

# La méthode de notation d'une concession confrontée aux principes fondamentaux de la commande publique

Fait rarissime, le tribunal administratif de Rennes a annulé une procédure de passation de concession de service public pour irrégularité de la méthode de notation mise en œuvre par l'autorité concédante<sup>(1)</sup>. Sur quels éléments le juge s'est-il fondé pour prononcer cette annulation ?

Par une ordonnance du 31 octobre 2023, le tribunal administratif de Rennes, dans le cadre d'un référé précontractuel introduit à l'encontre d'une procédure de publicité et de mise en concurrence d'une concession de service public de transport est venu censurer, fait rare – voire inédit – en matière concessive, la méthode de notation retenue par l'autorité concédante.

Cette méthode, alambiquée, reposait, si on tente de la résumer, sur les grands principes suivants :

- détermination de dix critères de choix selon trois niveaux d'importance (premier, deuxième et troisième niveaux) avec des coefficients respectifs de 3, 2 et 1 ;
- classement des offres déposées (au nombre de 8 : deux candidats ayant remis trois offres et le troisième uniquement deux) en fonction de leurs mérites respectifs sur chacun des critères de choix ;
- conversion de chaque classement en notes sur la base de strates de notation prenant en compte le coefficient du critère en cause et le nombre d'offres déposées. Les critères de 1<sup>er</sup> niveau étaient ainsi notés par pas de notation de 3 points (3, 6, 9, 12, 15, 18, 21 et 24) selon l'ordre de classement tandis que ceux de niveau 2 étaient évalués sur l'échelle 2, 4, 6, 8, 10, 12, 14 et 16 (et 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 et 8 pour les critères de niveau 3) ;
- attribution du contrat à l'offre la mieux-disante correspondant à celle obtenant le moins de points.

Saisi par les deux candidats évincés, contestant (notamment) la pertinence de la méthode de notation qui, selon eux, dénaturait l'analyse opérée et interdisait de procéder à la détermination de l'offre la plus pertinente, le juge des référés précontractuels était donc invité à se prononcer sur la régularité du processus d'évaluation mis en œuvre et, ce faisant, sur la transposition à la

## Auteurs

**Hervé Letellier**  
Avocat associé  
Symchowicz-Weissberg et associés

**Philippine Garrigue**  
Juriste, Symchowicz-Weissberg et associés

## Références

TA Rennes 31 octobre 2023, Soc. Keolis et Transdev, req. n° 2305258 et 2505392

(1) TA Rennes 31 octobre 2023, Soc. Keolis et Transdev, req. n° 2305258 et 2505392.

matière concessive des principes jurisprudentiels édictés à propos de marchés publics.

À l'issue de cette analyse, le magistrat, tout en rappelant – plus ou moins implicitement – la spécificité des contrats de concession et l'absence de nécessité de retranscrire fidèlement la différence de valeurs entre les propositions, censure le mécanisme utilisé, regardé comme susceptible d'affecter substantiellement l'évaluation des offres.

## La concession, un contrat spécifique impliquant néanmoins un contrôle de la méthode d'évaluation

En premier lieu, le magistrat était invité à trancher la divergence opposant les parties quant au degré de liberté à reconnaître à l'autorité concédante. Cette dernière considérait en effet que la spécificité des contrats de concession excluait quasiment tout contrôle de la méthode retenue, là où les requérantes proposaient de transposer les solutions jurisprudentielles rendues en matière de marchés publics.

### Les spécificités du contrat de concession...

Certes, ce que rappelle l'ordonnance commentée au travers de l'évocation des dispositions législatives spécifiques aux contrats de concession, ces contrats obéissent à une certaine souplesse procédurale. Et pour cause puisque si le principe, séculaire, d'*intuitu personae*<sup>[2]</sup> a certes été progressivement encadré, il imprègne toujours la matière concessive. Le législateur, communautaire comme national, reconnaît ainsi à l'autorité concédante un large pouvoir d'appréciation<sup>[3]</sup> et, subséquent, lui impose des contraintes procédurales allégées. À la différence des marchés publics<sup>[4]</sup>, l'acheteur, conformément à l'article R. 3124-5 du Code de la commande publique, n'est notamment pas tenu de pondérer ses critères de choix. Une « simple » hiérarchisation suffit donc, les critères étant alors recensés par simple ordre décroissant d'importance.

