

Le contentieux relatif aux offres

Dans le cadre des marchés publics, le contentieux relatif aux offres est très diversifié. Ainsi, parmi la jurisprudence récente, trois décisions concernant la remise d'une offre hors délai, la question de la délivrance d'un agrément et la surpondération du critère financier méritent d'être analysées.

Traiter, en quelques lignes, le « contentieux relatif aux offres » constitue, compte tenu de la multiplicité des problématiques susceptibles d'être rencontrées et de la diversité des décisions rendues en la matière, une tâche ardue, pour ne pas dire impossible. Cette « mission », relevant davantage du commentaire d'arrêts que de l'analyse thématique, implique de faire des choix lesquels conduisent à nous attarder sur l'analyse de trois décisions afférentes à trois phases essentielles de toute procédure de dévolution :

- le stade de la remise du dossier de candidature et d'offre avec l'évocation de la décision du Conseil d'État du 23 septembre 2021⁽¹⁾ abordant la question du sort à réserver à une proposition remise hors délai en raison de dysfonctionnements imputables à la plateforme de dématérialisation ;
- l'étape de l'analyse des candidatures au travers de l'évocation de l'arrêt rendu par la CJUE le 8 juillet dernier⁽²⁾ se prononçant sur la nature des justifications susceptibles d'être sollicitées des candidats ;
- la phase d'analyse des offres *via* une récente ordonnance du tribunal judiciaire de Paris⁽³⁾, certes plus confidentielle mais néanmoins intéressante, censurant une procédure de dévolution en raison d'une surpondération du critère financier.

La réintégration possible d'un dossier remis hors délai

En premier lieu, par sa décision *RATP* du 23 septembre dernier, la Haute juridiction s'est prononcée sur les conséquences induites par l'existence de

Auteur

Hervé Letellier
Avocat associé, SELARL Symchowicz-Weissberg et associés

Références

CE 23 septembre 2021, RATP, req. n° 449250
CJUE 8 juillet 2021, Sanresa, aff. C-295/20
TJ Paris 5 novembre 2021, Soc. Metaldom, req. n° 21/56884

(1) CE 23 septembre 2021, RATP, req. n° 449250.
(2) CJUE 8 juillet 2021, Sanresa, aff. C-295/20.
(3) TJ Paris 5 novembre 2021, Soc. Metaldom, req. n° 21/56884.

dysfonctionnements techniques constatés lors de la remise d'une offre dématérialisée ayant conduit l'opérateur à n'achever son dépôt qu'une heure après l'expiration de l'échéance prévue. Bien que souvent présentée comme inédite, cette décision a surtout pour intérêt de cristalliser quelques principes en réalité bien ancrés.

Premièrement, et c'est là la conséquence naturelle de l'article R. 2151-5 du Code de la commande publique, les offres reçues hors délai sont (en principe) éliminées. Ainsi, dès lors qu'une proposition parvient après les dates et heures fixées au règlement de consultation, l'acheteur est en théorie tenu de l'écarter, sans l'analyser, quand bien même le retard serait de quelques secondes⁽⁴⁾ ou minutes⁽⁵⁾.

Deuxièmement, après avoir réaffirmé cette évidence, le Conseil d'État la modère en précisant que « l'acheteur public ne saurait toutefois rejeter une offre remise par voie électronique comme tardive lorsque la soumissionnaire, qui n'a pu déposer celle-ci dans le délai sur le réseau informatique mentionné à l'article R. 2132-9 du même code, établit, d'une part, qu'il a accompli en temps utile les diligences normales attendues d'un candidat pour le téléchargement de son offre et, d'autre part, que le fonctionnement de son équipement informatique était normal ». Le Conseil confirme là le principe selon lequel une procédure de dévolution peut être affectée, et la réintégration du candidat imposée, en présence de défaillances d'une plateforme de dématérialisation⁽⁶⁾. Il incombe donc à l'acheteur, à l'instar de ce qui a pu être jugé pour les signatures électroniques⁽⁷⁾, de mettre à disposition des opérateurs un outil fonctionnant correctement, ce dernier devant assumer les conséquences des dysfonctionnements imputables à son prestataire informatique. Les propos du rapporteur public, M. Pichon de Vendeuil, sont sur ce point éclairants en rappelant que la solution proposée « aura le mérite de responsabiliser les acheteurs quant au bon fonctionnement de leurs plateformes en ligne ».

Troisièmement, s'agissant de la charge de la preuve, celle-ci reste gouvernée par un régime de « preuve objective » (cf. conclusions précitées). S'il n'appartient pas forcément à l'opérateur économique (ce qui pourrait être délicat) de démontrer le dysfonctionnement même de la plateforme – même si tous les éléments matériels le caractérisant servent évidemment sa thèse⁽⁸⁾ –, il lui incombera en revanche d'établir avoir accompli les diligences normalement attendues de lui, notamment en prouvant qu'il s'est connecté en temps utile, qu'il a rencontré certaines difficultés qu'il ne pouvait surmonter et de justifier du bon fonctionnement de son équipement informatique. Cela supposera pour les

candidats d'éviter toute négligence en se connectant au « dernier moment », ce que rappelait le rapporteur public en soulignant qu'il est, sur ce point, « pertinent de tenir compte de l'heure à laquelle le candidat s'est connecté pour verser son offre » tout en affirmant qu'une « connexion trop tardive pour que l'ensemble des documents puissent être téléchargés avant l'heure limite conduirait de toute façon à regarder l'offre comme tardive, quels que soient les problèmes techniques rencontrés ». Tout sera donc question de casuistique pour apprécier le caractère « raisonnable » du délai de connexion⁽⁹⁾, une connexion 20 minutes avant l'expiration de l'échéance ayant, par exemple, été regardée comme tardive⁽¹⁰⁾, là où le Conseil d'État a jugé, dans la décision commentée, qu'une connexion une heure avant était suffisante dès lors, notamment, que le téléchargement d'une offre concurrente dans le même créneau horaire avait pu être réalisé en six minutes.

Quatrièmement, le Conseil d'État rappelle que, dans le cadre de l'appréciation de l'éventuelle négligence de l'opérateur, le fait que ce dernier se soit abstenu de procéder au dépôt d'une copie de sauvegarde est sans conséquence. Une telle transmission constitue en effet une simple faculté en application de l'article R. 2132-11 du Code de la commande publique et l'absence d'un tel dépôt ne peut donc établir l'existence d'un comportement fautif du candidat.

La justification d'une autorisation nécessaire à l'exécution d'un marché ne peut être exigée du candidat

En deuxième lieu, pour ce qui concerne la phase de sélection des candidatures, la CJUE est venue récemment rappeler que les limitations aux conditions de participation des opérateurs devaient s'interpréter strictement et, qu'à ce titre, le soumissionnaire n'avait pas à justifier disposer en amont d'un agrément pour le transport de produits dangereux, assimilable à une « simple » condition d'exécution du marché.

Sur ce point, rappelons qu'aux termes de l'article 58 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014, les « critères de sélection peuvent avoir trait : a) à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle ; b) à la capacité économique et financière ; c) aux capacités techniques et professionnelles ». Les acheteurs ne peuvent ainsi imposer d'autres conditions de participation que celles prévues par les textes lesquels, s'agissant de « l'aptitude à exercer l'activité professionnelle », prévoient notamment que « les pouvoirs adjudicateurs peuvent imposer aux opérateurs économiques d'être inscrits sur un registre

(4) TA Dijon 28 décembre 2018, req. n° 1803328.

(5) TA Toulon 30 janvier 2020, req. n° 1904516.

(6) TA Limoges 15 novembre 2010, req. n° 1001569 ; TA Caen 20 janvier 2012, req. n° 1200012.

(7) CE 17 octobre 2016, Soc. Tribord, req. n° 400791.

(8) TA Limoges 15 novembre 2010, req. n° 1001569 ; TA Dijon 30 juin 2011, req. n° 1101387 ; TA Caen 20 janvier 2012, req. n° 1200012 ; TA Melun 14 janvier 2013, req. n° 1210659 et 1210808.

(9) Cf. par ex. TA Toulon 30 janvier 2020, Société Rogers Stirk Harbour Partners c/ Métropole Toulon Provence Méditerranée, req. n° 1904516.

