

**Note sous Cour administrative d'appel de Bordeaux, 14
mai 2009, numéros 07BX00650 et 07BX00712,
Communauté d'agglomération du Territoire de la Côte
Ouest contre Préfet de La Réunion**

Marianna Tassone-Lagrange

► **To cite this version:**

Marianna Tassone-Lagrange. Note sous Cour administrative d'appel de Bordeaux, 14 mai 2009, numéros 07BX00650 et 07BX00712, Communauté d'agglomération du Territoire de la Côte Ouest contre Préfet de La Réunion. Revue juridique de l'Océan Indien, Association " Droit dans l'Océan Indien " (LexOI), 2010, pp.242-246. hal-02610996

HAL Id: hal-02610996

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02610996>

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.

Contrats et commande publique, Marchés publics, candidature, absence de pièces, pondération des critères, sélection des offres, sous-critères.

Cour Administrative d'Appel de Bordeaux, 14 mai 2009, *Communauté d'agglomération du Territoire de la Côte Ouest c/ Préfet de La Réunion*, n°07BX00650 et 07BX00712.

Marianna TASSONE-LAGRANGE, Doctorante, ATER à l'Université de La Réunion

Les deux arrêts de la Cour administrative d'appel de Bordeaux, en date du 14 mai 2009, rappellent une nouvelle fois la difficulté d'utilisation des sous-critères dans le cadre du jugement des offres en marchés publics.

En l'espèce, la Communauté d'agglomération du Territoire de la Côte Ouest (TCO) a signé, le 27 décembre 2005, un marché public de collecte de déchets verts et encombrants (requête n°07BX00650) ainsi qu'un marché public de collecte des ordures ménagères et de collecte sélective (requête n°07BX00712), passés pour les communes de Saint Leu, Trois Bassins et Saint-Paul. Ceux-ci se sont vus annulés par jugements du Tribunal Administratif de Saint Denis en date du 13 décembre 2006, sur déféré préfectoral. La Cour administrative d'appel confirme les jugements du Tribunal administratif de Saint-Denis en ce qu'ils ont annulé les décisions du TCO, des 27 et 28 avril 2006 rejetant les recours gracieux du Préfet de La Réunion, et également annulé les marchés en cause.

Elle retient pour les deux arrêts, d'une part, le moyen de l'irrégularité de l'admission de la candidature de la Société ONYX (attributaire respectivement des lots 2 et 3 et du lot 1) pour défaut de déclaration sur l'honneur relative au respect de ses obligations sociales, et d'autre part, le défaut de communication préalable des sous-critères utilisés pour l'analyse des offres et de leur pondération.

1 / Intangibilité de la candidature remise par le soumissionnaire

Tout d'abord, la Cour rappelle l'obligation contenue dans le code des marchés publics¹ pour les candidats de fournir un certain nombre de documents attestant de leurs capacités professionnelles, techniques et financières. Avant l'examen même des candidatures², la personne responsable du marché (PRM - ou le pouvoir adjudicateur aujourd'hui) doit constater que toutes les pièces sont présentes, et dans le cas contraire, soit elle demande aux candidats de compléter leurs candidatures, soit elle est tenue³ de les écarter, conformément aux dispositions de l'article 52 alinéa 1^{er} du Code des Marchés Publics. En effet, afin de respecter les principes d'égalité de traitement des candidats et de liberté d'accès à la commande publique⁴, l'analyse des candidatures s'effectue « sur pièces ». Cela impose à la personne responsable du marché de ne pas tenir compte de documents ou informations qu'elle pourrait détenir par ailleurs, mais de s'en tenir aux documents contenus dans les dossiers remis par les candidats. Également, ces mêmes

¹ Articles 44 et 45 du Code des marchés publics (dans sa rédaction issue du décret en date du 7 janvier 2004 – rédaction sensiblement inchangée depuis).

² Article 52 du Code des marchés publics (dans sa rédaction issue du décret en date du 7 janvier 2004 – rédaction sensiblement inchangée depuis).

³ Notamment par exemple, CAA Bordeaux, 31 déc. 2007, n°05BX02211, Dpt La Réunion c/ Sarl J. M. Transports, Contrats et Marchés publics n°2, comm 38, par François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX.

⁴ Principes consacrés à l'article 1^{er} du Code des marchés publics.

principes imposent que tous les candidats aient remis leurs offres avant la date limite de remise des offres, ne pouvant ensuite la modifier, sauf dans l'hypothèse visée à l'article 52 al 1^{er} du Code des marchés publics.

