

N°s 418460 et 418461
Société Autocars Faure
Société Cars Annequin

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies
Séance du 6 novembre 2019
Lecture du 22 novembre 2019

Conclusions

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

Si des formes diverses d'évaluation se développent dans différents milieux, dans quelle mesure l'auto-évaluation est-elle compatible avec les principes de la commande publique ? C'est la question principale posée par les deux pourvois qui viennent d'être appelés.

1. En 2012, le département de l'Isère a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert pour la passation d'un marché de services réguliers de transports publics non urbains de personnes, divisé en 22 lots.

La société Cars Philibert a été retenue, tant pour le lot n° 10, constitué des lignes de dessertes du secteur de Grand Lemps, que pour le lot n° 22 constitué de la ligne départementale de desserte de Satolas et Bonce. L'offre de la société Autocars France et celle de la société Cars Annequin, qui ont été classées en deuxième position sur chacun de ces lots, ont été rejetées. Saisi dans le cadre de votre jurisprudence « Tropic travaux », en vue de l'annulation du contrat et de la condamnation du département à les indemniser du préjudice résultant de leur éviction illégale, le tribunal administratif de Grenoble a rejeté chacune des demandes et la cour administrative d'appel de Lyon a confirmé ces jugements.

Les pourvois soulèvent des moyens identiques, sous réserve des faits propres à chaque espèce.

Dans le cadre du recours dit "Tropic travaux", tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat, assorti, le cas échéant de demandes indemnitaires.

Nous vous proposons d'examiner les moyens qui sont soumis autour de trois grandes questions, les deux premières nous conduisant à suivre le raisonnement tenu par la cour, à l'inverse de la dernière.

2. Première question : les recettes perçues dans le cadre de ce marché ont-elles le caractère de deniers publics ?

C'est la plus simple, non pas parce qu'elle serait évidente en soi, mais parce que vous avez déjà pris position sur ce point. Par votre décision de Section Société Prest'action (6 novembre 2009, n° 297877), vous avez jugé que des recettes perçues auprès de tiers par le titulaire d'un marché en contrepartie de son activité, et non en contrepartie de celle de la personne publique, ne sont pas des recettes publiques. Le recouvrement peut donc ne pas être opéré par un comptable public.

Ainsi que le soulignait le Pdt Boulouis dans ses conclusions sur cette décision, il convient de distinguer d'une part, les contrats ayant pour objet de faire exécuter une recette – préexistante – de l'administration et d'autre part, les contrats ayant pour objet de faire naître une recette par l'action du cocontractant de l'administration. Les premiers doivent être qualifiés de deniers publics, les seconds de recettes commerciales.

La doctrine a relevé que cette décision avait été l'occasion pour le Conseil d'Etat de donner « *une définition restrictive des recettes publiques. Il ne suffit plus que la recette résulte du fonctionnement du service public. Il faut que le bien ou le service à l'origine de la recette ait été exploité ou fourni par la personne publique elle-même, ce qui exclut les recettes que le partenaire de la personne publique tire de sa propre activité d'exploitation d'un bien ou de prestation de services* »¹.

En l'espèce, l'article 10-15 du CCTP prévoyait que le département donnait mandat au titulaire du marché pour percevoir « en son nom » les recettes issues de la vente de titres de transports à bord des véhicules. Le titulaire du marché devait ensuite reverser ces recettes au département. Le doute pouvait naître en première approche de ce que la totalité des recettes perçues par le titulaire du marché étaient entièrement reversées à la commune et de ce que le contrat prévoyait qu'elles étaient perçues par l'attributaire du contrat sur les usagers « au nom » du département. Mais le contrat n'a pas pour objet de faire exécuter une recette préexistante de l'administration, mais bien de faire naître une recette par l'action du cocontractant. La cour n'a donc pas commis d'erreur de droit en jugeant qu'il s'agissait de recettes commerciales et non de recettes publiques.

Précisons que le CGCT² prévoit aujourd'hui que les collectivités territoriales peuvent confier à un organisme public ou privé l'encaissement du revenu tiré des prestations assurées dans le cadre d'un contrat portant sur la gestion de certains services publics. Mais ces dispositions, issues de la loi du 29 décembre 2014, ne sont pas applicables au litige et ne concernent, en tout état de cause, ni les marchés de service, ni les transports.

3. Deuxième question : dans quelle mesure la notation du critère prix peut-elle être non linéaire ?

Vous savez que le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres. Mais il doit les définir et les rendre publics dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché (Section, 30 janvier 2009,

¹ Benoît Schmaltz, Maître de conférences à l'Université Toulouse I Capitole, *Sens et portée de la récente redéfinition des « recettes publiques »*, RFDA 2016, p. 1263

² Article L. 1611-7-1

ANPE, n° 290236, conclusions B. Dacosta). Il n'a pas, en revanche, l'obligation de communiquer la méthode de notation aux candidats (31 mars 2010, Collectivité territoriale de Corse, n° 334279, aux Tables, conclusions Pdt Boulouis).

Toutefois, cette méthode ne doit pas priver de leur portée les critères ou neutraliser leur pondération, ce qui aboutirait à ne pas attribuer la meilleure note à la meilleure offre (3 novembre 2014, Commune de Belleville-sur-Loire, n° 373362, au Recueil).

Vous avez ainsi censuré diverses méthodes de notation des prix qui engendraient un tel effet, par exemple une méthode conduisant à ne pas attribuer la meilleure note, sur le critère prix, à l'offre la moins chère (29 octobre 2013, Val d'Oise Habitat, n° 370789, aux Tables), ou encore attribuant la note de 20/20 à l'offre la moins chère et de 0/20 à l'offre la plus chère quel que soit l'écart de prix entre les deux (24 mai 2017, ministre de la défense c/ société techno Logistique, n° 405787, aux Tables).

La raison est simple : cette méthode conduit à ce qu'un critère de prix pondéré à 60 % « écrase » les deux autres critères en éliminant automatiquement l'offre la plus chère, quels que soient les écarts de prix. C'est ainsi l'offre la mieux disante sur le seul critère prix et non l'offre économiquement la plus avantageuse qui est retenue. Vous jugez que le pouvoir adjudicateur manque alors à ses obligations de mise en concurrence.

En revanche, le pouvoir adjudicateur peut prévoir une méthode de notation des prix qui n'est pas strictement proportionnelle aux écarts de prix, consistant par exemple à attribuer automatiquement une note maximale au candidat ayant présenté la meilleure offre (15 décembre 2013, Société SFR, n° 363854, aux Tables).

En l'espèce, le règlement de la consultation prévoyait que le critère prix serait noté de la façon suivante : l'offre la moins-disante se verrait attribuer la note maximale, les autres offres étant notées en fonction de l'écart constaté par rapport celle-ci, selon une formule comprenant un coefficient déterminé en fonction du montant du marché et inversement proportionnel à celui-ci. Il est reproché à cette méthode de conduire à un écart de notes non proportionnel (*de 37 % alors que l'écart de prix n'est que de 27 % s'agissant de la société Cars Annequin et de 70% contre 39 % s'agissant de la société Autocars Faure*).

La méthode retenue engendre indéniablement une distorsion du rapport entre les écarts de prix et les écarts de notes, mais elle ne conduit pas à neutraliser l'application des autres critères. Cet accroissement de l'écart est admis par votre jurisprudence (société SFR précitée), sous les réserves déjà évoquées. Si la méthode de notation prévoyait ici que l'offre la moins chère avait la note maximale, l'offre la plus chère ne se voyait pas, en revanche, attribuer, par exemple, la note de 0/10. Le cas de figure est donc très différent de celui que vous avez censuré dans votre décision ministre de la défense c/ société techno Logistique précitée.

La cour n'a donc pas commis d'erreur de droit en jugeant que la méthode de notation non linéaire retenue par le département n'était pas illégale.

4. Troisième question : dans quelle mesure un candidat peut-il auto-évaluer son offre ?

Ce moyen porte sur l'appréciation d'un des deux sous-critères du critère de la valeur technique, qui est relatif au « niveau d'engagement du candidat en matière de notation de la qualité du service rendu sur les lignes objet du marché ». Ce sous-critère est pondéré à 20 % du total, l'autre sous-critère de la valeur technique étant pondéré à 5 %, soit 25 % pour la valeur technique, étant précisé que le prix est pondéré à 60% et les garanties environnementales à 15 %.

