

N°s 473674 et 473793
Communauté d'agglomération Saint-Malo Agglomération
Société Fifteen

7^{ème} chambre jugeant seule

Séance du 9 novembre 2023
Lecture du 24 novembre 2023

CONCLUSIONS

M. Marc PICHON de VENDEUIL, Rapporteur public

1. Le 16 mars 2023, la communauté d'agglomération Saint-Malo Agglomération, qui avait lancé une procédure formalisée avec négociation pour l'attribution d'un marché public de gestion d'un service de vélos à assistance électrique en libre-service, a informé la société Ecovélo Human Concept que son offre n'était pas retenue et que le marché serait conclu avec la société Fifteen.

La société Ecovélo a alors formé un référé précontractuel devant le tribunal administratif de Rennes dont le juge des référés a, par une ordonnance du 18 avril 2023, annulé cette procédure de passation ainsi que les décisions de rejet de l'offre et d'attribution du marché à la société Fifteen.

Tant la communauté d'agglomération que la société Fifteen se pourvoient en cassation contre cette ordonnance et nous pensons que vous devrez leur donner raison.

2. Vous pourrez en effet faire masse des moyens que les deux pourvois dirigent contre le bien-fondé de l'ordonnance, à laquelle il reproche en substance d'avoir commis une erreur de droit en ayant jugé que la notation de l'offre de la société Ecovélo au titre du critère technique était entachée d'erreur matérielle ou d'incohérence, dès lors que le rapport d'analyse des offres comportait des appréciations littérales synthétiques qui ne permettait pas de justifier des notes,

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

assorties de décimales, attribuées aux offres au regard des quatre « éléments d'appréciation » afférents au critère technique.

Pour comprendre ce moyen un peu touffu – qui répond lui-même à une motivation passablement embrouillée – il faut d'abord vous indiquer que le règlement de la consultation prévoyait que le critère technique, comptant pour 60% de la note finale, serait apprécié au regard de quatre « éléments d'appréciation », que l'on peut sans difficulté qualifier de « sous-critères » au sens de votre jurisprudence, relatifs respectivement à la « conception-fonctionnalités-garantie (25 points), à l'exploitation (25 points), au déploiement (5 points) et à la performance environnementale (5 points).

Ces sous-critères et leur pondération ont effectivement été portés à la connaissance des candidats dans le règlement de la consultation.

Tel n'était en revanche pas le cas de la **méthode de notation**, ce qui n'est au demeurant pas illégal puisque vous jugez que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres lorsqu'il se borne à mettre en œuvre les critères annoncés (CE 31 mars 2010, *Collectivité territoriale de Corse*, n° 334279, T. p. 848 ; CE 21 mai 2010, *Commune d'Ajaccio*, n° 333737, B ; CE 6 avril 2016, *Commune de la Bohalle*, n° 388123, inédit ; plus récemment : CE 1^{er} avril 2022, *Société Bourdarios*, n° 458793, 458864, C).

Votre jurisprudence rappelle seulement sur ce point que « 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. Toutefois, une méthode de notation est entachée d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elle est par elle-même de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération (...) » (CE 3 novembre 2014, *Commune de Belleville-sur-Loire*, n° 373362, A).

Pour sa part, le juge des référés s'est appuyé sur le rapport d'analyse des offres, dont il a relevé qu'il ne comportait aucun élément chiffré de notation permettant d'expliquer les notes attribuées sur chacun des sous-critères mais seulement des « appréciations littérales synthétiques » procédant d'une échelle

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

comportant cinq degrés, de « insatisfaisante » à « performante ». Il en a déduit qu'il lui revenait de reconstituer la notation des offres en remplaçant les appréciations littérales par une note sans décimale pour chaque sous-critère. Il a ainsi abouti à une note technique de 44/60, différente de celle de 41,8 qui a été attribuée à la société Ecovélo.

Cette façon de procéder nous paraît à vrai dire doublement entachée d'erreur de droit.

D'une part, en effet, on ne voit pas au nom de quoi il serait nécessaire de n'attribuer que des notes sans décimales, ce qu'aucun principe ni rien dans les documents de la consultation n'impose.

D'autre part et en tout état de cause, il n'appartient pas au juge des référés précontractuels de censurer une méthode de notation dont il n'a pas constaté l'irrégularité au sens de votre jurisprudence, c'est-à-dire en établissant qu'elle a, par elle-même, été de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération.

