

N° 405787

Ministère de la défense
c/ Société Techno Logistique

7ème et 2ème chambres réunies
Séance du 10 mai 2017
Lecture du 24 mai 2017

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Au nombre des obligations de publicité et de mise en concurrence qui s'imposent aux acheteurs publics lorsqu'ils doivent suivre des procédures d'appel d'offres figure celle d'indiquer les critères au regard desquels ils évalueront les offres et leur pondération. En revanche, ils définissent en principe librement la méthode de notation qu'ils suivront pour la mise en oeuvre de ces critères. Vous avez toujours entendu préserver cette liberté des acheteurs, car elle porte sur une appréciation très subjective des mérites respectifs des offres, dans laquelle le juge n'a pas à s'immiscer. Elle se traduit d'une part par une absence d'obligation de porter à la connaissance des candidats cette méthode de notation, d'autre part par l'absence de contrôle du juge sur ce point. Néanmoins, vous avez été conduits à admettre que le juge ne pouvait fermer les yeux sur des méthodes de notation qui 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 oeuvre 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. 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" (3 novembre 2014, *Cne de Belleville-sur-Loire*, n° 373362, au rec). Votre jurisprudence contient déjà quelques illustrations de méthodes de notation qui, parce qu'elles faussent le jeu normal des critères de sélection et de leur pondération, ont été jugées irrégulières. L'affaire qui vient d'être appelée vous donnera une nouvelle occasion de faire application de ces principes.

Par une ordonnance du 23 novembre 2016 contre laquelle le ministre de la défense se pourvoit en cassation, le juge des référés du TA de Clermont-Ferrand a annulé la procédure d'appel d'offres restreint lancée par l'Atelier industriel de l'aéronautique de Clermont-Ferrand, dépendant du Service industriel de l'aéronautique du ministère de la Défense, en vue de l'attribution d'un marché à bons de commande ayant pour objet des prestations de bourrellerie sur des aéronefs militaires. Il a estimé que la méthode de notation du critère du prix, pondéré à 60 %, était irrégulière et que cette irrégularité avait lésée la candidate évincée qui l'avait saisie.

Le ministre de la défense critique, essentiellement sous l'angle de l'erreur de droit, ces deux parties, nécessairement complémentaires, des motifs de l'ordonnance attaquée.

En revanche, il ne relève pas l'erreur commise par le juge des référés quant à son office. En effet, il ne fait aucun doute que ce marché, qui a pour objet des prestations de fabrication, pose et réparation d'éléments de bourrellerie (revêtements, gaines, calorifugeages, coussins, pochettes)

destinés à l'équipement d'aéronefs militaires, en particulier d'avions de chasse, est un marché de défense au sens de l'article 2 II de l'ordonnance du 6 juin 2005 (et aujourd'hui de l'article 6 de celle du 23 juillet 2015), qui les définit comme les marchés ayant pour objet notamment "la fourniture d'équipements, y compris leurs pièces détachées, composants ou sous-assemblages, qui sont destinés à être utilisés comme armes, munitions ou matériels de guerre..." (1°) ainsi que les "travaux, fournitures et services directement liés à un équipement visé au 1°...", aux fins d'en assurer entre autres la réparation, la modernisation, la modification, l'entretien, etc. (3°). Or le II de l'article L. 551-2 du CJA limite sensiblement les pouvoirs du juge des référés saisi de procédures de passation de ces marchés de défense. Il ne dispose pas des pouvoirs, notamment d'annulation des décisions prises au cours de la procédure, prévues par le I de cet article, mais seulement de ceux énoncés à l'article L. 551-6, qui ne lui permettent que "d'ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations en lui fixant un délai à cette fin", de "lui enjoindre de suspendre l'exécution de toute décision se rapportant à la passation du contrat" éventuellement sous astreinte.

Le juge des référés ne pouvait donc pas annuler la procédure contestée devant lui. Cette erreur du juge du fond sur l'étendue de ses pouvoirs est d'ordre public. Vous pourrez certes vous dispenser de la relever d'office si vous faites droit à l'un des moyens du pourvoi, comme nous pensons que vous devrez le faire. Mais il n'est pas sans intérêt d'attirer l'attention des juges des référés sur cette catégorie de marchés publics dont votre jurisprudence ne comporte encore aucun exemple.