C'est ainsi que la Cour rejette les moyens selon lesquels, la société Onyx avait pu fournir le document manquant dans le cadre d'autres contrats ou même postérieurement à la date limite de remise des offres.

2 / Une liberté toujours plus encadrée dans l'utilisation des sous critères de jugement des offres

En pratique, l'utilisation des sous-critères devient presque une nécessité, afin d'affiner l'analyse des offres et rendre le choix de l'attributaire plus pertinent. Par ailleurs, elle est également induite par l'obligation qui incombe à l'acheteur public de communiquer les motifs détaillés de rejet des offres aux candidats évincés. Le juge contrôle donc l'utilisation de ces sous-critères. Ainsi, les marges de manœuvre des acheteurs publics (liées à la conception du droit des marchés publics comme un droit d'encadrement et de responsabilisation des acheteurs publics), se trouvent singulièrement et régulièrement réduites par l'interprétation prétorienne des principes de la commande publique. En voici une nouvelle illustration à propos des sous-critères de choix des offres.

En l'espèce, la Communauté d'agglomération du Territoire de la Côte Ouest n'a pas rendu publique la décomposition en sous-éléments du critère de la valeur technique utilisée dans le rapport d'analyse des offres.

a) Une jurisprudence constante dans le silence des textes

À la lecture des jurisprudences de ces dernières années, il apparaît que les dispositions du Code doivent être largement combinées aux principes généraux de la commande publique, eux-mêmes consacrés à l'article 1^{er} du Code des marchés publics. Ce constat est particulièrement présent quand il s'agit du jugement des offres. Dans ce sens, les juridictions se permettent de plus en plus de juger soit de la pondération des critères, soit de leur imprécision, ou même de leur opportunité, en recherchant si le pouvoir adjudicateur a respecté l'esprit du code et ses principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement, et de transparence des procédures¹. Plus précisément encore, alors que ni le Code des marchés publics ni même la circulaire d'application ne mentionnent nullement la notion de « sous-critères », les juges contrôlent régulièrement que leur utilisation ne viole pas ces mêmes principes de la commande publique.

La Cour de Justice des Communautés Européennes, dans un arrêt en date du 24 nov. 2005, a posé les conditions dans lesquelles le pouvoir adjudicateur peut se dispenser d'informer les candidats potentiels d'une sous-pondération des critères de jugement des offres. Les sous-éléments doivent avoir été établis en avance, la ventilation entre ces sous-éléments ne doit pas modifier les critères d'attribution du marché définis dans le règlement de la consultation ou

¹ Par exemple, la CJCE, dans les arrêts suivants : aff. C-92/00 HI Krankenhaustechnik, aff. C-19/00 SIAC Construction Ltd et aff. C-448/01 EVN, considère que créer une nouvelle pondération ou la modifier après l'AAPC est un « manquement aux principes d'égalité de traitement et de transparence », et CAA Lyon 17 avril 2003, Société Cap Gémini, req. n°02LY01043.

l'AAPC ; Ils ne doivent pas contenir d'éléments, qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres auraient pu influencer cette préparation, et ne doivent pas avoir été adoptés en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire¹. En d'autres termes, c'est uniquement dans le cas où les sous éléments ne constituent pas de vrais critères, mais une « simple aide complémentaire et marginale à la décision »², qu'ils pourront être dispensés de publicité.

Ainsi, déjà en 2006, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille³ avait sanctionné l'absence d'information préalable de l'utilisation de sous-critères par le pouvoir adjudicateur. Si le juge s'était prononcé sur le manque d'information, en revanche, il n'avait pas fait état de l'absence de pondération de sous-critères. Dans un arrêt en date du 12 octobre 2007, Région Réunion⁴, la Cour administrative d'appel de Bordeaux envisageait, en application de la jurisprudence communautaire, que les sous-critères n'avaient pas à être publiés sous réserve de ne pas avoir pour effet de modifier les critères de sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse, ni avoir d'effets discriminatoires, ni d'effets sur la préparation des offres. Toutefois, elle jugeait que les sous-critères utilisés ne respectaient pas ces conditions et annulait la procédure. Dans le même sens, le tribunal administratif de Strasbourg⁵ s'est prononcé en faveur de l'annulation d'une procédure de marché, car le pouvoir adjudicateur n'a pas porté à la connaissance des candidats potentiels les six sous-critères pondérés, concernant la valeur technique ainsi que le mode de calcul des critères relatifs au prix et aux délais d'exécution.