L'article 8 du règlement de la consultation prévoit que la qualité du service rendu est notée selon des modalités fixées par le CCTP et demande aux candidats de s'engager sur un niveau de qualité correspondant à une note comprise entre 7 et 9 sur 10. La note résulte ensuite d'une formule conduisant à ce qu'un candidat s'engageant sur un niveau de qualité de 7/10 obtienne 0 point, un candidat s'engageant sur un niveau de 8/10 obtienne 10 points et un candidat s'engageant sur un niveau de 9/10 obtienne le maximum des 20 points.

Evidemment, le département ne se contente pas de cette déclaration. Il est ainsi prévu que si la qualité de service sur laquelle le candidat s'est engagé n'est pas respectée, une pénalité peut être appliquée.

La cour a estimé que le département n'avait pas renoncé à apprécier la valeur des offres pour deux raisons. D'une part, parce qu'il avait précisément défini et communiqué aux candidats les modalités selon lesquelles le sous-critère serait apprécié. Un outil de simulation à partir de différents éléments était ainsi mis à la disposition des candidats. D'autre part, parce que la note attribuée au candidat avait vocation à servir de référence pour la détermination de leur note annuelle « qualité » et pour le calcul d'éventuelles pénalités en cas de manquement.

Mais, s'agissant du premier point, une bonne information n'est pas synonyme de fiabilité et de pertinence du critère. Et s'agissant du second point, l'application d'une pénalité revient à un contrôle ex post, se manifestant, le cas échéant, après la procédure d'examen des offres.

Or, l'analyse de la valeur technique d'une offre doit permettre au pouvoir adjudicateur de vérifier les moyens que le candidat envisage de consacrer à la réalisation des prestations. Elle ne peut reposer sur de simples affirmations dénuées de justifications.

La CJUE³ retient que le principe d'égalité de traitement entre les candidats conduit à ce que les soumissionnaires se trouvent sur un pied d'égalité « aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées ». Elle précise que lors d'une évaluation des offres, les critères « doivent être appliqués de manière objective et uniforme à tous les soumissionnaires ».

Ainsi que le souligne Gilles Pellissier (conclusions sur CE, 19 avril 2013, Ville de Marseille, n° 365340), le juge administratif doit contrôler « que le dispositif mis en place pour noter les offres respecte le principe d'égalité entre les candidats ».

³ CJUE, 18 octobre 2001, SIAC Construction, C-19/00 ; 24 novembre 2005, ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc ; aff. C-331/04 ; 17 février 2011, Commission européenne c/ Chypre, C-251-09, points 39-40

Vous avez ainsi censuré un critère de notation des offres reposant sur le montant des pénalités de retard que les candidats étaient prêts à accepter (9 novembre 2018, *Société Savoie*, n° 413533, aux Tables sur ce point, conclusions Gilles Pellissier), dès lors qu'il ne permettait pas de mesurer la capacité technique des entreprises candidates à respecter des délais d'exécution du marché ni d'évaluer la qualité technique de leur offre.

Vous avez aussi retenu qu'était irrégulier un critère qui portait sur l'estimation du chiffre d'affaires par les candidats pendant la durée d'une concession (8 avril 2019, *Commune de Cannes*, n° 425373, aux Tables sur un autre point). Vous avez estimé qu'un tel critère, qui repose sur les seules déclarations des soumissionnaires, sans engagement contractuel de leur part et sans possibilité pour la commune d'en contrôler l'exactitude, n'était pas de nature à permettre la sélection de la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante. Dans ses conclusions, Gilles Pellissier souligne ainsi que « sélectionner des offres en fonction de propositions non contraignantes et invérifiables par la personne publique, qui ne pourra tout au mieux qu'écarter les budgets manifestement surévalués, crée une rupture d'égalité entre les candidats ».

