



Le contrôle du juge administratif sur les modalités d'analyse des offres financières : *quid* de l'évaluation par simple cumul des prix unitaires ?

L'acheteur dispose certes d'une grande liberté dans la détermination de la méthode qu'il entend retenir pour évaluer les offres. Cependant, la méthode consistant à analyser les offres en cumulant l'ensemble des prix unitaires proposés est-elle régulière ? Le Conseil d'État et le juge des référés du TA de Paris adoptent des solutions divergentes.

Par une décision du 13 novembre dernier, le Conseil d'État, dans le cadre d'un référé précontractuel introduit à l'encontre d'une procédure de publicité et de mise en concurrence d'un marché de services juridiques, est venu censurer une méthode d'analyse financière consistant à cumuler, sans aucune mise en perspective, l'ensemble des prix unitaires proposés par les candidats⁽¹⁾. À peine dix jours plus tard, le juge des référés du tribunal administratif de Paris, en se fondant pourtant sur les mêmes principes, a lui, à propos d'un marché de téléphonie lancé pour l'ensemble des ministères, validé l'analyse financière réalisée par la Direction des achats de l'État en estimant que cette méthode de cumul de prix unitaires n'était pas, en soi, irrégulière⁽²⁾. Si ces deux décisions n'apparaissent pas, à première vue (même si les faits étaient légèrement différents), très cohérentes - ce qui peut conduire à s'interroger sur la lisibilité de la jurisprudence administrative et le respect, par les juges de première instance, des orientations données par le juge de cassation -, elles ont toutefois le mérite de poser le sujet du contrôle des méthodes de notation retenues par les acheteurs pour évaluer les offres financières des candidats. Se focalisant sur les apports de la décision Commune de Perpignan, le présent commentaire, après avoir rappelé les principes généraux encadrant le choix des méthodes de notation, s'attardera sur la nécessité, théorique, de procéder à une simulation plausible de ce

Auteur

Hervé Letellier

Avocat associé,
SELARL Symchowicz-Weissberg et associés

Références

CE 13 novembre 2020, Commune de Perpignan, req. n° 439525
TA Paris 23 novembre 2020, Société SFR, req. n° 2017552/4-1

Mots clés

Notation des offres • Pondération • Prix unitaires • Simulations

(1) CE 13 novembre 2020, Commune de Perpignan, req. n° 439525.

(2) TA Paris 23 novembre 2020, Société SFR, req. n° 2017552/4-1.

que sera l'exécution financière du contrat puis reviendra sur les conclusions susceptibles d'être tirées par le juge administratif en cas d'utilisation d'une méthode irrégulière.

Une liberté de définition des méthodes de notation encadrée et contrôlée

En premier lieu, il convient de rappeler que, par principe (ce que réaffirme d'emblée le Conseil d'État dans la décision commentée), l'acheteur dispose d'une grande liberté dans la détermination de la méthode qu'il entend retenir pour évaluer les offres au regard de chacun des critères de sélection. La jurisprudence est, sur ce point, clairement ancrée⁽³⁾, tout comme celle rappelant que si l'acheteur doit faire état en amont des critères de choix et les rendre publics, il n'a en revanche pas à en faire de même pour la méthode de notation⁽⁴⁾. Ce dernier, sans forcément en informer les candidats, peut donc retenir des méthodes d'évaluation diverses et variées qui, de facto, impliqueront, dans leur détermination, une certaine subjectivité et pourront conduire, dans leur mise en œuvre, à des évaluations qui ne seront pas forcément linéaires et qui, ce faisant, ne retranscriront pas de manière totalement arithmétique les différences constatées entre les propositions⁽⁵⁾.

Reste que la liberté accordée n'est pas totalement absolue : l'acheteur ne peut retenir un système d'évaluation susceptible de priver de leur portée les critères de sélection ou de neutraliser leur pondération et conduire, ainsi, 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⁽⁶⁾. Ainsi, concernant spécifiquement le critère prix, la méthode de notation ne doit, par exemple, pas conduire à une dénaturaison de l'analyse en minimisant la portée réelle du critère telle qu'elle résulte de sa pondération (notamment en attribuant la note de 20/20 à l'offre la moins chère et de 0/20 à l'offre la plus onéreuse quel que soit l'écart constaté entre les deux⁽⁷⁾ ou en conduisant à noter de manière négative faussant ainsi la pondération des critères⁽⁸⁾) ou

à attribuer la meilleure note financière au candidat qui n'aurait pas remis l'offre la moins-disante (ce qui serait le cas de la méthode conduisant à attribuer la meilleure note financière à l'offre située la plus près de l'estimation administrative⁽⁹⁾). En réitérant ces principes généraux, la décision du Conseil d'État du 13 novembre 2020 (et du juge des référés du TA de Paris du 23 novembre dernier) ne fait donc que s'inscrire dans la droite ligne de la jurisprudence administrative.

