

N°s 459678, 460089, 460090, 460154, 460155, 460724
Commune de Saint-Cyr-sur-Mer

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 13 avril 2022

Lecture du 3 mai 2022

Conclusions

Mme Mireille LE CORRE, Rapporteur publique

« De nombreuses recherches suggèrent que le système d'évaluation par notation est loin d'être fiable et objectif. Jean-Jacques Bonniol, professeur des universités en sciences de l'éducation, a par exemple calculé qu'il faudrait 78 correcteurs en mathématiques et 762 en philosophie pour neutraliser les erreurs de calcul et améliorer l'objectivité de la notation. »¹.

Evaluer sans noter est ainsi un débat qui traverse le monde de l'éducation, mais c'est - plus modestement - dans le cadre de la commande publique, et particulièrement des concessions, que nous vous proposerons de le trancher aujourd'hui.

1. Les faits vous conduisent une nouvelle fois à la plage, celle des Lecques cette fois. La commune de Saint-Cyr-sur-Mer a lancé une procédure de délégation de service public pour l'attribution des 8 sous-traités d'exploitation de cette plage artificielle. L'attribution des lots n°s 2,3 et 5 a conduit les concurrents évincés à saisir le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Toulon, qui a suspendu l'attribution de ces lots.

Sous les trois premiers numéros appelés, la commune se pourvoit en cassation contre les trois ordonnances. Les sociétés évincées (Sporting Plage et Le 10 Plage) vous saisissent également s'agissant des lots n°s 2 et 3. Enfin, le dernier numéro appelé correspond au pourvoi de la commune contre la seconde ordonnance du juge des référés rendue à propos du lot n° 5 à la suite d'une tierce opposition de la société attributaire de ce lot, la société La Siesta, qui a conduit à ce que le champ de l'annulation de la procédure soit réduit.

2. Deux précisions préalables s'imposent s'agissant des pourvois concernant le lot n° 5.

S'agissant de l'exception de non-lieu soulevée en défense sur le pourvoi n° 459678, vous pourrez retenir un non-lieu partiel s'agissant des éléments du dispositif initial, qui ont été déclarés nuls et nonavenus par la seconde ordonnance, rendue à la suite de la tierce opposition.

¹ Amanda Castillo, A l'école, supprimons les notes, Le Temps, 14 décembre 2017

Et s'agissant du pourvoi n° 460724, la commune n'a pas intérêt à agir contre les articles 2 (rejet partiel de la tierce opposition) et 4 (réduction du champ de l'annulation initialement prononcée) de la seconde ordonnance.

3. Nous pouvons en venir à la question principale, relative à la méthode d'évaluation des offres.

La commune a évalué les offres en leur attribuant, en complément d'une appréciation littérale, des flèches de quatre types, aux couleurs et aux orientations différentes, la flèche verte pointée vers le haut correspondant à la meilleure note, la flèche rouge pointée vers le bas correspondant à la moins bonne, avec deux flèches intermédiaires.

Le juge des référés a estimé 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 ».

Cette méthode d'évaluation pouvait-elle être retenue et le juge des référés a-t-il usé des critères pertinents pour se déterminer comme il l'a fait ?

4. Comme vous le savez, la personne publique dispose d'une triple liberté pour définir les critères d'appréciation des offres, la méthode de notation de ces critères et leur pondération.

S'agissant précisément de la méthode de notation des offres, les seules limites posées à cette liberté sont 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).

Cette décision de référence s'inscrivait dans le cadre déjà défini par la Cour de justice de l'Union européenne. Dans son arrêt EVN AG du 4 décembre 2003 (aff. C-448/01), elle a admis le principe d'une « évaluation synthétique des critères retenus », puis précisé, dans deux affaires jugées ultérieurement², 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 offres³.

Vous avez ainsi censuré diverses méthodes de notation des prix qui engendraient de tels effets, par exemple une méthode conduisant à ne pas attribuer la meilleure note, sur le critère

² CJUE, 24 novembre 2005, ATI EAC e Viaggi di Maio, aff. C-331/04 ; CJUE, 14 juillet 2016, TNS Dimarso, aff. C-6/15

³ La directive 2014/23 n'aborde pas cette question.

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, vous avez déjà admis que l'acheteur public puisse prévoir une méthode de notation des prix non 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 appellent deux commentaires : d'une part, elles portent sur la méthode de notation des offres, logiquement conçue comme renvoyant au mode de calcul permettant de transformer une appréciation qualitative en note chiffrée, d'autre part et c'est pour partie lié, ces précédents ne concernent que des marchés publics.

