

Jugement du 19 novembre 2015 - 3^è ch

Aff 1301855

SELARL CARBONNIER LAMAZE RASLE ET ASSOCIES

Marché public de la défense - la question de la note éliminatoire

Un pouvoir adjudicateur peut-il prévoir, lors de l'analyse des offres, qu'une note très faible sur l'un des critères sera éliminatoire ?

CONCLUSIONS DU RAPPORTEUR PUBLIC

Vous êtes ici saisi d'un recours en contestation de la validité du contrat (recours Tropic) contre un MP relevant de la 3^{ème} partie du CMP applicable aux marchés de défense ou de sécurité.

Par un avis d'appel public à la concurrence, publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics le 15 mai 2012, la direction générale de l'armement du ministère de la défense a engagé, en application de la 3^{ème} partie du CMP, une procédure d'attribution d'un marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage juridique et financière pour la passation et/ou le suivi d'exécution de contrats de partenariat. Ce marché était constitué de 4 lots. La SELARL Carbonnier Lamaze Rasle & associés a candidaté au lot n°3, mais a appris par un courriel en date du 17 janvier 2013 que son offre avait été rejetée au profit de l'offre de la SELARL Latournerie, Wolfrom & associés, désignée attributaire. Outre l'annulation du marché litigieux (lot 3) la société requérante vous demande de condamner l'Etat à l'indemniser des préjudices subis et résultant de son éviction.

Vous pourrez liminairement vous interroger sur la recevabilité de la requête dès lors que la décision contestée, ici le contrat, c'ad l'acte d'engagement matérialisant l'accord de volonté des parties, n'a pas été produit par la requérante. Observons que le ministre ne manque pas de soulever une FNR sur ce point. Or il nous semble qu'elle était soumise à cette obligation imposée par l'art R 412-1 du CJA et ce pour au moins 2 raisons :

- d'une part, l'arrêt Tropic travaux signalisation (CE ass 16 juillet 2007 291545 au rec p.360) assimile le contrat attaqué à une décision. Dans cet arrêt le CE admet la recevabilité de la demande de suspension de l'exécution du contrat dans le cadre du mécanisme du référé suspension prévu à l'article L521-1 du CJA. Or ce mécanisme ne vise que des décisions administratives. On voit mal alors pourquoi le contrat, puisqu'il s'agit bien d'une décision, ne devrait pas être produit.
- seconde raison : la recevabilité d'un recours en contestation de la validité du contrat est expressément conditionnée par la signature de ce dernier : selon les termes mêmes de l'arrêt Tropic, à partir de la conclusion du contrat, et dès lors qu'il

dispose du recours en contestation de la validité du contrat, le concurrent évincé n'est plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables (nous ne sommes pas encore dans le cadre fixé par la JP Tarn-et-Garonne). Mais encore faut-il que ce contrat soit produit devant vous afin que vous puissiez vérifier qu'il a bien été signé et que le recours en contestation de sa validité est bien recevable.

Ainsi, les dispositions de l'article R.412-1 du CJA s'appliquent bien à un recours Tropic, le requérant a donc l'obligation de produire devant vous le contrat dont la validité est contestée, ce qu'ont d'ailleurs pu juger des CAA : CAA Lyon 4 avril 2013 12LY02973 en C+ et CAA Nantes 8 février 2013 11NT02786 également en C+. Rappelons que nul n'étant tenu à l'impossible, vous admettez la recevabilité d'un tel recours lorsque le requérant justifie de son impossibilité d'avoir eu accès aux documents contractuels, lesquels sont pourtant communicables au sens de la loi du 17 juillet 1978 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs dès lors que le contrat est signé. Cette réserve est d'ailleurs expressément prévue par l'article R.412-1 du CJA. Mais la requérante ne justifie pas davantage avoir réclamé en vain la communication de ce contrat.

Vous pourrez néanmoins rejeter la requête sans qu'il vous soit besoin de statuer sur sa recevabilité.

