

Obligation d'assortir les critères d'exigences permettant un contrôle des engagements : vers la fin du « miroir aux alouettes » ?

Le Conseil d'État a jugé que les pouvoirs adjudicateurs ont l'obligation d'exiger la production de justificatifs permettant de vérifier l'exactitude des engagements des candidats. Le principe posé soulève néanmoins un certain nombre de questions quant à ses modalités pratiques de mise en œuvre.

Les procédures de publicité et de mise en concurrence ont pour objet la sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse⁽¹⁾. Toutefois, celles-ci peuvent conduire, si l'acheteur n'y prend garde, à retenir une offre qui n'a d'avantageuse que l'apparence. Les acheteurs et les opérateurs économiques savent d'expérience que « les offres sont fréquemment un catalogue de mirifiques promesses »⁽²⁾ et que ces dernières peuvent rapidement être oubliées lorsque, à l'enthousiasme des premiers temps, succèdent les vicissitudes de l'exécution du contrat. Ce constat n'est évidemment pas le propre de la commande publique, mais l'impératif de bonne utilisation des deniers publics⁽³⁾ oblige l'acheteur à se prémunir contre la survenance de telles situations. En posant le principe selon lequel « lorsque, pour fixer un 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 », l'arrêt Société Autocars de l'Île de Beauté⁽⁴⁾, vient rappeler aux acheteurs qu'ils ont l'obligation juridique de départager des offres sur la base d'engagements concrets et vérifiables. Le principe posé par l'arrêt ne surprend guère tant, depuis plusieurs années, la question de la crédibilité et de la sincérité des engagements occupe une place importante dans le droit de la commande publique. Il soulève toutefois un certain nombre d'interrogations quant aux modalités pratiques de mise en œuvre de cette obligation.

Auteur

Nicolas Ferré
Avocat à la Cour – UGGC Avocats

Références

CE 9 novembre 2015, req. n° 392785

Mots clés

Contrôle des informations • Critère d'attribution • Évaluation des offres • Justificatifs

(1) V. CMP, art. 53-I pour les procédures lancées avant le 1^{er} avril 2016 ; ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 52-I pour les procédures lancées postérieurement à cette date.

(2) Th. Dal Farra, « Un contrat de partenariat peut-il être attribué sur la base de critères liés à la "crédibilité de l'offre" ? », commentaire de l'ordonnance du TA Cergy-Pontoise, 8 mars 2011, Sté SANEF, req. n° 1101159, *BJCP* n° 76, p. 217 et s.

(3) V. CMP, art. 1-I pour les procédures lancées avant le 1^{er} avril 2016 ; ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 1-I pour les procédures lancées postérieurement à cette date.

(4) CE 9 novembre 2015, req. n° 392785.

Consécration d'une obligation de vérification des engagements

L'obligation consacrée par l'arrêt Société Autocars de l'Île de Beauté ne constitue pas une révolution juridique. En réalité, l'arrêt ne fait que reprendre un principe posé, il y a fort longtemps déjà, par la CJUE. Pour mémoire, cette dernière a, dès 2003, jugé qu'« un critère d'attribution qui n'est pas assorti d'exigences permettant un contrôle effectif de l'exactitude des informations fournies est contraire aux principes de droit communautaire »^[5]. Ainsi que le relevait l'Avocat général Jean Mischo dans ses conclusions sur cette affaire, « l'évaluation des différentes offres dans l'objectivité et la transparence présuppose que le pouvoir adjudicateur, se fondant sur des informations et justificatifs fournis par les soumissionnaires, soit en mesure de vérifier effectivement si les offres de ces derniers correspondent aux critères d'attribution ».

L'arrêt Société Autocars de l'Île de Beauté surprend d'autant moins que le législateur communautaire s'est lui-même emparé de cette question en consacrant, à l'article 67-4 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014, le principe selon lequel les critères d'attribution « garantissent la possibilité d'une véritable concurrence et sont assortis de précisions qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution » et qu'« en cas de doute, les pouvoirs adjudicateurs vérifient concrètement l'exactitude des informations et éléments de preuve fournis par les soumissionnaires ».

Mais si le principe était établi depuis 2003, force est de constater que les applications concrètes demeuraient jusque-là très discrètes. Certes, il existe quelques décisions se référant implicitement au principe dégagé par la CJUE – on pense, par exemple, à l'ordonnance rendue par le tribunal administratif de Paris le 16 août 2012^[6] relevant « qu'il résulte des documents de la consultation et notamment de l'annexe au règlement de la consultation que les critères retenus étaient assortis d'exigences permettant un contrôle effectif de l'exactitude des informations fournies par les candidats ». Mais, le Conseil d'État n'avait pas encore eu l'occasion de se prononcer directement sur cette question.

