



HAL
open science

**Les conditions de notation du critère du prix dans les
marchés publics : CE, 29 octobre 2013, Val d'Oise
Habitat, req. n°370789**

Catherine Prebissy-Schnall

► **To cite this version:**

Catherine Prebissy-Schnall. Les conditions de notation du critère du prix dans les marchés publics : CE, 29 octobre 2013, Val d'Oise Habitat, req. n°370789. Contrats Concurrence Consommation, 2014, 17. hal-01812384

HAL Id: hal-01812384

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01812384>

Submitted on 30 Aug 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« Les conditions de notation du critère du prix dans les marchés publics : CE, 29 octobre 2013, Val d'Oise Habitat, req. n° 370789 », *Contrats Concurrence Consommation*, n°17, janvier 2014.

Catherine Prebissy-Schnall

Si l'offre n'est pas considérée comme anormalement basse, 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, req. n° 370789](#) , Val d'Oise Habitat

Note :

Sur le fondement de l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics, l'office public Val d'Oise Habitat a engagé, le 31 janvier 2013, une procédure adaptée de passation de deux lots d'un marché de travaux ayant pour objet la réhabilitation d'une résidence à Cergy-Saint-Christophe. Pour procéder au classement des offres, la méthode de notation retenue concernant le critère du prix était liée à l'estimation du marché : l'offre la plus proche obtenait la note maximale et celle la plus éloignée recevait la plus mauvaise note. Ayant présenté le prix le plus éloigné du coût estimé de la prestation, la société ESTB s'est ainsi vue attribuer la note la plus faible tandis que la note maximale a été donnée à la société déclarée attributaire du marché, alors même que sa proposition de prix était supérieure à celle de la société ESTB. Contestant cette méthode de notation, la société ESTB a saisi le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Cergy-Pontoise en application de l'[article L.551-1 du Code de justice administrative](#). Par une ordonnance n° 1304711 du 12 juillet 2013, ce dernier a annulé, à compter de l'examen des offres, la procédure de passation engagée en vue de l'attribution du lot n° 2A, intitulé « façades ». Saisie par l'entité adjudicatrice, le Conseil d'État confirme l'approche retenue par le juge des référés en rappelant d'une part que « la méthode de notation des offres ne peut être utilement contestée devant le juge du référé précontractuel qu'en cas d'erreur de droit ou de discrimination illégale » ; d'autre part 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 » ; enfin qu'en « relevant que, compte tenu du prix global et des prix unitaires ainsi que des volumes des prestations proposés par la société ESTB, son offre ne pouvait, sans erreur manifeste d'appréciation, être regardée comme anormalement basse et susceptible de compromettre la bonne exécution du marché, (le juge des référés) a porté sur les faits de l'espèce une appréciation souveraine qui, dès lors qu'elle est exempte de dénaturation, ne saurait être discutée devant le juge de cassation » ([CE, 1er mars 2012, req. n° 354159, Dépt de la Corse du Sud](#). – [CE, 23 janv. 2003, req.n° 208096, Dépt d'Ille-et-Vilaine](#)). La solution dégagée par le Conseil d'État interroge dans la mesure où il estime que la notation du prix n'a pas à prendre en compte la cohérence du prix par rapport au coût estimé de la prestation par l'entité adjudicatrice (**I**). Or cette question de cohérence du prix est au centre de la problématique de la détection des offres anormalement basse (**II**).

I. – Conditions de mise en œuvre de la méthode de notation du prix

Il est désormais assez fréquent que le juge soit appelé à opérer un contrôle de la régularité de la méthode de notation choisie par le pouvoir adjudicateur. Dans une décision rendue par la

cour administrative d'appel de Nantes le 19 septembre 2013, le juge d'appel a estimé que la formule de notation choisie était irrégulière compte tenu de ses effets. En l'espèce, le règlement de la consultation prévoyait pour l'ensemble des lots que les offres de prix (P) seraient notées au prorata de leur valeur relative par rapport à l'offre de prix la plus basse (P0) selon la formule mathématique suivante : $N_p = 40/12 \times (7 - P/P_0)$ et que la valeur technique résulterait de l'addition des notes attribuées pour chacun des sous-critères. Selon la Cour, « la méthode d'appréciation du prix ainsi définie avait pour effet de réduire de manière importante la portée du critère du prix dans l'appréciation globale des offres, dès lors que les écarts entre les prix étaient pour une grande part neutralisés, et de conférer aux deux autres critères, et en particulier au critère technique, une portée supérieure à la proportion de respectivement 50 % et 40 % retenus pour son appréciation ; que, par application de ces critères, la société Milan Paysages s'est vu attribuer les quatre lots alors qu'en ce qui concerne le lot n° 1 notamment l'offre de l'association Altea reposait sur un prix inférieur de moitié à celui proposé par elle ; qu'en retenant une telle méthode d'appréciation des offres la commune doit, ainsi, être regardée comme ayant, pour les quatre lots en litige, méconnu les règles de la concurrence et le principe d'égalité entre les candidats, alors même que l'application de cette méthode a pu rester sans influence sur l'attribution de certains des lots en cause ([CAA Nantes, 19 sept. 2013, req. n° 12NT01553, Cne de Belleville-sur-Loire](#). – V. également pour d'autres exemples de méthodes d'analyse du prix déclarées illégales : [CE, 19 avr. 2013, ville de Marseille, req. n° 365340](#). – [CE, 18 déc. 2012, req. n° 362532, dpt de la Guadeloupe](#)). Au contraire, dans un arrêt du 15 février 2013, il estime que « contrairement à ce que soutient la société SFR, le département de l'Allier pouvait, sans méconnaître le principe d'égalité entre les candidats ni les obligations de publicité et de mise en concurrence, choisir une méthode de notation qui, s'agissant de l'évaluation du critère technique, permettait 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, req. n° 363854](#). – Pour d'autres exemples de régularité de la formule de notation du prix : [TA Montreuil, ord., 9 sept. 2013, req. n° 1308782, Sté ICF Environnement](#). – [CE, 11 avr. 2012, req. n° 35465, Synd. Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres](#). – [CE, 21 mai 2010, req. n° 333737, Cne d'Ajaccio](#)).