Rappelons que dans un recours en contestation de la validité du contrat, introduit par un candidat évincé sous l'empire de la JP Tropic (CE 16 juillet 2007 Sté Tropic travaux signalisation 291545 au Rec) et non encore sous celui de la JP Tarn et Garonne (CE 4 avril 2014 Dépt du Tarn et Garonne 358994 au Rec), le concurrent évincé peut invoquer tout moyen.

Abordons les moyens soulevés.

En premier lieu, la société requérante soutient que le ministre ne pouvait pas recourir à la procédure de passation prévue aux articles 176 et suivants du code des marchés publics qui sont seulement applicables aux marchés de sécurité et de défense. Or ne relevant pas du champ de cette 3ème partie du CMP, le marché litigieux aurait dû être soumis à la première partie du code.

Les dispositions de la 3ème partie du CMP s'appliquent aux marchés de défense ou de sécurité définis à l'article 179 et répondant à l'un des 5 objets définis par cet article. Il s'agit on s'en doute, des marchés visant à la fourniture d'équipements destinés à être utilisés comme armes, munitions ou matériels de guerre, de matériels de sécurité, de marchés portant sur des travaux, fournitures ou services liés à ces équipements ou encore de travaux ou services destinés à la sécurité.

Quel était l'objet du lot litigieux ? il s'agit d'apporter une assistance à maîtrise d'ouvrage juridique et financière, donc une prestation de services, pour la passation et l'exécution de 2 contrats de partenariats. Le 1er de ces contrats porte sur la conception, le déploiement, la gestion de réseaux de télécommunications internet sécurisés pour l'armée de l'air : il s'agit donc de services ayant des fins spécifiquement militaires ou liées à la sécurité (4°). Le 2nd contrat vise quant à lui à acheter des heures de vols d'hélicoptères sans équipage et ayant une configuration militaire puisque dotés de radars et équipements radio militaires. Là encore il s'agit de services ayant des fins spécifiquement militaires.

Ainsi le marché litigieux répondait bien aux conditions fixées par l'article 179 du CMP et pouvait être conclu après mise en oeuvre des procédures prévues à la 3ème partie du CMP. Le moyen pourra donc être écarté.

Le moyen suivant est quant à lui inopérant. En effet la sté requérante invoque les stipulations de l'article 346 du TFUE lesquelles donnent effectivement lieu à une interprétation très restrictive. Mais le ministre n'a nullement fait usage de ces stipulations qui prévoient un régime très dérogatoire permettant aux Etats de se soustraire aux règles communautaires dans le commerce d'armes et matériels de guerre. N'ayant pas fait usage de ce dispositif puisqu'ayant eu recours à la 3ème partie du CMP, le moyen ne peut être utilement soulevé devant vous.

Troisième moyen soulevé : le défaut d'allotissement. Selon la requérante le marché litigieux aurait du faire l'objet de 2 lots séparés. Rappelons que le marché constitue déjà un lot d'un marché divisé en 4 lots. Vous n'aurez pas ici à mettre en oeuvre votre contrôle différencié en matière d'allotissement, contrôle normal sur la décision de ne pas allotir, contrôle limité à l'EMA sur la consistance des lots, car les marchés de la défense ne sont pas soumis à l'article 10 du CMP (1ère partie du CMP) qui fixe le principe du recours à l'allotissement. En effet c'est ici l'article 189 qui s'applique en vertu duquel La personne soumise à la 3ème partie choisit librement entre le marché global et l'allotissement. Le moyen nous paraît donc également inopérant.

Nous en arrivons à un 4ème moyen, assez délicat car nouveau, par lequel la requérante conteste l'usage des notes éliminatoires lors de la notation des offres des candidats. le moyen est tout aussi novateur que le recours à ce mécanisme de notation. De quoi s'agissait-il ?