5. Deux questions nous semblent donc devoir être traitées successivement:

- En matière de concession, faut-il faire application de votre jurisprudence Commune de Belleville, rendue en matière de marchés publics ?
- Ce que vous retiendrez ici en ce qui concerne une évaluation non chiffrée dans le cas des concessions vaut-il également pour les marchés publics ?

S'agissant, en premier lieu, des concessions, conformément à l'article L. 3121-1 du code de la commande publique, l'autorité concédante organise librement une procédure de publicité et de mise en concurrence qui conduit au choix du concessionnaire, dans le respect des règles de procédure spécifiques aux concessions - et bien sûr, des principes fondamentaux de la commande publique - et elle peut recourir à la négociation.

Ces règles sont définies à l'article L. 3124-5, puis aux articles R. 3124-4 à R. 3124-6 de ce code.

L'article L. 3124-5 pose le principe du choix de l'offre présentant le meilleur avantage économique global : « *Le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution. (...)* ». Il précise ensuite que ces critères d'attribution « *n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante et garantissent une concurrence effective* » et ils doivent être rendus publics.

Plus précisément, ainsi que l'exige l'article R. 3124-5, « *L'autorité concédante fixe les critères d'attribution par ordre décroissant d'importance. Leur hiérarchisation est indiquée dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation.* » Elle « *peut modifier, à titre exceptionnel, l'ordre des critères pour tenir compte du caractère innovant d'une solution présentée dans une offre* », mais cette modification ne doit pas être discriminatoire et un nouvel avis doit alors être publié.

Enfin, le code (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.

Ainsi que le souligne le commentaire au code Dalloz, la procédure « s'inspire de ce qui existe pour les marchés publics, avec plus de souplesse ».

Votre jurisprudence a précisé la portée de ces dispositions (de leurs ancêtres plus exactement), en matière de délégation de service public essentiellement, mais elle ne s'est pas directement prononcée sur les modalités d'évaluation et de hiérarchisation des offres.

Toutefois, les principes émis par votre décision Commune de Belleville nous semblent – sous quelques réserves – tout à fait transposables dans leur esprit. Vous pourrez ainsi les reprendre en jugeant que l'autorité concédante définit librement la méthode d'évaluation des offres au regard de chacun des critères d'attribution qu'elle a définis, par ordre décroissant d'importance, et qui sont rendus publics, accompagnés de leur hiérarchisation. Elle peut ainsi déterminer tant les éléments d'appréciation pris en compte pour son évaluation des offres que les modalités de leur combinaison. Vous pourrez aussi reprendre le point selon lequel 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 de sélection sont dépourvus de tout lien avec les critères dont ils permettent l'évaluation ou si les modalités d'évaluation des critères de sélection par combinaison de ces éléments sont, par elles-mêmes, de nature à priver de leur portée ces critères ou à neutraliser leur hiérarchisation ou leur pondération le cas échéant, 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 (critère applicable aux concessions) ne soit pas choisie. Vous pourrez aussi préciser qu'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.

Sous ces réserves ainsi reprises et adaptées, la souplesse plus grande laissée à l'autorité concédante par rapport à l'acheteur public nous conduit à penser qu'au moins en ce qui concerne les concessions, cette évaluation ne revêt pas nécessairement l'habit d'un chiffrage.

S'agissant, en second lieu, des marchés publics, pourriez-vous aussi autoriser une notation non chiffrée ? La seule formulation de la question montre que la réponse est un peu moins évidente, car le terme même de note renvoie, dans l'acception courante, à un chiffre, lequel est rendu nécessaire par le recours à la pondération.

Mais si l'on se détermine, comme il se doit, en fonction des seules limites posées à la liberté du pouvoir adjudicateur par les textes et votre jurisprudence précitée, il ne nous semble pas que, par elle-même, une appréciation non chiffrée enfreindrait nécessairement ces limites. Une méthode de comparaison des offres reposant sur des critères qualitatifs ne porte pas en elle-même atteinte à l'égalité de traitement et à la transparence des procédures, dès lors que la même méthode est retenue pour toutes les offres. Plus délicate est l'éventuelle privation de

portée des critères de sélection ou la neutralisation de leur pondération, susceptible de conduire 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.

