

Le 05-12-2019

[Jurisprudence] Le pouvoir adjudicateur ne peut pas déléguer aux soumissionnaires l'analyse de leur propre offre

N1412BYX



par Elisabeth Fernandez Begault, Avocat associé, spécialiste en droit public et Romain Denilauer, Avocat à la Cour, cabinet Seban Occitanie

Réf. : CE 2° et 7° ch.-r., 22 novembre 2019, n° 418460, mentionné aux tables du recueil Lebon ([N° Lexbase : A4880Z37](#))

Dans un arrêt rendu le 22 novembre 2019, le Conseil d'Etat a dit pour droit qu'une méthode de notation des offres par laquelle le pouvoir adjudicateur laisse aux candidats le soin de fixer, pour l'un des critères ou sous-critères, la note qu'ils estiment devoir leur être attribuée est, par elle-même, de nature à priver de portée utile le critère ou sous-critère en cause si cette note ne peut donner lieu à vérification au stade de l'analyse des offres, quand bien même les documents de la consultation prévoieraient que le candidat attributaire qui ne respecterait pas, lors de l'exécution du marché, les engagements que cette note entend traduire pourrait, de ce fait, se voir infliger des pénalités.

Le pouvoir adjudicateur se proposait de recourir à une méthode de notation des plus curieuses, puisqu'elle consistait, ni plus ni moins, à confier à chaque soumissionnaire le soin d'évaluer sa propre offre.

La consultation, passée selon la procédure de l'appel d'offres ouvert, portait sur un marché alloti de services réguliers de transports publics non urbains de personnes par voie terrestre. Les critères de sélection des offres étaient le prix (60 %), les garanties environnementales (15 %) et la valeur technique (25 %) ; ce dernier critère était apprécié en fonction de deux sous-critères, dont «*le niveau d'engagement du candidat en matière de notation de la qualité du service rendu sur les lignes objet du marché*» (20%).

Pour l'appréciation de ce sous-critère, chaque soumissionnaire s'engageait sur un niveau de qualité correspondant à une note comprise entre 7 et 9 sur 10. La note attribué à son offre était alors déterminée par l'application d'une formule conduisant à ce qu'un soumissionnaire s'engageant sur un niveau de qualité de 7/10 obtienne zéro point, un soumissionnaire s'engageant sur un niveau de 8/10 obtienne 10 points, et un soumissionnaire s'engageant sur un niveau de 9/10 obtienne la note maximale de 20 points.

L'engagement du soumissionnaire n'était pas, cependant, purement déclaratif : un système de pénalité devait, supposément, sanctionner le respect de l'engagement souscrit par l'attributaire.

Cette dernière pudeur du pouvoir adjudicateur n'a pas suffi à convaincre le juge administratif, puisque le Conseil d'Etat censure la méthode de notation ainsi retenue au motif qu'une «*méthode de notation des offres par laquelle le pouvoir adjudicateur laisse aux candidats le soin de fixer, pour l'un des critères ou sous-critères, la note qu'ils estiment devoir leur être attribuée est, par elle-même, de nature à priver de portée utile le critère ou sous-critère en cause si cette note ne peut donner lieu à vérification au stade de l'analyse des offres, quand bien même les documents de la consultation prévoieraient que le candidat attributaire qui ne respecterait pas, lors de l'exécution du marché, les engagements que cette note entend traduire pourrait, de*

ce fait, se voir infliger des pénalités».

Le raisonnement du juge n'est pas aussi novateur, voire téméraire, que la méthode de notation vouée à sa censure. La décision commentée s'inscrit dans les principes, désormais classiques, exposés dans la décision «Commune de Belleville-sur-Loire» (CE, 3 novembre 2014, n° 373362 [N° Lexbase : A9417MZS](#)), aux termes de laquelle : *«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 ; que, toutefois, ces 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 ; 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».*

Si le pouvoir adjudicateur est libre de définir la méthode de notation, c'est-à-dire le processus par lequel une valeur chiffrée est attribuée à une prestation au regard d'un critère donné (voir, en ce sens, les conclusions de Bertrand Dacosta sur CE, 2 août 2011, n° 348711 [N° Lexbase : A9300HWD](#)), cette liberté est bornée par le respect des principes fondamentaux de la commande publique, dont l'égalité de traitement entre les candidats et la transparence, qui commande que la méthode de notation retenue ne puisse pas conduire à neutraliser les critères ou la pondération des critères qu'elle prétend mettre en œuvre.