S'agissant, dans notre cas, d'une auto-évaluation de la qualité de leur service par les candidats, il est permis de penser que les candidats auront un naturel optimiste et montreront le meilleur d'eux-mêmes au stade de la sélection, ce qui certes n'est pas sans conséquence en cas de non-respect du fait des pénalités éventuelles, mais nous y voyons deux risques :

- soit que tous soient optimistes et s'auto-évaluent au maximum, ce qui revient à neutraliser totalement le sous-critère, et, partant le critère dans son ensemble, eu égard au poids du sous-critère,
- soit que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas retenue du fait qu'un candidat soit plus réaliste que le candidat retenu grâce à un optimisme exagéré et, en conséquence, que le pouvoir adjudicateur ne puisse le vérifier qu'en aval.

Un tel mécanisme d'auto-évaluation au sein de la valeur technique ne doit sans doute pas être en lui-même censuré. Mais deux éléments cumulatifs nous posent une difficulté : d'une part, la quasi-totalité de la valeur technique repose sur ce procédé ; d'autre part, cette méthode devrait pouvoir être vérifiable, mesurable ou donner lieu à justification, c'est-à-dire utiliser des critères objectifs. Dit autrement, ce n'est pas l'auto-évaluation seule qui pose problème, c'est l'auto-évaluation prépondérante et non vérifiable au stade de l'examen des offres.

Or, en l'espèce, d'une part, cette auto-évaluation est le seul élément dont dispose le pouvoir adjudicateur pour noter ce sous-critère, lequel a lui-même une part prépondérante (20 % sur un total de 25%) de la valeur technique.

D'autre part, les éléments mentionnés pour l'auto-évaluation portent sur l'ambiance générale au sein du véhicule, la propreté du véhicule, la ponctualité, la conduite respectueuse du code de la route, l'accueil à bord du véhicule (courtoisie, tenue du conducteur).

Un seul élément est vérifiable (la présence d'équipements de sécurité). Nous avons quelque peine à imaginer qu'une entreprise désireuse d'obtenir le marché s'auto-évalue en indiquant que ses conducteurs ne respectent pas suffisamment le code de la route, sont discourtois et

régulièrement en retard ! Ajoutons qu'en l'espèce, l'obligation de respecter une note comprise entre 7/10 et 9/10 est susceptible de déformer la pondération réelle de ce critère.

Cette méthode ne permettant pas au pouvoir adjudicateur d'évaluer les candidats de manière objective et uniforme, la cour a commis une erreur de droit.

Précisons enfin que les autres moyens n'ont pas vocation à vous retenir :

- D'une part, la cour n'a pas dénaturé les faits en jugeant, dans les deux dossiers, que l'offre de la société Cars Philibert n'était pas anormalement basse. Nous renvoyons sur ce point aux conclusions de Gilles Pellissier concernant le même marché, certes au stade du référé précontractuel et pour d'autres lots, mais qui sont particulièrement éclairantes sur les raisons du caractère très compétitif des prix de la société Cars Philibert (25 octobre 2013, *Département de l'Isère et Société des Cars Philibert*, n°s 370573 – 370578 – 370616 et 370617, C).
- D'autre part, la cour a manié inutilement votre jurisprudence relative à la rectification d'erreurs purement matérielles concernant le montant de l'offre (21 septembre 2011, *Département des Hauts-de-Seine*, n° 349149, au Recueil), alors que l'attributaire avait seulement clarifié l'interprétation de son offre sur l'intégration de certaines dépenses dans certains types de frais, sans en modifier le montant. Ce moyen, portant sur un détour inutile de l'arrêt, n'a donc pas vocation à être accueilli.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'arrêt attaqué dans chacun des deux pourvois,
- au renvoi de chaque affaire à la cour administrative d'appel de Lyon

et :

- sous le numéro 418460, à ce que le département de l'Isère verse à la société Autocars la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et à ce que les conclusions présentées au même titre par le département de l'Isère et la société Cars Philibert soient rejetées,
- sous le numéro 418461, à ce que le département de l'Isère verse à la société Cars Annequin la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et à ce que les conclusions présentées au même titre par le département de l'Isère et la société Cars Philibert soient rejetées.