

De l'obligation d'exiger des justificatifs à l'appui des offres, et de quelques autres précisions procédurales. Conseil d'État, 5 février 2018, n° 414508, Compagnie d'autocars des Alpes-Maritimes

Florian Linditch

▶ **To cite this version:**

Florian Linditch. De l'obligation d'exiger des justificatifs à l'appui des offres, et de quelques autres précisions procédurales. Conseil d'État, 5 février 2018, n° 414508, Compagnie d'autocars des Alpes-Maritimes. La Semaine Juridique. Administrations et collectivités territoriales, 2018. hal-02121874

HAL Id: hal-02121874
https://amu.hal.science/hal-02121874

Submitted on 6 May 2019

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.

De l'obligation d'exiger des justificatifs à l'appui des offres, et de quelques autres précisions procédurales

Chapo :

Le conseil d'Etat considère que lorsque, pour fixer un critère ou un sous-critère d'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur prévoit que la valeur des offres sera examinée au regard d'une caractéristique technique déterminée, il lui incombe d'exiger la production de justificatifs lui permettant de vérifier l'exactitude des informations données par les candidats. Cette nouvelle exigence de production de justificatif devrait générer de nouveaux contentieux, alourdir les charges des concurrents et de l'acheteur public, ce qui explique la réticence des pouvoirs adjudicateurs, comme en témoigne le présent contentieux.

Conseil d'Etat, 5 février 2018, n° 414508, Compagnie d'autocars des Alpes-Maritimes

3. Considérant que lorsque, pour fixer un critère ou un sous-critère d'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur prévoit que la valeur des offres sera examinée au regard d'une caractéristique technique déterminée, il lui incombe d'exiger la production de justificatifs lui permettant de vérifier l'exactitude des informations données par les candidats ; que, toutefois, en estimant, pour juger que la métropole avait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, que le règlement de consultation faisait de l'âge des véhicules une exigence particulière sanctionnée par le système d'évaluation des offres, le juge des référés du tribunal administratif de Nice a dénaturé les pièces du dossier qui lui était soumis ;

4. Considérant qu'il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, que la métropole Nice Côte d'Azur est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance qu'elle attaque ;

(…)

7. Considérant, en deuxième lieu, qu'il ne résulte pas de l'instruction que le pouvoir adjudicateur aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en estimant suffisants les moyens techniques, notamment la flotte de véhicules, dont dispose la société Flash Azur Voyage, son expérience dans le domaine du transport de voyageurs ainsi que ses capacités financières ; que, contrairement à ce que soutient la société requérante, le pouvoir adjudicateur n'était pas tenu de rejeter comme irrégulière l'offre de la société attributaire dès lors que celle-ci avait justifié de la commande d'un car neuf et du prêt d'un tel véhicule entre le début de l'exécution du marché et la livraison du car commandé ;

8. Considérant, en troisième lieu, qu'ainsi qu'il a été dit au point 3, la métropole n'était pas tenue de demander des justificatifs aux candidats sur l'âge des véhicules utilisés dès lors que le règlement de la consultation n'en faisait pas une exigence particulière sanctionnée par le système d'évaluation des offres ;

Note :

Les marchés de transport en commun sont appelés à contribuer grandement au régime des dossiers d'offres. La remarque n'est pas si étonnante, car il est permis de se demander si la présente affaire aurait eu lieu si auparavant, le conseil d'Etat n'avait pas déjà tranché la question des justificatifs à fournir à l'appui de l'offre, précisément en matière de transports » *(Conseil d'Etat, 9 novembre 2015, n° 392785, Société Autocars de l'Ile de Beauté).*

La question des justificatifs à fournir est récurrente, l'administration tenue de simplifier ses procédures de passation (« simplifier » signifiant alléger les formalités imposées aux concurrents), tend à se satisfaire de la description des moyens mis en œuvre dans un mémoire technique fourni par l'entreprise à l'appui de son offre. Mémoire technique ultérieurement contractualisé, ce qui permettra d'exiger, au besoin en appliquant les armes contractuelles (pénalités, résiliation, etc…) que les moyens annoncés soient bien disponibles au moment de l'exécution.

Cependant, il semblerait que les concurrents évincés aient désormais trouvé un nouveau moyen pour discuter l'attribution du marché en convaincant le juge que le mémoire pourrait n'être qu'une vague promesse, jamais tenue, et qu'il convient d'imposer à l'administration de demander des justificatifs.

L'obligation d'exiger des justificatifs correspondant aux éléments de l'offre donnant lieu à une appréciation pour l'attribution du marché ne se laisse pas appréhender facilement (I). De surcroît, elle devrait entraîner des conséquences importantes, tant pour les concurrents que pour les acheteurs publicsdont certaines vont à rebours de la volonté affichée par les pouvoirs publics de simplifier le droit des marchés publics (II).

I – La nouvelle obligation de fournir des justificatifs à l'appui de l'offre

Selon le conseil d'Etat « lorsque, pour fixer un critère ou un sous-critère d'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur prévoit que la valeur des offres sera examinée au regard d'une caractéristique technique déterminée, il lui incombe d'exiger la production de justificatifs lui permettant de vérifier l'exactitude des informations données par les candidats » *(considérant 3).*Formulation impeccable, mais également implacable : tant dans son champ d'application (A) que dans la formulation de son contenu (B).

A – Un champ d'application plus vaste qu'il n'y paraît

S'agissant du champ d'application, la règle est présentée comme ne s'appliquant qu'à certaines hypothèses « lorsque, pour fixer un critère ou un sous-critère d'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur prévoit que la valeur des offres sera examinée au regard d'une caractéristique technique déterminée ».

Mais en réalité, hormis le critère prix il n'est pas un critère qui ne nécessite l'appréciation d'une « caractéristique technique ». Si le critère délai a été utilisé par exemple, ne faudra-t-il pas demander un justificatif aux candidats, à savoir qu'ils démontrent comment ils sont en mesure de tenir le délai qu'ils annoncent ?

Quant au critère «Valeur technique »,il paraît visé à titre principal par l'exigence de justificatifs. Il semble même que chacun des sous-critères qui le composent habituellement implique de porter une appréciation sur une « caractéristique technique déterminée ». A titre d'illustration, les matériaux et produits proposés, le matériel, la méthodologie d'intervention, l'équipe dédiée,son organisation. Il pourrait également fonctionner sur d'autres critères : le délai d'exécution proposé, la démarche environnementale, etc…

A défaut de précision sur le champ d'application de la règle dégagée par le conseil d'Etat, il faudra s'attendre à une recrudescence de l'utilisation du moyen par les candidats évincés. Ce nouveau moyen pourrait bien être le pendant du contrôle de l'offre anormalement basse pour l'application du critère prix. Et si tel est le cas, le moyen sera le plus souvent dévoyé : il permettra à peu de frais de bloquer l'attribution du marché, non sans s'être procuré toute information utile sur son concurrent attributaire à l'occasion de la procédure contentieuse.

B – Le contenu de la règle imposant de produire des justificatifs

Le « justificatif » ne se laisse pas aisément appréhender, de nombreuses questions demeurent en suspens tant pour ce qui concerne sa définition (1), que sa nature (2).

1) Définition du justificatif

S'agissant du contenu de la règle, elle-même : il « incombe (au pouvoir adjudicateur) d'exiger la production de justificatifs lui permettant de vérifier l'exactitude des informations données par les candidats ».

Quelle est la définition d'un justificatif ? Le terme semble tomber sous l'évidence, tellement que le conseil d'Etat ne le définit pas. Pourtant des questions intéressantes pourraient se poser : le justificatif peut-il être établi par le concurrent lui-même ? Ou bien doit-il faire intervenir un tiers certificateur ?

Le justificatif peut-il consister en une simple démonstration ou affirmation du candidat, ou doit-il être accompagné d'éléments probants ? Par exemple, si le candidat fait état de l'intervention d'un personnel qualifié, devra-t-il produire simplement son propre organigramme (preuve établie par lui-même), ou les contrats de travail ? On imagine sans peine, l'alourdissement de la procédure qui en résultera, tant pour les concurrents que pour l'acheteur public lui-même.

Quels justificatifs demander ? Compte tenu de la diversité des critères et sous-critères concernés, il est bien difficile d'endresser la liste.Quelques exemples peuvent être imaginés :

- La preuve qu'on disposera du matériel prévu au moment de l'exécution ;
- La même preuve pour le personnel annoncé (effectif et qualification, le cas échéant) ;
- Idem, pour l'encadrement ;
- Idem, pour les assurances …

Pour compléter cette liste, il conviendra d'en revenir à la formule retenue par le conseil d'Etat : il y a lieu de produire un justificatif dès lors qu'il existe« une exigence particulière sanctionnée par le système d'évaluation des offres ». Cette formule recèle une contradiction :« exigence particulière » porte à considérer que la règle sera d'application exceptionnelle, alors que la « sanction(…) par le système d'évaluation des offres » vise l'ensemble des procédures. On comprend en effet que dès lors qu'un sous-critère technique implique la notation, pour chaque sous-critère, il faudra prévoir un ou plusieurs justificatifs.

2) Nature du justificatif : partie de l'offre ou simple complément ?

Le moment de l'exigence de justificatifs pose également question. La solution la plus probable est que les justificatifs doivent être demandés dès le départ, à l'appui de l'offre dont ils font désormais partie dès lors que comme le mémoire technique qu'ils illustrent, ils auront vocation a être contractualisés (dans ce cas, le titulaire du marché s'exposerait à une action en responsabilité contractuelle et/ou à des pénalités s'il n'exécute pas son marché conformément au justificatif). Cependant, rien n'interdit par principe la production des justificatifs en cours de procédure, dès lors que celle-ci intervient avant la notation des offres. On se trouverait alors dans le cas d'une régularisation de l'offre. Avec l'inévitable question : la fourniture d'un justificatif doit-elle s'analyser en régularisation ou comme un simple complément substantiel de l'offre initiale ?

II – Les questions soulevées par la nouvelle règle imposant la production du justificatif

La nouvelle exigence de production de justificatif devrait générer de nouveaux contentieux (A), alourdir les charges des concurrents et de l'acheteur public (B). Elle devrait être mal accueillie par les pouvoirs adjudicateurs, comme en témoigne le présent contentieux (C).

A - Vers un « contentieux du justificatif »

Au-delà des imprécisions qui viennent d'être signalées, il est d'ores et déjà possible d'apercevoir le contentieux que la nouvelle règle ne manquera pas de générer.

Chacune des questions qui précèdent est susceptible de se transformer en moyen contentieux. On voudrait en dresser la liste en espérant n'en oublier aucun :

- L'acheteur a omis de demander un justificatif, alors qu'il le devait ;
- L'acheteur a demandé un justificatif alors que ce n'était pas obligatoire ;
- Il a imposé un justificatif particulier, alors d'autres permettaient d'établir la véracité des informations contenues dans le mémoire technique ;
- Il a mal apprécié le justificatif fourni (le trouvant suffisant, ou insuffisant, ce qui implique de rejeter l'offre) ;
- Il a demandé un complément de justificatif, ou un nouveau justificatif et se voit accusé d'avoir été au delà de la régularisation de l'offre.

La présente affaire démontre à l'évidence la réalité du risque contentieux, devait-on considérer comme « irrégulière l'offre de la société attributaire dès lors que celle-ci avait justifié de la commande d'un car neuf et du prêt d'un tel véhicule entre le début de l'exécution du marché et la livraison du car commandé » ? Fort heureusement, le conseil d'Etat répond par la négative. Soit. On est même porté à considérer que le juge se montrera ouvert à une multiplicité de justificatifs possibles. Car s'il avait interprété de manière stricte l'exigence d' « un car neuf », il n'aurait admis que la seule preuve de sa possession par le concurrent (titre de propriété, contrat de location… pour la durée du marché).

B - Effets indésirables de l'exigence du justificatif sur les concurrents et sur l'acheteur public

Au final, ces justificatifs augmenteront la difficulté de réponse des entreprises, désormais sommées de prouver ce qu'elles affirment en réponse à chacun des critères et sous-critères techniques.

On pourrait même redouter que leur exigence soit de nature à décourager les concurrents de répondre, spécialement les PME et les TPE.Si tel est le cas, les conséquences néfastes ne se limiteront alors pas aux seuls candidats, mais pénaliseront également l'acheteur public qui privé d'une partie des offres potentielles acquittera un prix plus élevé.

Quant au pouvoir adjudicateur, il devra traiter correctement les justificatifs, après analyse d'un dossier nécessairement plus volumineux et disparate (sauf à imposer un justificatif particulier).

La nouvelle obligation exposedès lors l'acheteur à plus de travail, et à plus de risques. On remarquera que, loin de constituer une simple gestion des justificatifs composant les dossiers d'offres, la nouvelle règle imposera à l'acheteur public à s'avancer sur des terres inconnues. Il lui faudra désormais se mêler du process, de la méthode utilisée par le candidat, et ce avant même que de pouvoir comparer son offre à celle des concurrents.

Cette obligation n'est pas sans rappeler celle de l'offre anormalement basse qui conduit l'acheteur à pénétrer dans la micro, voire la macro économie, et généralement à son détriment, si l'on considère le nombre de contentieux perdus par l'administration.

Or la question des justifications génère l'obligation d'entrer dans la compréhension fine des méthodes de travail du concurrent dont l'offre est analysée. Il y a là une obligation nouvelle dont l'acheteur était jusqu'à présent dispensé en utilisant le mode déclaratif : le concurrent affirmait, démontrait dans son mémoire technique, puis, ce mémoire étant contractualisé, il engageait sa responsabilité s'il ne tenait pas ce qu'il a promis.

Désormais, le même concurrent devra prouver la réalité de ce qu'il affirme, et s'exposera au rejet de son offre pour ne pas l'avoir fait. Etait-ce bien nécessaire d'en arriver là ?

C – Un indice du rejet de la règle par les acheteurs : le présent recours en cassation, signal à prendre en compte par le conseil d'Etat

Les acheteurs publics, pour les raisons qui précèdent, ou d'autres que nous n'apercevons pas encore, ne verront pas arriver de gaîté de cœur la nouvelle règle.

La réaction de la Métropole de Nice témoigne de cet état d'esprit. Reprenant, le moyen tenant à l'obligation pour les candidats de produire les éléments probants à l'appui de leur offre, un candidat évincé avait obtenu l'annulation de la procédure. Fait rarissime, l'acheteur public, en l'occurrence la métropole Nice Côte d'Azur s'est pourvue en cassation contre l'ordonnance du juge des référés précontractuel.

Fait rarissime, car il faudra bien se résoudre à l'évidence : le recours en cassation ne fonctionne pas dans la matière du référé précontractuel. De deux choses l'une :

- Soit le candidat évincé l'a emporté, et il est bien rare que le pouvoir adjudicateur, ayant à reprendre sa procédure de passation et, le plus souvent, à résoudre des problèmes de délais pour conclure un marché

en temps et en heure, se soucie de faire avancer le droit, en espérant obtenir une cassation qui de toute manière ne lui permettra pas de rattraper le temps perdu ;

- Soit l'acheteur public obtient le rejet du référé, si le concurrent évincé persévère son recours en cassation ne sera pas suspensif, il lui suffira de signer le marché pour lui faire échec.

Cette situation est pour le moins démotivante. Si l'on ajoute la raréfaction des recours liée à sa subjectivisation (le fameux « intérêt lésé » de la jurisprudence SMIRGEOMES), on doit s'étonner de voir encore des référés précontractuels devant le conseil d'Etat.

Ces constats préliminaires fournissent déjà un premier enseignement. Ce n'est plus pour sauver un marché annulé par le juge des référés qu'un acheteur public se pourvoit en cassation, mais parce que, comme ici, la solution dégagée par le juge est de nature à compliquer à l'infini les prochaines procédures de passation, et pas seulement en matière de transport.

On pourrait donc y voir un avertissement. Le recours en cassation, absolument inutile lorsqu'il s'agit de sauver une procédure annulée par le juge du fond, traduit un malaise des requérants sur l'état du droit. Loin de vouloir sauver une procédure de passation, ils espèrent que la Haute juridiction mettra fin à une règle inadaptée.

Visiblement, les requérants n'ont pas été entendus…