

# **Ville de Lyon : consultation pour La fourniture de filtres à air**

**Avis de marché au BOAMP n°16-104323**

**Avis d'attribution au BOAMP n°17-2495**

## **Observations de CANOL**

### **1 – Généralités**

L'analyse du DCE a porté sur les documents suivants :

- Avis de marché
- Avis d'attribution
- Règlement de la consultation
- Acte d'engagement
- CCAP
- CCTP
- BPU/simul. commande

Il s'agit d'un accord-cadre de fournitures mono attributaire passé par appel d'offres.

L'avis de marché a été envoyé au BOAMP le 11 juillet 2016, la date limite de remise des offres étant fixée au 8 septembre 2016.

L'avis d'attribution a été envoyé au BOAMP le 6 janvier 2017 et porte le n° 17-2495.

La durée de l'accord-cadre est de 1 an, reconductible 3 fois.

Il n'est pas indiqué de montants mini et maxi, mais la valeur des commandes est estimée à 340 000 € HT.

Les critères pondérés de choix de l'offre sont les suivants (ordre cité dans l'avis d'attribution) :

Critères de qualité :

Critère 1 : Performances / protection de l'environnement	45 %
Critère 2 : Délai de livraison	15 %
Critère 3 : Valeur technique	10 %
Prix :	30 %

## **2 – Observations de CANOL**

### **2.1 – Cahier des charges dissuasif**

Le Marché ne précise pas de mini/maxi (article 1<sup>er</sup> du CCAP).

Le fait de préciser une fourchette dans laquelle se situera le montant des commandes permet au candidat d'imaginer son organisation et de négocier plus facilement avec les fournisseurs. Bref, de faire une offre « optimisée ».

En l'absence de mini/maxi, le candidat, qui n'a pas de visibilité, ne prendra pas de risque et fera nécessairement une offre moins bonne.

Il peut aussi imaginer qu'un candidat connaît ces informations et s'abstenir de remettre une offre.

La ville de Lyon se réserve la possibilité de lever l'exclusivité des fournitures liées à l'accord cadre (CCAP art. 4).

Non seulement le candidat ne sait pas ce qui lui sera commandé, mais il peut craindre d'être court-circuité et voir les commandes lui échapper.

Rajoutée à la précédente, cette clause est elle aussi dissuasive.

Les réserves aux ordres de service relatifs aux commandes spécifiques doivent être faites dans un délai de 1 jour (art 5.12 du CCAP).

Ce délai ridicule n'est justifié par aucun motif d'intérêt général et peut être considéré comme une clause léonine.

Le CCAP ne prévoit pas de délais de livraison, renvoyant aux délais proposés par les candidats dans l'acte d'engagement.

C'est manifestement du ressort de l'acheteur de fixer les délais de livraison appropriés. Laisser la fixation aux candidats est de nature à engendrer une

compétition absurde visant à réduire les délais, peut-être en deçà du raisonnable.

*En cas de retards de livraison, la pénalité est de 1/250<sup>ème</sup> du montant du bon de commande par jour de retard (art.13.1 du CCAP).*

Les commandes de filtres à air n'ont pas de caractère d'urgence, et ce d'autant moins qu'elles sont conditionnées par les mesures de perte de charge au niveau des filtres (art. 2 du CCTP). Une pénalité d'une telle sévérité n'est pas justifiée.

La combinaison de ces deux clauses (délais/pénalités) est de nature à décourager les candidats, notamment au vu de la pondération du critère délai, et il peuvent même s'interroger sur l'application effective ou discrétionnaire des pénalités de retard.

#### *Description des produits dans le CCTP*

Le CCTP se réfère aux normes et à la réglementation en vigueur.

En dépit du nombre élevé de références (103), la description est relativement précise.

L'accent est mis sur le niveau des pertes de charges, celle-ci devant être la plus faible possible. Ceci fait l'objet du premier sous-critère de « performances en matière de protection de l'environnement » qui est précisément celui dont la pondération est la plus élevée.

Reste à savoir s'il existe des différences substantielles entre les différents produits de différents fabricants, ce qui pour les filtres courants paraît peu probable. On supposera que l'acheteur a une connaissance suffisamment bonne des produits du marché pour avoir utilisé ce sous-critère.

## **2.2 - Incohérence dans les règles de l'appel d'offres**

Le « mémoire justificatif de l'offre » dont le cadre fait partie du DCE indique la méthode de calcul de l'émission de CO<sub>2</sub>, découlant des données de perte de charge de chaque filtre.

Mais rien ne permet de faire le lien entre les kg de CO<sub>2</sub> calculés sur la base de la simulation de commande et la note attribuée sur 25 points (ce qui représente un peu moins du quart des points attribués hors le prix).

Autrement dit, chaque candidat est dans l'incapacité de déterminer ce que lui rapportera en points le remplacement d'un filtre par un autre plus performant.

Dans le même temps, le règlement de la consultation indique dans son article 4.2 que les variantes ne sont pas autorisées.

Ainsi, le candidat propose au hasard pour chaque type de filtre celui qui lui paraît présenter le meilleur rapport prix/pertes de charges en espérant que l'acheteur sera du même avis.

Si les variantes avaient été autorisées, l'acheteur aurait pu les utiliser (variantes à la carte) pour choisir dans chaque offres les meilleurs produits dans chaque catégorie.

La combinaison de ce sous-critère et de l'interdiction des variantes est contre-performante, et pour tout dire stupide.

Les candidats peuvent surtout y voir un moyen d'accroître l'opacité du choix des offres, et s'abstenir de répondre.

### **2.3 – Critère n° 1 (valeur technique) subjectif**

Les précisions sont données dans le cadre du mémoire justificatif de l'offre (MJO).

Le premier sous-critère, noté sur 20 point, porte sur l'organisation mise en place pour l'optimisation des filtres et des consommations.

Les points seront attribués au vu d'une note détaillant les mesures.

Il s'agit d'un exercice de rédaction autant publicitaire que technique, permettant une notation arbitraire.

De plus, rien ne garantit que l'organisation proposée sera bien mise en place (ce sont des fournitures), et encore moins qu'elle sera efficace.

Si l'acheteur avait des exigences, il lui appartenait de les formuler dans le CCTP, et sûrement pas d'en faire un critère de choix noté arbitrairement.

Les mêmes observations s'appliquent à l'information de l'acheteur (qui relève du devoir de conseil au titre du contrat), même si sa notation ne se fait que sur 5 points

## **2.4 – Critère n° 2 (délai de livraison) inadéquat et mal utilisé**

L'inadéquation de ce critère a déjà été abordée en 2.1.

Alors que la ville de Lyon ne cesse de mettre en avant l'importance d'un choix multicritère pour s'assurer du sérieux de l'offre, et s'astreint à détecter les offres anormalement basses pour les mêmes raisons, elle s'en remet aux candidats pour fixer les délais de livraison (20 points).

Le règlement de la consultation et le MJO ne disent pas comment seront notées les propositions des candidats : le délai le plus court aura-t-il la meilleure note ou l'inverse ? La note n'est-elle pas liée aux délais proposés ?

Comme cela a été dit à propos des pénalités de retard, les commandes sont prévisibles, et rien n'empêche l'acheteur de commander en temps et en heure en tenant compte des délais de livraison. C'est d'autant plus évident que le remplacement des filtres se fait depuis longtemps et que l'acheteur les connaît, s'il fait correctement son travail.

Compte tenu de ce qu'il est prévu environ 2 livraisons par semaine en un lieu unique, ce n'est pas l'organisation des livraisons qui crée une contrainte de délai, mais ce sont les fabricants et importateurs qui créent une contrainte.

Ce critère est inacceptable pour 2 raisons :

- Les délai devraient être fixés dans le CCAP ;
- La notation paraît arbitraire.

## **2.5 – Notation du critère prix**

La formule de calcul de la note du prix est la suivante (article 6.2 du règlement de la consultation) :

$$N= 5- [4 \times (\text{offre} - \text{offre moins disante}) / (0,5 \times \text{offre moins disante})]$$

« Cette note sera arrondie au dixième le plus proche.

Lorsque l'offre sera supérieure à 1,5x offre moins disante, N sera égal à 1.

Le montant servant à l'analyse des offres sera déterminé par l'application des coefficients figurant au bordereau de prix et des prix unitaires figurant dans les tarifs aux quantités définies dans la simulation de commande jointe au dossier de consultation. »

Il n'est pas admissible que la note ne change plus, quel que soit le prix au delà de 1,5 fois le prix du moins disant, car la même note ne peut pas être donnée pour des prix différents.

On verra qu'avec la pondération dérisoire du prix et la note discrétionnaire du critère n° 1, ceci permet d'attribuer le marché à n'importe qui.

## **2.6 – Pondération des critères**

L'importance relative du prix et des autres critères ne peut s'apprécier qu'en prenant en considération la pondération des critères et leur notation, en particulier la notation du prix.

Les notes sont attribuées aux critères autres que le prix dans les conditions indiquées à l'article 6.2 du règlement de la consultation :

### **« Analyse des critères autres que le prix**

L'appréciation se fera sur l'analyse des documents expressément demandés au § 5.2.

Le mémoire justificatif de l'offre et la simulation de commande valant annexe du MJO, inclus dans le dossier de consultation, recense toutes les questions sur lesquelles la Personne Publique souhaite avoir des précisions pour comprendre et juger l'offre du candidat.

Chaque question sera notée de 0 à la note maximale indiquée dans le cadre de mémoire.

La note globale du critère sera obtenue de la manière suivante :

$$N = 1 + [4 \times (\text{Somme des notes du candidat pour chaque question} / \text{Somme des notes maximales})]$$

Le résultat final sera arrondi au dixième le plus proche. »

On notera que, pour une raison qui nous échappe, la note minimale obtenue est de 1 sur 5.

Cette singularité peut également échapper à la vigilance des candidats.

Par ailleurs, les points attribués dans le MJO aux critères autres que le prix ne sont pas proportionnels à la pondération de chacun des critères.

Ainsi, nous pouvons établir les correspondances suivantes :

- Valeur technique

Elle est notée sur 25 points et pondérée à 10 %.

L'offre à laquelle est attribuée une note 0 obtiendra 1 / 5, et celle qui aura obtenu 25 points obtiendra 5 / 5.

La note pondérée variera entre 2 et 10 sur 100.

- Délais de livraison

Ils sont notés sur 20 points et pondérés à 15 %.

L'offre à laquelle est attribuée une note 0 obtiendra 1 / 5, et celle qui aura obtenu 20 points obtiendra 5 / 5.

La note pondérée variera entre 3 et 15 sur 100.

- Performances en matière d'environnement

Elles sont notées sur 65 points et pondérée à 45 %.

L'offre à laquelle est attribuée une note 0 obtiendra 1 / 5, et celle qui aura obtenu 65 points obtiendra 5 / 5.

La note pondérée variera entre 9 et 45 sur 100.

Ceci montre la confusion, voire la perversité qui règne dans les correspondances entre les points attribués au vu du MJO et les notes pondérées finalement calculées.

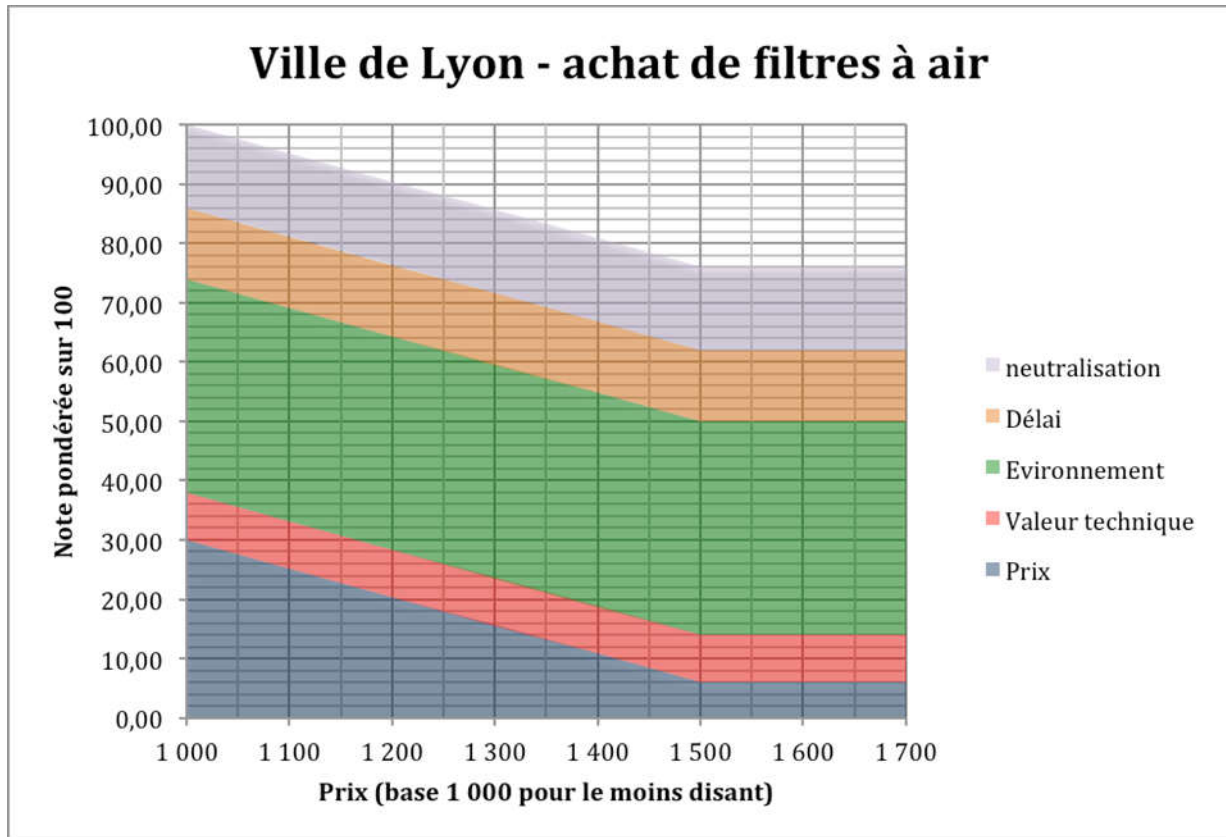
Il va sans dire que cette particularité peut facilement échapper aux candidats qui doivent établir leur offre dans un temps limité.