La nuance est naturellement de taille : si l'autorité concédante doit toujours se fonder sur « une pluralité de critères non discriminatoires »<sup>[5]</sup> et attribuer le contrat « au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante »<sup>[6]</sup>, son appréciation sera, dans une telle

hypothèse, forcément plus « diffuse » ou, en tout cas, par la force des choses, moins « arithmétique ». Faute de pondération, point en effet de notation au sens propre du terme (et ce faisant de notes). Subséquent, le contrôle juridictionnel en sera amoindri, pour ne pas dire inexistant (ce qui peut d'ailleurs poser de légitimes questions, notamment au regard du principe de transparence). C'est cette raison qui explique que les décisions de justice rendues sur le sujet de la méthode de notation portent, quasi-exclusivement, sur des procédures de passation de marchés publics.

Il faut donc, d'une certaine manière, que l'autorité concédante « fasse l'effort » d'aller au-delà des exigences légales et s'impose, soit une méthode d'évaluation sommaire ne reposant pas forcément sur une notation arithmétique<sup>[7]</sup>, soit, plus encore, des critères pondérés (ce qui impliquera donc, de fait, la mise en œuvre d'une méthode de valorisation) pour que la question du contrôle juridictionnel puisse véritablement se poser. C'est sans doute ce souci de transparence, évidemment louable, qui avait, au cas d'espèce, animé l'autorité concédante lorsqu'elle a décidé de retenir et de cristalliser la méthode précédemment exposée.

### ... n'excluent pas d'apprécier la régularité de la méthode de notation

Mais c'est ce choix qui a permis subséquent, au juge des référés d'exercer son contrôle en rappelant que ce dernier s'imposait en dépit de la spécificité des concessions.

Pour reprendre les termes de la décision, l'autorité concédante certes « définit librement la méthode d'évaluation des offres au regard de chacun des critères d'attribution qu'elle a définis et rendus publics » et « peut ainsi déterminer tant les éléments d'appréciation pris en compte pour son évaluation des offres que les modalités de leur combinaison ». Mais, en dépit de cette souplesse, la régularité de la méthode doit être contrôlée à l'aune des principes fondamentaux de la commande publique, notamment lorsque « l'autorité concédante, qui n'y est pas tenue, aurait rendu publique, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, une telle méthode d'évaluation »<sup>[8]</sup>. La liberté inhérente aux concessions n'exclut donc pas, selon l'ordonnance, le contrôle de la méthode de notation arrêtée et la transposition des principes édictés par l'arrêt *Commune de Belleville-sur-Loire*<sup>[9]</sup>.

[2] CE 19 décembre 1913, Drapeyron, *Rec. CE* p. 1280 ; CE Ass., 3 mars 1993, Association des amis de la forêt de Saint-Germain et de Marly, req. n° 126719 ; CE 16 avril 1986, Cie luxembourgeoise de télédiffusion, req. nos 75040, 75087.

[3] En ce sens cf. par ex. G. Eckert, *JCl contrats et marchés publics*, « Régime normal de passation des délégations de service public » (Fasc. 423).

[4] CCP, art. R. 2152-12.

[5] CCP, art. R. 3124-4.

[6] CCP, art. L. 3124-5.

[7] CE 3 mai 2022, Commune de Saint-Cyr-sur-Mer req. nos 459678, 460089, 460090, 460154, 460155, 460724 : pour un exemple d'une méthode de notation utilisant des flèches de couleur.

[8] Les dispositions annoncées devant être respectées [CE 22 mai 2019, Société Corsica Ferries, req. n° 426763 ; CE 28 mars 2022, Commune de Ramatuelle, req. n° 454341 ; CE 20 juillet 2022, Commune du Lavandou, req. n° 458427].

