

[Jurisprudence] « Des chiffres et des flèches colorées » pour l'appréciation des offres : quel choix !

Réf. : CE 2^o-7^o ch. réunies, 3 mai 2022, n° 459678, mentionné aux tables du recueil Lebon [N° Lexbase : A94167UB](#)
[N1574BZC](#)



par Elisabeth Fernandez-Begault, Avocat associé, spécialiste en droit public, Romain Denilauler, Avocat à la Cour, cabinet Seban Occitanie et Mathilde Aulard, étudiante en Master 2 Droit public des affaires à l'université de Toulouse 1 - Capitole

le 23 Mai 2022

Mots clés : notation • offres • marché public • flèches • couleurs

Le Conseil d'État valide l'emploi d'une méthode de notation conduisant à ne pas attribuer de note chiffrée, mais à procéder à une appréciation des propositions à l'aide de flèches de couleurs, dans le cadre d'une concession de service public.

La commune de Saint-Cyr-sur-Mer a engagé une procédure de mise en concurrence en vue de l'attribution de sous-concessions de la plage artificielle des Lecques. La commune a évalué les propositions qui lui avaient été soumises en leur attribuant, en complément d'une appréciation littérale, des flèches de couleurs et d'orientation différentes : une flèche rouge piquant vers le bas correspondant à la note la plus basse, une flèche verte orientée vers le haut correspondant à la meilleure note, plus deux niveaux de flèches intermédiaires.

Cette méthode est désormais validée par le Conseil d'État, qui considère qu'une telle méthode « qui permet de comparer et de classer tant les évaluations portées sur une même offre au titre de chaque critère que les différentes offres entre elles, n'est pas de nature à priver de leur portée ces critères ou à neutraliser leur hiérarchisation et n'est, par suite, pas entachée d'irrégularité ».

L'autorité concédante dispose d'une liberté certaine s'agissant de la définition des critères d'appréciation des offres, de leur pondération ou hiérarchisation et du choix de la méthode de notation desdits critères.

En matière de concession de service public, l'article L. 3121-1 du Code de la commande publique [N° Lexbase : L4362LRY](#) dispose que « l'autorité concédante organise librement une procédure de publicité et mise en concurrence qui conduit au choix du concessionnaire », dans le respect des règles de procédure spécifiques aux concessions ainsi

que des principes fondamentaux de la commande publique. En ce qui concerne les critères de sélection et de leurs modalités de mise en œuvre, l'article L. 3124-5 du Code de la commande publique [N° Lexbase : L3763LRS](#) prévoit que : « Le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution. Lorsque la gestion d'un service public est concédée, l'autorité concédante se fonde également sur la qualité du service rendu aux usagers. »

Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante et garantissent une concurrence effective. Ils sont rendus publics dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État. »

L'article R. 3124-5 du Code de la commande publique [N° Lexbase : L3683LRT](#) précise que : « L'autorité concédante fixe les critères d'attribution par ordre décroissant d'importance. Leur hiérarchisation est indiquée dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation. »

Sur le fondement de ces dispositions, le Conseil d'État considère que « l'autorité concédante définit librement la méthode d'évaluation des offres au regard de chacun des critères d'attribution qu'elle a définis et rendus publics. Elle peut ainsi déterminer tant les éléments d'appréciation pris en compte pour son évaluation des offres que les modalités de leur combinaison. **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.** Il en va ainsi alors même que 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. »

Il s'agit de la reprise des termes du considérant de principe de la décision « Commune de Belleville-sur-Loire » [\[1\]](#), qui pose les principes encadrant la liberté de détermination de la méthode de notation en matière de marché public : l'acheteur définit librement les modalités d'évaluation des critères d'attribution qui ne soient pas 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.

Les principes découlant de cette décision s'inscrivaient dans le cadre déjà esquissé par la Cour de justice de l'Union européenne, qui avait admis le principe d'une « évaluation synthétique des critères retenus », pour autant qu'elle permette « d'identifier l'offre la plus avantageuse » [\[2\]](#), étant précisé que la méthode retenue ne devait pas modifier les critères d'attribution du marché définis dans le cahier des charges, altérer les critères d'attribution et leur pondération relative, ou induire un effet discriminatoire à l'égard de l'une des offres [\[3\]](#).

Au niveau du droit national, une jurisprudence relativement abondante a permis d'affiner les conditions de licéité de la méthode de notation. La méthode de notation doit permettre d'identifier l'offre effectivement la plus avantageuse, en considération du critère noté [\[4\]](#). Elle peut conduire à attribuer automatiquement le maximum de points au soumissionnaire ayant proposé la meilleure offre [\[5\]](#) ; il est également possible de retenir une méthode qui n'induit pas une notation linéaire, proportionnelle, dans la mesure où elle reflète le niveau d'adéquation des offres aux besoins de l'acheteur [\[6\]](#), et ne conduit pas à neutraliser la pondération des critères [\[7\]](#).

En l'espèce, le Conseil d'État transpose les principes ainsi dégagés au cas d'une concession de service public, et s'agissant, en particulier, d'une méthode de notation aboutissant à une évaluation non chiffrée.

L'absence d'évaluation chiffrée avait conduit le juge des référés du tribunal administratif de Toulon à censurer le recours à la méthode des flèches colorées : le juge avait ainsi considéré que la méthode d'évaluation des offres litigieuse, dans le cadre de laquelle l'appréciation de l'autorité concédante sur les différents critères d'attribution était matérialisée par des flèches de couleur, était irrégulière, faute pour ces signes d'être convertis en note chiffrée, ce qui laissait « une trop grande part à l'arbitraire ».

Suivant les conclusions de la rapporteuse publique, le Conseil d'État considère qu'« en jugeant ainsi, alors qu'il résulte des principes énoncés au point précédent qu'il lui incombait seulement de rechercher si la méthode d'évaluation retenue n'était pas, par elle-même, de nature à priver de leur portée les critères ou à neutraliser la hiérarchisation qu'avait retenue l'autorité concédante, le juge des référés du tribunal administratif de Toulon a commis une erreur de droit ».

Et de valider, donc, le recours à la méthode de notation des flèches colorées. S'agissant, au moins, d'une consultation portant sur une concession de service public, dans le cadre de laquelle les critères de sélection peuvent ne faire l'objet que d'une hiérarchisation.

A retenir

En pratique, il semble difficile qu'une méthode de notation non chiffrée puisse tenir compte de la pondération des différents critères ou sous-critères. Le recours à la pondération devrait commander le choix d'une méthode de notation chiffrée, et non colorée.

En matière de concession, en présence de critères de sélection hiérarchisée, l'autorité concédante peut recourir à une méthode de notation qui conduise à une appréciation non chiffrée.

En matière de marché public, dans le cadre des procédures formalisées, la pondération étant obligatoire, le recours à une méthode de notation chiffrée est de rigueur.

[1] CE, 3 novembre 2014, n° 373362 [N° Lexbase : A9417MZS](#).

[2] CJUE, 4 décembre 2003, aff. C-448/01, EVN AG c/ Republik Osterreich [N° Lexbase : A3433DAE](#), point 39.

[3] En ce sens : CJUE, 24 novembre 2005, aff. C-331/04, ATI EAC e Viaggi di Maio [N° Lexbase : A6822DLA](#) ; CJUE, 14 juillet 2016, aff. C-6/15, TNS Dimarso [N° Lexbase : A2159RXA](#).

[4] CE 2° et 7° s-s-r., 1^{er} juillet 2015, n° 381095 [N° Lexbase : A5830NMU](#).

[5] CE 2° et 7° s-s-r., 15 février 2013, n° 363854 [N° Lexbase : A1776I8B](#).

[6] CAA Nancy, 8 décembre 2014, n° 14NC00646 [N° Lexbase : A0563NZU](#).

[7] CAA Paris, 4^{ème} ch., 8 février 2016, n° 15PA02953 [N° Lexbase : A9206PK8](#).

© *Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable*