

Concession et méthode de notation des offres

Évaluer sans noter : c'est possible en matière de procédure d'attribution de contrats concessifs ! Par une décision en date du 3 mai 2022, le Conseil d'État juge que les autorités concédantes ont la possibilité de recourir à une méthode d'évaluation des offres dans laquelle l'appréciation littérale est symbolisée par des flèches de couleurs.

Dans cette affaire, la commune de Saint-Cyr-sur-Mer a engagé une procédure de délégation de service public en vue de l'attribution de huit sous-traités d'exploitation de la plage artificielle des Lecques.

Pour évaluer les offres proposées par les candidats, la commune a eu recours, en complément d'une appréciation littérale, à des flèches de couleurs et d'orientations différentes. Précisément, la flèche verte orientée vers le haut correspondait à la meilleure note, la flèche rouge orientée vers le bas équivalait à la moins bonne note, et les deux flèches orange orientées respectivement vers le haut et vers le bas correspondaient à des appréciations intermédiaires.

Plusieurs concurrents évincés de la procédure d'attribution de certains lots ont saisi le juge des référés pré-contractuels du tribunal administratif de Toulon en vue de l'annulation de ladite procédure. À l'appui de leur recours, ils ont notamment contesté la méthode d'évaluation décrite ci-avant.

À cet égard, le juge des référés a estimé aux termes de son ordonnance qu'« une telle méthode, qui limite la valorisation des offres à cette utilisation de signes sans autre affinement ou conversion en une note chiffrée laisse une trop grande part à l'arbitraire et ne permet pas d'assurer l'égalité de traitement entre les candidats »⁽¹⁾ justifiant ainsi l'annulation de la procédure de mise en concurrence.

Il incombait ainsi au Conseil d'État de se prononcer sur la validité d'une telle méthode de notation dans le cadre d'une procédure de délégation de service public.

Auteur

Anna Véran
Avocate à la Cour
Seban et associés

Références

CE 3 mai 2022, Commune de Saint-Cyr-sur-Mer, req. n° 459678

(1) TA Toulon ord., 6 décembre 2021, Société La Siesta, req. n° 2103377.

Il faut tout d'abord rappeler qu'en principe, les acheteurs publics jouissent d'une liberté dans la détermination des critères d'appréciation des offres, de la méthode de notation employée et de la hiérarchisation desdits critères, dans le respect des règles de la commande publique et des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

S'agissant de la fixation des critères de sélection des offres, cette étape permet à l'autorité concédante de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse et plus particulièrement d'apprécier la performance globale du contrat ainsi que de ses modalités d'exécution par l'opérateur économique. Le choix des critères de sélection des offres relève de la liberté des acheteurs^[2].

En matière de marchés publics, l'article R. 2152-7 du Code de la commande publique énumère une liste illustrative des critères pouvant être choisis par l'acheteur. Cette liste est non exhaustive de sorte que ce dernier peut tout à fait utiliser d'autres critères qu'il juge plus pertinents, compte tenu de l'objet du marché.

S'agissant de concessions, le Code de la commande publique précise, aux termes de l'article R. 3124-4 du même code, que l'autorité concédante se fonde sur « une pluralité de critères non discriminatoires » parmi lesquels peuvent notamment figurer « des critères environnementaux, sociaux, relatifs à l'innovation ». En outre, lorsque le contrat porte sur la gestion d'un service public, l'article L. 3124-5 du Code de la commande publique prévoit que « l'autorité concédante se fonde également sur la qualité du service rendu aux usagers ». En tout état de cause, les critères choisis par la personne publique doivent garantir une concurrence effective^[3]. En particulier, « les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante »^[4].

Notons par ailleurs que les candidats doivent être informés des critères de sélection des offres et de leur description dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation^[5]. La Haute juridiction a d'ailleurs récemment annulé une procédure de passation d'un contrat de concession au motif que la Ville de Paris, autorité concédante, n'avait communiqué aucun critère de sélection aux entreprises candidates^[6].

S'agissant, ensuite, de la hiérarchisation des critères d'attribution, la personne publique les fixe « par ordre décroissant d'importance »^[7] et jouit ainsi d'une liberté d'appréciation. Le Code de la commande publique indique seulement que cette hiérarchisation doit être indiquée dans l'avis de concession, dans l'invitation à

présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation^[8].

