

Méthodes d'analyse de l'offre financière en matière de marchés publics : programme libre ou figure imposée ?

Le critère financier et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse sont étroitement liés. Quelles méthodes appliquer en vue de la notation de l'offre financière ? La méthode dite « proportionnelle » doit-elle être privilégiée ? Quelles sont les précautions à prendre... ?

Elément incontournable des procédures de passation des marchés publics, la méthode d'analyse de l'offre financière concourt au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Au-delà de ce premier vecteur d'importance, le second tient au caractère particulièrement important sur un plan contentieux. En effet, et alors que les défauts de l'avis d'appel public à concurrence ne sont que rarement de nature à mettre en risque une procédure de passation, nombre de requérants cherchent la faille dans la définition ou la mise en œuvre des critères d'analyse.

La réalité à laquelle renvoie la méthode d'analyse de l'offre financière est multiple puisque cela recouvre la définition même des critères d'analyse et de leur pondération, mais également la méthode de notation retenue qui constitue sans doute le point cristallisant en la matière le plus gros risque contentieux. Après un rappel de ce qu'il convient de retenir comme constituant l'offre financière en matière de marché publics, nous tenterons de dresser un panorama des différentes méthodes d'analyse et de leur acceptation par le juge administratif et évoquerons également la traduction du nécessaire respect du principe de transparence.

Offre financière ou offre de prix ?

La question des critères d'analyse des offres pouvant être retenus figure à l'article R. 2152-7 du Code de la commande publique (CPP) et cet article accorde assurément une place de particulière au critère financier. En effet, il est précisé de manière très claire que « pour attribuer le marché au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde :

1° Soit sur un critère unique qui peut être :

a) Le prix, à condition que le marché ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre ;

Auteur

Olivier Metzger
Avocat au Barreau de Grenoble
Cabinet Seban et associés

Mots clés

Analyse des offres • Critères • Méthode de notation
• Pondération

b) Le coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie défini à l'article R. 2152-9 ;

2° Soit sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères (...) ».

En d'autres termes, qu'il soit seul ou mêlé à d'autres critères, l'aspect financier doit nécessairement être pris en compte dans la détermination par l'acheteur public de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Pour autant, on le voit, critère financier ne signifie pas nécessairement le « prix » mais cela peut également renvoyer à une approche globale en matière de « coût » qui est alors fondée sur « le coût du cycle de vie » qui inclus, « dans la mesure où ils sont pertinents », tout ou partie des coûts suivants du cycle de vie d'un produit, d'un service ou d'un ouvrage à savoir les coûts supportés par l'acheteur ou par d'autres utilisateurs (coûts liés à l'acquisition, à l'utilisation comme la consommation d'énergie, à la maintenance ou liés à la fin de vie comme les coûts de collecte et de recyclage) ainsi que ceux « imputés aux externalités environnementales et liés au produit, au service ou à l'ouvrage pendant son cycle de vie, à condition que leur valeur monétaire puisse être déterminée et vérifiée ».

L'acheteur public n'est dès lors pas tenu de réfléchir, pour faire mener à bien son analyse et faire un choix pertinent sur la somme à déboursier à un instant « t » pour acquérir un bien ou un service mais peut prendre en compte l'ensemble de la chaîne de coûts en découlant jusqu'à l'élimination du bien concerné le cas échéant.

Naturellement, une telle prise en compte nécessite d'être clairement explicité dans les documents de la consultation.

Critère incontournable et pluralité des méthodes d'analyse possible

Si le critère financier est consubstantiel au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse selon le Code la commande publique, il reste à déterminer la méthode d'analyse de ce dernier et le degré d'information devant figurer dans les documents de la consultation.

Pour être un argument fréquemment soulevé dans le cadre des contentieux, notamment des référés précontractuels, la question de la méthode de notation de l'offre financière et des limites de celle-ci a pu donner lieu à de nombreuses décisions des juridictions. Sans prétendre à l'exhaustivité, plusieurs grandes précautions méritent d'être énoncées.

Si le juge administratif est venu préciser les contours de ce vers quoi devrait tendre une méthode de notation de l'offre financière, il n'existe, *a priori*, aucune méthode obligatoire. En revanche, la jurisprudence permet de décrire ce à quoi ne doit pas aboutir la méthode d'analyse des offres financières.

Avant de s'intéresser à quelques méthodes en particulier, il est un point qui ne semble plus faire l'objet de débat : l'offre financière la moins disante doit obtenir la meilleure note au titre du critère. Cela pourrait ne pas être évident tant certains acheteurs ont tenté de faire obstacle à cette règle par des méthodes de notation originale mais il s'agit bien là de l'état de la jurisprudence en la matière. Ainsi, le Conseil d'État a clairement affirmé que « la méthode de notation du critère du prix doit permettre d'attribuer la meilleure note au candidat ayant proposé le prix le plus bas »⁽¹⁾. C'est pour ce motif que, par exemple, la méthode dite du « barycentre », a été prohibée. Cette méthode consiste à déterminer la note du critère prix à partir d'une valeur de référence, puis à réaliser une extrapolation linéaire en fonction du caractère inférieur ou supérieur des offres à cette valeur de référence. En d'autres termes, plus une offre s'éloigne, à la hausse ou à la baisse, de la valeur de référence et plus elle sera pénalisée.

Ainsi que l'indiquait le Rapporteur public Bertrand Dacosta dans ses conclusions sous la décision précitée du 29 octobre 2013, le critère prix ne doit pas « [...] servir pour mesurer autre chose que la capacité des candidats à présenter le prix le plus bas ».

Cette barrière imposée aux acheteurs publics mérite d'être correctement appréhendée sous peine de mettre en risque leur procédure de passation.

Rappelons ainsi, par exemple, que si un critère prix contient un sous-critère qui concerne des rabais (exemple des achats sur catalogue), il est imposé à l'acheteur de tenir compte des tarifs auxquels sont appliqués ces rabais sous peine de voir la notation du critère prix conduire à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à l'offre financièrement la plus compétitive, ce que le juge sanctionne⁽²⁾.

Une difficulté a également pu être rencontrée par des collectivités confrontées, dans le cadre particulier des marchés portant sur l'enlèvement de véhicules, à des méthodes ne fonctionnant pas avec un prix égal à zéro euro⁽³⁾. Ici, les candidats devaient proposer un prix pour l'enlèvement des véhicules et un prix de reprise de ces derniers or, certaines offres prévoient un prix égal à zéro euro pour l'enlèvement des véhicules et la méthode de notation reposant sur le calcul du quotient entre le montant de l'offre la moins disante et le montant de l'offre notée, était inapplicable lorsque des offres égales à zéro euro étaient remises.

Pour simple que puisse apparaître le principe selon lequel l'offre la moins disante doit obtenir la meilleure note, sa mise en œuvre n'est dès lors pas sans réclamer une attention toute particulière.

Cette première limite étant posée, la liberté des acheteurs publics en matière de détermination de la méthode

(1) CE 29 octobre 2013, Val d'Oise Habitat, req. n° 370789.

(2) TA Toulouse, ord., 20 mars 2017, Société Papeteries Pichon, req. n° 1700895.

(3) CE 19 avril 2013, Ville de Marseille, req. n° 365340.

de notation du critère financier semble bornée mais réelle. Pourtant, cette limite n'est pas la seule.

En effet, il est également requis, sous peine de censure par le juge, que des offres différentes se voient attribuer des notes différentes. Cette limite a, par exemple, conduit à censurer une procédure dans laquelle le critère prix était apprécié par tranche de prix ce qui ne permettait de retranscrire correctement l'écart de prix entre les offres de deux candidats⁽⁴⁾. En effet, il n'est pas admis d'attribuer une même note aux offres dont le prix est inférieur à l'estimation faite par le pouvoir adjudicateur, sans tenir compte des écarts entre les offres pouvant se manifester dans cette tranche de prix. De la même manière se trouve prohibée la méthode de notation qui conduit à écraser de manière importante les écarts de prix proposés par les différents candidats car cela 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 et en déduisant que cette méthode était entachée d'irrégularité »⁽⁵⁾.

S'il est par ailleurs admis par le juge que l'offre la moins disante puisse de facto se voir attribuer la note maximale⁽⁶⁾, il est en revanche interdit de mettre en œuvre une méthode linéaire qui, en présence de seulement deux offres, conduit automatiquement à l'attribution de la note maximale à l'offre la moins disante et à une note de zéro pour son offre concurrente⁽⁷⁾ ou encore celle qui, quel que soit le nombre d'offres remises, prévoient automatiquement l'attribution de la note maximale à l'offre la moins disante et une note de zéro à l'offre la plus disante sans tenir compte de l'écart réel entre ces offres⁽⁸⁾. De telles méthodes conduisent en effet, surtout lorsque cela est combiné à une pondération importante « à neutraliser les autres critères en éliminant automatiquement l'offre la plus onéreuse, quel que soit l'écart entre son prix et celui des autres offres et alors même qu'elle aurait obtenu les meilleures notes sur les autres critères ».

