

PASSATION

De la nécessité de communiquer les motifs de rejet d'une offre

La méconnaissance de l'obligation de communication des motifs de rejet d'une offre constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, et peut dès lors faire l'objet d'un référé précontractuel.

Mathieu Heintz,
responsable du service des marchés
au conseil général de l'Isère.

[Référence : CE du 21 janvier 2004,
Société Aquitaine Démolition, req. n° 253509]

Mots clés MARCHÉ PUBLIC | PASSATION | IRRÉGULARITÉ | RÉFÉRÉ PRÉCONTRACTUEL | OBJET |

L'objet du référé précontractuel est-il de corriger les irrégularités qui interviennent en amont des procédures de passation des contrats publics ou durant toutes les étapes de celles-ci ? C'est à cette question que répond un récent arrêt du Conseil d'État.

La société Aquitaine Démolition a répondu à un appel d'offres lancé par l'office public d'aménagement et de construction de la communauté urbaine de Bordeaux Aquitains (OPAC Aquitains) en vue de la déconstruction de deux cents logements. Ayant été informée le 13 décembre 2002 du rejet de son offre, elle a sollicité par écrit auprès du maître d'ouvrage la communication des motifs de cette décision. En l'absence de réponse de l'OPAC, la société a saisi le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Bordeaux d'une demande tendant à ce que soit ordonnée, en application de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative (CJA), la communication des motifs de rejet de son offre, la suspension du marché et l'annulation de la procédure d'appel d'offres. Le juge des référés a rejeté ces demandes par une ordonnance en date du 3 janvier 2003. La société s'est pourvue en cassation. Le Conseil d'État, par un arrêt en date du 21 janvier 2004, a annulé l'ordonnance du 3 janvier 2003, notamment, en tant qu'elle n'a pas ordonné la communication des motifs de son éviction à la société requérante. Dans cet arrêt, la haute cour considère que la méconnaissance de l'obligation de communication des motifs de rejet d'une offre constitue une atteinte aux obligations de publicité et de mise en concurrence dont il appartient au juge du référé précontractuel de sanctionner les violations.

L'intérêt de cet arrêt réside dans le fait qu'il étend le champ d'application du référé précontractuel dans les procédures de passation des contrats, ce dernier n'étant pas restreint aux phases de lancement et de sélection des entreprises, mais inclut également l'information des candidats évincés avant la signature du marché avec l'attributaire. Par ailleurs, et dans la continuité de cette jurisprudence, il est permis de s'interroger sur la conformité des dispositions du Code des marchés publics au regard de celles de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relatives à l'obligation de motivation des décisions individuelles défavorables.

I. UNE ATTEINTE À L'OBLIGATION DE PUBLICITÉ ET DE MISE EN CONCURRENCE

Le référé précontractuel a été longtemps perçu comme un moyen de corriger les irrégularités qui interviennent en amont de la procédure de passation des marchés⁽¹⁾. Ceci s'explique par le fait que la quasi totalité des dispositions préalables à la phase de sélection des candidatures et des offres a pour objectif le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence. En réalité, les manquements censurés par le juge affectent toutes les étapes de passa-

tion des marchés publics, du lancement de la procédure à l'information des candidats évincés⁽²⁾.

- Ainsi, le défaut de publicité communautaire lorsqu'elle est obligatoire vicie la procédure⁽³⁾. De même, l'absence d'une mention obligatoire dans l'avis d'appel public à la concurrence, comme par exemple les motifs d'ordre technique justifiant le recours à une procédure de conception-réalisation, méconnaît les obligations de publicité⁽⁴⁾.
- Pour ce qui est des délais, constitue une violation des obligations de mise en concurrence, le non respect du délai de réception des candidatures de 37 jours en procédure restreinte⁽⁵⁾. Par ailleurs, dans l'hypothèse de la modification importante du programme d'un marché en cours de consultation, la brièveté du délai laissé aux candidats pour modifier leur offre manque à l'obligation de mise en concurrence⁽⁶⁾.
- Les règles de consultation ne doivent pas être discriminatoires. Ainsi, des contradictions dans des documents de consultation, dans la mesure où ils ne permettraient pas aux candidats d'être complètement informés de l'objet et de l'étendue réelle de la mission dont ils seraient chargés, constituent un manquement aux obligations

(1) *Concl. M. Chantepy sur CE du 3 novembre 1995, CCI de Tarbes et des Hautes-Pyrénées* : RFDA, 1997, p. 1082.

(2) *Conseil d'État, Rapport public 2002. Collectivités publiques et concurrences, La documentation française*, p. 290-292.

(3) *CE ass. du 10 juin 1994, Cne de Cabourg* : Lebon, p. 300, *concl. M. Lasvignes*.

(4) *TA Lyon du 13 octobre 1999, Sté OTV et a., req. n°s 9903907 et 9903990* : BJC, 2000, n° 10, p. 214.

(5) *TA Grenoble du 17 mars 1993, Sté Polytec, req. n° 93589*.