L'acheteur peut-il procéder à une simulation financière cumulant l'ensemble des prix unitaires du marché ?

Une fois ces bases rappelées, il convenait, en deuxième lieu, de s'arrêter sur le cœur du sujet et de déterminer, à l'aune de ces principes, si la méthode consistant à analyser les offres en cumulant l'ensemble des prix unitaires proposés était régulière. Autrement dit, permettait-elle nécessairement de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse ? Par sa décision du 13 novembre 2020, la Haute juridiction répond par la négative en relevant que la méthode en cause, cumulant neuf prix unitaires de volumétries pourtant très variables, « renforçait l'importance relative des prix unitaires les plus élevés dans la notation du critère du prix alors même que le nombre prévisible de prestations correspondantes était faible » et « était par elle-même de nature à priver de sa portée ce critère, et, de ce fait, susceptible de conduire à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre sur ce critère ».

Cette position, qui n'était pas forcément celle explicitement retenue par les juridictions du fond⁽¹⁰⁾, se comprend aisément. Puisque toute la logique de l'analyse financière est de reposer sur des projections cohérentes de coûts ou à tout le moins sur une analyse économique qui a du sens (cette dernière donc en effet permettre, notamment, d'identifier l'offre qui coûtera la moins chère lors de l'exécution supposée du contrat), alors il incombe à l'acheteur de retenir une méthode qui, d'une manière ou d'une autre, conduira à des simulations plausibles de coût d'exécution ou, pour paraphraser le rapporteur public Dacosta, à « déterminer le prix du marché dans des conditions normales d'exécution »⁽¹¹⁾. C'est cette idée que l'on retrouve dans les décisions validant le procédé

(3) CE 2 août 2011, Syndicat mixte de la Vallée de l'Orge Aval, req. n° 348711 ; *BJCP* 2011/79, p. 435, concl. B. Dacosta ; cf. également Fiche de la *DAJ* du 1^{er} avril 2019 sur l'examen des offres.

(4) CE 2 août 2011, Syndicat mixte de la vallée de l'Orge Aval, req. n° 348711 ; CE 23 mai 2011, Commune d'Ajaccio, req. n° 339406 ; CE 31 mars 2010, Collectivité territoriale de Corse, req. n° 334279.

(5) Cf. en ce sens concl. Péliissier, *BJCP*, n° 89, p. 295 sous CE 15 février 2013, Société SFR, req. n° 363854.

(6) CE 20 février 2013, Société American Express Voyages, req. n° 363244 ; CE 18 décembre 2012, Département de la Guadeloupe, req. n° 362532 ; CE, 9 octobre 2013, Office public d'habitat Val d'Oise Habitat, n° 378709 ; CE 1^{er} juillet 2015, Société nouvelle d'entreprise générale du Sud-Ouest, req. n° 381095.

(7) CE 24 mai 2017, Ministre de la défense c/ société techno Logistique, n° 405787

(8) CE 18 décembre 2012, Département de la Guadeloupe, n° 362532.

(9) CE 3 novembre 2014, Commune de Belleville-sur-Loire, req. n° 373362

(10) Cf. en ce sens TA Versailles 26 avril 2013, SIARCE, req. n° 1301689 ; CAA Versailles, 11 mai 2017, Société Interface SAS, req. n° 15VE00704.

(11) Concl. Sous CE 2 août 2011 Syndicat mixte de la vallée de l'Orge Aval, req. n° 348711, cf. également TA Rennes, 24 janvier 2020, DIR Ouest, req. n° 1906472 ; TA Rennes 30 décembre 2019, DIR Ouest, req. n° 1905847 rappelant que des simulations avaient été faites sur la base d'une projection de commandes qui, bien que non engageante, permettraient de faire une estimation plausible du coût respectif des offres.



des chantiers masqués tirés au sort (ces devis reposant sur des simulations vraisemblables⁽¹²⁾) ou censurant une méthode consistant, en cas de marché à prix unitaire, à noter le critère prix à partir d'une moyenne arithmétique de la valeur des différents lots sans tenir compte de la disparité existante entre eux-ci⁽¹³⁾. Et c'est ce fil conducteur que l'on retrouve, finalement, dans toutes les appréciations financières qui doivent être réalisées par l'acheteur : à la fois celle de la notation donc, mais aussi, par exemple, celle du caractère acceptable d'une proposition (comment en effet apprécier si une offre dépassera le budget alloué à l'opération si la simulation faite ne permet pas d'identifier un coût, au moins possible, d'exécution?) ou celle d'une offre anormalement basse (comment apprécier le fait qu'une offre ne soit pas efficiente économiquement et susceptible de permettre une bonne exécution du contrat si l'analyse effectuée ne permet pas de distinguer, au moins dans les grandes lignes, ce que coutera la mise en œuvre de l'offre ?).

Dans la décision commentée, le Conseil d'État ne pouvait donc que censurer la méthode qui, concrètement, en mettant sur le même plan des prestations volumétriquement à l'opposée les unes des autres, ne permettait pas de mettre en perspective la valeur réelle des différents prix proposés et donc de déterminer un coût prévisible d'exécution. Le rapporteur public Pichon de Vendeuil, pour légitimer la décision, insistait d'ailleurs sur le fait que « concrètement, eu égard aux effets volume, cette méthode a pour effet de sous-pondérer les prestations dont les prix unitaires sont faibles – ici, les consultations juridiques – et de surpondérer les prestations dont les prix unitaires sont élevés – représentation en justice et modes alternatifs de règlement des litiges », mais également sur la possibilité matérielle, quelle que soit la nature du marché, d'envisager une simulation (même incertaine) plausible de ce que sera l'exécution du contrat ou une pondération des différents prix en fonction de leurs importances respectives⁽¹⁴⁾.

On ne peut, dans ce contexte, que s'étonner de la position prise quelques jours plus tard par le juge des référés du tribunal administratif de Paris⁽¹⁵⁾ jugeant régulière une méthode visant à additionner les différents prix unitaires du BPU, dès lors qu'il « n'était pas établi, compte tenu du nombre de ces prix et du caractère incertain à la date

d'aujourd'hui des besoins futurs et donc des commandes effectives sur les 5 ans de la durée du contrat, qu'une autre méthode d'évaluation aurait permis d'attribuer de manière plus exacte la meilleure note au candidat ayant proposé les prix les plus bas ». Certes le contrat était (plus) complexe (marché de téléphonie pour l'ensemble des ministères), certes son exécution était (plus) aléatoire (volumétrie de commandes incertaine), mais de là à considérer que le cumul, sans distinction, de tous les prix (fourniture d'accès aux services qui ne se paye qu'une fois, abonnements mensuels sur toute la durée du contrat, minutes de communication quelle que soit la destination ...) était légal parce qu'aucune méthode n'aurait pu être plus précise, il y a une marge, pour le moins conséquente. Ou bien cette méthode est en soi irrégulière, ou bien elle ne l'est pas, mais il semble difficile d'admettre l'idée qu'elle serait valide au motif, pour un marché comprenant des prestations avec des volumétries très variables, qu'aucune autre méthode n'aurait pu être meilleure.

Est-ce à dire, pour autant, que, dans tous les cas, le cumul de prix unitaires sera nécessairement impossible ? Nous serions tentés de l'admettre tant le procédé semble dangereux et source de contestations. Mais il peut théoriquement être envisagé, dans certains cas, que ce cumul puisse avoir du sens ou, en tout cas, n'en soit pas totalement dénué, notamment lorsque les prestations ne présenteront, entre elles, aucune disproportion volumétrique manifeste. Autrement dit, le cumul de prix ne serait possible que si et seulement si, au regard des conditions d'exécution du contrat, il permettrait néanmoins de mettre en perspective les diverses propositions formulées, ce qui sera en réalité probablement très rare.

Quelles conséquences tirer d'une méthode de notation irrégulière ?

En troisième et dernier lieu, restait pour le Conseil d'État à déterminer les conséquences à tirer de l'irrégularité ainsi constatée, ce qui impliquait de trancher deux questions.

D'abord, et naturellement, lui appartenait-il de s'interroger sur la lésion subie par le concurrent évincé, faute de quoi l'irrégularité aurait été dépourvue de conséquence⁽¹⁶⁾. Il a, à cet égard, constaté que, potentiellement, le résultat de la procédure aurait pu être différent dès lors, non seulement, que la note globale du candidat évincé était très proche de celle du candidat retenu, mais, qu'en outre, le requérant avait proposé des prix inférieurs sur deux des neuf prestations attendues, celles a priori supposées être les plus commandées. Le Conseil d'État en a conclu, légitimement, que « une pondération supérieure des prix de ces dernières prestations par le pouvoir adjudicateur, par rapport aux prestations de représenta-

(12) CE 16 novembre 2016 Société SNEF, req. n° 401660.

(13) CE 1^{er} juillet 2015, Snegso, req. n° 381095.

(14) « Certes, les requérantes faisaient valoir qu'il s'agit d'un accord-cadre à bons de commande et non d'un marché classique à prix unitaires et qu'il n'est pas possible d'estimer les besoins de prestations avant la réalisation du marché. Mais nous ne voyons pas en quoi cette circonstance ferait obstacle à ce que vous suiviez un raisonnement similaire à celui que vous avez tenu dans les précédents que nous avons cités. Plusieurs méthodes étaient pour ce faire envisageables : outre celle de la moyenne pondérée en fonction de la valeur moyenne des prestations (jurisprudence SNAGSO/Habitat Sud Atlantic), on peut aussi songer à celle du « détail quantitatif estimatif » [DQE], le cas échéant en mode « masqué » (cf. CE 16 novembre 2016, Société SNEF, req. n° 401660, B) ».

(15) TA Paris 23 novembre 2020, Société SFR, req. n° 2017552/4-1.

(16) CE 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, req. n° 305420 ; CE 5 novembre 2008, Communauté d'agglomération de la région nazairienne et de l'estuaire, req. n° 310484.

tion en justice et d'assistance aux modes de règlement alternatif des litiges, aurait pu permettre à la société requérante d'obtenir la meilleure note sur le critère du prix » et donc « aurait pu lui permettre de remporter le marché ». Dans ces conditions, on ne peut que s'interroger, une fois encore, sur la portée de la décision prise, dans la foulée, par le juge du référé du tribunal administratif de Paris, ce dernier relevant, pour exclure la lésion, que le requérant, bien que premier sur le critère technique, était très éloigné de l'attributaire sur le critère prix. Car, obtenir une moins bonne note sur le critère prix, et avoir un pourcentage éventuellement plus faible de « meilleurs prix unitaires », n'impliquent pas nécessairement d'être distancé sur le critère prix si, précisément (et c'est là tout le sens de la décision Commune de Perpignan), ces meilleurs prix concernent les prestations les plus commandées ou susceptibles de l'être. Relevons toutefois que le tribunal, pour conforter son propos, a également pris en considération le fait que l'administration proposait, a posteriori, une simulation établie sur la base de consommations antérieures supposée établir (de manière discutable) que l'analyse financière, bien que différente, n'inversait pas le classement final.

Ensuite, une fois admise l'existence de l'irrégularité et de la lésion, il convenait de se prononcer sur les conséquences à en tirer sur la procédure de mise en concurrence elle-même en prononçant soit son annulation intégrale, soit sa censure partielle au stade de l'examen des offres. La première solution, de prime abord, aurait

pu s'imposer dès lors qu'il pouvait apparaître étonnant d'admettre l'idée d'une régularisation via l'adoption, a posteriori, une fois donc les offres connues, d'une méthode régulière d'évaluation. En effet, à ce stade, rien n'empêche matériellement l'acheteur de déterminer la méthode en fonction des offres déposées, ouvrant ainsi la possibilité d'un choix susceptible d'être considéré comme subjectif et arbitraire, donc contestable. Optant pour une solution pragmatique conforme à sa jurisprudence visant à préserver les procédures quand elles peuvent encore l'être⁽¹⁷⁾, le Conseil d'État a toutefois considéré que si l'annulation devait être prononcée, celle-ci ne devait l'être « qu'au stade de l'analyse des offres ». Est ainsi rendue possible, si l'acheteur entend poursuivre la procédure, une régularisation via l'adoption d'une nouvelle simulation, cette fois pertinente qui, le cas échéant, pourra de nouveau être soumise à la censure du juge administratif. Mais pour éviter tous ces désagréments et critiques potentielles, sans doute sera-t-il opportun pour les acheteurs de cristalliser en amont une méthode - ou à minima les modalités de détermination de cette méthode (par exemple par tirage au sort au moment de l'analyse) - qui, dès le départ, pourra, dans les grandes lignes, permettre de simuler une exécution probable ou au moins plausible du contrat.

[17] CE 20 octobre 2006, Commune d'Andeville, req. n° 289234 ; CE 15 décembre 2006, Corsica Ferries, req. n° 298618.