Lors de la consultation litigieuse, la DGA a décidé que les candidats n'ayant pas obtenu la note moyenne de 5/10 pour le critère technique seraient éliminés et ne recevraient pas de note globale (article 14.3 du règlement de consultation). La société requérante ayant obtenu sur ce critère technique une note de 3,4/10, son offre s'en est trouvée éliminée et donc non classée. C'est l'usage d'une telle note éliminatoire qui serait irrégulier selon la société évincée.

Le CMP est silencieux sur ce point, ainsi que les directives UE. Une réponse ministérielle à une question écrite n° 21278 publiée au JO du Sénat Q 1er mars 2007, p. 457 en admet le principe. A notre connaissance le CE ne s'est pas encore prononcé sur ce point, pas plus que des CAA. Nous avons identifié une vingtaine d'ordonnances rendues sur référé précontractuel portant sur le mécanisme de la note éliminatoire et le validant. Le TA de Versailles (formation collégiale) s'est également prononcé par un jugement en date du 3 octobre 2013 110835 Sté Cardem. Le TA a alors jugé "qu'aucun texte, ni aucun principe n'interdit au pouvoir adjudicateur de prévoir l'attribution d'une note éliminatoire" mais dans cette affaire ce mécanisme était validé puisque conduisant à l'élimination des offres inacceptables comme dépassant le budget alloué, ce qui peut toujours être le cas (art 35 sur les offres irrégulières ou inacceptables) même sans recourir à des offres éliminatoires.

Alors que décider ? Passons brièvement en revue la JP relative à la notation des offres et plus généralement aux principes fondamentaux de la commande publique :

- la JP condamne en premier lieu l'attribution de notes négatives : CE 18 déc 2012 Départ de la Guadeloupe 362532 : en effet une telle note, en se soustrayant aux notes obtenues sur les autres critères dans le calcul de la note globale, serait susceptible de fausser la pondération relative des critères initialement définie et communiquée aux candidats : c'est donc le manquement au principe de transparence qui est ici censuré. Sauf qu'ici la pondération entre les critères n'a pas été altérée et surtout les candidats avaient été informés de ce mécanisme

- une méthode de notation aboutissant à neutraliser un critère est illégale : CE 3 novembre 2014 Cne de Belleville-sur-Loire 373362 au Rec : ici le système de notation retenu, et bien que porté à la connaissance des candidats était susceptible 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.

- la notation ne doit pas avoir pour effet de ne pas attribuer la meilleure note à la meilleure offre sur le critère considéré (ex pour le prix : CE 29 octobre 2013 370789 OPH Val d'Oise Habitat) : tel n'est pas le cas ici

- le pouvoir adjudicateur peut choisir une méthode de notation qui, s'agissant de l'évaluation au titre d'un critère, permet une différenciation des notes attribuées aux candidats, notamment par l'attribution automatique de la note maximale au candidat ayant présenté la meilleure offre (CE 15 févr. 2013, sté SFR, n° 363854, n° 363855 aux T), ici nous serions plutôt dans une situation inverse.

Fort logiquement il nous semble que le mécanisme de note éliminatoire, doit selon nous avoir été porté à la connaissance des candidats dès le lancement de la consultation afin de respecter le principe de transparence : voir par ex : CE 18 juin 2010 Cne de Saint Paul de Mons s'agissant de la communication des sous-critères également CE 6 décembre 2013 Départ Corse du Sud 370901 aux T; voir encore CE 10 avril 2015 CCI d'Ajaccio et Corse du sud 387128 à propos de l'obligation faite au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères de sélection des candidatures ; et pour une illustration récente de ce principe de transparence s'agissant du recours à la négociation dans les MAPA : CE 18 septembre 2015 Sté Axxcess 380821 aux T. En effet, si de JP constante la méthode de notation n'a pas à être communiquée (CE, 31 mars 2010, Collectivité territoriale de la Corse, 334279 ; CE, 2 août 2011, Syndicat mixte de la vallée de l'Orge aval, 348711), il nous semble que nous sommes ici au-delà : il ne s'agit pas ici de savoir comment attribuer une note chiffrée à une offre au regard de chaque critère, mais plutôt des conséquences à tirer de la note obtenue sur la notation finale. Mais ici, nous l'avons dit, le RC exposait ce mécanisme