Mais là aussi, nous ne pensons pas être face à une impossibilité absolue. On peut imaginer un critère affecté d'un coefficient trois et un autre d'un coefficient 1 : si le premier est évalué avec une flèche verte, il conviendrait de lui affecter trois flèches vertes du fait de l'application du coefficient par exemple. Cet exercice est évidemment plus délicat et, à vrai dire, si le pouvoir adjudicateur veut « faire simple », il convertira probablement de lui-même des appréciations qualitatives en notes chiffrées. C'est d'ailleurs ce à quoi il a procédé dans l'affaire Société Veolia eau (8 février 2019, Société Veolia Eau et autre, n°s 420296, 420603, aux Tables). Bien que moins évidente en matière de marchés publics, cette possibilité ne nous paraît donc pas devoir être, par principe, interdite.

Et ce d'autant moins que dans certains cas, la pondération soit n'a pas lieu d'être, soit n'est pas requise. Ainsi, elle n'a pas lieu d'être lorsqu'un critère unique – qui est alors nécessairement le prix – est défini. Et le code reconnaît, par ailleurs, que lorsque la pondération « n'est pas possible pour des raisons objectives », les critères d'attribution sont alors « indiqués par ordre décroissant d'importance » (article R. 2152-12 du code de la commande publique). Une procédure de marché reposant sur une hiérarchisation sans pondération pourrait ainsi tout à fait relever de la même approche que celle que nous vous proposons de retenir pour les concessions.

6. En l'espèce, le juge des référés a écarté cette possibilité, dans le cadre d'une concession, non pas en se fondant sur les limites posées par votre jurisprudence Commune de Belleville, mais en critiquant la « trop grande part d'arbitraire » induite. Or, non seulement on ne voit pas bien ce que la notion d'arbitraire apporte ici par rapport aux autres exigences déjà posées, et si elle concerne en réalité la marge d'appréciation de l'autorité concédante, elle n'a précisément pas à être bornée dès lors qu'il n'est pas établi que la méthode emporterait l'une des conséquences prohibées par votre jurisprudence.

Il a ainsi commis une erreur de droit.

Par ailleurs, le second motif qu'il a retenu pour annuler la procédure – dans certaines des ordonnances attaquées - est tiré de ce que la commune aurait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en tenant compte des prévisions de chiffre d'affaires des soumissionnaires dans son appréciation des offres sur le critère intitulé « Qualité et cohérence de l'offre sur le plan financier ».

Le juge des référés a estimé qu'un tel élément d'appréciation n'était pas de nature à permettre la sélection de la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante. Mais il devait seulement rechercher si cet élément d'appréciation – car tel était bien le cas - était dépourvu de tout lien avec les critères dont il permet l'évaluation (voir vos décisions : 8 avril 2019, Commune de Cannes, n° 425373, aux Tables ; 20 novembre 2020, société Evancia, n° 427761, aux Tables ; 22 mars 2022, EPI et Commune de Ramatuelle, n°s

457733 et 457735, aux Tables). Et, à l'évidence, en l'espèce, cet élément n'était pas dépourvu de tout lien avec le critère évalué. Il a donc commis une erreur de droit sur ce second motif.

Les ordonnances attaquées doivent donc être annulées, sous réserve, sur le champ de l'annulation, de la particularité mentionnée en préalable s'agissant de deux pourvois.

7. Le règlement des affaires en référé n'appelle que quelques brefs commentaires.

S'agissant des critères et des modalités d'appréciation des offres, outre ce que nous avons déjà indiqué au stade de la cassation, précisons maintenant que ces quatre critères étaient les suivants :

- le projet d'établissement
- la qualité et cohérence de l'offre au plan technique : moyens humains et matériels affectés à l'exécution de la délégation
- les propositions du candidat en rapport avec les attentes d'excellence de la commune : démarche de responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise
- la qualité et cohérence de l'offre au plan financier.

L'évaluation par les flèches était précédée d'une appréciation littérale, qu'elle ne faisait que synthétiser de façon visuelle. Et, même si nous pensons que dans le cadre d'une concession, avec hiérarchisation et sans pondération, une note n'était pas nécessaire, ni même un équivalent visuel sous forme de flèches convertissables en notes, on pourrait, en tout état de cause, sans difficulté estimer que ces quatre types de flèches pouvaient être converties en quatre notes de 1 à 4 sur 4. La méthode n'a pas porté atteinte à l'égalité de traitement, elle était transparente, et aucun élément n'établissait qu'elle aurait conduit à ne pas attribuer le contrat à l'offre présentant le meilleur avantage économique global.

