



Attribuer une note technique éliminatoire n'est pas illégal sous certaines conditions

TA Versailles, Ord.21 septembre 2020, Sté Atelier Jean-Baptiste Chapuis, n°2005666

Le juge du référé précontractuel du Tribunal administratif de Versailles rappelle qu'aucun texte, ni aucun principe n'interdit à un acheteur public de prévoir l'attribution d'une note technique éliminatoire dès lors que cette information a été portée à la connaissance de l'ensemble des candidats. Cela étant, en cas de contentieux, le niveau d'élimination peut faire l'objet d'un contrôle de la part du juge qui tiendra alors compte de la spécificité des prestations.

Ce qu'il faut retenir :

Point n°1 : La consécration jurisprudentielle du mécanisme de la note éliminatoire

Le Code de la commande publique ne contient aucune disposition concernant la possibilité d'attribuer une note technique éliminatoire. Ce mécanisme a été validé tant par la jurisprudence administrative et communautaire sous certaines conditions.

Dans un arrêt du 20 septembre 2018, Montte SL/ Musikene, Affaire C-546/16, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré que le mécanisme de la note éliminatoire pour noter le critère de la valeur technique est conforme aux objectifs des directives marchés publics et notamment aux principes de transparence des procédures, de non-discrimination et d'égalité de traitement des candidats (point 31) et de préciser au point 32 que: *«les pouvoirs adjudicateurs disposent, dans le respect des exigences énoncées au point précédent du présent arrêt, de la liberté de déterminer, conformément à leurs besoins, notamment, le niveau de qualité technique que les offres soumises doivent assurer en fonction des caractéristiques et de l'objet du marché en cause et d'établir un seuil minimal que ces offres doivent respecter d'un point de vue technique. À cet effet, ainsi que l'a fait valoir la Commission dans ses observations écrites, l'article 67 de la directive 2014/24 ne s'oppose pas à la possibilité, au stade de l'attribution du marché, d'exclure dans un premier temps des offres soumises qui n'atteignent pas un seuil de points minimum prédéterminé quant à l'évaluation technique. À cet égard, il apparaît qu'une offre qui n'atteint pas un tel seuil ne correspond, en principe, pas aux besoins du pouvoir adjudicateur et ne doit pas être prise en compte lors de la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse. Le pouvoir adjudicateur n'est donc, dans un tel cas, pas tenu de déterminer si le prix d'une telle offre est inférieur à ceux des offres non éliminées qui atteignent ledit seuil et correspondent donc aux besoins du pouvoir adjudicateur ».*

La Cour de justice de l'Union européenne considère ainsi que les offres qui sont éliminées au stade de l'évaluation technique n'ont pas à être notée au regard du critère du prix : *« les offres soumises qui n'atteignent pas un seuil de points minimum prédéterminé au terme de cette évaluation sont exclues de l'évaluation ultérieure fondée tant sur des critères techniques que sur le prix ».* Le grief tiré de la neutralisation du critère du prix devient donc inopérant au regard tant de la réglementation des marchés publics issues des nouvelles directives marchés publics que de la jurisprudence communautaire.

En page 5/14 de sa fiche consacrée à l'examen des offres, la DAJ rappelle désormais que les acheteurs publics sont libres de recourir au mécanisme de la note éliminatoire pour le critère de la valeur technique à la seule condition que cette information ait été préalablement portée à la connaissance des candidats afin justement de respecter les principes de transparence des procédures et

d'égalité entre les candidats.

Le juge du référé précontractuel du Tribunal administratif de Versailles reprend à son compte cette jurisprudence en considérant qu'aucun texte, ni aucun principe n'interdit à un acheteur public de prévoir l'attribution d'une note éliminatoire dès lors que cette information a bien été portée à la connaissance de l'ensemble des candidats

Point n°2 : Le contrôle du juge sur le niveau de la note éliminatoire

Dans son arrêt du 20 septembre 2018, Montte SL/ Musikene, Affaire C-546/16, la Cour de justice de l'Union européenne considère également que les acheteurs publics disposent de « *la liberté de déterminer, conformément à leurs besoins, notamment, le niveau de qualité technique que les offres soumises doivent assurer en fonction des caractéristiques et de l'objet du marché en cause et d'établir un seuil minimal que ces offres doivent respecter d'un point de vue technique* ». Cela étant, dans ses conclusions sur cette affaire, l'avocat général a pris soin de noter que la requérante s'était abstenue de contester « *la proportionnalité des attentes du pouvoir adjudicateur qui ont abouti à la fixation du seuil de 35 points à l'étape technique* » (point 55 des conclusions).