- ce dispositif de note éliminatoire doit permettre un jugement objectif et non discriminatoire des offres et ne doit pas accorder un pouvoir inconditionnel au pouvoir adjudicateur : vous aurez reconnu les considérants des JP CE 21 mai 2010 Cne d'Ajaccio et CE 28 avril 2006 Cne de Toulouse aux T 280197. Cependant il ne ressort pas de l'instruction que le pouvoir adjudicateur se serait accordé un tel pouvoir inconditionnel, même si le seuil de l'élimination paraît notablement élevé...

Finalement, il nous semble que la note éliminatoire se situe quelque part entre le critère de sélection des offres et l'appréciation des offres irrégulières, irrecevables ou inappropriées, que son usage n'est pas inutile, et n'est en tout cas pas irrégulier par principe.

En effet, que peut faire l'acheteur public en présence d'une offre présentant un niveau de prestation proposé très en-deçà des exigences attendues ? Il peut certes la déclarer irrégulière, irrecevable ou inacceptable (cf art 35 et 53 CMP) par ex si elle ne respecte pas le DCE, lequel est obligatoire dans toutes ses mentions CE 23 novembre 2005 Sté Axialogic 267494 aux T...mais si tel n'est pas non plus exactement le cas ? Que faire d'une offre qui se situerait "au-dessus" du niveau de l'irrégularité ou d'un caractère inacceptable ou inapproprié (auquel cas le problème serait réglé...) mais "en-dessous" d'un standard qualitatif attendu qu'il n'est pas toujours facile de décrire dans un DCE ni de traduire dans les critères de notation ? Que faire d'une offre qui ne méconnaîtrait pas "frontalement" le DCE ou qui ne répondrait que partiellement au besoin exprimé ? Elle ne serait pas nécessairement non classée pour être irrégulière, irrecevable ou inacceptable...et si cette offre a obtenu un maximum de points sur les autres critères, le risque pour le pouvoir adjudicateur serait alors d'être contraint de la classer attributaire, "offre

économiquement la plus avantageuse", ou de déclarer la consultation sans suite...et de perdre de précieuses semaines à en relancer une nouvelle.

Certes, on objectera qu'il est loisible au pouvoir adjudicateur, par le mécanisme de la pondération, de valoriser plus ou moins un ou des critères, afin d'éviter un tel scénario (il lui suffirait par ex de faiblement pondérer un critère non prioritaire) : mais comment pondérer lorsque les critères retenus paraissent tous d'importance égale ? et comment se satisfaire de retenir une offre insatisfaisante sur un critère même faiblement noté ?

Le mécanisme de la note éliminatoire pourrait être une solution : ainsi le pouvoir adjudicateur pourrait écarter, "éliminer", des offres qui bien que non irrégulières inacceptables ou irrecevables au sens du CMP, seraient pour autant insatisfaisantes pour ne pas répondre à un standard minimum correspondant à la satisfaction du besoin attendu. Mais comme nous l'avons évoqué et au regard des principes fondamentaux de la commande publique et de la JP du CE, il nous que certaines règles devraient alors être respectées : une transparence du mécanisme, qui devra être porté à la connaissance des candidats dès le lancement de la consultation, et ces derniers devront être informés de ce que leur offre a reçu une note éliminatoire, une égalité de traitement entre les candidats dans l'application de ce dispositif, et enfin absence de pouvoir discrétionnaire et subjectif de l'acheteur public, les notes éliminatoires devant être proportionnées et attribuées en fonction de l'objet du marché.

Ainsi, selon ce dispositif, les offres sont notées et classées pour autant qu'elles respectent un standard minimum, faute de quoi elles sont éliminées.

