

[Jurisprudence] L'irrégularité de l'offre du candidat évincé ne fait plus obstacle à ce qu'il se prévale en référé de l'irrégularité de l'offre de l'attributaire

N3676BYS



par Thomas Vaseux, Avocat au barreau de Paris, De Gaulle Fleurance & Associés
Le 10-06-2020

Réf. : CE 2° et 7° ch.-r., 27 mai 2020, n° 435982, mentionné aux tables du recueil Lebon ([N° Lexbase : A56523MB](#))

Dans un arrêt rendu le 27 mai 2020, le Conseil d'Etat revient sur sa jurisprudence en considérant que, dans le cadre d'un référé précontractuel ou contractuel, la circonstance que l'offre du candidat évincé est irrégulière ne fait pas obstacle à ce qu'il puisse se prévaloir de l'irrégularité de l'offre de l'attributaire du contrat pour obtenir l'annulation de la procédure ou du contrat.

Dans cette affaire, la collectivité territoriale de Martinique avait lancé un appel d'offres en vue de l'attribution d'un accord-cadre ayant pour objet des prestations de nettoyage de locaux et de sites. La société Clean Building a contesté par la voie du référé précontractuel l'attribution des lots dont elle n'avait pas été déclaré attributaire, et notamment le lot n° 7 qui nous intéresse ici.

La collectivité a toutefois signé le marché quelques heures après l'enregistrement du recours de la société Clean Building, en méconnaissance de l'article L. 551-14 du Code de justice administrative ([N° Lexbase : L1603IE4](#)), conduisant la société requérante à présenter de nouvelles conclusions en référé contractuel.

La société requérante invoquait notamment l'irrégularité de l'offre de l'attributaire. Selon le tribunal administratif (TA Martinique, 30 septembre 2019, n° 1900526), les justifications apportées par l'attributaire du lot n° 7 n'étaient pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué, reconnaissant ainsi le caractère irrégulier de l'offre de la société lauréate.

Toutefois, le tribunal n'a pas accueilli le moyen de la société Clean Building en relevant qu'elle ne pouvait se prévaloir d'une telle irrégularité au motif que sa propre offre pour ce lot était également irrégulière dès lors qu'elle n'avait pas répondu dans les délais prescrits par l'acheteur à la demande de justification des prix de son offre de ce dernier

Le Conseil d'Etat va censurer l'ordonnance du juge des référés en considérant que : « la circonstance que l'offre du concurrent évincé, auteur du référé contractuel, soit irrégulière ne fait pas obstacle à ce qu'il puisse se prévaloir de l'irrégularité de l'offre de la société attributaire du contrat en litige. Tel est notamment le cas lorsqu'une offre peut être assimilée, par le juge des référés dans le cadre de son office, à une offre irrégulière en raison de son caractère anormalement bas ».

Le Conseil d'Etat opère ainsi un revirement de sa jurisprudence antérieure concernant les référés en matière contractuelle, contraint par la jurisprudence européenne en la matière (I). Un tel revirement ouvre la question des modalités dans lesquelles un candidat évincé peut désormais se prévaloir, en contentieux, de l'irrégularité de l'offre de l'attributaire (II).

I - Un revirement sous influence européenne

Le Conseil d'Etat revient ici sur sa jurisprudence antérieure (A) qui était remise en cause par la jurisprudence constante de la Cour de justice depuis plusieurs années (B).

A - L'abandon de la jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat

Le raisonnement tenu par le tribunal administratif ci-dessus exposé est conforme à l'état de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de référé précontractuel.

En effet, en application de la jurisprudence « SMIRGEOMES » [1], le requérant est tenu de démontrer que le manquement allégué l'a lésé ou est susceptible de l'avoir lésé. En application de cette jurisprudence, le Conseil d'Etat considère qu'un candidat évincé en raison du caractère irrégulier de son offre ne pouvait invoquer un moyen tiré de l'irrégularité de l'offre de l'attributaire puisque l'irrégularité de ce choix n'était pas la cause de son éviction [2]. Il convient de rappeler que la lésion s'entend, pour le candidat évincé, comme la perte de la chance d'obtenir le contrat. Or, si l'offre du candidat évincé est irrégulière, il n'a pas vocation à obtenir l'attribution dudit contrat.

En l'espèce, le tribunal administratif de la Martinique a toutefois transposé cette jurisprudence (applicable en référé précontractuel pour apprécier l'opérance des moyens invoqués) pour déterminer si la nullité du contrat peut être prononcée en référé contractuel. Pour mémoire, l'efficacité des moyens invocables en référé contractuel est restreinte par l'article L. 551-18 du Code de justice administrative (N° Lexbase : L1598IEW) qui prévoit des hypothèses limitatives dans lesquelles la nullité du contrat peut être prononcée par le juge. La nullité du contrat est ainsi encourue lorsque ce dernier a été signé après l'expiration du délai de *stand still* ou pendant la période de suspension, faisant obstacle à l'exercice du référé précontractuel par le candidat évincé (ce qui était le cas dans la présente affaire), sous réserve toutefois que les obligations de publicité et de mise en concurrence ont été méconnues « *d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat* ».

