

Méthode de notation : Le Conseil d'État rappelle que le juge des référés précontractuels ne dispose pas du pouvoir d'annuler la procédure de passation d'un marché public de défense et qu'un pouvoir adjudicateur ne peut retenir une méthode de notation ayant pour effet de neutraliser la portée des critères de sélection des offres (*Techno Logistique*)

France, Secteur public, Public Procurement

CE, 24 mai 2017, Ministre de la Défense c/ Techno Logistique, n° 405787

Grégory Marson, Concurrences | N°84632, www.concurrences.com

L'Atelier industriel de l'aéronautique de Clermont-Ferrand (ci-après le "Pouvoir adjudicateur"), dépendant du Service industriel de l'aéronautique de Clermont-Ferrand, avait lancé une procédure d'appel d'offres en vue de l'attribution d'un marché à bons de commande ayant pour objet des prestations de bourrellerie sur des avions militaires, en particulier sur des avions de chasse.

La société *Techno Logistique*, qui n'avait pas *in fine* été retenue, a demandé au juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Clermont-Ferrand d'annuler la procédure de passation. Celui-ci a considéré que la méthode de notation du critère prix, pondéré à 60 %, était irrégulière et il a en conséquence annulé la procédure de passation litigieuse.

Saisi en cassation, le Conseil d'État a rappelé, d'une part, qu'il n'entrait pas dans les pouvoirs du juge des référés précontractuels d'annuler la procédure de passation d'un marché public de défense, et, d'autre part, qu'un pouvoir adjudicateur ne dispose pas d'une entière liberté d'appréciation lorsqu'il détermine la

méthode de notation des critères de sélection des offres. Si le Conseil d'État a considéré que la méthode de notation litigieuse était irrégulière et constituait un manquement aux obligations de mise en concurrence du pouvoir adjudicateur, il a toutefois estimé que celui-ci n'avait pas lésé la société *Techno Logistique*.

Le juge des référés précontractuels ne dispose pas du pouvoir d'annuler la procédure de passation d'un marché public de défense

Ainsi que cela ressort des conclusions prononcées par le rapporteur public Gilles Pellissier (disponibles sur le site du Conseil d'État), la Haute juridiction administrative soulève d'office un moyen la conduisant à censurer l'ordonnance de première instance.

En annulant la procédure de passation d'un marché de défense, le juge des référés a en effet excédé son office.

Aux termes de l'article L. 551-2 du code de justice administrative : *“I.- Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, (...). Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. II.- Toutefois, le I [qui comprend le pouvoir d'annulation de la procédure de passation] n'est pas applicable aux contrats passés dans les domaines de la défense ou de la sécurité au sens de l'article 6 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. Pour ces contrats, il est fait application des articles L. 551-6 et L. 551-7”.*

Face à une procédure de passation d'un marché de défense, le juge des référés précontractuels peut uniquement *“ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations en lui fixant un délai à cette fin [et, en outre,] prononcer une astreinte provisoire courant à l'expiration des délais impartis”* (art. L. 551-6 du code de justice administrative).

Au cas précis, il n'était pas contestable que le marché en cause était un marché de défense. Celui-ci avait en effet pour objet des prestations de fabrication, pose et réparation d'éléments de bourrellerie destinés notamment à des avions de chasse. Or de telles prestations entraient indubitablement dans le champ des dispositions du II de l'article 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 (aujourd'hui abrogée) aux termes desquelles un marché de défense a pour objet *“1° La fourniture d'équipements, y compris leurs pièces détachées, composants ou sous-assemblages, qui sont destinés à être utilisés comme armes, munitions ou matériel de guerre, qu'ils aient été spécifiquement conçus à des fins militaires ou qu'ils aient été initialement conçus pour une utilisation civile puis adaptés à des fins militaires ; / (...) 3° Des travaux, fournitures et services directement liés à un équipement visé au 1° ou 2°, (...) pour tout*

ou partie du cycle de vie de l'équipement ; le cycle de vie de l'équipement est l'ensemble des états successifs qu'il peut connaître, notamment (...) la réparation, la modernisation, la modification, l'entretien, la logistique (...)".

Une méthode de notation qui neutralise les effets des critères de sélection doit être censurée

Ainsi que le rappelait le rapporteur public Gilles Pellissier, *"la méthode de notation est le dispositif mis en œuvre par le pouvoir adjudicateur pour évaluer les mérites des offres au regard des critères qu'il a communiqués aux candidats et les classer les unes par rapport aux autres, en fonction des résultats de cette évaluation. Elle est censée être neutre et sans incidence sur la construction des offres"* (concl. G. Pellissier, CE, 3 nov. 2014, *Commune de Belleville-sur-Loire*, JCP A, n° 14, 7 avril 2015, 2090).