Cela ne veut pas dire pour autant que le Conseil d'État demeurait jusque-là insensible à la problématique de la sincérité des propositions des candidats : en effet, au fil de ses décisions, ce dernier avait déjà posé quelques prémisses du principe aujourd'hui consacré par l'arrêt Société Autocars de l'Île de Beauté.

S'agissant de la phase des candidatures, le Conseil d'État avait eu l'occasion, en 2012, dans son arrêt Société le Gars

Déménagement^[7], de préciser l'étendue des obligations du pouvoir adjudicateur en terme de contrôle de la véracité des informations fournies par les candidats. Dans cet arrêt, le Conseil d'État a jugé que « la prise en compte par le pouvoir adjudicateur de renseignements erronés relatifs aux capacités professionnelles, techniques et financières d'un candidat est susceptible de fausser l'appréciation portée sur les mérites de cette candidature au détriment des autres candidatures et ainsi de porter atteinte au principe d'égalité de traitement entre les candidats ». Mais, ainsi que cela ressort des conclusions du rapporteur public^[8], ce n'est pas tant le fait que l'acheteur s'abstienne de vérifier l'authenticité des informations fournies par les candidats dans leur dossier de candidature qui est susceptible d'être sanctionné, mais le fait que ledit acheteur, informé par un candidat évincé de l'existence d'informations erronées dans le dossier de candidature de l'attributaire, persévère dans sa décision de retenir la candidature litigieuse^[9].

En quelque sorte, le Conseil d'État a considéré qu'en refusant de tirer les conséquences de l'information portée à sa connaissance – en écartant la candidature litigieuse si l'information lui parvient avant la signature du contrat, ou en résiliant le contrat aux torts du titulaire si la connaissance de l'insincérité des déclarations est postérieure à la signature –, le pouvoir adjudicateur endossait une irrégularité qui, au départ, n'était pas la sienne.

Le Conseil d'État avait également eu l'occasion d'apporter quelques précisions sur la phase d'analyse des offres.

Il a tout d'abord validé la possibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de prendre en compte, dans la notation des offres, des critères relatifs à la crédibilité des délais et des objectifs de performance en considérant que de tels critères ne conféraient pas une liberté inconditionnée de choix à l'acheteur^[10]. Le rapporteur public M. Boulouis relevait que « la question de la crédibilité est évidemment essentielle » et qu'« il n'est nul besoin d'être un spécialiste des contrats de partenariat ni même des contrats en général pour comprendre qu'un critère d'objectif à atteindre, qu'il s'agisse d'un délai ou d'une performance, n'est pertinent que s'il s'accompagne d'une description de la méthode et des moyens qui seront mis à son service » et citait, à appui de cette position, l'arrêt EVN AG de la CJUE.

[7] CE 3 octobre 2012, req. n° 360952.

[8] Conclusions B. Dacosta publiées au BJCP n° 86, p. 16 et s.

[9] Dans ses conclusions, le rapporteur public M. Dacosta relevait que « si le pouvoir adjudicateur ne commet aucun manquement aux obligations qui sont les siennes en s'abstenant de procéder à des vérifications relatives aux déclarations des candidats, il nous semble, en revanche, qu'une fois informé de ce qu'un candidat lui a communiqué des informations erronées sur ses capacités professionnelles, techniques et financières, il méconnaît les règles qui s'imposent à lui en n'en tenant aucun compte ».

[10] CE 24 juin 2011, MEDDTL et Société Autostrade Per l'Italia Spa, req. n° 347720, BJCP n° 78, pp. 365-375, concl. Boulouis.

[5] CJUE 4 décembre 2003, EVN AG c/ République d'Autriche, aff. C-448/01, point 52.

[6] TA Paris, 16 août 2012, Société Webhelp, req. n° 1212557/3-5.

On peut même se demander si, par un arrêt Département du Doubs⁽¹¹⁾, le Conseil d'État n'a pas entendu consacrer une obligation, à la charge de l'acheteur, de vérifier que les candidats aient justifié, lors du dépôt de leur offre, qu'ils ont entrepris les démarches suffisantes pour disposer effectivement du matériel nécessaire à l'exécution du marché dès le commencement de l'exécution de ce dernier⁽¹²⁾. Cela étant, l'arrêt demeurerait sujet à interprétation. En effet, le Conseil d'État a jugé que le juge des référés a pu déduire, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, des documents de la consultation qu'il appartenait aux candidats de justifier qu'ils disposeraient du matériel pour l'exécution du marché. L'obligation de justifier de la disponibilité du matériel résultait donc moins d'une obligation générale à la charge du pouvoir adjudicateur, que du contenu spécifique du dossier de consultation des entreprises⁽¹³⁾ du marché en question.

L'obligation d'assortir les critères de sélection des offres d'exigences permettant un contrôle effectif de l'exactitude des informations fournies est finalement la suite logique d'une tendance amorcée depuis quelques années déjà. La façon dont ce principe doit être mis en œuvre soulève en revanche un certain nombre d'interrogations.

Interrogations quant aux modalités pratiques de mise en œuvre de l'obligation de vérification des offres

La première question porte sur le champ d'application de l'obligation de vérification des offres : il s'agit, plus précisément, de déterminer les critères concernés par cette obligation. Selon le Conseil d'État, celle-ci concerne les critères d'attribution ayant pour objet d'évaluer la valeur des offres « au regard d'une caractéristique technique déterminée ». Cette précision soulève plus d'interrogations qu'elle n'en résout. S'agit-il d'une référence implicite aux spécifications techniques du marché, lesquelles ont pour objet de définir les « caractéristiques requises des travaux, des services ou des fournitures qui font l'objet du marché public » ? S'agit-il d'une façon, pour le Conseil d'État, de cantonner l'obligation aux seuls critères techniques ? En l'état, les faits qui ont conduit le Conseil d'État à se prononcer sur cette question ne permettent pas de le déterminer. En effet, dans cette affaire, le critère litigieux concernait le lieu de stationnement des véhicules, ce qui

assurément peut être considéré comme une « caractéristique technique ».

Il nous semble en tout cas que, si la portée de l'arrêt devait se limiter aux aspects purement techniques, sa conformité avec le droit communautaire pourrait être discutée. En effet, en jugeant qu'« un critère d'attribution qui n'est pas assorti d'exigences permettant un contrôle effectif de l'exactitude des informations fournies est contraire aux principes de droit communautaire », la CJUE semble considérer que le principe vaut pour tous les critères. Au demeurant, dans l'affaire EVN AG, le critère litigieux portait sur la fourniture d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables, ce qui démontre que l'obligation ne se limite pas aux aspects purement techniques. C'est également ce que l'on peut déduire des termes de la directive 2014/24/UE, laquelle vise « les critères d'attribution » sans autre forme de précision.

Aussi, nous sommes d'avis qu'un critère portant sur les moyens humains affectés à l'exécution du marché, ou un critère environnemental (par exemple, un critère relatif au bilan carbone), ou bien encore un critère social (par exemple, un critère relatif à l'insertion professionnelle des publics en difficulté) doivent, tout autant qu'un critère portant sur des aspects plus spécifiquement techniques (par exemple, l'âge des véhicules), être assortis de justificatifs permettant la vérification des propositions des candidats.

La deuxième question porte sur l'identification des justificatifs pertinents devant être exigés de la part des candidats. Pour certains critères, les choses sont relativement aisées. À cet égard, les fiches établies par la Commission européenne pour promouvoir les marchés publics écologiques (MPE)⁽¹⁴⁾ permettent de se faire une idée des justificatifs acceptables. Ainsi, s'agissant de marchés publics de transport, la Commission européenne conseille, pour des critères relatifs au niveau d'émissions sonores ou d'émissions de carbone, de solliciter une fiche technique du véhicule dans laquelle figurent ces informations, ou les résultats d'essais. En matière d'achat de matériels informatiques, elle préconise, pour des critères relatifs à la facilité de désassemblage et à la facilité de recyclage des pièces en plastique, la communication d'un rapport d'essai (sous un format écrit ou audiovisuel) détaillant le désassemblage de l'ordinateur personnel et incluant un diagramme éclaté de l'ordinateur personnel répertoriant les principaux composants et indiquant toute substance dangereuse présente dans les composants.

Mais les choses sont parfois moins simples. S'agissant, par exemple, d'un critère relatif aux moyens humains affectés à l'exécution du marché, la production des curriculum vitae (CV) des agents apparaît pertinente. Mais, cela est-il réellement suffisant ? En effet, si ce document renseigne bien sur les compétences du personnel du soumissionnaire, il n'atteste en rien de sa disponibilité. Ne faudrait-il pas exiger une communication du plan de charge des agents concernés, afin de s'assurer que

(11) CE 12 janvier 2011, req. n° 343324.

(12) Voir en ce sens le résumé de l'arrêt publié au *Recueil Lebon*, p. 1009.

(13) Le règlement de la consultation imposait aux candidats de remplir une annexe mentionnant les caractéristiques des véhicules et notamment le numéro d'immatriculation, ce qui fut interprété par la juridiction administrative comme étant révélateur de l'intention du pouvoir adjudicateur d'avoir la garantie d'une disponibilité du matériel pour le commencement de l'exécution du marché.

(14) Fiches consultables à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm.

le personnel promis sera bien à disposition de l'acheteur ? Toutefois, même en possession d'un tel document, un aléa persistera toujours, puisque des commandes supplémentaires pourraient, entre la remise de l'offre et l'exécution des prestations, s'agréger au carnet de commandes de l'entreprise.

On le voit, tous les critères ne se prêtent pas avec la même aisance à l'obligation de vérification des engagements des candidats. Il est vraisemblable que le degré d'exigence attendu devra être adapté selon la nature des critères. Cela pose notamment la question du caractère acceptable des justificatifs établis par le candidat lui-même. Sur ce point, on constate que les fiches pratiques établies par la Commission européenne relativement aux MPE font parfois référence à des justificatifs émanant de l'opérateur économique lui-même – par exemple, s'agissant d'un critère portant sur l'utilisation d'aliments issus de l'agriculture biologique dans un marché de service de restauration, la Commission européenne préconise, comme élément de vérification, la communication d'un label écologique de type I ou, à titre alternatif, que les candidats décrivent, dans l'offre proposée, de quelle manière ils ont l'intention de satisfaire à cette obligation. Il appartiendra à la jurisprudence de préciser si de tels justificatifs sont suffisants pour permettre à l'acheteur d'exercer son contrôle.

Bien évidemment, la possibilité d'adapter le niveau d'exigences à la nature des critères ne peut aller jusqu'à vider le principe de sa substance. En effet, l'obligation de vérification des offres a pour corolaire l'obligation pour l'acheteur de privilégier des critères vérifiables. Si les moyens de preuve susceptibles d'assortir un critère n'existent pas, ou ne sont pas suffisamment probants, mieux vaut alors s'abstenir de recourir à un tel critère. La question pourrait se poser pour des critères portant sur des aspects organisationnels ou méthodologiques, lesquels se prêtent relativement mal à l'obligation pesant sur les acheteurs de solliciter des justificatifs de la part des candidats. L'avenir dira si de tels critères sont, à terme, condamnés ou si la jurisprudence se satisfera d'engagements écrits des candidats, pour autant que ces derniers soient suffisamment précis et contraignants.

La troisième question est relative au degré de contrôle que l'acheteur doit porter sur les documents qui lui sont transmis. Si le document demandé est absent, cette abstention sera alors certainement sanctionnée par l'irrégularité de l'offre du candidat défaillant. On peut penser qu'il en ira de même dans le cas où le candidat produit le justificatif demandé, mais qu'après vérification, l'acheteur constate que les informations sont inexactes. Cependant, sans être erronées, les informations contenues dans l'offre peuvent être plus ou moins crédibles. Cela peut par exemple être le cas quand l'acheteur note les délais d'exécution proposés par les candidats. Que faire si les délais proposés sont trop audacieux ? Déclarer l'offre irrégulière semble inapproprié car l'acheteur aura rarement de certitudes quant à l'infaisabilité de la proposition, mais de simples soupçons. Un tribunal administratif a d'ailleurs jugé que, si la société requérante « estime que le délai d'exécution n'était pas crédible et n'a pas été respecté, cette circonstance qui aurait nécessité des investigations supplémentaires ne pouvait être regardée par la commission d'appel d'offres comme une irrégularité formelle de l'offre la mettant dans l'obligation d'éliminer cette dernière avant de procéder à la sélection de l'offre de l'entreprise attributaire »⁽¹⁵⁾. Une solution alternative consiste à prendre en compte le caractère plus ou moins réaliste des propositions dans la notation. C'est la position adoptée par le Conseil d'État de Belgique – lequel a jugé, dans un arrêt du 7 mai 2013⁽¹⁶⁾, que « lorsque le délai d'exécution constitue un critère d'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur peut – et doit – apprécier le caractère réaliste des délais offerts, afin d'attribuer le plus de points au délai réaliste le plus court » et que « lors l'analyse des offres, le pouvoir adjudicateur peut, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, noter moins favorablement (...) les offres qui présentent un délai jugé irréaliste, pour des raisons objectives ».

[15] TA Nouvelle-Calédonie, 4 octobre 2012, SARL TAT, req. n° 1100222.

[16] CE (Belgique) 7 mai 2013, SA Socogetra, n° 223.427.