Ainsi, le tribunal administratif de la Martinique aurait dû se fonder sur cet article en déterminant si la société requérante avait perdu une chance d'obtenir le contrat. Toutefois, comme le relève le rapporteur public Gilles Pellissier dans ses conclusions sur cet arrêt [3], l'examen de cette perte de chance s'effectue de manière similaire à la détermination d'une lésion. Le Conseil d'Etat aurait ainsi pu approuver la solution du juge du fond. Il a néanmoins choisi de faire évoluer sa jurisprudence en la matière.

B - L'influence de la jurisprudence de la Cour de justice quant à l'intérêt à agir du candidat évincé

La Cour de justice de l'Union européenne a jugé, par plusieurs arrêts, que l'irrégularité de l'offre d'un candidat évincé ne pouvait le priver de la possibilité de faire valoir que l'offre retenue était-elle-même irrégulière.

Dans un arrêt « Fastweb », elle a ainsi affirmé que « *l'action incidente de l'adjudicateur tendant à déclarer irrecevable le recours du candidat évincé ne peut pas conduire à écarter le recours d'un soumissionnaire dans l'hypothèse où la régularité de l'offre de chacun des opérateurs est mise en cause dans le cadre de la même procédure et pour des motifs de nature identique. Dans une telle situation, chacun des concurrents peut faire valoir un intérêt légitime équivalent à l'exclusion de l'offre des autres, pouvant aboutir au constat de l'impossibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de procéder à une sélection d'une offre régulière* » [4].

Cette jurisprudence est fondée sur le principe d'égalité de traitement entre les candidats qui fait obstacle à ce que l'irrégularité d'une offre ne soit opposée qu'à un seul d'entre eux. En outre, elle est également fondée sur une appréciation de l'intérêt à agir qui apparaît plus large que celle retenue jusqu'à alors par le Conseil d'Etat quant à l'exigence de lésion. La Cour considère qu'un candidat dont l'offre a été rejetée comme irrégulière conserve une perte de chance à la conclusion du contrat, et donc un intérêt à agir, dès lors que le constat de l'irrégularité de l'ensemble des offres par le pouvoir adjudicateur devrait conduire « *au constat de l'impossibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de procéder à la sélection d'une offre régulière* » [5]. Ce constat ouvre ainsi la voie au lancement d'une nouvelle procédure à laquelle les candidats pourront participer sur un pied d'égalité en espérant obtenir l'attribution du contrat.

Le Conseil d'Etat était ainsi contraint de faire évoluer sa jurisprudence en la matière. Les modalités d'application de ce nouveau principe doivent toutefois être déterminées.

II - Les modalités dans lesquelles la nouvelle possibilité offerte au candidat évincé est susceptible

d'être invoquée

La nouvelle possibilité ouverte par le Conseil d'Etat devrait se limiter aux référés en matière contractuelle, à savoir le référé précontractuel et le référé contractuel, et ne pas être ouverte en matière de recours en contestation de la validité du contrat (A). En outre, la question de l'intensité de la démonstration à apporter par le candidat évincé mérite une attention particulière (B).

A - Un périmètre limité aux référés précontractuels et contractuels

La nouvelle possibilité offerte au candidat évincé pour irrégularité de son offre devrait être circonscrite aux référés précontractuels et contractuels.

S'agissant du recours en contestation de la validité du contrat tel que prévu par la jurisprudence « Tarn-et-Garonne » [6] dans le cadre de laquelle les candidats évincés ne peuvent invoquer, outre les vices d'ordre public, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction [7], le Conseil d'Etat a maintenu sa jurisprudence en considérant qu'un candidat évincé « dont l'offre a été à bon droit écartée comme irrégulière ou inacceptable ne saurait en revanche soulever un moyen critiquant l'appréciation des autres offres dès lors qu'un tel manquement n'est pas en rapport direct avec son éviction » [8]. Dans ses conclusions sur cet arrêt, le rapporteur public Gilles Pellissier a considéré que la jurisprudence de la Cour de justice précitée n'avait vocation à s'appliquer qu'en matière de référé précontractuel ou contractuel mais non s'agissant d'un recours en contestation de la validité du contrat.

Selon le rapporteur public, cette différence s'explique par les différences entre les référés en matière contractuelle et le recours en contestation de la validité du contrat. Il relève que ces référés ont la même finalité qui est d'assurer, par l'annulation de la procédure ou du contrat, la régularité de la procédure de sélection des candidats. L'objet et le champ d'application du recours en contestation de la validité du contrat est plus large, notamment dès lors que les vices invocables ne sont pas limités aux seules irrégularités affectant la passation du contrat. En outre, dans le cadre d'un recours en contestation de la validité du contrat, l'intérêt à agir du requérant qui résiderait dans l'éventualité d'une remise en concurrence du contrat apparaît bien plus incertain que dans les référés précités.

Le principe posé par le Conseil d'Etat devrait toutefois affecter substantiellement le contentieux en matière contractuel, dès lors que les conditions dans lesquelles l'irrégularité de l'offre de l'attributaire peut être invoquée par le candidat évincé n'apparaissent pas restrictives.

B - L'intensité de la démonstration devant être apportée par le candidat évincé

La question qui se pose est ici celle de l'intensité de la lésion ou de la perte de chance de faire annuler la procédure de passation ou le contrat que devra apporter le candidat évincé au motif que son offre était irrégulière. Deux enseignements peuvent être tirés de la jurisprudence de la Cour de justice.

Le premier enseignement tient à l'étendue de la démonstration à apporter. Le candidat évincé doit-il démontrer que toutes les offres présentées par les opérateurs économiques moins bien classées que lui soient irrégulières, ou bien la démonstration de la seule irrégularité de l'offre de l'attributaire suffit ?

De prime abord, il n'est pas illogique de supposer que la lésion du candidat, résidant dans la possibilité de présenter une nouvelle offre régulière si une nouvelle procédure était lancée, serait caractérisée uniquement si toutes les offres étaient irrégulières. A défaut, il serait possible de considérer que le pouvoir adjudicateur serait regardé comme tenu d'attribuer le contrat à l'offre régulière la mieux classée, faisant obstacle à toute nouvelle procédure. Une telle démonstration serait, en pratique, impossible à apporter, et la Cour de justice considère qu'il n'est pas nécessaire d'apporter la preuve de l'irrégularité des offres moins bien classées. Elle relève, en outre, qu'il n'est pas nécessaire d'apporter la preuve que le pouvoir adjudicateur serait nécessairement amené à réitérer de la procédure de passation [9].

Le second enseignement est relatif à l'éventuelle démonstration d'une identité entre les vices d'irrégularité de l'offre de l'attributaire et ceux dont souffre l'offre du candidat évincé. En effet, dans son arrêt « Fastweb » précité, la Cour de justice a précisé que la régularité de l'offre de chacun des opérateurs devait être mise en cause dans le cadre de la même procédure et pour des « motifs de nature identique ».

Il ne s'en infère *a priori* toutefois pas que les irrégularités des deux offres doivent être de la même essence (par exemple, en ce qu'elles résideraient toutes deux dans la méconnaissance du cahier des charges, etc.). Une telle interprétation reviendrait en effet à réduire considérablement la portée de la jurisprudence de la Cour. Cette dernière a ainsi précisé que la divergence des motifs d'irrégularité ne faisait pas obstacle à la possibilité pour le candidat évincé d'opposer l'irrégularité de l'offre de l'attributaire [10]. Au total, il apparaît uniquement nécessaire à ce que l'offre de l'attributaire et celle du candidat évincé soient regardées comme irrégulières, même si les causes des irrégularités sont différentes.

Au regard de ce qui précède, le nouveau principe posé par le Conseil d'Etat devrait avoir un périmètre suffisamment large pour modifier de manière non négligeable le contentieux contractuel en référé.

Quel impact dans ma pratique ?

Cette jurisprudence du Conseil d'Etat ouvre les possibilités offertes à un opérateur économique évincé pour irrégularité de son offre d'agir devant le juge des référés précontractuels et contractuels, en lui permettant d'invoquer l'irrégularité de l'offre de l'attributaire. Un tel moyen étant récurrent en la matière, l'impact de cette jurisprudence apparaît substantiel à cet égard.

Quant aux pouvoirs adjudicateurs, ils devront s'attacher avec encore plus de vigilance à la détermination du caractère régulier ou non des offres, ce qui passe au préalable par la détermination d'un règlement de la consultation et d'un cahier des charges clair et univoque.

[1] CE, 3 octobre 2008, n° 305420 ([N° Lexbase : A5971EAE](#)).

[2] CE, 11 avril 2012, n° 354652 ([N° Lexbase : A6183IIT](#)).

[3] Ces conclusions sont accessibles sur le site internet Arianeweb.

[4] CJCE, 4 juillet 2013, aff. C-100/12 ([N° Lexbase : A3977KI7](#)) ; v. aussi CJUE, 5 avril 2016, aff. C-689/13 ([N° Lexbase : A2444RB7](#)).

[5] CJCE, 4 juillet 2013, aff. C-100/12 , précité, § 33.

[6] CE, 4 juillet 2014, n° 358994 ([N° Lexbase : A6449MIP](#)).

[7] CE, 5 février 2016, n° 383149 ([N° Lexbase : A5051PKB](#)).

[8] CE, 9 novembre 2018, n° 420654 ([N° Lexbase : A6422YK3](#)).

[9] CJUE, 5 septembre 2019, aff. C- 333/18 ([N° Lexbase : A3897ZMB](#)).

[10] CJUE, 5 avril 2016, PFE, aff. C-689/13 ({"IOhtml_internalLink": {"_href": **Le type nodeid n'est pas pris en charge**, "_target": "_blank", "_class": "color-sources", "_title": "CJUE, 05-04-2016, aff. C-689/13, Puligienica Facility Esco SpA (PFE) c/ Airgest SpA", "_name": null, "_innerText": "N\u00b0\u00a0Lexbase\u00a0: A2444RB7"}}), tel qu'éclairé notamment par les conclusions de l'Avocat général.

© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable