

N° 427761
Société Evancia

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 9 novembre 2020
Lecture du 20 novembre 2020

Conclusions

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

Le budget est-il le reflet de la qualité ? C'est à cette question excessivement résumée qu'il vous revient de répondre aujourd'hui, en examinant, plus exactement, si l'acheteur public peut tenir compte d'éléments budgétaires dans l'appréciation de la valeur technique d'une offre, et en précisant quel contrôle le juge doit exercer en la matière.

1. Le centre communal d'action sociale (CCAS) de Saint-Malo a engagé, en 2015, une consultation, selon la procédure adaptée prévue aux articles 28 et 30 du code des marchés publics alors applicable, en vue de la passation d'un marché de service, relatif à la réservation de 20 places en crèche pour l'accueil collectif d'enfants âgés de 10 semaines à 6 ans. Ce marché a été attribué à la société La Maison Bleue.

La société Evancia (Babilou), candidat évincé, dont l'offre a été classée deuxième, a saisi le tribunal administratif de Rennes d'un recours dans le cadre de votre jurisprudence « Tarn et Garonne ». Le tribunal administratif a prononcé la résiliation du marché mais a rejeté les conclusions indemnitaires de la société. Saisie par le CCAS, la cour administrative d'appel de Nantes a infirmé la solution du jugement et rejeté les conclusions à fin d'annulation et de résiliation du marché et, par voie de conséquence, les conclusions indemnitaires.

La société Evancia se pourvoit en cassation et elle soulève deux moyens.

2. Pour comprendre l'enjeu du premier moyen, il nous faut nous livrer à un exercice de « poupées russes » sur les critères et leurs composantes.

Le dossier de consultation du marché et l'avis publié au Bulletin officiel des annonces de marchés publics (BOAMP) font apparaître que les offres étaient évaluées à partir de deux critères : d'une part, le prix unitaire à la place de crèche, pondéré à 40 points, d'autre part, la valeur technique de l'offre, pondérée à 60 points.

La valeur technique de l'offre comportait quatre sous-critères, dont le premier portait sur la qualité du projet d'établissement.

Comme le précise le rapport d'analyse des offres, ce sous-critère, relatif à la qualité du projet d'établissement, reposait sur deux éléments d'appréciation : d'une part, les moyens humains mis en œuvre, d'autre part, le projet d'établissement.

Cet élément d'appréciation - le projet d'établissement - était lui-même évalué en prenant en compte deux aspects : d'une part l'organisation de la structure (nombre de places, horaires d'ouverture, fermetures annuelles, etc.), d'autre part, les projets complémentaires.

Et nous arrivons à la dernière « poupée russe » : quatre points étaient pris en compte pour évaluer les projets complémentaires, à savoir l'externalisation de la restauration, les activités et autres manifestations en matière de goût, l'investissement « puériculture, soins et entretien » et enfin le budget alimentation annuel.

C'est cet élément – le budget annuel consacré à l'alimentation – que la société requérante estime dénué de pertinence pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse et qu'elle considère problématique en ce qu'il conduit à noter deux fois le même élément. C'est ce point qui avait justifié la résiliation prononcée par le tribunal administratif. La cour a en revanche estimé que le budget consacré à l'alimentation n'était qu'un élément d'appréciation parmi d'autres de la qualité de l'alimentation proposée et qu'il n'était pas dénué de pertinence pour apprécier la qualité du projet d'établissement.

3. L'acheteur public bénéficie de trois grandes libertés, sous certaines réserves, posées par les textes et explicités par votre jurisprudence :

- la liberté de définir les critères d'appréciation d'une offre
- la liberté de définir la méthode de notation de ces critères
- la liberté de déterminer leur pondération.

Le juge exerce un contrôle distancié dans chacun des cas, afin de respecter la marge d'appréciation de l'acheteur public, sous les réserves pertinentes, tenant au lien avec l'objet du marché et à l'obtention de l'offre économiquement la plus avantageuse, ceci étant l'objectif essentiel poursuivi par les textes.

S'agissant de la pondération des offres, sur laquelle votre jurisprudence était jusqu'à peu silencieuse, vous avez, avec la très récente décision *Ministre des armées c/ Sociétés Erics et Altaris* (10 juin 2020, n°431194), jugé que le pouvoir adjudicateur était libre de la déterminer, et même de retenir une pondération accordant un poids beaucoup plus important à l'un des critères, au regard de ce qu'il souhaite faire prévaloir en lien avec l'objet du marché. Toutefois, la réserve tient à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas, de ce fait, écartée.

S'agissant de la définition même des critères d'appréciation, les textes prévoient qu'ils « n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'acheteur et garantissent la possibilité d'une véritable concurrence » (article 52 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, aujourd'hui article L. 2152-8 du code de la commande publique).

La nature des critères de sélection des offres relève de la liberté du pouvoir adjudicateur, sous réserve qu'ils ne soient pas discriminatoires, au sens où ils seraient dépourvus de lien avec l'objet du marché ou trop arbitraires ou imprécis. Vous avez ainsi censuré l'adoption d'un critère esthétique, qui, parce qu'il était défini de façon imprécise, était irrégulier (28 avril 2006, Commune de Toulouse, n° 280197, aux Tables).

Vous avez déjà, au moins à trois reprises, censuré des procédures reposant sur des critères dont la définition elle-même n'était pas pertinente. Dans un cas, il s'agissait du montant des pénalités de retard que les candidats étaient prêts à accepter (9 novembre 2018, Société Savoie, n° 413533, aux Tables sur ce point), dès lors que ce critère ne permettait pas de mesurer la capacité des candidats 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). Un tel critère, qui repose sur les seules déclarations des soumissionnaires, sans engagement contractuel de leur part et sans possibilité d'en contrôler l'exactitude, n'est pas de nature à permettre la sélection de la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante.

Et récemment par votre décision Société Autocars Faure et Société Cars Annequin (22 novembre 2019, n°s 418460 et 41846), vous avez censuré un critère d'auto-évaluation par les candidats d'une partie de leur valeur technique, sans vérification possible par le pouvoir adjudicateur.

S'agissant de la méthode de notation des offres, le principe qui prévaut est là aussi la liberté de l'acheteur public, les seules limites étant liées d'une part au respect des principes d'égalité de traitement et de transparence des procédures, d'autre part à la nécessité que la méthode ne soit pas, par elle-même, de nature à priver de portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération, en conduisant alors à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre pour un critère donné ou, à ce que, pour l'ensemble des critères, l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas retenue (3 novembre 2014, Commune de Belleville-sur-Loire, n° 373362, au Recueil, conclusions Gilles Pellissier).

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).

En revanche, l'acheteur public 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).

Ces jurisprudences portent ainsi précisément sur la méthode de notation des offres, autrement dit le mode de calcul permettant de transformer une appréciation en note chiffrée.

La particularité de cette affaire est qu'est en cause la nature même d'un élément d'appréciation et non d'un critère.

Or, plus on « descend » à l'intérieur d'un critère, plus on se rapproche de la question de la méthode de notation, ne serait-ce que parce qu'un élément d'appréciation n'a pas à être rendu public et a pour seule utilité de mettre en oeuvre une méthode de notation précise.

Nous vous proposons donc de retenir que la liberté dont dispose l'acheteur public sur la méthode de notation comprend deux volets : le premier, déjà explicité par votre jurisprudence Commune de Belleville, porte sur la méthode de calcul au sens strict, le second concerne la définition des éléments d'appréciation utilisés à cette fin, qui ne doivent pas être dépourvus de tout lien avec les critères dont ils permettent l'évaluation.

4. En l'espèce, l'hésitation pourrait venir en première approche de ce que l'élément critiqué repose sur une valeur financière – en l'occurrence, le budget consacré à l'alimentation.

Mais d'abord, nous ne pensons pas que la seule circonstance qu'un élément soit exprimé en des termes financiers ou budgétaires conduise à devoir l'écarter pour apprécier une valeur technique. Certes, le budget ne résume pas tout. Certes, une négociation plus réussie avec des fournisseurs peut permettre d'obtenir des prix inférieurs pour une qualité identique. Mais il est quand même difficile d'affirmer que le budget est dépourvu de lien avec la qualité de ce qui est proposé ou avec l'importance conférée à un élément donné.

Ensuite, le seul fait qu'une valeur puisse par ailleurs être également prise en compte pour l'appréciation du critère prix ne pose pas en soi de difficulté puisqu'elle sera alors appréciée sous un autre prisme.

Ceci étant précisé, trois éléments nous conduisent à suivre l'analyse de la cour.

D'une part, cet élément d'appréciation n'est pas dénué de tout lien avec le critère évalué : le budget consacré à l'alimentation peut être considéré comme un indice de la qualité de celle-ci et elle-même ne saurait – à l'évidence – être considérée comme dénué de pertinence pour évaluer la qualité de l'accueil de jeunes enfants en crèche.

D'autre part, ainsi que l'a relevé très justement la cour, ce n'est pas le seul élément pris en compte pour apprécier l'alimentation des enfants (externalisation, manifestations en matière de goût...).

Enfin, si vous estimez qu'il faut laisser une marge d'appréciation à l'acheteur public dans la définition des éléments d'appréciation, sous les réserves déjà évoquées, alors nous pensons

que vous avez là une illustration de ce que vous ne devez pas censurer, dès lors que l'élément critiqué n'est pas dépourvu de lien avec le critère évalué, lui-même lié à l'objet du marché.

5. Un mot sur l'autre moyen du pourvoi, qui vous retiendra moins, si vous nous suivez sur le premier moyen.

Il porte sur un autre élément d'appréciation du sous-critère technique relatif à la qualité du projet d'établissement, à savoir les moyens humains mis en œuvre, eux-mêmes appréciés notamment au regard de la masse salariale brute du personnel.

La prise en compte de la masse salariale est la combinaison d'éléments quantitatifs (moyens humains) et financiers (coût). Le premier volet, les effectifs, peut être révélateur des actions mises en œuvre, par exemple pour assurer des remplacements en cas d'absences. Et le second volet, le coût, à savoir le salaire, dépend lui-même du niveau de qualification des personnels, ainsi que, le cas échéant, d'une politique salariale favorable, susceptible de prendre en compte la qualité du travail réalisé. De plus, elle n'est là aussi, qu'un élément parmi d'autres de l'appréciation portée.

La cour n'a donc ni commis d'erreur de droit, ni dénaturé les faits en estimant que le pouvoir adjudicateur avait pu tenir compte de la masse salariale brute du personnel affecté à la mission pour apprécier ce sous-critère.

Par ces motifs, nous concluons :

- au rejet du pourvoi
- à ce que la société Evancia verse au CCAS de Saint-Malo une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.