CONTRAT

La notation du critère prix dans les marchés publics

PAR **YANN SIMONNET**
AVOCAT AU BARREAU DE PARIS

L'ESSENTIEL

Traditionnellement, dans les marchés publics, le critère relatif au prix revêt une importance particulière : critère quasiment inévitable, il est souvent doté d'une pondération importante. Sa mise en œuvre suppose une notation qui, en principe, implique le recours à des formules mathématiques. Si le choix des formules est, en théorie, libre, il n'est nullement anodin, certaines d'entre elles étant susceptibles de remettre en cause la cohérence de la pondération initiale des critères et de ne pas permettre le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Un marché public doit être attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse, celle-ci devant être identifiée « sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution » (art. 52 de l'ord. n° 2015-899 du 23 juill. 2015 relative aux marchés publics).

L'évaluation de ces offres au regard de ces critères s'effectue selon un processus qui comporte, pour le rapporteur public Gilles Pellissier, « deux opérations distinctes : l'une, très subjective, est l'évaluation proprement dite de l'offre ; l'autre, beaucoup plus objective, consiste à soumettre le résultat de cette évaluation à une formule prédéfinie afin d'obtenir la note du candidat ». Ce processus est la méthode de notation. Dans la mesure où elle est « neutre dans son énoncé et fortement subjective dans son application aux offres présentées » (concl. sur CE 19 avr. 2013, n° 365340, *Ville de Marseille*, AJDA 2013. 1719) et sans influence sur la présentation des offres, les acheteurs publics n'ont pas l'obligation de la communiquer aux candidats (CE 31 mars 2010, n° 334279, *Collectivité territoriale de Corse*, Lebon ; AJDA 2010. 706).

Il en est toutefois autrement dès lors que la méthode de notation conduirait à modifier l'importance respective de chacun des critères (CE 18 déc. 2012, n° 362532, *Département de la Guadeloupe*, Lebon ; AJDA 2012. 2410 ; CE 1er juill. 2015, n° 381095, *Société nouvelle d'entreprise générale du sud-ouest*, Lebon ; AJDA 2015. 1346 ; CJUE 14 juill. 2016, aff. C-6/15, AJDA 2016. 2209, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; RTD eur. 2017. 308, obs. A. L. Durviaux). Par ailleurs, s'il n'appartient pas au juge administratif de contrôler la méthode de notation choisie par un acheteur public, il doit toutefois sanctionner l'erreur de droit ou l'effet discriminatoire qui pourrait être induit par une méthode de notation (CE 11 mars 2013, n° 364551, *Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie*, Lebon ; AJDA 2013. 600).

Alors que, en principe, le critère prix est un critère imposé aux acheteurs publics[1], le choix de la méthode de notation de ce critère s'avère nécessairement sensible. En effet, cette méthode qui prend la forme d'une formule mathématique qui transforme une série de prix en une série de notes peut, lorsqu'elle n'est pas adaptée au marché, conduire à remettre en cause l'équilibre entre l'ensemble des critères choisis, voire à les neutraliser.

I - LES FORMULES DE NOTATION DU CRITÈRE PRIX DANS LES MARCHÉS PUBLICS

A. Les formules inversement proportionnelles

La formule de notation la plus répandue, la plus simple, et vraisemblablement la plus usitée, est la formule dite « GRAMP » :

Note = Pondération x Pmin / P

Cette formule, hyperbolique, permet de respecter un rapport de proportionnalité entre le nombre de points

1 - L'art. 62 du décr. n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics prévoit toutefois une alternative au critère relatif au « prix » avec celui relatif au « coût ».

attribué à une offre et son montant en euros. Ainsi, un écart de X % entre deux prix aboutit à un écart de X % entre les notes attribuées à ces deux prix.

En revanche, avec cette méthode, la décote est très importante pour la première tranche supérieure au prix le plus bas, puis de plus en plus faible au-delà de cette première tranche (A. Collic, Contrats publics, ACCP 2010, n° 97, p. 52). Ainsi, si cette formule permet de bien discriminer les offres proches du prix minimum, elle tend cependant à avantager les offres les plus élevées.