Le juge détermine donc au cas par cas si les effets de la méthode de notation du prix conduisent ou non à une censure. Dans notre affaire, le Conseil d'État estime que l'offre la moins-disante doit obtenir la meilleure note sur le critère du prix. *A contrario*, l'offre la plus éloignée de l'estimation du coût de la prestation par l'office d'habitat reçoit la note la plus faible. Il estime donc tout à fait acceptable qu'aucun élément qualitatif ne soit ici intégré dans la formule de notation. Or, le contrôle doit également porter sur le degré de pertinence de l'offre et la détection des offres anormalement basses (OAB). Mais le Conseil d'État estime qu'il s'agit là d'une étape différente qui relève spécifiquement du mécanisme de détection des OAB.

II. – Analyse du prix et OAB

Cette difficulté de l'analyse de la méthode de la notation du prix est accentuée par l'obligation qui pèse sur les acheteurs publics de traquer les offres anormalement basses. En effet, [l'article 26 du décret du 30 décembre 2005](#) qui s'applique aux acheteurs ne relevant pas du Code des marchés publics, tout comme [l'article 55 du Code des marchés publics](#), oblige l'acheteur à détecter les offres des candidats présentant un caractère anormalement bas et de les éliminer, sous réserve du respect d'une procédure contradictoire avec le candidat en cause. En effet, il incombe à l'acheteur public qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de

solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé sans être tenu de lui poser des questions spécifiques ([CE, 29 oct. 2013, Dépt Gard, req. n° 371233](#)). Même s'il demeure un outil précieux d'appréciation du caractère anormalement bas d'une offre, un prix faible ne peut être considéré, à lui seul, comme une preuve de l'insuffisance technique ou financière de l'offre présentée par une entreprise. Tout comme pour la démonstration de la prédation d'une entreprise ([C. com., art. L. 420-2](#)), le Conseil d'État exige que la réalité économique et financière du prix soit démontrée en recherchant si le prix en cause n'est pas en lui-même manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché ([CE, 29 mai 2013, req. n° 366606, Ministre de l'Intérieur c/ Sté Artéis](#)). Par exemple, concernant un marché de transports de voyageurs, le Conseil d'État a récemment estimé qu'était recevable la justification du caractère viable et compétitif d'une offre justifiée par une politique de diversification de l'activité du candidat sur certains territoires, ainsi qu'une réduction de ses taux de marges et l'optimisation de la gestion de son parc de véhicules ([CE, 25 oct. 2013, req. n° 370573, Dpt Isère](#)). Si le mécanisme d'exclusion automatique des OAB sur la base d'une formule mathématique est interdite (comme par exemple un pourcentage d'écart avec la valeur estimative du marché figurant dans l'avis de publicité et le prix de l'offre litigieuse), le recours aux formules mathématiques comparatives comme la méthode de la double moyenne ou encore le recours au test d'Akzo sur les prix prédateurs sont autorisés afin de déterminer un seuil d'anomalie ([CJCE, 3 juill. 1991, aff. C-62/86, Akzo Chemie BV c/ Commission européenne : Rec. CJCE 1991, I, p. 3359](#) : est réputé prédateur un prix inférieur au coût moyen variable ou supérieur à ce coût moyen variable mais inférieur au coût moyen total). Toutefois, ces méthodes d'analyses ayant montré leurs limites, la solution serait de prendre en compte dans le prix des offres la part de qualité qu'elles contiennent, de manière à les rendre comparables. En effet, on ne peut pas comparer une offre au plus bas niveau de qualité et de prix faible avec des offres qui répondent à un haut niveau de qualité, et qui obtiennent en conséquence une excellente note à ces critères mais présentent généralement un prix élevé. Le guide « Le prix dans les marchés publics » de la DAJ publié en mars 2013 a trouvé le moyen de résoudre cette difficulté en expliquant comment comparer les offres en transformant les prix en des prix pondérés, c'est-à-dire intégrant le niveau de qualité. L'offre économiquement la plus avantageuse est alors celle présentant le plus bas prix pondéré.

Cet arrêt du Conseil d'État s'ajoute à l'actualité jurisprudentielle qui intéresse la notion de prix et qui a marqué l'année 2013. Particulièrement dans un contexte de relance économique, ce thème est récurrent car comme l'indique le Guide du prix dans les marchés publics, « le prix est la pierre philosophale des marchés publics : nul n'est encore parvenu à mettre au point la formule qui donnerait à coup sûr le bon prix pour un bon "ouvrage" ». La rentrée 2014 s'annonce tout aussi riche sur cette thématique dans la mesure où l'Union européenne aura adopté les nouvelles directives sur les marchés publics où le prix le plus bas ne suffira plus comme critère d'attribution.

Mots clés : Marchés publics. - Prix. - Méthode de notation du critère