



FORMATION



La frontière entre dénaturation et mérite respectif des offres

Nicolas Charrel et Thomas Gaspar, avocats au cabinet Charrel & associés, reviennent sur la récente décision Civis du Conseil d'Etat, qui précise l'étendue du contrôle du juge du référé précontractuel. S'il ne peut apprécier les mérites respectifs des offres, il peut en revanche vérifier que le pouvoir adjudicateur n'en a pas dénaturé le contenu.

Dans le cadre des procédures de référé précontractuel, l'étendue des pouvoirs du juge suscite souvent de vifs débats à la barre, compte tenu de la frontière toujours délicate entre appréciation des mérites d'une offre qu'il ne peut apprécier, et la notion de dénaturation d'une offre qui au contraire, peut être constatée et sanctionnée. Dans sa décision du 20 janvier dernier (CIVIS), le Conseil d'Etat précise les contours de ces notions qu'il convient d'explicitier, tant les éléments de fait et de droit peuvent conduire à des interprétations divergentes. La société Derichbourg Polyurbaine avait saisi le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de la Réunion afin d'obtenir l'annulation de la procédure de passation du lot n°1 d'un marché public de collecte et d'évacuation des déchets ménagers et assimilés lancée par la Communauté intercommunale des villes solidaires (CIVIS). Aux termes du règlement de consultation, l'un des sous-critères du prix concernait la "cohérence entre la décomposition du prix global et forfaitaire (DPGF) et la note méthodologique du candidat" noté sur 5 points (sur les 45 points du critère "prix"). En effet, les candidats devaient, dans leur note méthodologique, détailler "le nombre d'agents qu'il emploie affecté à l'exécution du service, le nombre d'ETP (équivalent temps plein) correspondant, le nombre d'heures réalisées par des intérimaires et le nombre d'ETP correspondant et le personnel mis à disposition par les sous-traitants (exprimé en nombre d'ETP)". Et dans la DPGF à remplir par les candidats, ces derniers devaient indiquer dans la partie "frais de personnel", les quantités (exprimé en nombre d'ETP) pour chaque catégorie d'agents affectés en service, à l'intérieur des colonnes correspondantes.



Aussi, le sous-critère du prix "cohérence entre la décomposition du prix global et forfaitaire et note méthodologique du candidat" avait pour objet de permettre au pouvoir adjudicateur de vérifier que les prix proposés par les candidats correspondaient aux prestations et moyens mis en œuvre pour l'exécution du marché, tels que décrits dans leurs notes méthodologiques. Et ce, afin notamment d'éviter les litiges d'exécution a posteriori (par exemple éviter une demande de rémunération supplémentaire du titulaire en cours d'exécution et fondée sur le fait que les moyens humains et matériels effectivement mis en œuvre sont supérieurs à ceux initialement prévus dans son offre). Un tel critère était donc parfaitement lié à l'objet du marché (CE, 18 décembre 2012, UGAP, req. n°362208). En l'espèce, il s'est avéré que le bureau d'études assistant du pouvoir adjudicateur a constaté une incohérence entre la DPGF et la note méthodologique de la société Derichbourg

Polyurbaine, tant en ce qui concerne les moyens humains que matériels. Ainsi, concernant les moyens humains, il apparaissait que la société Derichbourg Polyurbaine avait affecté moins de chauffeurs et de rippers dans ses DPGF que dans sa note méthodologique, conduisant la CIVIS à lui attribuer la note de 2,5/5 sur ce sous-critère.

La dénaturation de l'offre

Les débats contentieux devant le TA permettaient de comprendre que cette difficulté provenait en réalité du fait que les heures d'intérimaires, qui figuraient dans la note méthodologique du candidat, n'avaient pas été converties en nombre équivalent d'ETP dans la DPGF, alors pourtant que le règlement de consultation indiquait que "le nombre d'heures réalisées par des intérimaires" devait être converti en "nombre d'ETP correspondant". Outre le débat sur le fait que, selon la société Derichbourg Polyurbaine, les heures d'intérimaires n'avaient pas à être converties en nombre d'ETP dans la DPGF, elle soutenait notamment que la CIVIS avait dénaturé son offre puisque la "CIVIS disposait du nombre d'heures d'intérim et du nombre d'heures que représente un ETP (soit 1820 heures) ce qui lui permettait, par une simple division, de vérifier le nombre ETP correspondant aux heures d'intérim" ce qui, selon elle, ne justifiait pas qu'elle soit pénalisée, ou du moins pas autant, sur le sous-critère de la "cohérence entre la DPGF et le note méthodologique".