Ce défaut peut éventuellement être corrigé en élevant à une puissance « n » (par ex. au carré), le prix minimum (Pmin) et le prix noté (P) :

Note = Pondération x $Pmin^2$ / P^2

Cette formule – dite « CROMP » – permet de mieux discriminer les offres élevées. En revanche, elle a tendance à amplifier les écarts entre le prix minimum et les autres offres. Par ailleurs, contrairement à la formule GRAMP, elle ne permet pas de respecter une stricte proportionnalité entre le nombre de points attribué à une offre et son montant en euros.

B. Les formules faisant intervenir la moyenne des offres

Les formules qui font intervenir le prix moyen des offres reçues par un acheteur public permettent de comparer chaque offre à un prix moyen qui est censé refléter le « prix du marché ».

Avec ces formules, l'offre dont le montant correspondrait à la moyenne de l'ensemble des offres doit obtenir une note correspondant à la moitié de la note maximale (par ex. 50/100).

La formule la plus classique est la suivante :

Note = Pondération x Pmoyen / (Pmoyen + P)

Une telle formule présente toutefois un inconvénient : elle ne permet pas d'utiliser l'ensemble de l'échelle de notation retenue et elle ne permet pas forcément de discriminer les différentes offres financières.

Comme pour les formules inversement proportionnelles, ce défaut peut être corrigé par l'élévation à une puissance « n » du prix minimum (Pmin) et du prix noté (P), afin de permettre une discrimination plus nette entre les offres financières :

Note = Pondération x $Pmoyen^2$ / ($Pmoyen^2$ + P^2)

Toutefois, pour que la mise en œuvre d'une formule faisant intervenir la moyenne des offres ait un sens, il est conseillé de la réserver aux marchés pour lesquels l'acheteur peut légitimement attendre la remise d'un nombre relativement important d'offres (M. Jacob, Contrats publics, ACCP 2010, n° 100, p. 154).

C. Les formules linéaires avec valeurs encadrantes

Les formules linéaires sont les seules qui permettent de respecter une stricte proportionnalité entre les écarts de prix et les écarts de notes. Un même écart de prix entre des offres A et B et entre des offres C et D aboutira nécessairement à des mêmes écarts de notes. En revanche, contrairement à la méthode GRAMP, ces méthodes ne permettent pas de respecter un rapport de proportionnalité entre le nombre de points attribué à une offre et son montant en euros. Un écart de X % entre deux prix n'aboutit pas nécessairement à un écart de X % entre les notes attribuées à ces deux prix (M. Jacob, Contrats publics, préc., p. 152).

La mise en œuvre d'une formule linéaire implique de déterminer une échelle de notation. Elle est dite « locale » lorsqu'elle est encadrée par les offres les plus disantes et les moins disantes classées par l'acheteur public :

Note = Pondération x (Pmax - P) / (Pmax - Pmin)

Avec une telle formule, l'offre de prix la plus basse aura nécessairement la note maximum, alors que l'offre de prix la plus élevée aura nécessairement la note de 0. Par ailleurs, la notation des offres va dépendre de l'échelle déterminée par l'écart qui sépare l'offre la plus moins disante et l'offre la moins compétitive. En tout état de cause, dans l'hypothèse où seulement deux offres seraient remises, il y aura nécessairement un risque de disproportion entre les notes attribuées aux deux offres.

Pour corriger ces défauts, certains auteurs proposent d'utiliser des valeurs encadrantes qui soient définies par rapport au prix moyen des offres qui se verrait appliquer un pourcentage défini préalablement en fonction de la connaissance du « prix du marché » par le pouvoir adjudicateur (M. Jacob, Contrats publics, préc., p. 56) :

Note = Pondération x (Pmoyen + 50 % - P) / (Pmoyen - 50 % - P)

Par ailleurs, une alternative à l'utilisation d'une échelle locale est celle de l'utilisation d'une échelle projetée. Les valeurs encadrantes (Pmax et Pmin) sont alors fixées *a priori* par l'acheteur public, et les notes ainsi obtenues sont indépendantes du nombre de réponses obtenues et de leur moyenne.