Le raisonnement suivi est donc erroné et vous ne pourrez que le censurer, ce qui vous conduira à annuler les articles 2 et 4 de l'ordonnance, qui sont ceux qui faisaient droit aux conclusions de la société Ecovélo.

3. Nous vous invitons alors à régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée.

3.1. Dans ce cadre, vous pourrez d'abord, conformément à ce que nous venons de vous exposer, écarter le moyen tiré de ce que l'attribution de notes décimales sur chacun des sous-critères entacherait d'irrégularité la méthode de notation. En effet, une telle méthode ne fait que traduire l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur la valeur des offres, sans remettre en cause leur portée ou leur pondération.

3.2. Vous pourrez pareillement écarter sans difficulté le moyen tiré de ce que les notes attribuées aux offres des candidats auraient comporté des erreurs ou des incohérences.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

En effet, à la lecture du rapport d'analyse des offres qui a été produit dans sa version complète devant vous, on constate que les notes ont été attribuées en fonction de critères et de sous-critères dont la pondération était portée à la connaissance des candidats, et que, si ces sous-critères ont été évalués en fonction d'éléments d'appréciation qui n'avaient pas à être portés à la connaissance des candidats dès lors qu'ils n'étaient pas pondérés, le pouvoir adjudicateur était libre d'attribuer des notes qui pouvaient comprendre des décimales et qui correspondaient aux appréciations littérales figurant dans le rapport. Nous ne voyons pas là d'incohérences ou d'erreurs.

3.3. S'il est, en troisième lieu, soutenu que l'offre de la société Ecovélo aurait été dénaturée – ce que vous contrôlez en référé (cf. CE 3 mai 2022, *Commune de Saint-Cyr-sur-Mer et société Le Sporting Plage*, n°s 460090, 460154, C) – s'agissant en particulier du sous-critère « exploitation » du critère de la valeur technique, pour lequel aurait été prise en compte sa première offre négociée et non sa seconde, il ressort cependant du rapport d'analyse des offres que ce sont bien les données chiffrées figurant dans cette seconde offre qui ont été prises en compte par le pouvoir adjudicateur. Le moyen sera écarté.

3.4. Un quatrième moyen soutient que l'offre de la société Fifteen était irrégulière, en ce qu'elle ne respectait pas les exigences des documents de la consultation, et inacceptable, en ce qu'elle dépassait le budget alloué au marché.

Vous jugez cependant qu'une offre ne peut valablement être qualifiée d'inacceptable sur le fondement des dispositions, alors en vigueur, de l'article 35 du code des marchés publics, du seul fait que son montant serait supérieur à l'estimation des services du pouvoir adjudicateur ; encore faut-il qu'il résulte de l'instruction que l'offre n'aurait pu être financée par le pouvoir adjudicateur (CE 24 juin 2011, *Opievoy*, n°s 346665, 346746, B).

Ce précédent nous paraît pleinement transposable aux dispositions aujourd'hui en vigueur de l'article L. 2152-3 du CCP, qui prévoient qu'« *une offre inacceptable est une offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché, déterminés et établis avant le lancement de la procédure* ».

Or, en l'espèce, si l'offre de la société attributaire (ainsi, du reste, que celle

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

de la société Ecovélo¹), excédait le montant estimé par les services, il ne résulte pas de l'instruction que ce montant aurait constitué un plafond que les offres ne pouvaient excéder ou qu'il aurait coïncidé au montant des crédits budgétaires effectivement alloués au marché.

Le moyen est donc infondé.

3.5. Enfin, s'il est allégué que le principe d'égalité de traitement entre les candidats aurait été méconnu lors de la négociation au cours de laquelle le pouvoir adjudicateur a indiqué que l'offre négociée devait respecter un budget fixé, avant d'accepter une offre ne respectant pas les budgets alloués, il reste que, comme on l'a vu, le budget estimatif voté par l'organe délibérant de la communauté d'agglomération ne revêtait pas un caractère impératif et n'a jamais été présenté comme tel par le pouvoir adjudicateur, dont il n'est par ailleurs même pas allégué qu'il aurait fourni à la société attributaire des informations dont les autres candidats n'auraient pas bénéficié.

Vous pourrez donc écarter le dernier moyen de la demande.

Et par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'ordonnance attaquée ;
- au rejet de la demande présentée par la société Ecovélo Human Concept devant le juge des référés du tribunal administratif de Rennes ;
- à ce que cette société verse à la communauté d'agglomération une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

¹ Mais ce n'est pas un motif d'inopérance du moyen – cf. CE 27 mai 2020, *Sté Clean Building*, n° 435982, T. p. 843