Ainsi, en cas de contentieux, le choix du niveau d'élimination ou, pour le dire autrement, l'importance de la note technique éliminatoire, peut faire l'objet d'un contrôle de la part du juge sur le fondement de l'erreur manifeste d'appréciation. Il s'agit alors pour le juge d'opérer une sorte de contrôle de proportionnalité entre le nombre de points accordées à la note éliminatoire et de vérifier si le niveau retenu n'est pas manifestement disproportionné compte tenu de la spécificité des prestations.

C'est ce qu'à rappelé le juge du référé précontractuel du Tribunal administratif de Paris dans une ordonnance du 16 juin 2015, Sté Ansaldo STS France, n°15617 : « *Considérant qu'aucun texte, ni aucun principe n'interdit à une entité adjudicatrice de prévoir l'attribution d'une note éliminatoire, dès lors que cette information a été portée, comme en l'espèce, à la connaissance de l'ensemble des candidats ; que, par ailleurs, en prévoyant qu'une offre pouvait être éliminée en cas de notation inférieure à 10/20 au titre du sous-critère de la performance du critère technique, correspondant à la capacité du candidat à respecter les exigences de performance « macro » en situation d'exploitation contrainte, notamment pour vérification de la puissance de calcul des équipements, à établir une ébauche de plan de management de la performance, à répondre aux exigences de performance technique déterminée par la lettre de consultation et à justifier, par une études de deux cas pratiques, de l'aptitude à analyser et suivre les performances du système ferroviaire, la SNCF et SNCF Réseau n'ont pas attribué à ce sous-critère une importance disproportionnée à l'objet du marché de fourniture d'un nouveau système d'exploitation des trains à déployer dans le cadre du prolongement de la ligne RER E* ».

Et de manière encore plus claire le juge du référé précontractuel du Tribunal administratif de Versailles dans son ordonnance du 21 septembre 2020 : « *Si la société requérante fait valoir qu'une telle méthode de notation des offres a des conséquences disproportionnées [...] ce niveau d'élimination est clairement en rapport avec l'objet du marché et vise à garantir l'aptitude des prestations à satisfaire la fonction qui leur est assignée, dans les conditions particulières prévues par les documents de la consultation eu égard aux contraintes architecturales et historiques à respecter et à l'objet des prestations qui concerne un des plus grands trésors du patrimoine français* ».

Tout est donc affaire d'appréciation d'un juste équilibre entre le niveau d'élimination du critère de la valeur technique et la technicité des prestations attendues par l'acheteur public. Compte tenu de la motivation retenue par le juge dans cette affaire, il est permis de considérer que la solution n'aurait pas été la même face à des prestations de services ne présentant aucune particularité ou complexité technique.

TA Versailles, Ord.21 septembre 2020, Sté Atelier Jean-Baptiste Chapuis, n°2005666

Considérant ce qui suit :

7. Aucun texte ni aucun principe n'interdit à l'acheteur de prévoir l'attribution d'une note éliminatoire dès lors que cette information a été portée à la connaissance de l'ensemble des candidats. En l'espèce, il résulte de l'instruction que les offres des entreprises soumissionnaires devaient être appréciées à l'aune des deux critères définis à l'article 5.2 du règlement de la consultation litigieuse, à savoir d'une part, le prix des prestations, pondéré à 30 %, d'autre part, la valeur technique des offres, pondérée à 70 %, apprécié suivant trois sous-critères techniques, eux-mêmes affectés d'une pondération. Le même article prévoit également l'élimination de toute offre obtenant une note inférieure à 35/70 pour la valeur technique.
8. D'une part, si la société requérante fait valoir qu'une telle méthode de notation des offres a des conséquences disproportionnées, dès lors qu'elle peut avoir pour effet de priver l'offre économiquement la plus avantageuse de toute possibilité d'obtenir le marché et qu'elle aboutit à neutraliser la pondération du critère prix, l'objet d'une telle méthode est, précisément, d'éliminer les offres non conformes sans procéder alors à leur classement par application des autres critères et sous-critères de notation.
9. D'autre part, ce niveau d'élimination est clairement en rapport avec l'objet du marché et vise à garantir l'aptitude des

prestations à satisfaire la fonction qui leur est assignée, dans les conditions particulières prévues par les documents de la consultation eu égard aux contraintes architecturales et historiques à respecter et à l'objet des prestations qui concerne un des plus grands trésors du patrimoine français.

[.....]

11. Ainsi, et contrairement à ce que soutient la requérante, le moyen tiré de l'irrégularité du mécanisme de note éliminatoire ne peut qu'être écarté et l'acheteur public ne peut pas être regardé comme ayant manqué à ses obligations de transparence ou de respect du principe d'égalité.