Enfin, ce qui concerne la méthode de notation, le Conseil d'État juge, de manière constante, que les acheteurs sont libres dans la détermination de cette méthode pour chacun des critères de sélection des offres. À cet égard, ni les textes ni la jurisprudence n'imposent aux acheteurs d'informer les candidats sur la méthode de notation à laquelle ils souhaitent recourir.

Cette liberté n'est toutefois pas absolue et implique, *d'une part*, de respecter les principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures et, *d'autre part*, que la méthode de notation ne soit pas de nature à priver de leur portée les critères de sélection des offres ou à neutraliser leur pondération ou à ce que pour l'ensemble des critères, l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie^[9].

Rappel du principe posé par l'arrêt *Commune de Belleville-sur-Loire*

Ce principe dégagé par la jurisprudence du Conseil d'État *Commune de Belleville-sur-Loire* en 2014 s'inscrivait dans la lignée jurisprudentielle de la Cour de justice de l'Union européenne. Ainsi que le relève Madame la Rapporteur publique Mireille Le Corre sous la décision *Commune de Saint-Cyr-sur-Mer*^[10], la CJUE avait déjà admis en 2003 « le principe d'une évaluation synthétique des critères retenus, puis précisé, dans deux affaires jugées ultérieurement^[11], 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 ».

Sur le fondement de la jurisprudence *Commune de Belleville-sur-Loire*, le juge administratif a pu apprécier au cas par cas la validité des méthodes de notation proposées par des acheteurs. Il a notamment récemment déclaré la légalité d'un barème de notation d'un critère distinguant plusieurs éléments d'appréciation pondérés à la même hauteur^[12], ou encore celui consistant pour l'acheteur à tenir compte d'éléments budgétaires pour apprécier la valeur technique d'une offre^[13].

En revanche, a été censurée la méthode de notation ne permettant pas d'attribuer la meilleure note, sur le critère du prix, à l'offre la moins chère^[14]. Ainsi, le juge a

[8] *Ibid.*

[9] CE 3 novembre 2014, Commune de Belleville-sur-Loire, req. n° 373362 ; CE 20 novembre 2020, CCAS de Saint Malo, req. n° 427761.

[10] CE 3 mai 2022, req. n° 459678.

[11] CJCE 24 novembre 2005, ATI EAC e Viaggi di Maio, aff. C-331/04 ; CJUE 14 juillet 2016, TNS Dimarso, aff. C-6/15.

[12] CE 1^{er} avril 2022, Société Eiffage Construction Midi-Pyrénées, req. n° 458793.

[13] CE 20 novembre 2020, Société Evancia, req. n° 427761.

[14] CE 29 octobre 2013, Val d'Oise Habitat, req. n° 370789.

[2] CE 23 novembre 2011, Communauté urbaine de Nice Côte d'Azur, req. n° 351570.

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

[4] *Ibid.*

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

[6] CE 9 juin 2021, Ville de Paris, req. n° 448948.

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

sanctionné une méthode de notation consistant à noter le critère du prix au regard de l'appréciation faite par le maître d'œuvre. Ainsi, cette méthode avait pour effet d'attribuer la note la plus faible au candidat ayant présenté le prix le plus éloigné de l'estimation du coût de la prestation opérée par le maître d'œuvre, que ce prix soit inférieur ou supérieur à l'estimation.

De même, le juge administratif sanctionne la méthode consistant à écarter les offres les plus onéreuses sans tenir compte de la circonstance que ces offres auraient eu les meilleures notes sur le fondement des autres critères⁽¹⁵⁾.

Toutefois, et c'était d'ailleurs l'enjeu principal de l'affaire ici commentée, la décision *Commune de Belleville-sur-Loire* ainsi que les décisions ultérieures précitées, ne concernaient que des méthodes de notation dans le cadre de passations de marchés publics. Il était donc question, pour le Conseil d'État, de se prononcer sur une éventuelle transposition de sa jurisprudence en matière de contrats concessifs.