(6) *TA Lyon du 13 octobre 1999, Sté OTV et a., préc.*

de publicité et de mise en concurrence⁽⁷⁾. Pareillement, les critères de sélection des candidatures ou des offres doivent être en rapport avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution⁽⁸⁾.

- Enfin, dans certains cas, l'irrégularité de la composition de la commission d'appel d'offres peut avoir un impact sur le choix des candidats et rompre l'égalité de traitement entre eux. Il s'agit dès lors d'une violation de l'obligation de publicité et de mise en concurrence⁽⁹⁾.

Dans l'arrêt Société Aquitaine Démolition c/OPAC Aquitanis, le Conseil d'État déplace le curseur du champ d'application du référé précontractuel vers l'une des étapes finales de la procédure de passation, celle de l'information des candidats évincés.

L'article 76 du code 2001, repris selon la même formulation à l'article 77 dans le code 2004, prévoit que « la personne responsable du marché communique, dans un délai de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre ». Aussi, la méconnaissance de l'obligation de communication qui résulte de cette disposition constitue une atteinte aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Saisi en application de l'article L. 551-1 du CJA sur ce moyen, le juge peut donc suspendre la procédure de passation du marché en cause et enjoindre à la personne publique d'apporter au requérant la motivation de son éviction. Sans cette communication, le candidat ne serait pas en mesure de contester le rejet qui lui est opposé.

Dans cet arrêt est censuré le non respect d'une obligation qui intervient en toute fin de procédure d'attribution. Pour autant, celle-ci est encore couverte par la sphère de l'article L. 551-1 du CJA. Dans un jugement du tribunal administratif de Clermont-Ferrand le juge considère que dans le cadre de l'article L. 22 (devenu L. 551-1

du CJA) seuls peuvent être opérants les manquements susceptibles d'avoir porté atteinte aux chances du requérant de conclure le contrat⁽¹⁰⁾. Or, dans l'arrêt Société Aquitaine Démolition, il ne s'agit pas pour le requérant de contester directement une atteinte à ses chances de conclure le contrat, mais de lui donner le moyen de connaître dans un premier temps le motif du rejet de son offre pour pouvoir, dans un second temps, le contester. Il faut donc avoir une compréhension large du champ de compétence du juge des référés précontractuels. En d'autres termes, peuvent être invoqués devant le juge « rien que les moyens tirés des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence mais tous les moyens tirés de ces manquements »⁽¹¹⁾.

Malgré le champ d'application étendu de l'article L. 551-1 du CJA, les garanties consenties au candidat évincé ne sont pas totalement efficaces. En effet, en marge de cet arrêt, peut être posée la question de savoir si le principe de la motivation du rejet sur sollicitation du candidat (art. 77 du code 2004) respecte les exigences de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs.

II. L'OBLIGATION DE MOTIVER SANS DÉLAI DES DÉCISIONS INDIVIDUELLES DÉFAVORABLES

L'article 76 du Code des marchés publics 2004 prévoit que « la personne publique, dès qu'elle a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, avise tous les autres candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres ; un délai d'au moins dix jours doit être respecté entre la date à laquelle la décision est notifiée aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue et la date de signature ».

Cette disposition reprend une jurisprudence récente du tribunal administratif de

Paris concernant le code 2001 qui prescrivait certes l'obligation de prévenir les candidats non retenus du rejet de leur offre, sans que le moment de cette information soit précisé. Or, pour le juge administratif, les candidats évincés doivent être informés avant la signature du marché, ceci afin de garantir l'effectivité du référé précontractuel⁽¹²⁾. Cette information étant une formalité essentielle dont l'omission entache de nullité la décision de passation du marché. Le code 2004 prescrit donc un délai d'au moins dix jours entre la notification du rejet aux candidats et la signature du marché. Cependant, le code ne rend pas obligatoire, à ce stade, la motivation de l'éviction. Celle-ci n'intervient qu'à la demande du candidat évincé. La personne publique dispose alors, conformément à l'article 77 du Code des marchés publics, d'un délai de quinze jours pour communiquer à l'intéressé les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre.

Cette dissociation de l'information de l'éviction, de la motivation de cette décision, soulève deux observations. Tout d'abord, elle crée de la lourdeur, voire de l'insécurité, pour les soumissionnaires aux marchés publics. En effet, l'entreprise à laquelle aura été notifié le rejet de son offre, et en l'absence de motivation de cette décision, devra si elle le souhaite demander par écrit communication du motif de son éviction. Dans cet intervalle, et dans la mesure où un délai d'au moins dix jours se sera écoulé à compter de la notification aux candidats de leur éviction, le marché pourra être valablement signé. Dès lors que le contrat est conclu, le juge des référés précontractuels perd ses pouvoirs.

En revanche, l'entreprise au fait des procédures cherchera à obtenir du juge, dès la notification de son rejet, la suspension de la signature du contrat dans l'attente de la motivation de son éviction. Le risque étant alors que le référé précontractuel ne devienne dans cette hypothèse un moyen de pallier l'absence d'obligation qu'à l'administration de motiver simultanément ses décisions de rejet. On en vient alors à la seconde observation. La disposition du code qui prévoit que la communication des motifs du rejet se fait sur demande du candidat concerné ne contrevient-elle pas à l'obligation de motivation sans délai des décisions individuelles défavorables ?

Aux termes de l'article 1^{er} de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979, les personnes physiques

(7) CE du 22 mars 2000, M. et M^{me} Lasaulce, req. n° 207804.

(8) CE du 25 juillet 2001, Cne de Gravelines, req. n° 229666.

(9) TA Lyon du 31 août 1994, Sté Piani c/District de Villefranche, req. n° 94-03107.

(10) TA Clermont-Ferrand du 16 juillet 1999, Sté Stereau c/District de l'agglomération vichyssoise, req. n° 990880.

(11) Droit des marchés publics, III.651-2-7, p. 8, Éditions du Moniteur.

(12) TA Paris du 1^{er} avril 2003, Sté Sodisfom, req. n° 0113066/6, concl. A. Guedj : AJDA, 2 juin 2003, p. 1111 ; « L'efficacité accrue du référé précontractuel ou comment le juge se substitue au législateur », R. Granjon, CP-ACCP, n° 25, septembre 2003, p. 66.

ou morales ont le droit d'être informées sans délai des motifs des décisions administratives individuelles qui les concernent. La motivation n'est exigible qu'à l'égard des décisions défavorables qui entrent dans l'une des catégories limitativement énumérées par la loi, à savoir les décisions qui :

- restreignent l'exercice des libertés publiques ou qui constituent une mesure de police ;
- infligent une sanction ;
- subordonnent l'octroi d'une autorisation à des conditions restrictives ou qui imposent des sujétions ;
- retirent ou abrogent une décision créatrice de droits ;
- opposent une prescription, une forclusion ou une déchéance ;
- refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir ;
- refusent une autorisation.

Dans un arrêt de 1994, le Conseil d'État assimile le rejet d'une candidature pour une concession de transports de fonds dans un aéroport à un refus d'autoriser le candidat à circuler dans la zone réservée de cet aéroport⁽¹³⁾. Partant de cette interprétation extensive de la notion d'autorisation, le fait d'évincer une entreprise constitue bien une décision administrative individuelle défavorable qui doit être motivée. D'autre part, la motivation doit être contemporaine à l'acte, c'est-à-dire figurer dans le corps même de l'acte ou sur un document explicite qui l'accompagne⁽¹⁴⁾. En conséquence, les dispositions des articles 76 et 77 du Code des marchés publics paraissent illégales au regard de la loi du 11 juillet 1979 en tant qu'elles ne rendent pas obligatoires la motivation conjointement à l'information du rejet.

(13) CE, 21 octobre 1994, *Rec. Lebon*, p. 449.

(14) J.-Y. Vincent, *Motivation de l'acte administratif*, *Juris-Classeur adm.*, fasc. 107-30.

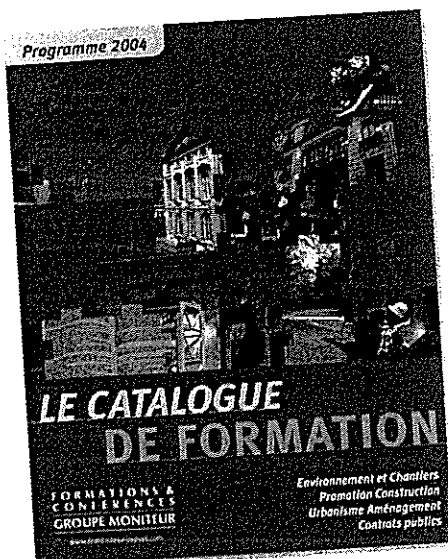
(15) R. Granjon, *préc.*

(16) « Fini la course à la signature ! Les nouvelles règles d'information des candidats évincés », S. Palmier, *CP-ACCP*, n° 31, mars 2004 (numéro spécial Code des marchés publics 2004), p. 89.

CONCLUSION

L'arrêt Société Aquitaine Démolition contribue à renforcer l'efficacité du référé pré-contractuel⁽¹⁵⁾. Cependant, cette extension du champ de l'article L. 551-1 du CJA⁽¹⁶⁾ n'est pas détachable de la récente réforme du code des marchés publics. Les obligations de délais à respecter avant la signature des marchés apportent certes des garanties fortes aux concurrents, néanmoins il conviendra de trouver le juste équilibre entre cette nécessaire sécurité juridique des soumissionnaires et l'inquiétude des acheteurs publics face à des délais de passation de plus en plus longs. ■

Les Formations Contrats publics du Groupe Moniteur



Plus de 100 stages pour actualiser
vos connaissances et tout savoir
sur le nouveau Code des marchés publics

- ↳ Une expertise unique
- ↳ Des solutions individualisées
- ↳ Des stages opérationnels
- ↳ Des dossiers pédagogiques complets

Vous pouvez recevoir gratuitement le catalogue de formations 2004
en appelant le **01 40 13 37 07**