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

La décision commentée s'insère ainsi dans la droite ligne de la position, déjà retenue, par le Conseil d'État dans son arrêt *Commune de Saint-Cyr-sur-Mer*<sup>(10)</sup>. Si, dans cette décision, la Haute juridiction – et c'était là une conséquence naturelle de l'absence d'obligation de pondération des critères – avait certes considéré que l'évaluation dans une procédure concessive pouvait être faite sans chiffrage, et donc par le biais d'échelle de valorisation simplifiée (prenant la forme de flèches et de couleurs traduisant la pertinence des propositions), elle avait néanmoins relevé que l'évaluation opérée, quelle que soit sa forme, ne pouvait être déconnectée d'une analyse précise et objective des offres et, subséquemment, être privée de sens par l'utilisation de paramètres irréguliers.

## L'irrégularité de la méthode d'évaluation convertissant le classement en notes, le tout en fonction de données extrinsèques liées au nombre d'offres remises

En second lieu, une fois cet obstacle de principe franchi, restait pour le juge des référés précontractuels à confronter les principes généraux issus de la décision *Commune de Belleville-sur-Loire* à la méthode de notation retenue par l'autorité concédante.

### Une marge de manœuvre encadrée par la censure des méthodes privant de sens ou de portée l'analyse opérée

Sur ce point, rappelons d'emblée que si un contrôle existe, celui-ci n'a pas vocation à réduire toute marge de manœuvre de l'acheteur public. La position du Conseil d'État est sur ce point explicite, notamment depuis sa décision *SFR*<sup>(11)</sup> rappelant que l'acheteur est libre de « choisir une méthode de notation qui, s'agissant de l'évaluation du critère technique, permettait une différenciation des notes attribuées aux candidats »<sup>(12)</sup>. Autrement exprimé, l'acheteur peut, sans affecter sa procédure, retenir des méthodes ne retranscrivant pas, mécaniquement et arithmétiquement, les différences réelles entre les propositions et donc, d'une certaine manière, survaloriser ou sous-valoriser les différences

constatées. La décision commentée ne déroge pas à cette règle, en rappelant, que « l'appréciation globale et simultanée de toutes les offres présentées, base, cible et variante, au regard des mêmes critères et par application de la même méthode de notation n'est pas irrégulière » ou encore que « la méthode de notation mise en œuvre n'a pas à nécessairement fidèlement refléter la différence de valeurs entre les offres, sur chacun des critères et, le cas échéant, sous-critères d'attribution ».

Mais, naturellement, cette liberté n'est pas sans limite, celle-ci ne pouvant conduire à mettre en œuvre des méthodes de notation produisant un classement s'écartant excessivement de l'évaluation intrinsèque des offres. C'est là tout le sens de la jurisprudence, rendue depuis la décision *Belleville-sur-Loire*, censurant toute distorsion excessive des offres qui, par ricochet, prive de portée les critères de choix (ou neutralise leur hiérarchisation ou leur pondération) et fausse ainsi le jeu normal de la concurrence. Tel est le cas, par exemple, de la méthode attribuant 20/20 au candidat proposant l'offre financière la moins chère et 0/20 au candidat proposant celle la plus chère indépendamment de l'écart de prix entre les deux propositions<sup>(13)</sup>, de la méthode des notes négatives<sup>(14)</sup> ou d'une notation du prix d'un marché divisé en lots techniques qui ne tient pas compte de la disparité des valeurs des différents lots<sup>(15)</sup>. Ce sont là les principes transposés en matière concessive par la décision commentée, reprenant à son compte la formulation de la décision *Commune de Saint-Cyr-sur-Mer*, en jugeant que : « Une méthode d'évaluation est toutefois entachée d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, les éléments d'appréciation pris en compte pour évaluer les offres au titre de chaque critère d'attribution sont dépourvus de tout lien avec les critères dont ils permettent l'évaluation ou si les modalités d'évaluation des critères d'attribution par combinaison de ces éléments sont, par elles-mêmes, de nature à priver de leur portée ces critères ou à neutraliser leur hiérarchisation et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure offre ne soit pas la mieux classée, ou, au regard de l'ensemble des critères, à ce que l'offre présentant le meilleur avantage économique global ne soit pas choisie ».