Application de la jurisprudence *Commune de Belleville-sur-Loire* aux contrats de concession

Pour répondre à cette problématique dans la présente affaire, la Rapporteuse publique commence par rappeler les dispositions applicables en matière de concessions, à savoir l'article L. 3121-1 du Code de la commande publique lequel 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 dispositions [spécifiques aux concessions et des principes fondamentaux de la commande publique]. Elle peut recourir à la négociation ». Sont ensuite rappelées les dispositions de l'article L. 3124-5 du même code, posant le principe du choix de l'offre présentant le meilleur avantage économique global ainsi que celles contenues à l'article R. 3124-5 précité. Enfin, la Rapporteuse publique précise que l'article R. 3124-6 prévoit que les offres qui n'ont pas été éliminées sont classées par ordre décroissant sur la base des critères, et que l'offre la mieux classée est retenue.

Une fois ces règles procédurales rappelées, la Rapporteuse publique estime que les principes dégagés par la jurisprudence *Commune de Belleville-sur-Loire* précitée sont « tout à fait transposables dans leur esprit » aux procédures de contrats concessifs. Et, s'agissant précisément de la méthode de notation contestée, aux termes de ses conclusions, Mireille le Corre considère que dès lors que les autorités concédantes disposent d'une souplesse plus importante que les acheteurs publics, l'évaluation des offres adoptée ne doit pas nécessairement revêtir l'habit d'un chiffrage.

Ces conclusions ont été suivies par le Conseil d'État, lequel commence par reconnaître la liberté dont dispose l'autorité concédante, laquelle : « 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 ».

Cette liberté dans la fixation de la méthode de notation est toutefois encadrée. En reprenant, en substance, les termes retenus dans sa jurisprudence *Commune de Belleville-sur-Loire*, la Haute juridiction ajoute qu'« 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 ».

Le Conseil d'État relève par ailleurs que le juge du référé précontractuel a commis une erreur de droit en jugeant que la méthode de notation querellée, matérialisée par des flèches de couleurs, était irrégulière faute pour ces signes d'être convertis en note chiffrée, ce qui laissait « une trop grande part à l'arbitraire », alors 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.

La Haute juridiction souligne que la méthode de notation « 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 ».

Ainsi, cette méthode de notation « 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 ».

Ces principes en matière de concessions ainsi établis, les juges du Palais-Royal estiment que la méthode d'évaluation contestée, même en l'absence de chiffrage précis, n'est pas entachée d'irrégularité en tant qu'elle 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. Cette méthode n'est, en outre, pas de nature à priver de leur portée ces critères ou à neutraliser leur hiérarchisation.

Le Conseil d'État transpose ainsi sa jurisprudence *Commune de Belleville-sur-Loire* relative aux conditions

(15) CE 24 mai 2017, Min. Défense contre Société Techno Logistique, req. n° 405787.

de régulation d'une méthode d'évaluation des critères, aux contrats de concession.

Toutefois, une question reste ici en suspens : si une méthode de notation non chiffrée est déclarée régulière en matière de contrats concessifs, cette affirmation est-elle valable en matière de marchés publics ?

La Rapporteuse publique Mureille le Corre s'est interrogée sur ce sujet et indique que la réponse est moins évidente en la matière en ce que « le terme même de note renvoie, dans l'acception courante, à un chiffre, lequel est rendu nécessaire par le recours à la pondération ».

Toutefois, la Rapporteuse publique poursuit en constatant que, selon elle, une appréciation non chiffrée

n'enfreindrait pas nécessairement les limites posées par les textes et la jurisprudence *Commune de Belleville-sur-Loire*. En effet, une méthode de comparaison des offres usant de critères qualitatifs ne porte pas, en elle-même, atteinte aux grands principes de la commande publique (et particulièrement aux principes de transparence et d'égalité de traitement) dès lors que la méthode retenue est employée pour tous les candidats.

Il est toutefois plus délicat de se prononcer sur les effets que pourrait avoir une telle méthode sur une potentielle privation de portée des critères de sélection ou sur la neutralisation de leur pondération, mais, là encore, la Rapporteuse publique considère que nous ne sommes pas « face à une impossibilité absolue ».