Nous vous proposons donc d'annuler pour ce motif l'ordonnance attaquée et de régler l'affaire au fond, ce qui vous conduira à prendre position sur les deux points qui forment également les deux moyens du pourvoi et qui portent successivement sur la régularité de la méthode de notation et sur les effets d'une éventuelle irrégularité sur les chances de la candidate évincée.

La régularité de la méthode de notation du critère du prix est critiquée au motif qu'en ayant pour effet d'attribuer la note de 20/20 à l'offre la moins chère et celle de 0/20 à l'offre la plus chère et compte tenu de la pondération de 60 % de ce critère, elle neutralise l'application, pour l'offre la plus chère, des deux autres critères, ayant ainsi pour double conséquence d'éliminer automatiquement l'offre la plus chère et de retenir l'autre offre, la moins chère, alors même qu'elle ne serait pas économiquement la plus avantageuse. Le ministre de la défense ne conteste pas cet effet de la formule de notation, dont nous vous épargnerons la citation, mais fait valoir qu'il ne joue qu'en présence de deux candidats, ce qui ferait obstacle à ce qu'une telle méthode soit considérée comme étant par elle-même - puisque telle est la condition posée par votre décision *Cne de Belleville-sur-Loire* - de nature à priver de portée les critères de sélection et leur pondération.

Nous ne partageons pas cette lecture de votre jurisprudence. A notre avis, une méthode de notation qui est par elle-même de nature à priver de portée les critères de sélection et leur pondération est une méthode qui produit intrinsèquement un tel effet, quelle que soit la manière dont elle est appliquée. Par ces mots, vous avez simplement voulu rappeler que le contrôle juridictionnel de la méthode de notation ne doit pas être un contrôle de l'appréciation du mérite des offres mais qu'il doit seulement porter sur ses effets mécaniques objectifs. Ainsi, il ne s'agit pas de sanctionner toute formule de notation qui aurait pour effet de produire une distorsion des écarts strictement proportionnels entre les offres. Vous admettez de manière constante que le pouvoir adjudicateur puisse prévoir de donner la note maximale à la meilleure offre, lui attribuer un bonus ou appliquer des formules pour accroître les écarts entre les notes (15 février 2013, *Sté SFR*, n° 363854, aux T ; 17 juil 2013, *Min de la défense c/ Sté Aeromécanic*, n° 364827). Nous ne sommes à titre personnel pas convaincus de l'utilité de ces méthodes dont l'extrême sophistication semble parfois échapper à leurs concepteurs. Puisqu'un seul candidat sera retenu et que ce sera celui qui

obtiendra la meilleure note, l'écart entre cette dernière et celle obtenue par le 2^{ème} est sans incidence. Et nous ne sommes pas certains qu'un plus grand écart résultant de l'application d'une formule de distorsion soit de nature à convaincre le candidat évincé de se résigner à son sort.

En revanche, si la distorsion produite par l'application de la méthode de notation est si forte qu'elle aboutit à fausser le jeu normal des critères de sélection et de leur pondération, elle entache d'irrégularité la procédure. Nous n'en référons pas la démonstration que nous avons exposée dans nos conclusions sur l'affaire *Cne de Belleville-sur-Loire*. Tel est le cas de la méthode des notes négatives, dont les effets rejaillissent les autres critères (18 décembre 2012, *Dépt de la Guadeloupe*, n° 362532, aux T sur ce point), d'une notation du prix d'un marché divisé en lots techniques qui ne tient pas compte de la grande disparité des valeurs des différents lots (1^{er} juillet 2015, *Société Nouvelle d'Entreprise Générale du Sud-Ouest (SNEGSO)*, n° 381095, aux T) ou encore d'une formule de notation du critère du prix au prorata de l'offre la mieux disante qui avait pour effet de réduire considérablement les écarts de notes entre les candidats, neutralisant la pondération de ce critère (décision *Cne de Belleville-sur-Loire*, précitée).

