

**Note sous Conseil d'État, 1 er avril 2009, numéro
321752, Ministre de l'Écologie contre Société La
Téléphonie Mahoraise**

Virginie Abel-Ramaye

► **To cite this version:**

Virginie Abel-Ramaye. Note sous Conseil d'État, 1 er avril 2009, numéro 321752, Ministre de l'Écologie contre Société La Téléphonie Mahoraise. Revue juridique de l'Océan Indien, Association " Droit dans l'Océan Indien " (LexOI), 2010, pp.229-232. hal-02610937

HAL Id: hal-02610937

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02610937>

Submitted on 18 May 2020

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.

Application de la jurisprudence SMIRGEOMES, société lésée ou susceptible de l'être eu égard à la portée du manquement aux procédures de publicité et de mise en concurrence et au stade de la procédure auquel il se rapporte. Critères de sélection des offres.

Conseil d'État, 1^{er} avril 2009, *Ministre de l'Écologie/ Société La Téléphonie Mahoraise*, n°321752,

Virginie ABEL-RAMAYE, Doctorante, ATER à l'Université de La Réunion

Festina lente !

Telle doit être l'auguste devise du juge des référés précontractuels et celle des pouvoirs adjudicateurs, soucieux de ne pas risquer la censure de la Haute Juridiction.

Le premier ne peut juger de la validité de la procédure de passation qu'après avoir recherché si la société requérante a été lésée ou est susceptible de l'être « eu égard à la portée du manquement et au stade de la procédure auquel il se rapporte ». Quant aux seconds, ils doivent être en mesure, dès le début de la procédure de passation (avis de publicité ou dossier de consultation), de faire figurer tous les critères de sélection des offres.

C'est ce que rappellent les juges du Palais-Royal dans la présente décision, en confirmant l'abandon de la jurisprudence antérieure¹ à l'arrêt *Syndicat Mixte Intercommunal de Réalisation et de Gestion pour l'Élimination des Ordures Ménagères du secteur Est de la Sarthe* dit « SMIRGEOMES »² au profit d'une conception plus subjective et « communautarisée » du contentieux des référés précontractuels afin de garantir sécurité et efficacité dans la commande publique³.

1- Précisions relatives au critère de l'intérêt à agir dans le cadre de la procédure de référé précontractuel.

En l'espèce, la Direction départementale de l'équipement (DDE) de Mayotte avait lancé une procédure de passation de marché pour la fourniture, l'installation et la mise en service d'un autocommutateur. La société La Téléphonie Mahoraise (LTM), n'ayant pu obtenir de la DDE la motivation détaillée du rejet de son offre dans le délai de 15 jours⁴, saisit le Tribunal administratif de Mamoudzou. Statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative (CJA)⁵, le juge des référés précontractuels annule la procédure de passation de marché en raison du dépassement du délai imparti pour répondre à la demande de la Société LTM.

Ce faisant, le Conseil d'État va juger, que le juge des référés du Tribunal de Mamoudzou a commis une erreur de droit en ne recherchant pas si « ce manquement avait lésé ladite société ou était susceptible de léser eu égard à sa portée et au stade de la procédure auquel il se rapporte ».

La Haute Juridiction reprend la solution dégagée dans l'arrêt SMIRGEOMES⁶ : la méconnaissance par le pouvoir adjudicateur de ses obligations relatives à la motivation du rejet d'une offre n'entraîne pas automatiquement l'annulation de la procédure de passation. Le juge des référés doit rechercher et vérifier si le manquement allégué a réellement lésé ou est susceptible de léser la requérante, même indirectement en avantageant un autre candidat.

¹ Pour une illustration de la solution jurisprudentielle antérieure, voir par exemple la décision du 8 avril 2005, *Société Radiometer*, req. 270476 dans laquelle le Conseil d'État affirme qu'« une entreprise candidate à l'attribution d'un marché, et par suite, habilitée à agir devant le juge des référés précontractuels, peut invoquer devant ce juge tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation du marché en cause, même si un tel manquement n'a pas été commis à son détriment ».

² CE. Sect., 3 octobre 2008, *Syndicat Mixte Intercommunal de Réalisation et de Gestion pour l'Élimination des Ordures Ménagères du secteur Est de la Sarthe*, concl. B. Dacosta, req. n°305420. *RFDA* 2008, p. 1128, ccl. B. DACOSTA, et p. 1139, note p. DELVOLVÉ ; *Europe*, n°2 février 2009, p. 11, chr. G. KALFLECHE A partir de cette décision, le non-respect, par le pouvoir adjudicateur, des obligations relatives à la motivation du rejet d'une offre, ne peut entraîner l'annulation de procédure de passation que si ce manquement a lésé ou était susceptible de léser le candidat évincé. Voir dans le même sens CE, 23 juillet 2009, Commune de Nice, req. n°314258; et pour une application similaire en matière de délégation de service public : CE, 2e et 7es sous-sections réunies, 24 octobre 2008, *Syndicat intercommunal d'eau et d'assainissement de Mayotte*, req. n°300034.

³ La procédure de référé précontractuel introduite par les lois n°92-10 du 4 janvier 1992, n°93-1416 du 29 décembre 1993 (articles L. 551-1 à L. 551-12 et R. 551-1 à R. 551-4 du code de justice administrative), et réorganisée par l'ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009, résulte de la transposition des directives « Recours » n°89/655 CEE du 21 décembre 1989, n°92-13 du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, et n° 2007/66/CE du 11 décembre 2007 visant à améliorer l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics.

