de la commande publique). Ainsi, par exemple, les critères liés à l'origine ou à l'implantation géographique des candidats, à la rédaction en français des offres, à la taille des entreprises ou à la forme des candidatures, sont irréguliers.

Ils doivent être liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution et ils doivent être précis. C'est-à-dire que toutes les entreprises soumissionnaires, régulièrement informées, doivent interpréter les critères de la même manière.

Toutes les précisions apportées ci-dessus sont également transposables aux sous-critères lorsque le pouvoir adjudicateur est amené à en mettre en œuvre.

2. Ensuite, bien juger une offre, c'est pondérer ou hiérarchiser les critères de jugement au plus juste

Pour rappel, hiérarchiser consiste à classer les critères de jugement par ordre décroissant d'importance.

Et pondérer consiste à affecter à chacun des critères de jugement un coefficient chiffré, un pourcentage ou bien encore un nombre de points.

Le pouvoir adjudicateur doit veiller à pondérer de manière juste et à ne pas « neutraliser » les critères. Par exemple, en attribuant un coefficient de 90% au prix et 10% à la valeur technique, ou bien encore en attribuant un coefficient de 80% au prix, 10% à la valeur technique et 10% au délai d'exécution, le pouvoir adjudicateur « neutralise », dans les deux cas, les critères de la valeur technique et du délai d'exécution. De telles pondérations seront censurées par le Juge administratif.

Dernière précision : lorsque le pouvoir adjudicateur décide de mettre en œuvre des sous-critères, il est tenu de porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères lorsque, 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 par les candidats ainsi que sur leur sélection, et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection (CE, 06/12/13, Département de la Corse du Sud, req n° 370901).

3. Puis, bien juger une offre, c'est rendre publics les critères de sélection des offres retenus ainsi que leurs modalités de mise en œuvre

Le pouvoir adjudicateur a une double obligation de publicité.

Il doit publier les critères de jugement des offres. Cela revient à porter à la connaissance des entreprises soumissionnaires les critères sur lesquels il compte se fonder pour attribuer le marché public. Concrètement, il doit publier les critères d'attribution dans les documents de la consultation (art. R 2152-11 du Code de la commande publique).

Et il doit également publier les modalités de mise en œuvre des critères de jugement des offres. Concrètement, cela revient à porter à la connaissance des entreprises soumissionnaires l'importance, le poids qui est donné à chacun des critères d'attribution mis en œuvre, et donc de leur pondération ou de leur hiérarchisation.

Si le pouvoir adjudicateur ne satisfait pas à l'une des deux obligations de publicité (absence ou insuffisance de publicité), il prend le risque que sa procédure soit annulée (CAA Lyon, 1405/09, SEMERAP, req. n° 07LY02163).

4. Enfin, bien juger une offre, c'est retenir et appliquer une méthode de notation qui soit juste, neutre, ne prive pas de leur portée les critères de sélection et ne neutralise pas leur pondération

Le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres.

Disons le haut et fort : il n'y a pas d'obligation pour le pouvoir adjudicateur de publier, de communiquer, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou les documents de la consultation, la méthode de notation qu'il choisit pour apprécier les critères de sélection des offres et ce que l'on soit dans une procédure formalisée (CE, 23/05/, req. n° 339406, Commune d'Ajaccio) ou dans une procédure adaptée (CE, 31/03/10, req. n° 334279, Collectivité Territoriale de Corse).

Cependant, si elle n'a pas à être publiée, la méthode de notation doit respecter les principes fondamentaux de la commande publique.

Il n'y a pas de définition de ce qu'est une méthode de notation juste, neutre, ne privant pas de leur portée les critères de sélection et ne neutralisant pas leur pondération.

A travers l'analyse de la jurisprudence sur les formules de notation et des écueils à éviter et ceux tolérer par le Juge administratif, on peut, peu ou prou, cerner ce qu'est une méthode de notation juste, neutre et régulière.