La méthode de notation mise en œuvre dans la présente affaire produit l'effet inverse sur les notes mais fausse encore plus clairement le jeu normal de la pondération des critères. En attribuant à l'offre la plus chère la note de 0/20 pour l'application d'un critère pondéré à 60 %, cette méthode prive le candidat de toute chance d'obtenir le marché alors même qu'il aurait présenté la meilleure offre sur les deux autres critères et que l'écart de prix entre son offre et l'offre la mieux disante serait très faible. Dans ce cas, l'application de cette méthode de notation aboutit à privilégier l'offre la moins chère au détriment de l'offre économiquement la plus avantageuse. Si cet effet est systématique en présence de deux candidats seulement, il peut aussi se produire en présence de plusieurs candidats. Non seulement le plus cher sera toujours éliminé quel que soit l'ampleur de l'écart avec ses concurrents, ce qui en soi nous paraît déjà constituer une rupture d'égalité à son encontre, mais d'autres pourront l'être également lorsque les écarts de prix sont faibles entre tous les candidats et alors même qu'ils seront meilleurs sur les autres critères. Prenons l'exemple de trois candidats ayant des différences de prix 50 euros : le premier aura 20/20, le 2^{ème} 10/20 et le 3^{ème} 0/20. Le faible écart de prix entre l'offre la moins-disante et celles qui la suit ne se traduit pas par un écart excessif de notes qu'à la condition que l'offre la plus chère soit beaucoup plus chère. Ainsi, s'il y a par exemple un écart de 1000 entre l'offre la moins chère et la plus chère, celle qui sera seulement 50 euros plus chère que la moins disante obtiendra une note proche de 20/20, qui sera attribuée au moins disant. Les écarts de notes ne sont donc pas proportionnels aux écarts des offres, même en les exagérant, mais dépendent d'effets automatiques (pour le plus cher) ou de circonstances extérieures (le prix des autres offres pour les autres candidats).

La distorsion qu'introduit par rapport à la réalité des écarts entre les offres cette méthode de notation est telle qu'elle aboutit, lorsqu'elle porte comme en l'espèce sur un critère ayant un poids prépondérant, à neutraliser les autres critères pour le candidat le moins bien classé sur ce critère et, dans certains cas, à fausser la pondération des critères pour les autres. L'application de cette méthode peut donc aboutir à ce que l'offre retenue ne soit pas celle qui est économiquement la plus avantageuse. Ce constat résulte du seul examen abstrait du fonctionnement de la méthode de notation, indépendamment de toute appréciation des mérites des offres et permet de considérer qu'elle est bien, par elle-même, de nature à priver de portée les critères et leur pondération.

Cette méthode de notation nous paraît donc, comme au juge des référés, irrégulière. En revanche, nous ne pensons pas que cette irrégularité ait lésé la candidate évincée qui forme le recours. Elle a en effet obtenu une note inférieure à sa concurrente pour le critère de la valeur

technique, pondéré à 30 % et une note identique sur le critère social. Une méthode de notation irrégulière ne peut léser un candidat que si l'irrégularité dont elle est entachée lui a fait perdre une chance d'être retenue. Il ne s'agit pas, comme semble le croire la société concernée, d'imaginer d'autres critères de sélection qui auraient pu l'avantager mais de vérifier si une méthode de notation ne faussant pas le jeu des critères et de leur pondération aurait permis à son offre d'être retenue (18 déc 2012, *Dépt de la Guadeloupe*, n° 362532, aux T). Or, tel n'est pas le cas en l'espèce : dès lors que l'offre de la candidate évincée était moins bonne sur deux critères et égale sur le troisième, pondéré à 10 %, elle ne pouvait, quelle que soit la méthode de notation retenue, avoir de chance d'emporter le marché.

Si vous nous suivez, vous casserez donc l'ordonnance attaquée et rejetterez la demande par la société Techno Logistique au juge des référés du TA de Clermont-Ferrand. Partie perdante, cette société ne peut prétendre au remboursement des frais qu'elle a exposés dans ces instances.