

## MARCHÉS PUBLICS

# Notation des offres : les acheteurs mieux encadrés

Dans deux décisions récentes, le Conseil d'Etat a apporté plusieurs précisions pragmatiques sur la dose de liberté laissée aux acheteurs publics en matière de détermination des méthodes de notation des offres. Retour sur les principes applicables.

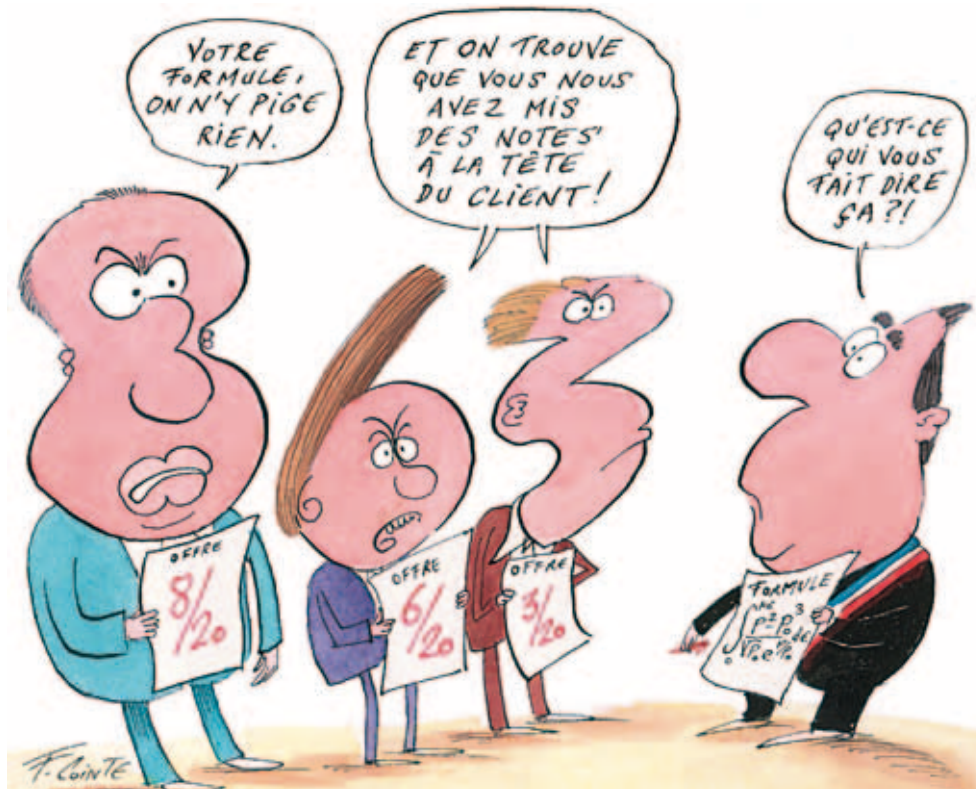


**HERVÉ LETELLIER**  
Avocat associé, Selarl  
Symchowicz-Weissberg et associés

Si la problématique liée à la méthode de notation fait l'objet d'un contentieux et d'une activité doctrinale nourris, la jurisprudence, de manière peu lisible, semblait osciller entre rigorisme et liberté extrême. Par deux décisions (CE, 22 octobre 2014, n° 382495; et CE, 3 novembre 2014, n° 373362), le Conseil d'Etat a fixé des règles relativement précises encadrant, tout en la préservant, la marge de manœuvre des acheteurs.

### Principe de libre définition

Les acheteurs disposent d'une certaine latitude pour déterminer la méthode de notation des offres – qu'ils n'ont pas en amont à afficher (1). Cette reconnaissance s'est faite d'abord d'une manière sous-jacente (conclusions Dacosta sur l'arrêt CE, 2 août 2011, n° 348711; concl. Pélissier sur l'arrêt CE, 15 février 2013, «SFR», n° 363854), puis de façon plus explicite. Après avoir précisé que «les personnes publiques peuvent, sans méconnaître le principe d'égalité entre les candidats ni les obligations de publicité et de mise en concurrence, choisir une méthode de notation non-linéaire, conduisant à un important écart de notes entre les offres» (2), le Conseil d'Etat a pris le soin de rappeler, dans sa décision du 3 novembre 2014, que «le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics». Le principe est donc désormais posé: le choix d'une méthode de notation, comme la



sélection de tel ou tel critère ou de telle ou telle pondération, relève de l'appréciation de l'acheteur.