Ainsi, n'est pas une bonne méthode de notation :

- celle qui attribue une ou des note(s) négative(s). L'attribution d'une note négative, en se soustrayant aux autres notes obtenues au titre des autres critères dans le calcul de la note globale, fausse la pondération relative des critères initialement définie et communiquée aux candidat (CE, 18/12/12, Département de la Guadeloupe, req. n°362532) ;
- celle qui attribue la note zéro (notation opérée par l'acheteur, qui consistait sur le critère prix à donner une note de 20 sur 20 au moins disant et de 0 sur 20 au plus cher : CE,24/05/17, Société Techno Logistique) ;
- celle qui avait eu pour effet d'attribuer la note la plus faible au candidat ayant présenté le prix le plus éloigné du coût estimé de la prestation (que ce prix soit inférieur ou supérieur à l'estimation du pouvoir adjudicateur), « *et, ainsi, avait eu pour conséquence d'attribuer la note maximale à la société déclarée attributaire du marché, alors même que sa proposition de prix était supérieure [à celle de la requérante]* ». Pour le Conseil d'Etat, la notation du prix doit, par principe, toujours conduire à ce que le prix « le plus bas » (« le moins disant) obtienne la meilleure note et la moins bonne note au candidat dont l'offre de prix est la plus chère (CE, 29/10/13, OPH Val d'Oise Habitat, req.n°370789) ;
- celle qui « *conduit, en présence de seulement deux candidats, à attribuer la note maximale de 40 sur 40 au candidat ayant proposé le meilleur prix, et une note nulle au candidat ayant proposé l'offre la plus chère, quel que soit, par ailleurs, l'écart de prix entre les offres des deux candidats* ». La méthode est ici censurée par le Juge administratif qui avait considéré, en l'espèce, qu'elle avait eu pour effet de neutraliser la pondération des critères de jugement et donc n'avait pu permettre au pouvoir adjudicateur de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse (CAA Paris, 08/02/16, req. n°15PA002953) ;
- qui met en œuvre une méthode d'analyse des prix qui se révèle devenir inopérante selon les caractéristiques des offres remises (CE, 19/04/13, avril 2013, Ville de Marseille, req. n° 365340 : dans cette affaire, la note globale du prix était déterminée « *par la somme des notes attribuées, d'une part, à la proposition de prix payable par la ville à son cocontractant pour l'enlèvement des*

véhicules et, d'autre part, à la proposition de prix de reprise du véhicule payable ». Cependant, une telle méthode aboutissait à une note impossible à déterminer lorsque, par exemple, le prix de reprise du véhicule proposé par le candidat était de zéro ;

- celle qui est par elle-même de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et est, de ce fait, susceptible de conduire, pour la mise en oeuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie. Tel est le cas pour un Marché global divisé en dix lots techniques, pour lequel le pouvoir adjudicateur avait décidé, pour la mise en oeuvre du critère du prix, de procéder à une notation lot par lot, avant de faire la moyenne arithmétique des différentes notes obtenues pour calculer une note globale. Le calcul de la note globale ne permettait pas de tenir compte de la grande disparité des valeurs des différents lots ni, par suite, d'identifier l'offre dont le prix était effectivement le plus avantageux (CE, 01/07/15, Sté SNEGSO, req. n°381095) ;

En revanche, est une méthode de notation régulière et légale :

- celle qui attribue de manière systématique la note maximale au candidat ayant présenté la meilleure offre (CE, 15/12/13, Société SFR, req. n° 363854) ;
- celle qui attribue une note identique à deux offres dont la différence, en terme de prix, est négligeable (en l'espèce une différence de 109 € pour des offres d'un montant supérieur à 289 000 €) (CE,30/11/11, Sté DPM Protection, req. n°350788)
- celle du « chantier masqué » (ou devis masqué) qui permet au pouvoir adjudicateur de juger les offres des entreprises soumissionnaires au moyen d'une simulation portant sur des prix unitaires et/ou forfaitaires (CE, 02/08/11, Syndicat mixte de la vallée de l'Orge Aval, req. n° 348711) ;

Enfin, on citera cette récente jurisprudence à l'issue de laquelle il a été jugé qu'une méthode de notation différente de celle qui avait été annoncée dans les documents de la consultation (et même si elle a une incidence sur le classement des offres) ne caractérise pas un vice de consentement et est régulière (CE, 28/06/19, Sté Plastic Omnium, req. n°420776).