La méthode de notation des offres n'a pas en principe à être communiquée aux candidats. Le pouvoir adjudicateur décide librement de procéder ou non à une telle communication (CE, 23 mai 2011, *Commune d'Ajaccio*, n° 339406). De la même manière, le pouvoir adjudicateur est en principe libre de déterminer la méthode de notation qu'il souhaite. La décision sous revue rappelle d'ailleurs très clairement ce principe : *"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"* (cons. 6).

Cette liberté réaffirmée n'est toutefois pas sans limites puisqu'elle est nécessairement bornée par les termes de l'article 52-1 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics précisant que *"le marché public est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse [laquelle ne correspond pas nécessairement à l'offre la moins chère] sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution"*. Dans cette optique, la méthode de notation ne doit pas être entachée d'erreur de droit ou de discrimination illégale (CE, 11 mars 2013, *Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie*, n° 364551, cons. 11). À titre d'exemple, la méthode de notation du critère du prix doit permettre d'attribuer la meilleure note au candidat ayant proposé le prix le plus bas. Une méthode de notation qui a pour effet d'attribuer la note la plus faible au candidat ayant présenté le prix le plus éloigné de l'estimation du pouvoir adjudicateur, que ce prix soit inférieur ou supérieur à l'estimation, est ainsi déclarée illégale (CE, 29 oct. 2013, *Office public d'habitat Val d'Oise Habitat*, n° 370789, cons. 3 ; voir également CE, 22 oct. 2014, *Société EBM Thermique*, n° 382495, cons. 12). De la même manière, à propos d'une méthode de notation des prix permettant de mieux noter une offre alors que celle-ci *"était globalement plus chère"*, Gilles Pellissier avait précisé que celle-ci méconnaissait l'article 53 du code des marchés publics - alors en vigueur - dont le contenu est repris à l'article 52-1 précité (concl. sous CE, 19 avril 2013, *Ville de Marseille*, n° 365340).

Le Conseil d'État a par la suite progressivement étoffé le standard de contrôle mis en œuvre pour aboutir à la formulation figurant dans la décision sous revue, étant précisé que ce standard de contrôle n'est pas limité au contentieux précontractuel mais s'étend au contentieux de la validité des contrats (CE, 1er juillet 2015, *Société nouvelle d'entreprise générale du sud-ouest*, n° 381095, cons. 2).

Les méthodes de notation sont ainsi 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”* (cons. 6).

Dans le cadre ainsi tracé, le juge a par exemple annulé une méthode de notes négatives dont les effets rejaillissent sur les autres critères (CE, 18 déc. 2012, *Département de la Guadeloupe*, n° 362532), ou une formule du critère du prix au prorata de l'offre la mieux disante qui avait pour effet d'en neutraliser la portée et de réduire de manière drastique les écarts de notes entre les candidats (CE, 3 nov. 2014, *Commune de Belleville-sur-Loire*, préc.).

Au cas précis, la méthode de notation litigieuse avait une conséquence rigoureusement inverse à celle en cause dans l'affaire *Commune de Belleville-sur-Loire*. En attribuant la note de 20/20 à l'offre la moins chère et celle de 0/20 à l'offre la plus chère, elle érigeait *de facto* le critère du prix, pondéré à 60 %, en seul critère de sélection des offres et réduisait à néant la portée des deux autres critères, à savoir la valeur technique pondérée à 30 % et la politique sociale pondérée à 10 %.

Le Conseil d'État a sur ce point suivi le raisonnement du juge de première instance et a considéré que la méthode en cause avait pour effet *“de neutraliser les deux 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”* (cons. 7). Elle pouvait ainsi avoir pour effet *“d'éliminer l'offre économiquement la plus avantageuse au profit de l'offre la mieux disante sur le seul critère du prix, et ce quel que soit le nombre de candidats (...)”*.

Dans le prolongement de la jurisprudence *SMIRGEOMES* (CE, 3 oct. 2008, n° 305420), le Conseil d'État a toutefois estimé que le manquement aux obligations de mise en concurrence du pouvoir adjudicateur n'avait pas lésé la société évincée dans la mesure où celle-ci avait obtenu des notes inférieures à celles

obtenues par la société attributaire sur les critères du prix et de la valeur technique et qu'elle avait en outre obtenu une note égale sur le critère social. Quelle que soit la méthode de notation retenue, la société *Techno Logistique* n'aurait donc pas pu se voir attribuer le marché en cause.

Grégory Marson | Gibson Dunn & Crutcher (Paris) | GMarson@gibsondunn.com