De la même manière, en l'espèce, dans ses deux arrêts en date du 14 mai 2009, la Cour administrative d'appel de Bordeaux rappelle, tout d'abord, ces conditions strictes d'utilisation des sous-critères, et recherche ensuite, si leur utilisation a respecté les conditions posées par le juge communautaire.

b) Une liberté de plus en plus limitée par une analyse affinée des juges

En effet, afin de déterminer si les sous critères utilisés auraient dû être préalablement portés à la connaissance des candidats, les juges effectuent une analyse approfondie qui pourrait être interprétée comme un contrôle d'opportunité.

Ainsi, le Conseil d'État a déjà jugé que les sous-critères définis dans les documents de la consultation doivent reposer sur des éléments contenus dans celui-ci⁶, alors même que ledit sous critère était déterminé et sous pondéré, mais qu'aucune exigence particulière n'était définie dans les documents de la consultation. Par ailleurs, dans une ordonnance du Tribunal Administratif de Paris⁷, le juge apprécie qu'une pondération de 15 % pour un sous-critère ne correspond pas à la

¹ aff. C-331/04, ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc et a. c/ ACTV Venezia SpA et a.

² CAA Bordeaux, 12.10.2007, Région Réunion c/ Préfet de La Réunion, req. 07BX01819, comm. J.D. Dreyfus, AJDA 2008, p. 44.

³ TA Marseille, 26.07.2006, Société FM Développement.

⁴ CAA Bordeaux, 12.10.2007, Région Réunion c/ Préfet de La Réunion, req. 07BX01819, comm. J.D. Dreyfus, AJDA 2008, p. 44.

⁵ TA Strasbourg, ordonnance 16.03.2009, Marché de pose de canalisation, req. N°0901056, SAS Eurovia Alsace-Franche-Comté c/ syndicat intercommunal d'assainissement de Dannemarie-Retzwiller-Wolfersdorf-Traubach-le-Bas, comm. J.D. Dreyfus, AJDA 2009 p. 994.

⁶ CE, 1^{er}.04.2009, Ministre de l'Écologie/ Société La Téléphonie Mahoraise, req. 321752, comm. J.M. Pastor, AJDA 2009, p. 683.

⁷ TA Paris, ordonnance 30.10.2008, CIMADE, comm. J.D. Dreyfus, AJDA 2009 p. 163.

fixation « de modalités pertinentes d'appréciation de la valeur technique de l'offre (...) eu égard à l'objet du marché », et qu'ainsi les intérêts des soumissionnaires se trouvaient lésés par une mauvaise prise en compte de leurs compétences.

De surcroît, dans l'espèce qui nous concerne, il apparaît dans l'analyse du juge, que le point déterminant est le fait que dans la pondération des sous-critères, sur huit, tous étaient notés sur 1 point sauf un (sous-critère de circuit de collecte) qui était noté sur 3 points. Ainsi, les candidats n'ayant pas eu la même note sur ce sous-critère, il s'avère que « l'absence de communication aux entreprises d'une telle information de nature à influencer la préparation de leur offre à entaché d'irrégularité la procédure de passation du marché ». La Cour administrative d'appel applique, ici, la même solution qu'elle avait dégagée dans son arrêt en date du 12 octobre 2007¹, dans lequel elle jugeait qu'un des huit sous-critères ayant été affecté d'une note double, cela avait pu avoir une influence déterminante pour la préparation des offres par les candidats.

Ce qui est donc sanctionné expressément dans ces espèces, c'est le risque de modifier le classement des offres par l'utilisation d'une pondération des sous-critères non définie à l'avance, même si les candidats « ne pouvaient ignorer qu'il s'agissait du sous critère le plus important ». Pourrait-on alors envisager qu'une décomposition en sous-critères à valeur égale, non portée à la connaissance des candidats potentiels, n'aurait pas été sanctionnée ? Les juges n'ont pas eu à se prononcer encore sur ce point. En l'absence de sous-critère, le pouvoir adjudicateur doit effectuer une appréciation globale, mais quel est le réel pouvoir discrétionnaire qu'il lui reste, alors que le juge pourra également sanctionner une erreur manifeste d'appréciation qui pourrait notamment apparaître à la lecture des lettres de motifs détaillées de rejets des offres. En effet, un critère doit s'analyser de manière globale, mais est généralement constitué par des éléments qui le décomposent. Selon l'étendue du contrôle du juge, le pouvoir adjudicateur aura aussi à se justifier de la note attribuée à l'offre. Par ailleurs, dès lors que le pouvoir adjudicateur définit des sous-critères, il conviendra qu'il n'omette pas de les rendre publics, car comment considérer que ceux-ci n'aient pas d'incidence sur la préparation des offres par les candidats, sauf à leur affecter une pondération à tous égale. Et même dans ce cas, on peut conserver une opinion réservée.

En conclusion, le juge accompagne « l'éducation » des acheteurs publics qui assimilant de nouvelles méthodes de jugement des offres, doivent aujourd'hui connaître préalablement à la réception des offres, le moindre détail qui pourrait les aider à choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, modeler les documents de la consultation en fonction, en informer les opérateurs économiques susceptibles d'être soumissionnaires et s'y tenir strictement. Car, pour obtenir un achat public efficace, il revient au pouvoir adjudicateur de mettre les candidats en position d'égalité, par la fixation de règles claires et définies à l'avance, et non discriminatoires. La moindre erreur d'analyse peut donc être fatale à l'acheteur public qui verra sa procédure de marché annulée s'il n'utilise pas exactement les critères et sous-critères définis préalablement ou se verra contraint d'utiliser ceux-ci qui pourront se révéler inadaptés au cours de l'examen des offres.

Toutefois, en marge de cette jurisprudence bien établie, le tribunal administratif de Versailles², a rendu un jugement qui rassurera sûrement les pouvoirs adjudicateurs. En l'espèce, le juge a considéré que les quatre sous critères, non préalablement portés à la connaissance des candidats potentiels, affectés respectivement de 50, 85, 150 et 255 points et utilisés lors de l'analyse des offres n'avait pas eu « ni pour objet ni pour effet de modifier les critères

¹ CAA Bordeaux, 12.10.2007, Région Réunion c/ Préfet de La Réunion, req. 07BK01819, comm. J.D. Dreyfus, AJDA 2008, p. 44.

² TA Versailles, 12.02.2009, Centre national de la recherche scientifique, req. 0804414, AJDA 5 octobre 2009, p. 1390.

d'attribution annoncés ; que le jugement de la valeur technique et organisationnelle des offres au regard de ce sous-critère n'a pas emporté d'effet discriminatoire envers l'un ou l'autre des candidats ; qu'il ne reposait pas sur des éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu l'influencer ». En effet, eu égard en particulier à son objet, la teneur du sous-critère « moyens humains » (affecté de 255 points) ressortait, d'après le juge, clairement des éléments devant figurer dans le mémoire technique des candidats.

Tous les acteurs de l'achat public attendront avec impatience un arrêt du Conseil d'État venant préciser les indices indiquant les hypothèses dans lesquelles les sous-critères devront être portés à la connaissance des candidats potentiels, et venant définir l'étendue du contrôle du juge.

3 / La réaffirmation des conditions de dérogation à l'effet rétroactif de l'annulation des contrats

Enfin, on peut être surpris par le dernier moyen qui apparaît dans l'arrêt. La SCP Charrel tente-elle, suite à l'apparition d'une nouvelle voie de recours (introduction d'un référé contractuel¹) de faire opérer un revirement de jurisprudence au Conseil d'État, en vue de limiter le déféré préfectoral aux seules décisions unilatérales des autorités administratives des collectivités locales et leurs groupements.

Le TCO, en l'espèce, invoquait le moyen selon lequel, l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'emporte pas automatiquement l'annulation du contrat concerné. La Cour ne répond pas à ce moyen inopérant. Elle rappelle implicitement la jurisprudence constante du Conseil d'État selon laquelle le préfet dispose d'une voie de recours dérogatoire. En effet, le déféré préfectoral peut s'exercer à l'encontre d'un contrat. Ainsi, le recours pour excès de pouvoir exercé par le préfet peut conduire à l'annulation d'un contrat, puisqu'en l'espèce, il ne vise pas l'acte détachable. Toutefois, elle précise (en application de l'article L.551-2 CJA) qu'il appartient au juge de vérifier « que la nullité du contrat ne portera pas, si elle est constatée, une atteinte excessive à l'intérêt général ». Si le TCO souhaitait déroger à l'effet rétroactif de l'annulation du contrat, il aurait dû apporter des éléments « sur l'atteinte excessive à l'intérêt général » qui pourrait résulter d'une annulation des contrats en cause.

La Cour administrative d'appel confirme ainsi les jugements du Tribunal administratif de Saint-Denis en ce qu'ils ont annulé les décisions des 27 et 28 avril 2006 rejetant les recours gracieux du Préfet de La Réunion, et également annulé les marchés en cause.

¹ Ord. n°2009-515, 7 mai 2009, relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, JO 8 mai, p. 7796.