En réalité, ces décisions renvoient à une autre limite imposée aux acheteurs, à savoir celle selon laquelle la méthode de notation retenue ne doit pas remettre en cause la cohérence de la pondération de l'ensemble des critères annoncée dans les documents de la consultation par l'acheteur public. C'est pour cette raison qu'a notamment été censurée une méthode conduisant à l'attribution de notes négatives. En effet, pour la Haute juridiction administrative, l'attribution de notes négatives conduit nécessairement à fausser la pondération des critères de choix des offres puisqu'elles vont se soustraire aux notes

obtenues sur les autres critères dans le calcul de la note globale⁽⁹⁾.

Eu égard à toutes ces limites, quelles sont en réalité les méthodes de notation pouvant être utilisées et de quel degré d'originalité peuvent faire preuve les acheteurs ?

Il est une méthode dont la critique apparaît vaine. C'est la plus simple mais également la plus usitée. Il s'agit de la formule dite « proportionnelle » ($\text{Note} = \text{Pondération} \times \text{Pmin} / \text{P}$), formule hyperbolique qui présente l'avantage de respecter un rapport de proportionnalité entre le nombre de points attribué à une offre et son montant en euros. Cette méthode renferme toutefois également un inconvénient puisque si elle permet de bien discriminer les offres proches du prix minimum, elle tend à avantager les offres les plus élevées. Dès lors, un correctif a pu être envisagé en élevant à une puissance « n » (par ex. au carré), le prix minimum (Pmin) et le prix noté (P) (par exemple $\text{Note} = \text{Pondération} \times \text{Pmin}^n / \text{P}^n$), ce qui permet de mieux discriminer les offres élevées mais qui a tendance à amplifier les écarts entre le prix minimum et les autres offres et ne permet pas de respecter une stricte proportionnalité.

D'autres formules non censurées peuvent être mises en œuvre. C'est le cas, par exemple, de celles faisant intervenir le prix moyen des offres reçues par un acheteur public – en revanche tenir compte de l'estimation de l'acheteur n'est pas autorisé – ce qui devrait logiquement permettre de comparer chaque offre à un prix moyen pouvant être considéré comme reflétant le « prix du marché », toute chose égale par ailleurs et nonobstant le risque d'entente.

Pour être intéressante, cette formule devrait toutefois être réservée aux marchés pour lesquels l'acheteur peut légitimement attendre la remise d'un nombre relativement important d'offres.

Les formules linéaires, quant à elles, ont pour avantage de permettre de respecter une stricte proportionnalité entre les écarts de prix et les écarts de notes, mais elles ne permettent pas de respecter un rapport de proportionnalité entre le nombre de points attribué à une offre et son montant en euros. Pour mettre en œuvre une formule linéaire il importe de déterminer une échelle de notation qui peut, par exemple, être encadrée par les offres les plus distantes et les moins distantes classées par l'acheteur public ($\text{Note} = \text{Pondération} \times (\text{Pmax} - \text{P}) / (\text{Pmax} - \text{Pmin})$). Ainsi, l'offre de prix la plus basse aura nécessairement la note maximum, alors que l'offre de prix la plus élevée aura nécessairement la note de 0.

La question de la formule utilisée n'est pas la seule que doit se poser l'acheteur et ce n'est d'ailleurs pas la première. En effet, deux autres aspects doivent être pesés et, chronologiquement, la réflexion quant à ces derniers intervient généralement avant.

(4) TA Orléans 27 mai 2008, Société Arima Consultant, req. n° 0704464.

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

(6) CE, 15 février 2013, Société SFR, n° 363854.

(7) CE 24 mai 2017, Ministre de la Défense, req. n° 405787.

(8) TA Melun, ord., 6 mars 2008, Préfet de Seine-et-Marne, req. n° 0801217/2.

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

En effet, une fois le type de critère financier identifié par l'acheteur – prix ou coût global – il importe à ce dernier de définir la pondération c'est-à-dire l'importance qu'il entend lui conférer dans son choix et on a vu que cette pondération n'était pas sans influence sur la légalité de la méthode notation retenue.

Par ailleurs, outre la pondération, il convient à l'acheteur de définir ce sur quoi portera l'analyse.