Une telle formule suppose toutefois une très bonne connaissance des prix du marché par l'acheteur. En effet, les offres qui seraient situées en dessous ou au-dessus des valeurs encadrantes définies *a priori* se verraient attribuer des notes négatives ou des notes supérieures à la pondération du critère prix ; or, une telle pratique est sanctionnée par le juge administratif.

II - L'ENCADREMENT DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA NOTATION DU CRITÈRE PRIX PAR LE JUGE ADMINISTRATIF

A. L'attribution de la meilleure note du critère prix à l'offre la moins disante

Postuler que l'offre financière la moins disante doit obtenir la meilleure note au titre du critère prix peut

sembler une évidence. Pourtant, certains acheteurs publics ont pu estimer approprié de mettre en œuvre des méthodes de notation ayant pour but d'attribuer la meilleure note à l'offre financière jugée la plus pertinente au regard de l'estimation réalisée en amont par les services de l'acheteur.

L'une de ces méthodes est celle du barycentre, méthode qui consiste à déterminer la note du critère prix à partir d'une valeur de référence, puis de construire deux droites d'extrapolation linéaire selon que les offres sont inférieures ou supérieures à cette valeur de référence. La notation s'effectue alors selon la règle suivante : plus une offre s'éloigne, à la hausse ou à la baisse, de la valeur de référence et plus elle sera pénalisée. En revanche, plus l'offre s'approche de la valeur de référence et plus sa note sera élevée (même lorsque cette offre n'est pas la moins disante).

Si certains juges de première instance ont pu valider une telle méthode (TA Grenoble, 6 juill. 2012, n° 1203225, *Société EGIS Conseil*), le Conseil d'Etat a clairement affirmé que « la méthode de notation du critère du prix doit permettre d'attribuer la meilleure note au candidat ayant proposé le prix le plus bas » (CE 29 oct. 2013, n° 370789, *Val d'Oise Habitat*, Lebon ; AJDA 2013. 2183). Ainsi, selon le rapporteur public Bertrand Dacosta, lorsqu'un pouvoir adjudicateur utilise le critère prix, « [...] il ne peut pas s'en servir pour mesurer autre chose que la capacité des candidats à présenter le prix le plus bas ».

L'obligation d'attribuer la meilleure note au titre du critère prix à l'offre dont le prix est le plus bas implique également une attention des acheteurs publics lorsque le marché considéré peut amener les candidats à proposer des structures de prix particulières.

C'est le cas lorsqu'un critère prix contient un sous-critère relatif aux rabais proposés par les candidats. Si l'acheteur ne tient pas compte des tarifs auxquels sont appliqués ces rabais, la notation du critère prix peut conduire à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à l'offre financièrement la plus compétitive (TA Toulouse, ord., 20 mars 2017, n° 1700895, *Société Papeteries Pichon* : en l'espèce, l'un des candidats avait proposé un fort taux de rabais [44 %] à appliquer sur des prix catalogue majorés de 42,5 % par rapport aux prix de base). C'est également le cas lorsqu'une partie des prestations est notée en appliquant une formule ne fonctionnant pas avec un prix égal à zéro euro, alors même que la structure du marché rendait probable la proposition d'un tel prix (CE 19 avr. 2013, *Ville de Marseille*, préc.). Dans cette affaire, relative à l'attribution d'un marché portant sur l'enlèvement de véhicules, les candidats devaient proposer un prix pour l'enlèvement des véhicules (payé par la ville) et un prix de reprise de ces derniers (payé à la ville). Certaines offres prévoyaient un prix égal à zéro euro pour l'enlèvement des véhicules ; or la méthode de notation reposant sur le calcul du quotient entre le montant de l'offre la moins disante et le montant de l'offre notée, elle était inapplicable lorsque des offres égales à zéro euro étaient remises. Le Conseil d'Etat a donc estimé que la méthode de notation retenue ne permettait pas d'attribuer « de manière certaine » la meilleure note à l'offre financièrement la plus avantageuse pour la ville.

