

Application des principes fondamentaux de la commande publique

Le juge administratif ne cesse d'affiner la portée des principes d'égalité de traitement des candidats, de liberté d'accès et de transparence des procédures en fournissant d'utiles précisions sur leur application en pratique. Voici un aperçu des arrêts récents en la matière.

L'article L. 3 du Code de la commande publique consacre les trois principes fondamentaux qui irriguent l'ensemble du droit de la commande publique et qui sont opposables à tous les acheteurs publics, quels que soit le montant du marché et la procédure suivie pour son attribution. En effet, les principes d'égalité de traitement des candidats, de liberté d'accès et de transparence des procédures constituent les principes cardinaux de la matière et façonnent un bon nombre des règles relatives à la procédure de passation.

Bien que ces principes soient aujourd'hui codifiés, le juge administratif ne cesse d'affiner leur portée en fournissant d'utiles précisions sur leur application en pratique. Précisément, ces derniers mois, le juge a eu l'occasion de confirmer certaines positions jurisprudentielles établies mais également de livrer des précisions nouvelles sur l'étendue de ces principes.

D'abord, s'agissant de l'application de ces principes en territoire ultra-marin, le Conseil d'État confirme qu'aucun territoire français n'échappe à la stricte observation des grands principes de la commande publique.

La Haute juridiction a également rappelé les obligations qui s'imposent à la personne publique en matière de transparence vis-à-vis des élus et des candidats.

Enfin, la cour administrative d'appel de Douai a indiqué que les principes de transparence et d'égalité de traitement ne s'opposent pas à ce que les candidats puissent proposer des solutions équivalentes aux caractéristiques techniques, même en l'absence de mention expresse dans les documents de la consultation.

Auteur

Anna Véran
Alexandra Ouzar
Avocates
Cabinet Seban Avocats

Application des principes essentiels de la commande publique sur le tout le territoire français

Par une décision du 29 décembre 2023⁽¹⁾, le Conseil d'État, saisi par le tribunal administratif de la Polynésie française⁽²⁾, s'est prononcé sur la conformité des dispositions de l'article LP. 28 de la loi du pays du 7 décembre 2009 qui prévoient, en substance, la franchise des règles de publicité et de mise en concurrence des délégations de service public lorsqu'un établissement public confie la gestion d'un service public à une société filiale dont il détient plus de la moitié du capital.

On rappellera que la Polynésie française dispose de la faculté d'établir ses propres règles de la commande publique sous réserve de respecter les grands principes de la commande publique, conformément à l'article L. 28-1 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004.

Tout en reconnaissant la possibilité pour la Polynésie française de fixer ses propres règles en matière de passation des contrats de la commande publique, le Conseil d'État affirme que ces règles doivent être érigées dans le respect des règles de la commande publique.

L'argumentation de la Polynésie française consistant notamment à justifier cette dérogation compte tenu des spécificités locales n'a pas convaincu le Conseil d'État lequel considère que ces affirmations sont trop générales et peu étayées. Le juge en conclut qu'une telle règle méconnaît les exigences constitutionnelles de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats.

Ainsi, le principe de spécialité législative dont bénéficie la Polynésie française ne l'exonère pas de l'observation scrupuleuse des grands principes de la commande publique.

Actualités en matière de principe de transparence des procédures

Récemment, le Conseil d'État a également précisé les contours du principe de transparence des procédures tant vis-à-vis de l'organe délibérant de la personne publique que des candidats.

Contrat de concession : l'exécutif ne doit pas nécessairement communiquer le projet de contrat à l'organe délibérant de la commune

Le respect du principe de transparence des procédures vis-à-vis de l'organe délibérant de la personne publique

était également au cœur de l'actualité jurisprudentielle récente. Le Conseil d'État est effectivement venu préciser l'étendu de l'information dont doivent disposer les élus avant de se prononcer sur l'attribution d'un contrat de délégation de service public⁽³⁾.

Pour mémoire, le Code général des collectivités territoriales impose que dans les communes de plus de 3 500 habitants, la convocation aux réunions du conseil municipal soit accompagnée d'une note explicative de synthèse précisant les points prévus à l'ordre du jour, sous peine d'irrégularité des délibérations prises, ou à défaut, que le maire fasse parvenir au conseil municipal, en même temps que la convocation, les documents leur permettant de disposer d'une information adéquate avant de délibérer. Cette information doit être adaptée à la nature et l'importance de l'affaire.

L'assemblée délibérante se prononce notamment sur le choix du délégataire des conventions de délégation de service public et doit, au titre de l'article L. 1411-7 du Code général des collectivités territoriales, se voir transmettre, quinze jours au moins avant sa délibération les documents sur lesquels elle est appelée à se prononcer.

C'est dans ce contexte que le conseiller municipal d'une commune a estimé que la convention de délégation de service public pour la production et la distribution de l'eau potable signée entre la commune et la société attributaire était entachée d'un vice entachant sa validité dès lors que le maire n'avait pas adressé au conseil municipal, dans le délai de quinze jours susvisés, le projet de contrat.

Le Conseil d'État a considéré, d'une part, qu'en écartant ce moyen alors que l'information adéquate de l'assemblée délibérante constitue une garantie pour tous ses membres dont la méconnaissance peut entacher l'illégalité de décision prise, la Cour administrative d'appel de Marseille avait commis une erreur de droit. Cependant, d'autre part, il a rappelé que lorsque la délibération concerne une convention de service public, les conseillers municipaux doivent simplement « être mis à même, par une information appropriée, quinze jours au moins avant la délibération, de consulter le projet de contrat accompagné de l'ensemble des pièces, notamment les rapports du maire et de la commission de délégation de service public, sans que le maire ne soit tenu de notifier ces mêmes pièces à chacun des membres du conseil municipal. ».

Dès lors, au cas présent, le maire de la commune n'était pas tenu de communiquer au préalable au conseil municipal le projet de convention de délégation de service public dès lors qu'il avait pu les mettre à même, par une information appropriée, de le consulter dans les quinze jours précédant la délibération.

Dans ces conditions, aucune atteinte au principe de transparence des procédures à l'égard du conseil municipal n'était caractérisée.

(1) CE 29 décembre 2023, req. n° 488288.

(2) Le tribunal administratif de la Polynésie française a saisi le Conseil d'État dans le cadre d'un jugement avant dire droit sur le fondement de l'article 179 de la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

(3) CE 13 octobre 2023, Collectif alétois gestion publique de l'eau actions sur le Limouxin et le Saint-Hilaire, req. n° 464955.

Les acheteurs publics ne sont pas tenus de communiquer aux candidats les éléments d'appréciation des critères et sous-critères

Dans le cadre d'un recours indemnitaire introduit par un candidat évincé à l'attribution d'un marché public de maîtrise d'œuvre, le juge administratif a apporté quelques précisions sur l'information de transparence à laquelle est tenue le pouvoir adjudicateur eu égard aux candidats^[4].

La cour administrative d'appel de Paris a d'abord rappelé que le respect des principes fondamentaux de la commande publique impose une information appropriée des candidats, dès l'engagement de la procédure de passation dans les documents de la consultation, sur les critères d'attribution d'un marché public. En outre, l'acheteur public est également tenu de porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces critères s'il souhaite retenir d'autres critères que celui du prix et il en va de même des sous-critères lorsqu'au regard de leur nature et l'importance de leur pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres des candidats et sur leur sélection. Dans cette seconde hypothèse, les sous-critères sont analysés comme de critères de sélection.

En vertu de ces principes, la société évincée a considéré que le rejet de son offre était irrégulier dès lors que les candidats n'avaient pas été informés, au sein des documents de la consultation, que le sous-critère du critère technique lié à la « compétence des moyens humains » serait apprécié au regard d'un élément nommé « sous-détail des prix ». Au sens de la société requérante, cet élément qui revêtait la nature de sous-critère à part entière aurait dû être communiqué aux candidats.

Rejetant ce moyen et la requête de la société évincée, le juge administratif a considéré que cet élément devait seulement être regardé comme « un élément d'appréciation », défini par le pouvoir adjudicateur pour préciser ses attentes au regard du sous-critère « compétence des moyens humains affectés à la présente étude » qui n'était pas susceptible d'exercer une influence sur la présentation des offres.

[4] CAA Paris 16 janvier 2024, Société Thésée Ingénierie, req. n° 21PA04862.

Actualités en matière de principe de transparence des procédures et d'égalité de traitement

Les candidats peuvent proposer des solutions équivalentes aux caractéristiques techniques même en l'absence de mention expresse

La cour administrative d'appel de Douai estime que le principe de transparence et d'égalité de traitement des candidats n'imposent pas à l'acheteur de mentionner expressément dans les documents de la consultation la possibilité, pour les candidats, de proposer des solutions équivalentes^[5].

Dans ce cas d'espèce, un candidat évincé soutient, dans le cadre d'un recours en contestation de la validité d'un marché de fourniture, que le pouvoir adjudicateur n'avait pas indiqué clairement la faculté, pour les candidats, de s'affranchir des caractéristiques techniques et de proposer une solution alternative. Or, la société requérante arrivée en deuxième position, prétend qu'une telle mention lui aurait permis de minorer son offre de 40 000 euros HT.

La Cour indique d'abord que « les caractéristiques techniques (...) ne peuvent avoir pour objet ou pour effet d'interdire aux candidats de présenter des solutions équivalentes dès lors qu'elles permettent de satisfaire aux exigences de performance minimales attendues par le pouvoir adjudicateur ». Précisément, au cas présent, l'acheteur justifie en défense qu'aucun des autres candidats n'a estimé être lié strictement par les caractéristiques techniques énoncées dans le cahier des clauses techniques particulières.

La Cour relève ensuite que la société requérante n'établit pas qu'elle aurait effectivement pu minorer son offre de 40 000 euros si elle s'était elle-même affranchie de ces caractéristiques techniques. Et, en tout état de cause, à supposer même établie, cette circonstance n'aurait pas suffi à modifier le classement de son offre dès lors qu'il existait une différence de plus de 100 000 euros avec l'offre de la société attributaire.

Dans ces conditions, la procédure de passation litigieuse ne peut être regardée comme ayant été conduite en méconnaissance des principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats.

[5] CAA Douai 9 janvier 2024, req. n° 22DA02510.