En l'espèce, vous pourriez certes vous interroger sur le seuil d'élimination, le standard minimum, qui est ici élevé (élimination des offres ayant une note inférieure à 5/10 sur le critère technique). Pour autant nous ne voyons pas quel principe fondamental de la commande publique aurait été méconnu ici. Nous vous inviterons donc à écarter le moyen.

Nous en arrivons ensuite à l'EMA qu'aurait commis la DGA dans l'analyse des offres.

Rappelons que vous contrôlez l'analyse et le classement des offres opéré par le pouvoir adjudicateur et vous regardez si son choix de l'offre attributaire (offre économiquement la plus avantageuse) n'est pas entaché d'une erreur manifeste d'appréciation. Ce niveau de contrôle ressort d'une JP constante, qu'elle soit européenne (le TPICE évoque un contrôle limité « à vérifier l'absence d'erreur grave et manifeste » après avoir rappelé que la commission disposait d'un pouvoir d'appréciation important lors de la passation d'un MP : TPICE 8 mai 1996 aff T19-95 Adia Interil SA c/ commission) ou nationale (par ex : CE 27 juillet 1984, Société

Biro 44919 au Rec d'ailleurs cité en défense ; CE 8 février 2010 Commune de la Rochelle 314075 également au recueil). Dans ses conclusions sous ce dernier arrêt, B Dacosta rappelle que le JA reconnaît en effet à la commission d'appel d'offres un « large pouvoir d'appréciation ».

Rappelons que le règlement de consultation pondérait le critère technique à 70% et correspondait à la présentation de « tous les éléments permettant de justifier les solutions organisationnelles proposées ». Cette présentation devait comprendre, une note méthodologique comportant la description détaillée et argumentée des moyens mis en œuvre pour chacune des activités demandées, la méthodologie développée pour répondre aux besoins de conseil et d'assistance juridique, une version préliminaire du plan de management et d'assurance qualité et plan d'actions associé pour chaque risque identifié et le détail, le cas échéant, des tâches supplémentaires proposées. Une note de synthèse de reformulation de la problématique et du besoin devait également être fournie, enfin, une note de présentation de l'équipe énumérant les principaux intervenants, leurs qualités et leurs expériences était également notée. Ces 3 sous-critères ont été pondérés.

En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a attribué à la requérante une note de 3/10 à la note méthodologique, 3/10 à la note de synthèse et 4/10 à la note de présentation de l'équipe, soit une note technique moyenne de 3,4/10.

Selon la société requérante, la DGA n'aurait pas pris en compte au titre de la note méthodologique un certain nombre d'éléments figurant dans son offre et portant sur « l'intérêt et à la nécessité d'une collaboration avec les services du ministère et notamment la direction des affaires juridiques », aux « échanges avec l'équipe chargée du suivi financier du contrat de partenariat » et aux « retours d'expérience ». Cependant ces éléments ont bien été évalués le pouvoir adjudicateur ayant relevé que le candidat évincé avait « décrit la méthodologie tâche par tâche dans les grandes lignes sans donner de justification pertinente ou d'illustration, au travers, par exemple, de retours d'expérience ». Au titre de la note de synthèse, la société requérante soutient que le document qu'elle a présenté était complet et méritait l'attribution d'une meilleure note, cependant il apparaît qu'aucune analyse particulière n'y était retracée et que le cabinet d'avocat y était présenté d'une manière générale sans adaptation au contexte du marché en cause.

Au vu de ces éléments et de l'écart de note conséquent entre la Sté requérante et l'attributaire, il ne nous semble pas que la DGA aurait commis une EMA dans l'analyse de l'offre présentée par la société requérante.

Si vous nous suivez pour rejeter les conclusions en annulation, vous rejetterez par voie de conséquence les conclusions indemnitaires dont vous êtes saisis.

PCMNC

Rejet de la requête

Rejet des conclusions en défense sur L761-1 CJA