Enfin, lorsqu'un marché est composé de multiples prestations ou lots techniques, la méthode de notation doit permettre d'identifier l'offre dont le coût global est effectivement le plus bas. Ainsi, si la note « prix » correspond à la moyenne des notes obtenues pour différents lots techniques d'un marché (la notation de chacun de ces lots techniques constituant un sous-critère), une telle méthode n'est régulière que dans la mesure où ces lots techniques ont une valeur proche. A défaut, cette méthode ne permettrait pas forcément d'identifier l'offre la plus basse (CE 1er juill. 2015, *Société nouvelle d'entreprise générale du sud-ouest*, préc.). Pour apprécier les offres financières remises pour un marché divisé en dix lots techniques, l'acheteur avait procédé à une notation du prix lot par lot, avant de faire la moyenne arithmétique des différentes notes ainsi obtenues pour calculer une note globale (correspondant à la note « prix »). Relevant la « grande disparité des valeurs des différents lots », le Conseil d'Etat estime que cette méthode ne permettait pas forcément d'identifier l'offre la moins chère. De fait, cette méthode ne permettait pas de rendre compte du coût global des offres, les prix les plus bas pour les lots techniques financièrement lourds (donc les prix susceptibles d'économies significatives pour le pouvoir adjudicateur) se voyant accorder la même valeur que les prix les plus bas pour les lots financièrement peu importants (pour une illustration récente : CE 6 avr. 2018, n° 402219, *SNEGSO*).

L'offre financière la moins disante doit obtenir la meilleure note au titre du critère prix

B. Le respect de la pondération des critères et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse

La détermination de la note du critère prix va, souvent, impliquer le recours à une formule mathématique plus ou moins complexe (v. *supra*). Pour simplifier, à grands traits, les acheteurs peuvent mettre en œuvre des formules non linéaires (c'est le cas des formules inversement proportionnelles) ou linéaires.

Comme précisé *supra*, les méthodes linéaires permettent d'aboutir à des écarts de notes toujours proportionnels aux écarts de prix. En revanche, ces méthodes ne permettent pas de respecter un rapport de proportionnalité entre le nombre de points attribué à une offre et son montant en euros (seule la méthode – non linéaire – GRAMP permet de respecter une telle proportionnalité).

Si les méthodes de notation aboutissant à un écart entre les notes « prix » proportionnel aux écarts entre les offres financières n'ont pas vocation à être contestées par les candidats, et ce même si elles conduisent à un écart important entre les offres (CE 11 mars 2013, n° 364827, *Ministre de la défense c/ Société Aeromécanic*, Lebon ; AJDA 2013. 602 ; TA Montreuil, ord., 9 sept. 2013, n° 1308782, *Société ICF environnement*), le juge administratif n'exige pas pour autant que les méthodes de notation du critère prix aboutissent nécessairement à une stricte proportionnalité entre le nombre de points attribués à une offre et son montant (CE 17 juill. 2013, préc. ; TA Orléans, ord., 29 avr. 2010, n° 1001165, *Société France*

Telecom; TA Poitiers, ord., 16 août 2011, n° 11-01666, *Société Terralys*). Pour reprendre les termes du rapporteur public, Gilles Pellissier (concl. sur CE 24 mai 2017, n° 405787, *Ministre de la défense*, Lebon; AJDA 2017. 1146), il est donc admis qu'une méthode de notation ait pour effet de « produire une distorsion des écarts strictement proportionnelle entre les offres » (pour des illustrations: CAA Paris, 5 févr. 2016, n° 14PA00806, *Société Arkos*; TA Rennes, ord., 9 nov. 2011, n° 1103961, *Etablissements Theaud SA*).

Bien entendu, la validité d'une méthode de notation va dépendre des circonstances, c'est-à-dire de la stratégie d'achat du pouvoir adjudicateur, de la structure du marché visé et, surtout, de la pondération attribuée au critère prix. En effet, plus ce critère aura un poids important au sein des critères de choix, et plus l'amplification des écarts de notes sera justifiée (TA Poitiers, ord., 16 août 2011, préc.). A l'inverse, certains juges ont pu censurer une méthode de notation du prix amplifiant les écarts de notes alors que le prix était faiblement pondéré (15 %) (TA Dijon, ord., 23 déc. 2009, n° 0902816, *Département de la Côte d'Or*).