(10) *Supra*. Cf. sur ce point concl. Le Corre : « les principes émis par votre décision *Commune de Belleville* nous semblent – sous quelques réserves – tout à fait transposables dans leur esprit ».

(11) CE 15 février 2013, Société SFR, req. nos 363854, 363855, 3633856 et 363857 ;

(12) concl. Pellissier : « il nous semble que vous devez laisser au pouvoir adjudicateur une certaine marge de liberté dans la définition non seulement de ses besoins, c'est-à-dire des critères et de leur pondération, mais aussi des caractéristiques des offres qui y répondront le mieux » ;

(13) CE 24 mai 2017, Soc. Techno Logistique c. Min Défense, req. n° 405787 ;

(14) CE 18 décembre 2012, Dépt de la Guadeloupe, req. n° 362532 ;

(15) CE 1<sup>er</sup> juillet 2015, Société Nouvelle d'Entreprise Générale du Sud-Ouest, req. n° 381095.

## L'irrégularité de la méthode reposant sur le classement des offres et sur les effets de seuils induits par l'existence de pas de notation dépendants du nombre de propositions remises

Restait alors, étape ultime du raisonnement, à transposer les principes ainsi rappelés à la méthode retenue par l'autorité concédante, travail à l'issue duquel la décision commentée annule la procédure de passation dans les termes suivants : « la méthode de notation mise en œuvre par l'autorité concédante n'a pas pour seul effet d'amplifier ou de minimiser les résultats de l'évaluation intrinsèque des offres sur chacun des critères annoncés et publiés, ce qui ne serait pas irrégulier, mais a également pour effet de potentiellement substantiellement les déformer ».

Pour aboutir à une telle conclusion, légitime, le juge des référés retient, plus ou moins explicitement, deux éléments.

Le premier, et principal, est lié au fait que la méthode retenue était fondée, et ce pour l'ensemble des critères retenus, sur le seul classement des offres. Concrètement, la note attribuée sur chacun des éléments notés ne dépendait pas tant de la valeur réelle de la proposition évaluée (même si elle permettait de s'assurer que la meilleure offre soit la mieux classée sur chaque critère analysé) et de sa différence avec celles déposées par les autres candidats, mais du seul ordre de positionnement des offres. Autrement formulée, la note ne faisait pas le classement, seul le classement contribuait à la note. Or, un tel mécanisme, s'il a certes été admis, à très faible dose et pour certains critères seulement<sup>[16]</sup>, peut induire, quasiment par essence, un effet dénaturant en survalorisant d'éventuelles très faibles différences entre un candidat classé premier et un candidat classé dernier (par exemple une différence financière de 15 % aboutissait en l'espèce à un différentiel de notation de 800 %) ou en sous valorisant des écarts significatifs entre deux opérateurs au seul motif que l'un suivrait l'autre dans l'ordre de classement (dès lors que les autres offres seraient encore plus mauvaises).

L'effet pervers d'un tel système avait d'ailleurs été stigmatisé par le rapporteur public Pellissier dans ses conclusions sur l'affaire SFR précitée : « l'application de cette méthode peut avoir pour effet de modifier le classement des offres résultant de leur évaluation intrinsèque sur chaque critère, en fonction d'un paramètre, le classement, qui ne nous paraît pas en rapport avec la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse. En effet, nous ne voyons pas en quoi le classement des offres sur chaque critère renseigne le pouvoir adjudicateur sur l'offre qui répondra le mieux à l'ensemble de ses besoins. Ceux-ci sont exprimés par les critères et leur pondération, laquelle permet au pouvoir

adjudicateur de moduler l'importance qu'il entend donner aux différents critères. L'objectif de la compétition n'est pas de désigner le meilleur sur le critère plus important, mais le meilleur sur l'ensemble des critères, tels qu'ils sont pondérés »<sup>[17]</sup>.

L'ordonnance commentée, qui fait d'ailleurs écho à d'autres décisions<sup>[18]</sup>, s'inscrit donc dans cette logique en relevant que la méthode « qui n'est fondée que sur le classement des offres, sur chacun des dix critères, a pu conduire à l'attribution de notes ne présentant potentiellement aucun lien ni rapport direct avec leur valeur, tant intrinsèque que comparée à celle des autres offres », qu'elle a pu « avoir pour effet de fausser profondément et substantiellement les résultats issus de l'évaluation de la valeur intrinsèque des offres, sur chacun des critères » ou encore que « la méthode de notation par le classement peut également avoir pour effet d'attribuer des notes très proches, sur un ou plusieurs critères, à des offres qui présentent une différence de valeur pourtant très importante, que le classement ne permet pas de transcrire ». Le tout en énonçant ce propos : « À titre d'exemple, il ressort du rapport d'analyse que les six offres des sociétés Keolis et RATP Développement ont été classées au rang 1 ex-aequo sur le critère « attractivité du service » de niveau 2, et se sont donc toutes vu attribuer la note de 2, quand les deux offres de la société Transdev ont été classées au rang 7 ex-aequo et se sont donc vu attribuer la note de 14, sans qu'il ne résulte de l'instruction que la différence de valeur entre les offres en cause, sur ce critère, soit aussi significative que l'écart entre les notes ainsi attribuées ».

Le second élément ayant conduit à la décision en cause apparaît davantage en creux et tient au fait que la méthode de notation reposait, non pas sur un mécanisme (couramment rencontré) de notes plafonds cristallisés en amont par l'acheteur, mais sur une donnée variable dépendant des candidats eux-mêmes, en l'occurrence leur nombre et le nombre d'offres remises par chacun d'entre eux. Envisager un procédé permettant une appréciation qualitative d'une offre pour ensuite lui attribuer une note prédéterminée (par exemple une note de 10/10 sur un critère donné si l'offre est excellente ou 8 si elle est satisfaisante) est une chose ; concevoir un mécanisme d'évaluation répondant à une logique de classement puis de notation par strates de notes (sans plafond déterminé) dépendant d'une donnée extrinsèque et subjective tenant au nombre de candidats et d'offres remises en est une toute autre. Soit, en l'espèce, du fait de la présence de huit offres (variantes et base), un mécanisme de malus composé de 8 strates distinctes (qui auraient donc tout aussi bien pu, selon l'état de la concurrence, et des orientations des opérateurs, être de 3, 6, 10 ou 15 par exemple) créant un effet de seuil

[16] TA Toulouse 10 décembre 2012, ABAH, req. n° 1205236 ; TA Toulouse 10 décembre 2012, ABAH, req. n° 1205236.

[17] Même si ce dernier a proposé le rejet du pourvoi au motif que la méthode, visant simplement à réévaluer la note du critère technique, ne pouvait pas avoir d'influence, ce d'autant qu'avaient été mis en place des mécanismes de réévaluation réduisant les effets de distorsion engendrés.

[18] TA Rennes 16 janvier 2019, Soc Seaowl France, req. n° 1806065.

artificiel et aggravant. C'est ce point que devait également stigmatiser la décision commentée en relevant que « le système mis en œuvre ayant pour conséquence possible, *a fortiori* en cas d'offres mieux classées mais ex-aequo, de créer un effet de seuil dans l'attribution des points au titre des différents critères et éléments d'appréciation, en augmentant de manière rédhibitoire l'écart de points entre des offres ne présentant en réalité qu'une très faible différence de valeur entre elles, différence de valeur que le seul le classement ne permet, par définition, pas de refléter, même schématiquement et approximativement ».