Par une ordonnance du 2 octobre 2015, le juge des référés prononça l'annulation la procédure de passation au stade de l'analyse des offres, aux motifs notamment que "l'appréciation défavorable portée sur l'offre de la société requérante à l'égard du critère de cohérence entre DPGF et note méthodologique découle d'une observation selon laquelle ce candidat, d'une part, affecte moins de chauffeurs et de rippers" dans ses DPGF que dans sa note méthodologique"

Le juge en a déduit, après un contrôle très poussé sur chacune des offres (dont il avait expressément exigé la communication par une

alors "qu'il résulte de l'instruction que les tableaux remplis par la société Derichebourg Polyurbaine au titre de la DPGF et de son mémoire technique, y compris son annexe 2, comportent des données cohérentes" et "que c'est seulement en raison d'une correction apportée à ce décompte par la CIVIS, qui a cru devoir majorer les chiffres de l'annexe 2 d'un certain nombre d'ETP (...) qu'une incohérence a été imputée (...)". Or, selon le juge des référés de la Réunion, "cette correction ne peut être regardée comme pertinente dès lors que les documents de la consultation exigeaient des candidats qu'ils fassent apparaître, au titre des ETP et de leur coût, le nombre de chauffeurs et le nombre de ripeurs "affectés en service", formule qui impliquait une neutralisation des emplois d'intérim dans le tableau des moyens humains de la note méthodologique, les charges correspondantes ne devant en conséquence apparaître que dans la colonne "autre frais". Il en déduisait ainsi, après un contrôle très poussé sur chacune des offres (dont il avait expressément exigé la communication par une mesure d'instruction), que "le pouvoir adjudicateur a dénaturé son offre dans des circonstances propres à caractériser une inégalité de traitement entre les candidats".

mesure d'instruction), que le pouvoir adjudicateur a dénaturé son offre

Le CE met les points sur le i

Ce contrôle était-il trop poussé ? Pour ainsi dire, le juge des référés s'en était-il vraiment tenu à contrôler l'éventuelle dénaturation de l'offre du candidat ou n'avait-il pas en réalité procédé au contrôle du mérite respectif des offres et de la pertinence du choix du pouvoir adjudicateur ? Car en effet, si le juge des référés précontractuels peut effectivement procéder au contrôle de la dénaturation par le pouvoir adjudicateur de l'offre d'un candidat, notamment lorsque le pouvoir adjudicateur prend en compte un élément erroné ou inexact pour rejeter son offre (CE, 24 octobre 2008, Sté Veolia Eau, req. n°30034), il ne lui appartient pas de contrôler l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur les mérites respectifs des offres en présence ou la pertinence du choix opéré par lui, même en cas d'erreur manifeste (CE, 24 juin 2011, Sté SANEF ; CE, 21 mai 2010, Commune d'Ajaccio). Et en l'espèce, le juge des référés semblait bien avoir examiné le bien-fondé des notations pour en déduire que l'offre du candidat évincé s'était, à tort, vue infliger une minoration de 1 point au titre du sous-critère "cohérence entre DPGF et note méthodologique".



Plus qu'avoir constaté une dénaturation de l'offre, il semblait plutôt avoir jugé erronée la note donnée par le pouvoir adjudicateur à la société Derichbourg Polyurbaine sur ce sous-critère. Le Conseil d'Etat, saisi par la CIVIS, s'empare de ce moyen pour annuler l'ordonnance et finalement rejeter la requête de la société Derichbourg Polyurbaine. L'occasion pour le Conseil d'Etat d'énoncer expressément en premier lieu : "qu'il n'appartient pas au juge des référés précontractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, par le pouvoir adjudicateur, des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat, de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres ; qu'il lui appartient, en revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en en méconnaissant ou en en

altérant manifestement les termes et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats". Pour en déduire en deuxième lieu "que le juge des référés du Tribunal Administratif de la Réunion (...) ne s'est pas borné à vérifier que la CIVIS n'avait pas dénaturé le contenu de l'offre de la Société, mais s'est prononcé sur l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur la valeur de son offre ; qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus qu'il a commis une erreur de droit". Enfin, le Conseil d'Etat reconnaît au fond que si des corrections ont été apportées, c'est bien "en raison des particularités de la présentation" de l'offre du candidat, ne méconnaissant dès lors pas le principe d'égalité. Cet arrêt permet de matérialiser un peu plus la frontière entre la dénaturation et le mérite respectif des offres, le contrôle du juge des référés devant selon la haute juridiction se limiter à rechercher si le pouvoir adjudicateur n'a pas méconnu ou altéré manifestement les termes et procédés de l'offre d'un candidat, sans toutefois entrer dans l'analyse de ces dernières pour apprécier le bien-fondé de la note finalement attribuée.