La mise en œuvre d'un critère prix implique que des offres différentes se voient attribuer des notes différentes

Par ailleurs, les notes attribuées au titre du critère prix doivent être calculées à partir des prix proposés par les candidats et non du classement de ces prix (TA Melun, ord., 10 janv. 2008, n° 0709307/2: censure d'une méthode attribuant aux candidats une note de 10, 8, 6, etc. selon le rang de classement du prix proposé sans tenir compte de l'écart réel entre les différents prix).

En tout état de cause, pour reprendre le principe dégagé par le Conseil d'Etat, si 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, « les méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles 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 œuvre 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 » (CE 3 nov. 2014, n° 373362, *Commune de Belleville-sur-Loire*, Lebon; AJDA 2015. 532, note H. Hoepffner). Concrètement, concernant le critère prix, ce principe implique que les méthodes de notation de ce critère ne conduisent pas à une neutralisation d'un critère ou à une remise en cause de la cohérence de la pondération annoncée par l'acheteur public.

1. La méthode de notation du prix ne doit pas conduire à neutraliser un critère de choix des offres

Si la mise en œuvre d'un critère prix implique d'attribuer la meilleure note à l'offre la moins disante, elle implique également que des offres différentes se voient attribuer des notes différentes; un acheteur ne saurait noter le critère prix en appliquant des notes selon des « tranches » de prix (TA Orléans, 27 mai 2008, n° 0704464, *Société Arima Consultants*: en l'espèce, l'acheteur avait pévu d'attribuer 10/10 aux prix inférieurs à 6 500 € HT, 5/10 aux prix compris entre 6 500 € HT et 7 500 € HT, et 2/10 à tous les prix supérieurs à 7 500 € HT. Le tribunal a censuré une telle méthode au motif qu'elle mettait « sur un pied d'égalité » des propositions d'un montant différent).

Par ailleurs, la mise en œuvre du critère prix implique d'établir une réelle hiérarchisation entre les offres financières. Cet impératif s'oppose au recours à des méthodes de notation qui conduiraient à réduire de manière significative les écarts de prix proposés par les différents candidats et, *in fine*, à neutraliser le critère prix – qui ne serait pas discriminant – au profit des autres critères (CE 3 nov. 2014, *Commune de Belleville-sur-Loire*, préc.; CAA Nantes, 21 févr. 2014, n° 12NT00206, *Communauté des communes giennoises*; TA Orléans, 5 avr. 2012, n° 11-4148).

La neutralisation des critères peut également résulter d'une méthode de notation du critère prix qui, au contraire, conduit à une trop forte discrimination entre l'offre la moins disante et les autres offres.

C'est le cas de la méthode qui, fondée sur les écarts par rapport à la proposition la moins chère, aboutit à ce que le candidat ayant remis l'offre la moins chère se voit attribuer la note maximale, alors que tous les autres concurrents se voient attribuer une note de zéro (TA Paris, ord., 14 mai 2010, n° 10-07774, *Société SEGAT*). C'est également le cas de certaines méthodes linéaires qui, en présence de seulement deux offres, conduisent automatiquement à l'attribution de la note maximale à l'offre la moins disante et à une note de zéro pour son offre concurrente (décisions rendues à propos de la formule [Pmax - P] / [Pmax - Pmin]: CE 24 mai 2017, *Ministre de la défense*, préc.; CAA Paris, 8 fév. 2016, n° 15PA02953, *Société RJ45 Technologies*; TA Grenoble, 10 nov. 2009, n° 0904789, *Syndicat départemental d'énergies de la Drôme*). C'est enfin le cas des méthodes qui, quel que soit le nombre d'offres remises, prévoient automatiquement l'attribution de la note maximale à l'offre la moins disante et une note de zéro à l'offre la plus disante sans tenir compte de l'écart réel entre ces offres (TA Melun, ord., 6 mars 2008, n° 0801217/2, *Préfet de Seine-et-Marne*).