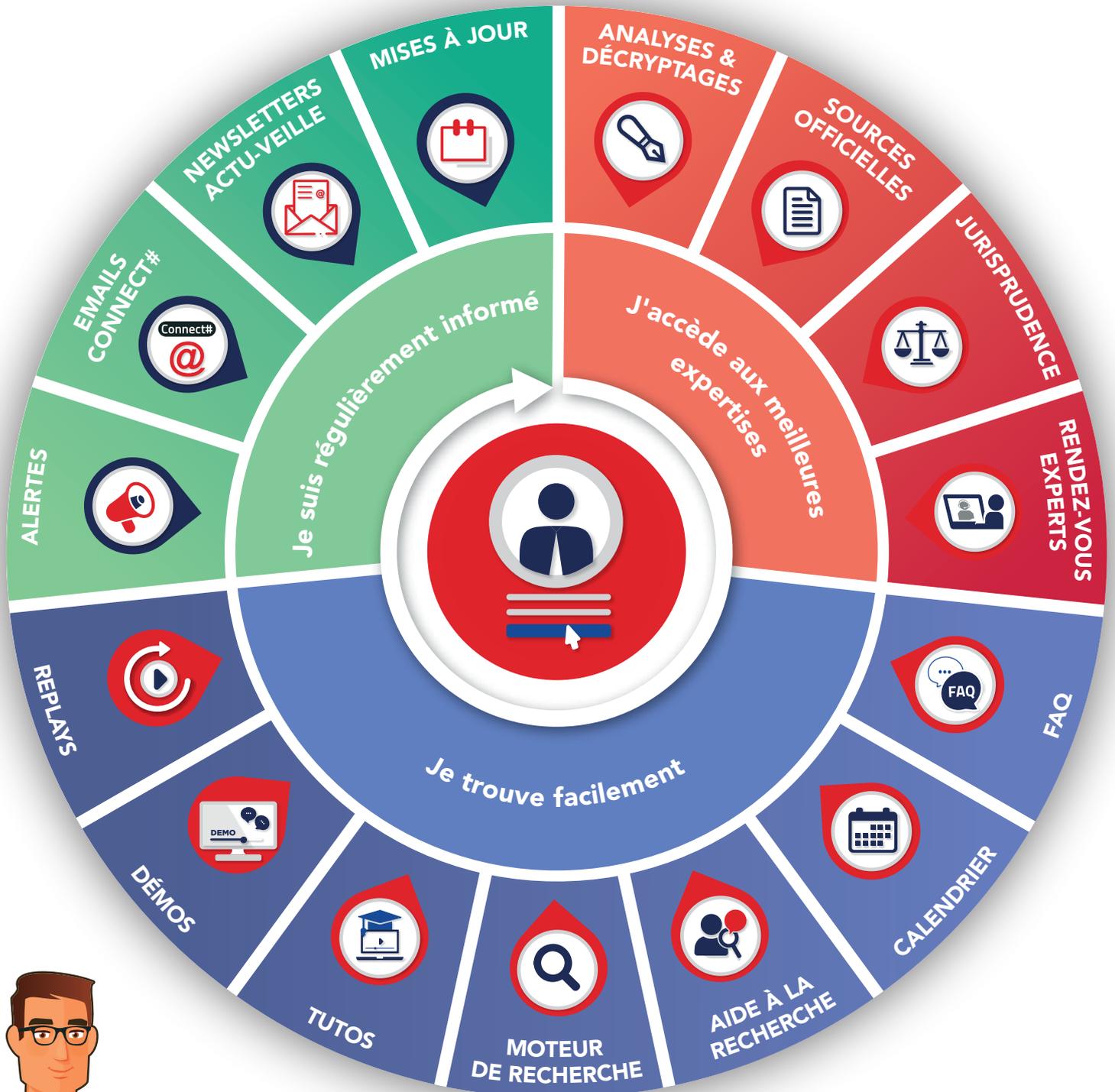
Par cette décision louable, le juge des référés du tribunal administratif de Rennes – rappelant *in fine* que

l'irrégularité identifiée lèse l'ensemble des opérateurs<sup>[19]</sup> et que ces derniers (chacun son rôle) n'étaient pas tenus d'informer en amont l'autorité concédante de l'irrégularité du procédé évoqué dans son règlement de consultation – est donc venu rappeler, et poser, certaines limites à la latitude accordée aux autorités concédantes dans la détermination de leur méthode de sélection. Reste à savoir ce que va désormais en penser le Conseil d'État, *a priori* saisi d'un pourvoi contre la décision rendue.

---

[19] Cf. par ex. TA Rennes 16 janvier 2019, Soc Seaowl France, req. n° 1806065.





▶ **Rendez-Vous sur [moniteurjuris.fr](http://moniteurjuris.fr)**

