

L'alignement prétorien de la notion d'offre irrégulière des concessions sur les marchés publics

En matière d'offres irrégulières, le Conseil d'État a, d'une part, assoupli l'obligation légale d'écarter les offres qui ne respectent pas strictement les exigences du règlement de la consultation. Mais, d'autre part, La Haute juridiction a, s'agissant des contrats de concession, créé une obligation visant à écarter les offres qui ne respectent pas la législation applicable en matière sociale, alors même que la loi ne l'impose pas expressément.

Conformément aux règles du Code de la commande publique relatives à l'examen des offres de concession⁽¹⁾, l'autorité concédante a l'obligation d'examiner la régularité des offres reçues avant de procéder à leur examen et à leur classement en vue de déterminer l'offre présentant le meilleur avantage économique global. Dans ce cadre, elle est tenue d'écarter les offres irrégulières et inappropriées⁽²⁾.

Ces décisions donnent lieu à un contentieux fourni au titre duquel deux décisions importantes ont notamment été rendues par le Conseil d'État en 2022.

La première affaire⁽³⁾ opposant la commune de Lavandou à M. A. et à la société Visto Mar concernait une procédure de mise en concurrence en vue de l'attribution de sous-traités du service public balnéaire sur une plage. Le tribunal administratif de Toulon, saisi par M. A. et la société Visto Mar, a condamné par jugement du 26 octobre 2018 la commune du Lavandou à verser à M. A. la somme de 79 600 euros. Par un arrêt n° 18MA05361 du 13 septembre 2021, la cour administrative d'appel de Marseille a, sur appel de la commune du Lavandou, décidé avant-dire-droit une expertise avec mission pour l'expert de déterminer le montant du bénéfice que M. A. aurait perçu en sa qualité d'associé unique de la société à créer au cours de la période allant du 1^{er} janvier 2014 au 31 octobre 2016. Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 15 novembre 2021 et 16 février 2022 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, la commune du Lavandou a demandé au Conseil d'État d'annuler cet arrêt et de faire droit à son appel en réglant l'affaire au fond.

Auteurs

Nicolas Charrel
Avocat associé

Johanna Domeck
Avocate
Cabinet Charrel et Associés

Références

Références
CE 20 juillet 2022, Commune du Lavandou, req. n° 458427
CE 10 octobre 2022, Société Action Développement Loisir, req. n° 455691

(1) CCP, art. L. 3124-2 à L. 3124-5.

(2) CCP, art. L. 3124-2.

(3) CE 20 juillet 2022, Commune du Lavandou, req. n° 458427, *Rec. CE T.*

La Haute juridiction devait alors déterminer si la circonstance que le requérant n'ait pas complété le projet de sous-traité de concession conformément aux exigences du règlement de la consultation, alors que les informations en cause pouvaient être déduites d'autres pièces de la candidature, devait entraîner l'irrégularité de son offre.

La seconde affaire⁽⁴⁾ opposait la communauté de communes Granville Terre et Mer à la société Action Développement Loisir (ADL) au sujet de l'attribution de la délégation de service public afférente à l'exploitation de son centre aquatique dont la société Vert Marine a été déclarée attributaire. Après deux rejets de sa demande d'annulation de la procédure, le Conseil d'État devait déterminer si une offre méconnaissant les stipulations d'une convention collective était irrégulière.

L'analyse de ces deux décisions fait apparaître une interprétation jurisprudentielle très extensive de la définition légale de l'offre irrégulière. En effet, le juge administratif vient d'un côté relativiser l'obligation légale d'écarter les offres qui ne respectent pas strictement les exigences du règlement de la consultation, tout en créant parallèlement une obligation d'écarter les offres qui ne respectent pas la législation applicable en matière sociale, alors même que la loi ne l'impose pas directement en matière de concessions.

L'assouplissement de l'obligation d'écarter les offres méconnaissant les conditions indiquées dans les documents de la consultation

La jurisprudence administrative a progressivement atténué l'obligation des autorités concédantes d'écarter les offres qui ne respectent pas les conditions indiquées dans les documents de la consultation. D'une part, une offre n'est pas irrégulière si elle méconnaît une exigence qui est manifestement dépourvue de toute utilité pour l'examen des candidatures et des offres. D'autre part, une offre n'est pas irrégulière si cette méconnaissance résulte d'une erreur purement matérielle d'une nature telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où le candidat verrait son offre retenue.

Une première exception tenant à l'utilité de l'exigence méconnue

Aux termes de l'article L. 3124-2 du Code de la commande publique, une offre est irrégulière lorsqu'elle ne respecte pas les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation.

Il est à noter que les caractéristiques minimales n'ont pas besoin d'être indiquées expressément dans les documents de la consultation. Le Conseil d'État a en

effet estimé que tous les éléments qui n'exigeaient pas de réponse de la part des soumissionnaires correspondaient par déduction aux caractéristiques minimales non négociables de la concession⁽⁵⁾. Conformément à cette interprétation, le Conseil d'État est venu poser le principe selon lequel « Le règlement de la consultation prévu par une autorité concédante pour la passation d'un contrat de concession est obligatoire dans toutes ses mentions »⁽⁶⁾.

Dans cette même décision, la Haute juridiction a néanmoins tempéré ce principe en admettant une première exception. Il s'agit de l'hypothèse « où l'une de ces exigences serait manifestement dépourvue de toute utilité pour l'examen des candidatures ou des offres ». En l'espèce, il a été considéré que n'était pas manifestement dépourvue de toute utilité l'obligation posée par le règlement de la consultation de déposer une version sur support numérique des dossiers de candidature, en raison notamment de ce qu'elle avait pour objet de permettre l'analyse des candidatures déposées dans des délais contraints.

Cette tendance s'est confirmée par la suite, avec une décision du 28 mars 2022⁽⁷⁾ rendue dans le cadre d'un recours en contestation de validité d'un traité de sous-concession du service public balnéaire conclu par la commune de Ramatuelle sur la plage naturelle de Pampelonne. Le requérant invoquait l'irrégularité de l'offre de la société attributaire qui avait remis un formulaire DC1 incomplet et qui aurait donc dû être écartée par l'autorité concédante.

Une nouvelle fois, le Conseil d'État a rappelé que le règlement de la consultation était obligatoire dans toutes ces mentions et a examiné si les exigences méconnues étaient manifestement inutiles. En l'occurrence, il a considéré que l'exigence faite aux candidats de remplir et de signer un formulaire DC1, au demeurant aisément accessible, n'était pas manifestement inutile. Estimant que ce vice était d'une particulière gravité et s'opposait à la poursuite de l'exécution du contrat, la Haute juridiction a prononcé sa résiliation.

Une deuxième exception tenant à l'erreur purement matérielle

C'est dans ce contexte que le Conseil d'État, dans l'arrêt ici commenté *Commune du Lavandou*, est venu préciser l'obligation d'écarter les offres qui méconnaissent les conditions du règlement de la consultation, posant d'ailleurs un considérant de principe selon lequel « Le règlement de la consultation prévu par une autorité délégante pour la passation d'une délégation de service public est obligatoire dans toutes ses mentions. L'autorité délégante ne peut, dès lors, attribuer ce contrat à un

(5) CE 8 avril 2019, Commune de Cannes, req. n° 425373, *Rec. CE T.*

(6) CE 22 mai 2019, Société Corsica Ferries, req. n° 426763, *Rec. CE T.*

(7) CE 28 mars 2022, Commune de Ramatuelle, req. n° 454341, *Rec. CE T.*

(4) CE 10 octobre 2022, Société Action Développement Loisir, req. n° 455691, *Rec. CE T.*

candidat qui ne respecte pas une des exigences imposées par ce règlement, sauf si cette exigence se révèle manifestement dépourvue de toute utilité pour l'examen des candidatures ou des offres ou si la méconnaissance de cette exigence résulte d'une erreur purement matérielle d'une nature telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où le candidat verrait son offre retenue » (point 2 de l'arrêt).

En l'espèce, le règlement de la consultation imposait aux candidats de signer et de compléter le projet de traité de sous-concession avec leur nom et le montant de la redevance qu'ils proposaient. Or, le requérant écarté n'avait pas complété le projet de contrat. La cour administrative d'appel de Marseille avait jugé que, si le projet de sous-traité soumis à la commune du Lavandou par le requérant ne comportait pas le nom du candidat, ni le montant de la redevance proposée, l'identité du candidat ressortait de la lettre de présentation de la candidature, tandis que le montant de la redevance était énoncé dans une fiche distincte.

Cependant, le Conseil d'État a estimé que la cour d'appel avait commis une erreur de droit dans la mesure où il lui appartenait uniquement de rechercher si les exigences méconnues étaient manifestement dépourvues de toute utilité pour l'examen des candidatures ou des offres ou **si leur méconnaissance résultait d'une erreur purement matérielle d'une nature telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où le candidat verrait son offre retenue.**

Au regard des faits de l'espèce, le Conseil d'État a jugé, d'une part, que les informations demandées étaient nécessaires à l'autorité délégante pour s'assurer de l'identité de la personne avec laquelle elle contracterait et qu'elles ne pouvaient donc être regardées comme ayant été manifestement inutiles. D'autre part, il a observé que l'omission en cause ne pouvait être regardée comme une erreur purement matérielle dans la mesure où aucune des informations relatives à l'identité du titulaire de la concession n'avaient été renseignées dans le projet de contrat.

L'apport de cet arrêt réside dans l'affirmation de cette seconde exception qui vient encore assouplir ou plutôt aligner le traitement des offres irrégulières des concessions sur celui des marchés publics.

En effet, la notion « d'erreur purement matérielle, « d'une nature telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où le candidat verrait son offre retenue », a déjà été consacrée par le Conseil d'État, en matière de marchés publics, pour écarter de manière exceptionnelle le principe d'intangibilité de l'offre, dans une affaire où une entreprise avait modifié un prix unitaire fortement erroné à la suite d'une demande de précisions de l'acheteur qui avait décelé l'erreur (220 euros et non 22 euros comme initialement indiqué dans le BPU)^[8]. La possibilité de rectifier une

offre irrégulière pour cause d'erreur matérielle n'est pour autant pas illimitée. À titre d'illustration, le candidat qui a effectivement commis une erreur purement matérielle, en indiquant des coûts horaires au lieu des coûts journaliers sollicités, ne saurait profiter d'une demande de précision pour modifier à la hausse le montant de son offre, en particulier en présentant de nouveaux coûts horaires d'un montant systématiquement supérieur à ceux qui auraient résulté de cette division^[9].