En cas d'analyse du prix, si pour un marché à prix forfaitaire l'objet de l'analyse semble faire peu de doutes, il en va différemment des prix unitaires. Il apparaît assez évident que l'acheteur ne va pas faire le total du bordereau des prix unitaires pour déterminer l'offre la moins disante. Ainsi, il peut décider de faire appel un détail (devis) quantitatif estimatif – DQE – permettant de noter les items présentant possiblement pour lui une importance. Mais, le juge a également pu consacrer la possibilité de recourir à un « chantier masqué » qui permet au pouvoir adjudicateur de départager des candidats au moyen d'une simulation portant sur des prix unitaires et forfaitaires non initialement portée à la connaissance des candidats^[10]. La Haute juridiction administrative a même pu admettre que le pouvoir adjudicateur puisse procéder, avant l'ouverture des plis, au tirage au sort d'une commande fictive parmi plusieurs, sous réserve que les simulations correspondent toutes à l'objet du marché, que le choix du contenu de la simulation n'a pas pour effet d'en privilégier un aspect particulier de telle sorte que le critère du prix s'en trouverait dénaturé et que le montant des offres proposées par chaque candidat soit reconstitué en recourant à la même simulation^[11].

La liberté de l'acheteur existe dès lors bel et bien, mais pour autant, qu'en est-il du nécessaire respect du principe de transparence applicable en matière de commande publique ?

Transparence et méthodes d'analyse possible

Il importe de préciser que le Code de la commande publique impose que les critères d'attribution ainsi que les modalités de leur mise en œuvre soient indiqués dans les documents de la consultation^[12] mais également, s'agissant des marchés passés selon une procédure formalisée, que les critères d'attribution soient pondérés ou, lorsque cela n'est pas possible pour des raisons objectives qu'ils soient hiérarchisés^[13].

S'agissant du respect du principe de transparence, la jurisprudence considère que tous les éléments pris en considération pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et, si possible, leur importance relative

soient connus dès le stade du lancement de la procédure. C'est pour ce motif que critères et sous-critères doivent être connus des candidats. En revanche, ainsi que l'a jugé le Conseil d'État depuis près de dix ans maintenant, le pouvoir adjudicateur « n'est pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres »^[14].

Mais, pour que cette méthode de notation puisse en être effectivement une et puisse ne pas être portée à la connaissance des candidats, en amont de la formulation de leur réponse, il est impératif qu'elle soit neutre. À défaut, le juge pourra être amené à requalifier en sous-critère et même en critère une partie de la grille de notation^[15], cela s'appliquant toutefois davantage à la méthode de notation des critères et sous-critères « techniques ».

À noter également que le contrôle du juge porte également sur le fait que la formule de notation n'a pas donné lieu à une erreur manifeste d'appréciation ou à un traitement discriminatoire^[16].

Dès lors que le critère portera sur le coût global, il est impératif que les documents de la consultation soient particulièrement précis sur les attentes de l'acheteur afin de mettre les candidats en situation de pouvoir répondre à ce besoin en y intégrant les justificatifs de l'ensemble des composantes de ce coût global et permettre une analyse éclairée par l'acheteur des offres reçues.

Par ailleurs, il importe de rappeler que l'article 68 de la directive 2014/24/UE, repris par l'article R. 2152-10 du CCP indique, quant aux conditions de la prise en compte de ces externalités, que la méthode utilisée pour en évaluer les coûts devra reposer sur des critères vérifiables de façon objective et non discriminatoire, sans favoriser ou défavoriser indûment certains opérateurs économiques.

Par ailleurs, la méthode devra être accessible à toutes les parties intéressées. Les données requises pour répondre à cette méthode seront fournies par les candidats sans que cela ne représente un effort excessif.

En définitive, la méthode d'analyse du critère financier repose sur plusieurs impératifs tous sous-tendus en réalité par la nécessaire neutralité et l'absence de discrimination de la méthode retenue. Cet impératif risque dès lors de conduire les acheteurs à limiter leur inventivité en la matière. Dès lors que la méthode dite « proportionnelle » reste celle privilégiée en raison de ses risques limités sur un plan contentieux, il est impératif que les acheteurs s'appliquent à détecter, en amont de l'analyse, les offres anormalement basses afin de ne pas se trouver trop fortement contraints dans le choix de l'offre retenue. Cela doit également conduire à réfléchir très fortement sur la pondération retenue concernant le critère financier.

[10] CE 2 août 2011, Syndicat mixte de la vallée de l'Orge Aval, req. n° 348711.

[11] CE 16 novembre 2016, Sté TEM, req. n° 401660.

[12] CCP, art. R. 2152-11.

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

[14] CE 31 mars 2010, Collectivité territoriale de Corse, req. n° 334279.

[15] CE 25 mars 2013, SAS Cophignon et OPHLM des Ardennes, req. n° 364951.

[16] CE 21 mai 2010, Commune d'Ajaccio, req. n° 333737.