(10) TA Dijon 23 février 2021, req. n° 2100373.

professionnel ou sur un registre du commerce de leur État membre d'établissement ».

La question se posait dès lors de savoir si la clause de l'appel d'offres lancé par le gouvernement lituanien – selon laquelle le soumissionnaire était tenu de présenter, au cours de la procédure de passation, le consentement des autorités compétentes au transfert international des déchets – constituait une condition de capacité exigible des soumissionnaires au titre de l'aptitude à exercer une activité professionnelle ou une condition d'exécution du marché conclu qui, au sens de l'article 70 de ladite directive, ne pouvait être exigée que du titulaire, lors de la mise en œuvre du contrat.

Par la décision commentée, la CJUE opte pour la seconde lecture en considérant que :

– d'une part, le consentement des autorités compétentes des États concernés préalablement au transfert des déchets dangereux, ne se rattache pas à l'une des trois catégories de critères de sélection qualitative qui peuvent être imposées par les pouvoirs adjudicateurs comme condition de participation à une procédure de marché public (« l'article 18, paragraphe 2, ainsi que les articles 58 et 70 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, doivent être interprétés en ce sens que, dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public de service de gestion de déchets, l'obligation, pour un opérateur économique désireux transférer des déchets d'un État membre vers un autre État, de disposer, conformément notamment à l'article 2, point 35, et à l'article 3 du règlement (CE) n° 1013/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 14 juin 2006, concernant les transferts de déchets, du consentement des autorités compétentes des États concernés par ce transfert constitue une condition d'exécution de ce marché ») ;

– d'autre part, et en conséquence, le fait de contraindre le soumissionnaire à satisfaire aux conditions d'exécution du marché dès la présentation de l'offre constituerait une exigence excessive, de nature à dissuader les opérateurs de participer aux procédures de dévolution (« L'article 70 de la directive 2014/24, lu en combinaison avec l'article 18, paragraphe 1, de cette directive, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce que l'offre d'un soumissionnaire soit rejetée au seul motif que celui-ci n'apporte pas la preuve, au moment du dépôt de son offre, qu'il satisfait à une condition d'exécution du marché concerné »).

La question de la délivrance d'un agrément ne se pose que donc que s'agissant des attributaires, au stade de l'exécution, et non des candidats au stade de la passation, position conforme d'ailleurs à la jurisprudence nationale⁽¹¹⁾.

(11) Cf. par ex. CE 6 mars 1992, Soc. Toulouse exploitation transports, req. n° 118437 ; TA Nice 30 juillet 2013, Société Demepool distribution, req. n° 1302551 ; TA Cergy-Pontoise 19 février 2014, req. n° 1400856.

L'analyse de l'offre ne peut se faire sur la base d'un critère financier surdimensionné excluant toute véritable analyse multicritères

En troisième lieu, reste à évoquer une récente décision du tribunal judiciaire de Paris, lequel, à propos d'un marché de démantèlement d'une centrale thermique d'EDF, a le mérite de rappeler quelques principes de base régissant le choix des critères d'évaluation des offres.

Si, en la matière, l'acheteur dispose d'une liberté dans la sélection des critères⁽¹²⁾, des modalités d'évaluation des offres⁽¹³⁾ ou encore des pondérations retenues⁽¹⁴⁾, cette liberté n'est naturellement pas sans limite, et sans contrôle. Ainsi, l'acheteur doit notamment s'assurer que : i) les contraintes posées par l'article R. 2152-7 du Code de la commande publique imposant de procéder à une analyse multicritères pour les marchés de travaux ou marchés de services ou de fournitures non standardisés sont respectées⁽¹⁵⁾ ; ii) les critères, pondérations et modalités d'évaluation conduisent à comparer des éléments qui permettent, objectivement, de distinguer l'offre économiquement la plus avantageuse⁽¹⁶⁾.

C'est notamment, sous l'angle du contrôle des pondérations, ce que rappelait récemment le rapporteur public LeCorre en ces termes : « Le pouvoir adjudicateur est certes libre de déterminer la pondération des critères. Il est également libre de retenir une pondération accordant un poids beaucoup plus important à l'un des critères, au regard de ce qu'il souhaite faire prévaloir en lien avec l'objet du marché. Toutefois, la réserve tient à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse puisse être retenue. (...) Nous vous proposons de retenir que le pouvoir adjudicateur est libre de déterminer la pondération des critères, sous deux réserves. D'une part, elle ne doit pas conduire à ce qu'un critère affiché soit ensuite écarté du fait de la pondération qui lui est affectée. D'autre part, la pondération, en particulier du critère prix, ne doit pas manifestement conduire à écarter l'offre économiquement la plus avantageuse »⁽¹⁷⁾.

(12) CJCE 27 octobre 2005, Contse SA, Vivisol Sarl, Oxygen Salud SA, aff. C-234/03, §68 ; CJCE 4 décembre 2003, EVN et Wienstrom, aff. C-448/01, §39 ; CE 23 novembre 2011, Communauté urbaine Nice-Côte d'Azur, req. n° 351570 ; CE 25 mars 2013, Dpt de l'Isère, req. n° 364950.

(13) CE 2 août 2011, Syndicat mixte de la Vallée d'Orge Aval, req. n° 348711 ; *BJCP* 2011/79, p.435, concl. B. Dacosta ; CE 3 novembre 2014, Commune de Belleville-sur-Loire, req. n° 373362, *Rec. CE* p. 323.

(14) En ce sens cf. Rép. min. n° 21226, *JO Sénat Q.* 1^{er} mars 2007, p. 456.

(15) cf. par ex. CE 6 avril 2007, Département de l'Isère, req. n° 298584.

(16) CE 9 novembre 2018, Société Savoie, req. n° 413533 concl. Pélissier ; CE 20 février 2013, Société American Express Voyages, req. n° 363244 ; CE 8 avril 2019, Bijou Plage, req. n° 425373 ; TA Melun 7 juillet 2021, SAS Liberty, req. n° 2105807 ; CAA Nantes 8 janvier 2021, req. n° 20NT01630.

(17) Sous CE, 10 juin 2020, Ministre des armées, req. n° 431194.

Et ce sont précisément ces principes que réaffirme le tribunal judiciaire en rappelant que si « le pouvoir adjudicateur détermine librement la pondération des critères de choix des offres » il ne peut toutefois, « légalement retenir une pondération, en particulier pour le critère du prix ou du coût, qui ne permettrait manifestement pas, eu égard aux caractéristiques du marché, de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse ». Le tout pour ensuite censurer la procédure litigieuse au motif que les prestations en cause, d'une certaine technicité car « prévoyant l'exécution d'opérations complexes de déconstruction et de désamiantage ainsi que le transport et la gestion des déchets amiantés », ne pouvaient être pertinemment évaluées au regard des critères et pondérations choisis (95 % prix, 3 % « taux de personnel secouriste » et 2 % « visites hiérarchiques »).

Selon la juridiction, ces critères et pondérations – notamment parce que les critères autres que le prix étaient trop résiduels et excluaient toute mise en perspective approfondie des offres – empêchaient toute analyse technique véritable (non compensée par le contrôle

de la conformité des offres aux exigences du cahier des charges), ne permettaient pas de procéder au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse et avaient *in fine* pour effet d'exclure toute analyse conforme aux exigences de l'article R. 2152-7 du Code de la commande publique.

Certes, l'on peut concevoir que de telles censures seront rares et que tout dépendra, là encore, d'une appréciation très casuistique. Par exemple, alors que le tribunal judiciaire – mais la situation était sans doute caricaturale du fait des « critères » retenus – a censuré la procédure soumise à son analyse, le Conseil d'État (et la cour administrative d'appel de Nantes) avaient, eux, jugé dans l'affaire *Ministre des armées* précitée que le choix d'un critère technique pondéré à 90 % et d'un critère prix à 10 % était régulier (position qui se justifiait sans doute par le fait que i) l'analyse était bien technique et financière et ii) par la très faible volumétrie financière du marché). Néanmoins, la décision commentée ne peut qu'inviter les acheteurs à la prudence quant au choix, en amont, de leurs critères et pondérations.