⁴ Conformément aux prescriptions résultantes des articles 80 et 83 du Code des Marchés Publics.

⁵ Voir *supra* note 3

⁶ *op. cit.*

Le Conseil d'État précise enfin que cette lésion supposée doit être appréciée en fonction de deux critères : la portée du manquement et le stade de la procédure. En effet, ce qui importe, c'est que le manquement aux obligations de transparence et de mise en concurrence ait empêché le candidat de contester utilement son éviction. Ainsi, il a été jugé que le manquement n'était plus constitué « si l'ensemble des informations mentionnées aux articles 80 et 83 a été communiqué au candidat évincé à la date à laquelle le juge des référés statue [...] et si le délai qui s'est écoulé entre cette communication et la date à laquelle le juge des référés statue a été suffisant pour permettre à ce candidat de contester utilement son éviction¹ ».

C'est cette même exigence de recours efficace, déduite de la nouvelle interprétation des dispositions relatives au recours en référé précontractuel², qui a conduit la Haute juridiction à apporter une autre série de précisions quant à l'obligation de publicité des critères d'attribution des contrats et marchés publics.

Le Conseil d'État estime en l'espèce que la société LTM a pu être lésée par les manquements allégués et annule la procédure de passation de marché de la DDE après avoir rappelé et explicité l'obligation pour l'acheteur public de respecter les critères d'attribution.

2- Précisions relatives aux critères et sous-critères de sélection des offres.

Plus précisément, le fait pour la DDE de rejeter l'offre de la société LTM sur la base d'un sous-critère qui n'apparaissait dans aucun des documents de consultation a été de nature à léser la société LTM et constitue un manquement aux règles de publicité que le Conseil d'État sanctionne en annulant la procédure de passation.

Cette solution, justifiée en l'espèce par le fait que le sous-critère avait été déterminant dans le choix de l'attribution du marché, n'était cependant pas aussi évidente qu'elle n'y paraît.

Dans quelle mesure et pour quelles raisons le juge a-t-il dérogé au principe du libre choix des critères par le pouvoir adjudicateur, et sanctionné le défaut de publicité, des sous-critères de sélection, lesquels ne sont pourtant pas soumis à cette exigence?

En effet, il résulte des prescriptions de l'article 53 du code des marchés publics que le pouvoir adjudicateur peut librement choisir les critères d'attribution et déterminer leur pondération à condition qu'ils soient non discriminatoires, liés à l'objet du marché et qu'ils permettent d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. Ainsi, en principe, seuls les critères sont soumis à une obligation d'information appropriée.

Néanmoins, les jurisprudences administrative et communautaire³ estiment que les sous-critères ayant la qualité de véritables critères et non d'une « simple aide complémentaire et

¹ CE, 6 mars 2009, Commune d'Aix-en-Provence, req. n°314610 et CE, 6 mars 2009, Commune de Savigny-sur-Orge, req. n°315138.

² Les directives « Recours » *op. cit.* imposent aux États membres d'instituer une procédure de recours accessible « au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée ».

³ CAA Bordeaux, 12 octobre 2007, 07BX01819, Région Réunion c/ Préfet de La Réunion : « Considérant que si ces dispositions ne visent expressément que les critères d'attribution des marchés publics, et non les sous-critères utilisés le cas échéant pour en faciliter l'application, et si rien ne s'oppose à ce que la personne publique s'abstienne dès lors de pondérer à l'avance ces sous-critères, c'est sous réserve que ces derniers ne revêtent pas eux-mêmes, en fait, le caractère de véritables

marginale à la décision »¹ doivent figurer dans les documents de consultation. Lorsque le pouvoir adjudicateur retient une offre sur la base de critères ou de sous-critères qui n'ont pas fait l'objet d'une information appropriée des candidats, sa procédure de passation de marché encourt l'annulation.

C'est précisément ce que le Conseil d'État a rappelé en l'espèce. Il relève en effet que la DDE s'est fondée sur le délai d'intervention de la maintenance pour l'attribution de son marché. Or, ce sous-critère n'a pas été mentionné dans les documents de la consultation, bien qu'important dans l'appréciation de la note finale (puisqu'il représentait le tiers du critère « service après-vente » comptant lui-même pour 30% dans l'appréciation de la note finale).

Reste à savoir comment distinguer les véritables critères des non moins véritables sous-critères. Quelle est la pondération qui permettra de qualifier tel élément de critère soumis à l'obligation de publicité, et tel autre de sous-critères dispensé d'une telle exigence ? Dans le cadre de l'extension et de l'approfondissement de son contrôle en la matière, le juge ne manquera pas de préciser les contours de ces éléments qui justifient sa décision. Dans l'attente, on peut saluer le rapprochement des conceptions nationale et communautaire, grâce au juge administratif, pour garantir à chacun la sécurité et l'efficacité des procédures relatives à la commande publique.

critères au sens des mêmes dispositions » ; CJCE, 24 novembre 2005, *Ati Eac Srl & Viaggi di Maio SNC et autres c. Actv Venezia Spa*.

Voir aussi la fiche explicative CC/2005/04 FR dans laquelle la Commission européenne souligne que les critères d'attribution (ainsi que leur ordre d'importance) ne peuvent pas être modifiés en cours de procédure pour d'évidentes raisons d'égalité de traitement.

¹ CAA Bordeaux, 12 octobre 2007, 07BX01819, *Région Réunion c/ Préfet de La Réunion*.

² Depuis la décision du Conseil constitutionnel n°2004-505 DC