### Liberté des acheteurs contrôlée

La liberté des acheteurs ne saurait toutefois être absolue. En effet, la méthode de notation ne doit pas priver de portée les critères de sélection ni neutraliser leur pondération. C'est ce que vient de rappeler le Conseil d'Etat. Dans sa décision du 22 octobre dernier, il précise que la formule de notation du prix utilisée était régulière dès lors qu'elle conduisait «à attribuer la meilleure note à l'offre la plus avantageuse». Puis, plus directement, par l'arrêt du 3 novembre 2014, la haute juridiction relève que les «méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles sont, par elles-mêmes, de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et sont,

de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre 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» (3). Ce faisant, le Conseil d'Etat propose de retenir une méthode pragmatique. Elle conduit à reconnaître

**Si le choix d'une méthode de notation relève de l'appréciation de l'acheteur, cette liberté ne saurait être absolue.**

comme régulières les formules de notation qui ne retranscriraient pas parfaitement (et donc l'amplifieraient ou le diminueraient) l'écart intrinsèque existant entre les offres, pour peu qu'elles n'aboutissent pas à «priver de portée» les critères de choix ou à «neutraliser leur pondération». Ou, en d'autres termes, pour peu qu'elles n'impactent pas substantiellement, de manière illégitime, le classement des offres.

Une fois ce principe affiché, reste à en déterminer les contours. Cela suppose de mettre en perspective au cas par cas la méthode de notation retenue par l'acheteur, sa régularité intrinsèque et ses conséquences sur le classement des offres (4).

### Panorama des méthodes potentiellement critiquables

Ainsi, pour reprendre l'exemple ayant donné lieu à l'arrêt du 3 novembre, seront considérées comme irrégulières les méthodes similaires à celle censurée, prévoyant que «chaque offre serait notée en fonction de son prix (P) et du prix de l'offre la plus basse (P0) selon la formule:  $10/3 \times (7 - P/P0)$ ». En effet, «une telle méthode a pour effet de neutraliser les écarts entre les prix, de sorte que les offres ne pouvaient être différenciées qu'au regard des autres critères de sélection et qu'elle était ainsi susceptible de conduire à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie.» De même, doivent être regardées comme inadéquates les méthodes attribuant des notes négatives, dès lors que ces notes, en se soustrayant à celles obtenues sur les autres critères dans le calcul de la note globale, sont susceptibles de fausser la pondération relative des critères (5). Il en est de même s'agissant des méthodes visant à apprécier le critère prix, non pas tant au regard de la proposition financière formulée, mais en considération du plus ou moins grand écart existant avec l'estimation de l'administration (6). Dans le même sens, on peut également faire état de l'irrégularité de formules d'évaluation reposant sur une méthode mathématique (par exemple :  $20 - [(5 \times \text{prix offre}) / \text{estimation budgétaire}]$ ) ayant pour effet d'attribuer une note donnée (par exemple 15/20)

**La méthode de notation ne doit pas priver de portée les critères de sélection ou neutraliser leur pondération.**

à toute offre correspondant à l'estimation budgétaire de l'administration, les offres d'un montant supérieur ou inférieur à cette estimation se trouvant affectées d'une note inférieure ou supérieure (au dit 15). Dans un tel cas, en effet, «sauf propositions extrêmes, le critère prix ne pouvait pas être noté sur l'échelle de 1 à 20 prévue par le règlement de la consultation» réduisant ainsi «de manière très importante l'impact des écarts de prix entre les offres» et neutralisant «largement l'application de ce critère, de manière contradictoire avec sa pondération à 40% dans l'appréciation globale des offres» (7). Pour résumer, seront donc irrégulières, ou à tout le moins douteuses, les méthodes qui, de par l'intégration de paramètres spécifiques et/ou l'usage de formules mathématiques inadéquates, aboutiront à affecter significativement l'analyse des offres et à priver de toute pertinence et objectivité le choix effectué. En revanche, seront a priori admissibles – même si, selon nous, tout dépendra des circonstances de chaque espèce et de l'impact réel des formules (parfois critiquables) usitées – les méthodes permettant de différencier les offres techniques des candidats selon la qualification «qualitative» de leur offre (8) ou leur positionnement.