Ce faisant, le Conseil d'État harmonise logiquement le régime des offres irrégulières des marchés publics et des concessions.

La création d'une obligation d'écarter les offres méconnaissant la législation applicable en matière sociale

L'arrêt du 10 octobre 2022 traduit également cette même volonté du juge administratif d'harmoniser, mais peut-être même d'« uniformiser » de manière plus prétorienne, le régime des concessions et des marchés publics au nom des principes directeurs de la commande publique.

Uniformisation prétorienne du régime des concessions et des marchés publics ?

S'agissant des marchés publics, l'article L. 2152-2 du Code de la commande publique qualifie d'irrégulière l'offre « qui méconnaît la législation applicable en matière sociale et environnementale ». Pour autant, cette précision n'est pas indiquée concernant les concessions.

Dans l'affaire commentée *Société ADL*^[10], la requérante, dont l'offre n'a pas été retenue, contestait la validité du contrat et demandait son annulation. À cette occasion, elle s'est vue opposer une absence de lésion en raison de l'irrégularité de son offre qui aurait dû être écartée par l'autorité concédante au motif qu'elle méconnaissait la législation sociale en vigueur.

Plus précisément, l'offre de la société ADL visait la convention collective nationale des espaces de loisirs au lieu de la convention collective nationale du sport qui s'appliquait de façon obligatoire à l'activité concernée conformément à un arrêté ministériel d'extension du 21 novembre 2006. Cependant, contrairement aux marchés publics, les dispositions relatives aux contrats de concession n'imposent nullement formellement aux autorités concédantes d'écarter les offres ne respectant pas la législation en vigueur (même si cela va en principe de soi), mais pas davantage celles

[8] CE 21 septembre 2011, Départements des Hauts-de-Seine, req. n° 349149, *Rec. CE*.

[9] CE 16 janvier 2012, Département de l'Essonne, req. n° 353629, *Rec. CE*.

[10] CE 10 octobre 2022, préc.

« méconnaissant la législation applicable en matière sociale et environnementale ».

Cette circonstance n'a pas empêché la cour administrative d'appel de Nantes⁽¹¹⁾ de considérer que « alors même que ni la législation applicable en matière de passation de délégations de service public, ni le règlement de consultation de la délégation de service public en litige ne prévoient un examen des offres au regard de la convention collective appliquée par l'entreprise candidate, une offre qui méconnaît les stipulations de la convention collective applicable doit être regardée comme méconnaissant la législation en vigueur ».

En l'occurrence, le Conseil d'État a confirmé et complété la position de la cour administrative d'appel en estimant qu'une offre finale mentionnant une convention collective inapplicable ou méconnaissant la convention applicable ne saurait être retenue par l'autorité concédante et devait être écartée comme irrégulière par celle-ci.

Une fois encore, le Conseil d'État s'est aligné sur sa jurisprudence rendue en matière de marchés publics⁽¹²⁾, comblant un vide rédactionnel dans les dispositions relatives à l'examen des offres des contrats de concessions.

Une décision justifiée par les principes directeurs de la commande publique

Il est à noter que la procédure en cause était régie par l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et par son décret d'application du 1^{er} février

2016. L'article 25 du décret précité disposait que l'autorité concédante devait éliminer « les offres inappropriées ou qui ne respectent pas les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation ».

À l'instar de la législation en vigueur, il n'était nullement question d'écarter les offres qui ne respectaient pas la législation applicable en matière sociale. Pour pallier cette carence, le Conseil d'État ne s'est pas fondé sur cette disposition, mais sur l'article 1^{er} de ladite ordonnance en vertu duquel « Les contrats de concession soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. / Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics ».

Cette solution est somme toute assez logique dans la mesure où les prescriptions des conventions collectives influent nécessairement sur les caractéristiques des offres présentées. Leur méconnaissance est donc susceptible de rompre l'égalité de traitement entre les candidats. De surcroît, la référence aux principes de la commande publique implique que la même solution doive être retenue pour toutes les procédures régies par le Code de la commande publique.

En conclusion, les autorités concédantes ont tout intérêt à examiner avec la plus grande attention la régularité des offres qu'elles reçoivent en tenant compte de ces apports jurisprudentiels, et le cas échéant, à inviter tous les candidats à régulariser leur offre en cas d'erreurs purement matérielles et à les rendre conformes à la « législation en vigueur » dans la dernière offre remise au terme des négociations dans les procédures de concession, en respectant le principe d'égalité de traitement.

[11] CAA Nantes 18 juin 2021, req. n° 20NT03004, *Rec. CE*.

[12] CE 11 décembre 2013, Société antillaise de sécurité, req. n° 372214.