En revanche, la méthode de notation qui conduit automatiquement à attribuer la note maximale à l'offre la moins disante n'est pas forcément illégale dès lors qu'elle ne conduit pas à attribuer mécaniquement la note de zéro à l'offre la plus onéreuse, le niveau de la note étant fonction de l'écart de prix existant entre l'offre la moins disante et l'offre considérée (CAA Bordeaux, 14 déc. 2017, n° 15BX01852, *Société Parallèle 45 c/ Région Aquitaine*).

En tout état de cause, le recours à de telles méthodes est d'autant plus incompatible avec la recherche de l'offre économiquement la plus avantageuse lorsque le critère prix est, par ailleurs, doté d'une pondération supérieure à 50 %. En effet, dans les hypothèses décrites ci-dessus, l'offre la moins disante se voit automatiquement attribuer le marché (TA Grenoble, 10 nov. 2009, préc.; TA Paris, ord., 14 mai 2010, préc.).

2. La méthode de notation du prix ne doit pas conduire à une remise en cause de la cohérence de la pondération des critères de choix des offres

La méthode de notation du critère prix ne doit pas remettre en cause la cohérence de la pondération de l'ensemble des critères annoncée dans les documents de la consultation par l'acheteur public.

Cette cohérence peut être remise en cause par l'attribution de notes négatives.

Un tel risque existe lorsqu'un acheteur met en œuvre une formule linéaire dont l'échelle de notation est projetée, c'est-à-dire encadrée par des valeurs qu'il a déterminées *a priori* (par opposition avec un encadrement « local » par les offres extrêmes – v. *supra*).

Or, pour le Conseil d'Etat, l'attribution de notes négatives conduit nécessairement à fausser la pondération des critères de choix des offres puisqu'elles vont se soustraire aux notes obtenues sur les autres critères dans le calcul de la note globale (CE 18 déc. 2012, n° 362532, *Département de la Guadeloupe*, préc.; CE 17 juill. 2013, n° 366864, *Département de la Guadeloupe*).

On précisera que, en tout état de cause, le jeu de la mise en œuvre de la pondération annoncée serait également mis à mal par l'application d'une méthode aboutissant à attribuer à des candidats des notes supérieures à la pondération du critère prix. En fait, quelle que soit la méthode retenue pour la notation d'un critère, un acheteur ne peut attribuer ni une note inférieure à 0 ni une note supérieure à la pondération retenue pour ce critère. En revanche, rappelons que l'acheteur peut prévoir une note éliminatoire (TA Paris, 16 juin 2015, n° 1508617/7, *Société Ansaldo STS France c/ SNCF*).

Enfin, la remise en cause de la cohérence de la pondération annoncée peut également être la conséquence d'une absence de cohérence des méthodes de notation des différents critères (M. Jacob, Contrats publics, préc., n° 97). Elle se matérialisera le plus souvent par une utilisation différente de l'échelle de notation des critères; une méthode de notation du critère prix peut ainsi conduire à ne pas utiliser toute l'échelle de notation (pour une illustration, v., CAA Nantes, 21 févr. 2014, préc.), alors qu'un critère technique sera pour sa part apprécié en utilisant toute l'échelle de notation correspondant à sa pondération.

Dans une telle hypothèse, certains critères ne seront plus discriminants – et *in fine* neutralisés –, les offres n'étant finalement départagées qu'au regard d'une partie des critères (et donc d'une partie seulement de la pondération annoncée).

On voit donc que, dans le cadre de la passation des marchés publics, la mise en œuvre du critère relatif au prix suppose une véritable réflexion en amont. Non seulement l'acheteur public doit être en mesure d'évaluer les implications du recours à telle ou telle formule de notation, mais il doit également être capable d'adapter cette dernière à l'état du marché, c'est-à-dire au nombre d'opérateurs économiques susceptibles d'être intéressés par le contrat. A défaut, le recours à une formule mathématique inadaptée risque de remettre en cause la pondération annoncée aux candidats et/ou de ne pas permettre d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, et *in fine* de vicier la procédure de passation.