### Questions en suspens

La frontière entre ce qui est possible et ce qui ne l'est pas est donc assez ténue. Elle nécessitera sans doute que la jurisprudence se positionne sur certaines méthodes dont la régularité n'est à ce jour pas clairement tranchée. Par exemple, *quid* du procédé des notes éliminatoires conduisant à écarter une offre parce qu'elle est la moins bonne sur tel ou tel critère (ce qui semble clairement contestable) ou, plus subtilement, parce qu'elle n'atteint pas une note minimale affichée dans le règlement de consultation ? Si ce mécanisme ne nous apparaît pas totalement en phase avec l'obligation de procéder

au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse et avec l'analyse multicritères qui en découle, reste que ce point, à notre connaissance, n'a pas été tranché en jurisprudence.

Quid, par ailleurs, des formules consistant, non pas tant à attribuer le nombre maximum de points à l'offre la plus performante (aspect qui semble validé en jurisprudence) (9), mais à rétablir une certaine «égalité» entre les critères de choix en faisant en sorte, par exemple, en cas d'analyse faite sur deux critères, de «limiter» le nombre de points à attribuer sur le critère financier au regard de la note la plus haute obtenue sur le critère technique ? Un tel procédé vise à conserver la pondération affichée dans le règlement de consultation (en faisant en sorte que la note maximale attribuée sur les deux critères soit identique), mais concrètement, il fait intervenir, au stade de la notation financière, un élément étranger au prix (en l'occurrence, la meilleure note obtenue sur le critère technique).

Si la jurisprudence a fait œuvre de vulgarisation et d'affinage, cette tâche n'est donc pas totalement achevée. Le juge administratif devra sans doute bientôt régler certaines problématiques sur les bases récemment identifiées. ■

(1) CE, 31 mars 2010, n° 334279.

(2) CE, 17 juillet 2013, n° 364827.

(3) Le tout en précisant «qu'il en va ainsi alors même que le pouvoir adjudicateur, qui n'y est pas tenu, aurait rendu publiques, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, de telles méthodes de notation».

(4) Etant ici rappelé que la méthode de notation ne doit pas révéler l'existence d'un critère ou sous-critère, à défaut de quoi celle-ci doit, en théorie, être affichée en amont (CE, 11 mars 2013, «ACFCI», n° 364551).

(5) CE, 17 juillet 2013, «Dpt de la Guadeloupe», n° 366864.

(6) CE, 29 octobre 2013, «OPH Val-d'Oise», n° 370789.

(7) CAA Nantes, 21 février 2014, n° 12NT00206.

(8) TA Limoges, 6 novembre 2013 (validant une notation reposant sur l'attribution, sur un sous-critère, d'une note de 10 correspondant à «bien», une note de 5 correspondant à «satisfaisant» et une note de 0 correspondant à «insuffisant»).

(9) Arrêt CE, 15 février 2013, «SFR» précité.

## CE QU'IL FAUT RETENIR

- Si l'acheteur est libre d'afficher ou non, en amont, sa méthode de notation des offres et de déterminer le contenu de celle-ci, cette dernière reste néanmoins susceptible de faire l'objet d'un contrôle du juge administratif, en référé ou au fond. Dans ce cadre, l'autorité juridictionnelle contrôlera si, concrètement, la méthode de notation a pour objet ou effet de priver de portée les critères de sélection ou de neutraliser leur pondération.

- Dans la négative, la formule sera régulière, quand bien même elle ne retranscrirait pas l'exacte différence, notamment financière, entre les offres déposées. Dans l'affirmative (ce qui sera notamment le cas si la formule conduit à attribuer la meilleure note à une offre qui n'est pas économiquement la plus avantageuse), la procédure (ou le contrat subséquent) devrait être sanctionnée et censurée.

- La frontière entre ce qui est possible ou non reste ténue et la jurisprudence devra se positionner sur certaines méthodes dont la régularité n'est pas à ce jour tranchée : procédé des notes éliminatoires qui permet d'écarter une offre inférieure à celle affichée dans le règlement de consultation ; formule complexe visant à rétablir l'égalité mais faisant intervenir, *in fine*, au stade de la notation financière, un élément étranger au prix, etc.