Pour les autres, elle est de nature à leur ôter toute confiance dans la loyauté de cette consultation.

L'acheteur ne peut invoquer l'excuse d'une simplification apportée au choix de l'offre, car tout ceci ne fait que la rendre plus longue, plus difficile, avec un risque d'erreur accru.

Une fois prises en compte les singularités, il convient d'en apprécier le résultat en comparant les notes pondérées du prix et celles des autres critères.

Il peut être représentée dans le graphique qui suit.



Dans cette représentation, les offres sont équivalentes si la note globale se trouve sur une droite horizontale.

Dans le graphique, la zone grise traduit la particularité de la notation des critères autres que le prix, dont la valeur minimale est 1 / 5, ce qui revient à neutraliser 14 points sur 100 pour la note pondérée globale.

Alors que le prix permet d'obtenir une note pondérée allant de 0 à 30 / 100 (amplitude 30 points), la somme des notes des autres critères varie de 14 à 70 / 100, soit une amplitude de 56 points.

Ainsi qu'il a été noté ci-dessus, et en supposant admissibles tous les critères, on ne sait pas comment seront notés les délais, la notation de la valeur



technique est arbitraire et on ne sait pas non plus comment les kg de CO2 se traduiront dans une note.

En admettant que la notation puisse se faire avec soin et équité, le degré de précision est sans doute de l'ordre de 1 point sur 5.

Cette imprécision correspond à un écart sur la note globale pondérée de 14 / 100, ce qui correspond à un écart de prix de 30 %. C'est évidemment inadmissible.

Cette pondération inéquitable montre le grave défaut d'une notation en points et en pourcentages, qui masque la réalité des valeurs respectives des offres.

Le graphique montre sans équivoque qu'il est aisé d'attribuer le marché sans considération du prix, dont l'importance est dérisoire.

Dans ces conditions, il est à craindre que l'ardeur des candidats soit sérieusement contrariée.

### **3 – Synthèse des irrégularités**

3.1 – Le marché comporte des clauses inutilement dissuasives ayant pour effet de décourager les candidats qui envisagent de remettre une offre.

3.2 – La combinaison du sous-critère « émission de CO2 » et de l'interdiction de présenter des variantes est incohérentes. Sur ce sous-critère, elle transforme la consultation en une loterie.

3.3 – Le critère « valeur technique » est subjectif et permet une notation discrétionnaire, ce qui contrevient aux dispositions du I de l'article 52 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 :

« I – Le marché public est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution. »

3.4 – Le critère « délais de livraison » est inadéquat. Il permet une notation discrétionnaire. Il contrevient également à l'article 52 – 1 de l'ordonnance précitée.

3.5 – La formule de notation du prix permet d’attribuer la même note à des prix différents, ce qui est évidemment inéquitable. Associée à la pondération des critères, elle permet d’attribuer le marché de manière discrétionnaire, ce qui contrevient aux dispositions du II de l’article 52 de l’ordonnance précitée :

« II – Les critères d’attribution n’ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimité à l’acheteur et garantissent la possibilité d’une véritable concurrence. »

Ces pondérations concourent à donner au prix une valeur dérisoire, pratique qui a été précédemment sanctionnée :

CAA de Nantes n° 12NT01553 – Commune de Belleville sur Loire

Confirmée par

CE n° 373 362 du 3 novembre 2014

Ces irrégularités sont de nature à dissuader les fournisseurs qui auraient pu faire une offre et donc limiter la concurrence.

De fait, la ville de Lyon n’a reçu qu’une seule offre (cf. avis d’attribution).

Les acheteurs publics se posent fréquemment la question de savoir s’ils peuvent attribuer le marché lorsqu’ils ont reçu une seule offre.

La réponse est oui à 2 conditions :

- L’offre paraît performante ;
- L’acheteur a organisé la consultation de manière à ce que la concurrence soit effective.

Si nous ne sommes pas en mesure de vérifier si la première condition est satisfaite, les multiples irrégularités précédemment détaillées démontrent de manière évidente que ce n’est pas le cas pour la seconde. Il est même permis de s’interroger sur le caractère involontaire de ces infractions.

Nous sommes en présence d’une violation du principe d’égalité de traitement des candidats de l’article 1<sup>er</sup> de l’ordonnance 2015-899 qui nuisent à l’efficacité de la commande publique et à la bonne utilisation des deniers publics mentionnées dans ce même article comme les buts de l’achat public.