



Une note peut-elle être éliminatoire ?

Sans ambages, il convient de répondre par la positive ; une note peut être éliminatoire. Ainsi, un acheteur peut éliminer un candidat ayant obtenu, pour un critère particulier, une note inférieure à un référentiel préalablement déterminé et ce quelle que soit la note globale dudit candidat.

Toutefois, il appert qu'une telle possibilité est encadrée, soumise au respect de **trois garde-fous cumulatifs**.

En effet, il n'est possible à un acheteur de mettre en place un système de notation intégrant des notes éliminatoires que si :

- tout d'abord, les candidats en sont préalablement informés ;
- ensuite, ce mécanisme n'est pas discriminatoire ;
- enfin, ce mécanisme permet que l'offre la plus avantageuse soit retenue.

Cette réponse quelque peu directe doit toutefois être replacée dans le cadre juridique dont elle est l'émanation afin de pouvoir en apprécier sa légitimité.

Tout d'abord, **aucun texte actuel ou révolu ne fait mention de la possibilité pour un acheteur de prévoir un tel mécanisme**. Ni l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, ni le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, ni l'ancien Code des marchés publics depuis abrogé, n'ont en effet prévu de tel mécanisme ; **pour autant, ces textes ne l'interdisent pas non plus**.

Ensuite, une étude de la jurisprudence en la matière révèle une absence de décisions du Conseil d'État ou des cours administratives d'appel en la matière. En revanche, nombreux sont les tribunaux administratifs ayant eu à statuer sur la régularité d'un tel mécanisme. **Tous ont considéré que l'usage des notes éliminatoires était régulier**, beaucoup adoptant un considérant de principe peu ou prou similaire encadrant l'usage d'un tel système :

« Considérant qu'il ne résulte d'aucun texte ni aucun principe que le pouvoir adjudicateur ne pourrait pas fixer une note éliminatoire sous la seule réserve que ce mécanisme soit annoncé, qu'il ne soit pas discriminatoire et qu'il n'aboutisse pas à ce que l'offre la plus avantageuse économique ne soit pas choisie ».

Ainsi, ce sont les jugements et ordonnances des tribunaux administratifs qui, à travers ces considérants de principe, viennent apposer les trois garde-fous susmentionnés.

Enfin, il convient de souligner que la doctrine administrative va dans le même sens :

- une réponse ministérielle soulignant qu'« il n'est pas exclu, au regard des termes du code, que le pouvoir adjudicateur puisse fixer, sur un ou plusieurs critères, une note éliminatoire ou un nombre de points minimum en dessous duquel l'offre classée est écartée, sous la seule réserve que cet aménagement particulier du classement des offres soit annoncé et qu'il ne soit pas discriminatoire » ;
- et la DAJ de Bercy affirmant dans son guide des prix dans les marchés publics qu'il est possible de prévoir un tel mécanisme dès lors qu'il est porté à la connaissance des candidats et que la méthode retenue est transparente.

En pratique, ainsi que le mentionne la DAJ dans son guide des prix susmentionné, deux méthodes sont envisageables :

- « **soit une note éliminatoire sur un ou plusieurs critères (ou sous-critères)**. Elle ne concernera que des niveaux de note très bas : 2 points sur 10 par exemple. Bien évidemment, une unique note éliminatoire, sur un point mineur (moins de 5 % ou 10 % de la note globale par exemple) ne doit pas conduire, à elle seule, à l'élimination définitive de l'offre. C'est pourquoi une note éliminatoire ne se justifie que sur des éléments importants. Une note éliminatoire pour 1/3 du total des notes apparaît proportionnée.
- **soit une note cumulée (nombre de points) insuffisante sur plusieurs critères** : plusieurs notes très faibles sont constatées entraînant, par leur « addition », une impossibilité de classer l'offre ».

Si l'usage d'un tel système est donc possible, il conviendra, d'une part, de le manier avec précaution en respectant l'égalité de traitement des candidats, en leur délivrant une information similaire et transparente et, d'autre part, de scruter avec attention une potentielle évolution de la jurisprudence en la matière.

Sources :

- **CAA Douai, 17 oct. 2017, n° 14DA01470** (cet arrêt mentionne l'existence d'une note éliminatoire sans toutefois adresser la question de sa régularité.)
- TA Cergy, 19 novembre 2015, n° 1301855
- TA Paris, 6 février 2015, n° 150698, *Société Colas Rail*
- TA Paris, 16 juin 2015, n° 1508617, *Société ANSALDO STS*
- TA Paris, 23 juin 2015, n° 1509264, *Société ESAF* (voir pour une validation dudit mécanisme vis-à-vis d'un moyen articulé autour de la notion d'égalité de traitement)
- **Rép. min. n° 21278 : JO Sénat, 1^{er} mars 2007, Piras B.**
- **Guide des prix dans les marchés publics – DAJ, avril 2013, page 53**