S'agissant de la prise en compte du montant prévisionnel des redevances évalué pour partie en fonction du chiffre d'affaires prévisionnel, comme nous l'avons déjà indiqué au stade de la cassation, il n'était qu'un élément d'appréciation, non dépourvu de tout lien avec le critère de la qualité et de la cohérence des offres sur le plan financier, et il contribuait à apprécier la cohérence et la crédibilité de l'offre. Le montant des pénalités que les sociétés étaient prêtes à accepter était aussi un élément d'appréciation, non dépourvu de tout lien avec le critère financier.

S'agissant des autres moyens, aucun ne vous retiendra, sur aucun des trois lots :

- la société Les Copines a été informée des éléments relatifs aux caractéristiques et avantages de l'offre retenue, via les courriers qui lui ont été communiqués et les écritures produites devant le juge des référés du tribunal administratif, dans un délai utile ;
- plusieurs éléments sont pointés comme constituant des sous-critères qui n'auraient pas été portés à la connaissance des candidats (caractère innovant des offres, engagements des candidats en matière de moyens matériels, période d'ouverture du service, partenariats locaux et offre familiale) mais il ne s'agit à chaque fois que d'éléments d'appréciation ;

- dans le cadre du contrôle qui est celui du juge du référé précontractuel, qui ne se prononce pas sur l'appréciation portée sur les offres mais vérifie seulement l'absence de dénaturation du contenu d'une offre, d'une part, le moyen relatif à l'appréciation portée sur la valeur financière de l'offre de la société Le 10 Plage est inopérant, d'autre part, aucune dénaturation n'est à relever s'agissant de l'offre de la société Café Compagnie S ;
- est également inopérant le moyen tiré de ce qu'une offre non retenue aurait été irrégulière ;
- s'agissant enfin des moyens soulevés quant aux évolutions des offres sur certains points (couleurs de la façade et des housses des transats), elles étaient possibles dans le cadre de la négociation.

Par ces motifs, nous concluons :

Sur les pourvois concernant le lot n° 2 (n°s 460090 et 460514) :

- A l'annulation de l'ordonnance du 18 décembre 2021 du juge des référés du tribunal administratif de Toulon
- Au rejet de la demande présentée par la société Café Compagnie S devant le juge des référés du tribunal administratif de Toulon
- A ce que la société Café Compagnie S verse la somme de 4 500 euros, d'une part, à la commune de Saint-Cyr-sur-Mer et, d'autre part, à la société Le Sporting Plage, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet des conclusions présentées par la société Café Compagnie S au même titre

Sur les pourvois concernant le lot n° 3 (n°s 460089, 460155) :

- A l'annulation de l'ordonnance du 18 décembre 2021 du juge des référés du tribunal administratif de Toulon
- Au rejet de la demande présentée par la société Macloca devant le juge des référés du tribunal administratif de Toulon
- A ce que la société Macloca versera la somme de 4 500 euros, d'une part, à la commune de Saint-Cyr-sur-Mer et, d'autre part, à la société Le 10 Plage, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet des conclusions présentées par la société Macloca au même titre

Sur les pourvois concernant le lot n° 5 (n°s 459678, 460724) :

- A ce qu'il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions du pourvoi n° 459678, en tant qu'elles sont dirigées contre l'ordonnance n° 2103063 du 6 décembre 2021 du juge des référés du tribunal administratif de Toulon en tant qu'elle a été déclarée nulle et non avenue par son ordonnance n° 2103377 du 7 janvier 2022
- A l'annulation de l'ordonnance n° 2103063 du 6 décembre 2021 du juge des référés du tribunal administratif de Toulon en tant qu'elle n'a pas été déclarée nulle et non avenue par son ordonnance n° 2103377 du 7 janvier 2022
- A l'annulation de l'article 3 de l'ordonnance n° 2103377 du 7 janvier 2022 du juge des référés du tribunal administratif de Toulon, ainsi que son article 5 en tant qu'il rejette les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative par la commune de Saint-Cyr-sur-Mer

- Au rejet de la demande présentée par la société Les Copines devant le juge des référés du tribunal administratif de Toulon
- A ce que la société Les Copines verse la somme de 4 500 euros à la commune de Saint-Cyr-sur-Mer au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet des conclusions présentées par la société Les Copines au même titre.