La jurisprudence offre moult illustrations de l'application de ces principes. Il a ainsi déjà pu être considéré, par exemple, que l'attribution de note négative est illégale, car elle conduit à remettre en cause la pondération définie dans les documents de la consultation (CE, 18 décembre 2012, n° 362532 [N° Lexbase : A1285IZM](#)) ; ou que la note attribué sur le critère du prix ne peut pas être arrêtée par référence au montant estimé par l'acheteur (CE, 29 octobre 2013, n° 370789 [N° Lexbase : A8186KNI](#)). Ont également pu être censurées des méthodes reposant sur le montant des pénalités que les soumissionnaires étaient prêts à accepter (CE, 9 novembre 2018, n° 413533 [N° Lexbase : A6401YKB](#)), l'estimation du chiffre d'affaires établie par les candidats sur la durée d'un contrat de concession (CE, 8 avril 2019, n° 425373 [N° Lexbase : A8880YBE](#)), ou encore l'appréciation global du montant d'un marché divisé en plusieurs lots techniques, dès lors que cette appréciation ne permettait pas de prendre en compte la grande disparité des valeurs des différents lots ni, par suite, d'identifier l'offre dont le prix était effectivement le plus avantageux (CE, 1er juillet 2015, n° 381095 [N° Lexbase : A5830NMU](#)).

Au cas d'espèce, la méthode de notation appliquée par le pouvoir adjudicateur était vouée à la censure.

La démarche d'auto-évaluation est illégale si la note que le soumissionnaire s'attribue ne peut donner lieu à vérification au stade de l'analyse des offres.

Il est, en effet, de principe que le pouvoir adjudicateur doit exiger la production des justificatifs lui permettant de vérifier l'exactitude des affirmations faites par les soumissionnaires (CE, 9 novembre 2015, n° 392785 [N° Lexbase : A3630NWD](#)). Le pouvoir adjudicateur doit donc être en mesure de vérifier que l'auto-évaluation réalisé par le soumissionnaire est justifiée ; et ce, au stade de l'analyse des offres.

C'est précisément là que le bât blesse en l'espèce. L'auto-évaluation réalisée par les soumissionnaires était rendue essentiellement déclarative, dès lors qu'elle était uniquement sanctionnée par l'éventuel prononcé de pénalités au cours de l'exécution du marché.

Ce faisant, le pouvoir adjudicateur commet un péché capital. D'une part, le contrôle des justifications apportés n'est effectué qu'*a posteriori*, au stade de l'exécution, et pour le seul titulaire. Sauf à ce que le pouvoir adjudicateur puisse s'abstraire de la linéarité de l'écoulement du temps (*Fugit irreparabile tempus !*), et justifie être en mesure de disposer de moyens lui permettant de connaître l'avenir de manière fiable et objective (exit, donc, boule de cristal, tarot marseillais, ou autres précogs...), la méthode de notation employée ne permet aucune vérification au stade de l'analyse des offres. Il n'y a donc, par définition, au terme de l'analyse, aucune garantie de ce que l'offre qui a obtenu la meilleure note ait été effectivement et réellement la mieux

disante.

En d'autres termes, le temps de l'exécution ne se confond pas avec le temps de l'analyse des offres ; et la possibilité d'une sanction ne peut pas permettre, à elle-seule, de valider à rebours une offre comme étant -ou non- économiquement la plus avantageuse.

Quel impact dans ma pratique ?

Il est conseillé aux acheteurs de recourir à des méthodes de notation permettant d'objectiver l'analyse des critères et de contrôler les affirmations des candidats sur la base d'éléments qui puissent être fournis et analysés dans le cadre et dans le temps de l'analyse des offres.

Les pénalités sont un moyen de contrôle de l'exécution du marché, et non pas un moyen d'appréciation des offres.

Enfin, les méthodes d'appréciation les plus simples sont souvent les plus efficaces et les plus sûres.

© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable