



Quelle sanction pour le non-respect du délai de remise des offres par l'acheteur ?

Les moyens relatifs au délai de remise des offres invocables par un candidat évincé sont appréciés strictement par le juge administratif. En témoignent les trois arrêts récents commentés du Conseil d'État et de la cour administrative d'appel de Paris en matière de référé précontractuel et de recours *Tarn-et-Garonne*.

Dans le cadre de la passation des contrats de la commande publique, une attention toute particulière est généralement portée par les acheteurs soumis au Code de la commande publique s'agissant du respect de certaines règles de fond : niveaux de capacités financières ou techniques exigées des candidats, définition des spécifications techniques attendues, modalités d'appréciation des offres... Il incombe néanmoins à ces acheteurs d'être aussi attentifs quant au respect de certaines règles de forme parmi lesquelles les modalités de fixation des délais de remise des offres. Les dispositions du Code de la commande publique sont claires. Concernant la passation des marchés, l'acheteur doit fixer « les délais de réception des offres en tenant compte de la complexité du marché et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur offre »⁽¹⁾. L'acheteur doit donc fixer des délais de réception des offres adaptés laissant un temps suffisant aux opérateurs pour l'élaboration de leurs offres. Dans la pratique, pressé par des contraintes calendaires très fortes, l'acheteur cède souvent cependant à la tentation d'aller vite en réduisant au maximum ce délai. Un tel choix n'est pas toujours sans risques. L'insuffisance du délai de réception des offres peut notamment constituer un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Trois arrêts récents du Conseil d'État et de la cour administrative d'appel de Paris illustrent la nécessité pour les acheteurs soumis au Code de la commande publique de fixer un délai de réception des offres suffisamment long pour assurer une mise en concurrence effective et l'existence de certaines contraintes lorsqu'il s'agit de proroger ce délai. Ces décisions amènent également à certains questionnements relatifs à la portée des irrégularités liées au non-respect des délais de remise des offres sur un plan contentieux.

Auteur

Laurent Sery

Avocat Associé

Julie Coulange

Avocate

Cabinet ADAMAS

Références

CE 27 novembre 2019, Commune d'Hautmont, req. n° 432996

CE 18 décembre 2019, Port autonome de Nouvelle-Calédonie, req. n° 432590

CAA Paris 17 janvier 2020, req. n° 18PA01035

Mots clés

Délai • Remise des offres • Référé précontractuel • Recours de plein contentieux en contestation de validité du contrat • Principe d'impartialité • Intérêt à agir

(1) CCP, art. R. 2151-1.

La fixation du délai de remise des offres et son éventuelle prorogation : des contraintes fortes pour l'acheteur

Comme en témoignent les jurisprudences commentées, le délai de remise des offres ne peut être fixé de manière arbitraire : il doit présenter un caractère suffisant afin d'assurer une mise en concurrence effective ; par ailleurs, la prolongation de ce délai par l'acheteur implique le respect de certaines conditions.

Les conditions de fixation des délais de remise des offres sont strictement encadrées et doivent permettre une mise en concurrence effective

La fixation des délais de remise des offres constitue un enjeu important pour les acheteurs soumis au Code de la commande publique, lesquels ont parfois tendance à vouloir aller vite. Elle constitue aussi une préoccupation essentielle pour les opérateurs économiques qui, à défaut de disposer d'un temps suffisant, ne pourront pas répondre ou mal répondre. Rappelons en effet que les offres reçues hors délai doivent être éliminées^[2].

Pour les marchés publics, le Code de la commande publique fixe des délais minimaux de réception des offres dans le cadre des procédures formalisées : 35 jours en principe à compter de la date de l'envoi de l'avis de marché pour les appels d'offres ouverts^[3] ; en appel d'offres restreint et en procédure négociée, le délai ne peut en principe être inférieur à 30 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner pour les pouvoirs adjudicateurs^[4] et 10 jours pour les entités adjudicatrices^[5]. Ces délais peuvent être réduits, notamment si les offres peuvent être transmises par voie électronique^[6]. Lorsque les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux d'exécution du marché ou après consultation sur place de documents complémentaires, les délais de réception des offres doivent être suffisants pour permettre à tous les opérateurs économiques de prendre connaissance de toutes les informations nécessaires pour l'élaboration de leurs offres^[7]. Le juge se montre vigilant quant au respect de ces obligations : alors même que le délai de remise des offres serait supérieur au délai minimal imposé par les textes, il lui appartient néanmoins de vérifier si le délai n'est pas manifestement inadapté à la présentation d'une offre compte tenu de la complexité du marché public et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leurs candidatures et leurs offres^[8].

En revanche, dans le cadre de la procédure adaptée (MAPA), aucune disposition n'impose un quelconque délai à l'acheteur. Celui-ci détermine en principe librement le délai de réception des offres. L'un des arrêts commentés illustre néanmoins l'absence de liberté absolue laissée à au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice en la matière : le délai minimal de remise des offres doit être fixé, compte tenu des caractéristiques du marché pour assurer le respect des grands principes de la commande publique, et notamment une « mise en concurrence effective ». Dans une affaire relative à la passation d'un marché de maîtrise d'œuvre lancé par un établissement public d'aménagement, la cour administrative d'appel de Paris a eu l'occasion de rappeler ces principes. En l'espèce, un délai de quatorze jours avait été fixé, dont dix jours ouvrés, calculé de la publication de l'avis d'appel public à la concurrence au *BOAMP* le lundi 18 avril 2016 à la date limite de réception des offres le lundi 2 mai 2016 à 12 heures ; une visite obligatoire des lieux était par ailleurs imposée le lundi 25 avril 2016 à 14 heures. L'un des concurrents évincés soutenait que ce délai pour la remise des offres avait été insuffisant. Dans la décision commentée du 17 janvier 2020, la Cour a considéré que ce délai de quatorze jours, dont sept jours seulement restaient après la visite obligatoire des lieux, était anormalement court pour « assurer une mise en concurrence effective »^[9]. Cette décision n'est pas originale et s'inscrit dans le cadre d'une jurisprudence désormais constante. Par exemple, s'agissant toujours d'une procédure adaptée relative à la passation d'un marché de conception et de réalisation d'un monument aux morts, la cour administrative d'appel de Nancy avait eu l'occasion de rappeler ces mêmes règles : le pouvoir adjudicateur avait imposé un délai de remise des offres de 11 à 13 jours et un délai de sept jours entre la visite du site et la remise de l'offre. À la demande d'un opérateur économique ayant soutenu que ce délai trop court l'avait empêché de déposer une offre, la cour administrative de Nancy a elle aussi jugé que ce délai méconnaissait les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats^[10]. Dans cet arrêt, de manière pédagogique, le juge souligne que, en matière de procédure adaptée, le délai de remise des offres doit être « suffisant, au regard notamment de l'objet du marché envisagé, de son montant, de l'urgence à le conclure, de la nature des prestations, de la facilité d'accès aux documents de la consultation, de la nécessité éventuelle d'une visite des lieux et de l'importance des pièces exigées des candidats ».

En matière de concessions, il sera simplement ici rappelé que la situation n'est pas différente. S'agissant des concessions soumises à une procédure de passation formalisée, l'article R. 3124-2 du Code de la commande publique prévoit que l'autorité concédante fixe le délai de remise des offres en fonction notamment de la nature, du montant et des caractéristiques des travaux ou services demandés au concessionnaire et, lorsqu'il y a lieu,

[2] En matière de marchés : CCP, art. R. 2151-5.

[3] CCP, art. R. 2161-2.

[4] CCP, art. R. 2161-7 et R. 2161-14.

[5] CCP, art. R. 2161-10 et R. 2161-22.

[6] CCP, art. R.2161-3 en matière d'appel d'offres ouvert et CCP, art. R. 2161-8 en matière d'appel d'offres restreint.

[7] CCP, art. R. 2151-3.

[8] CE 11 juillet 2018, req. n° 418021.

[9] CAA Paris 17 janvier 2020, req. n° 18PA01035.

[10] CAA Nancy 26 février 2019, req. n° 18NC00051.

de l'impossibilité d'offrir un accès dématérialisé aux documents de la consultation. Le délai minimum de remise des offres est alors en principe de 22 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à présenter une offre ou 17 jours lorsque l'autorité concédante accepte que les offres lui soient transmises par voie électronique. S'agissant des concessions soumises à une procédure de passation adaptée, à l'instar de ce qui existe pour les MAPA, l'article R. 3126-9 du Code de la commande publique prévoit simplement que « l'autorité concédante fixe le délai de remise des offres en fonction notamment de la nature, du montant et des caractéristiques des travaux ou services demandés au concessionnaire » et, lorsqu'il y a lieu « de l'impossibilité d'offrir un accès dématérialisé aux documents de la consultation ». Comme en matière de marchés, des jurisprudences viennent là aussi régulièrement rappeler à l'autorité concédante la nécessité de fixer un délai raisonnable aux candidats pour la remise de leurs offres. Récemment, c'est le juge des référés du tribunal administratif de Toulon qui a, par exemple, considéré que la fixation d'un délai de remise des offres de 30 jours était insuffisant : compte tenu de la complexité de la délégation de service public concernée, ce délai trop court constituait un manquement de la commune à ses obligations de publicité et de mise en concurrence qui a directement et gravement lésé la société requérante, laquelle s'est trouvée dans la totale incapacité de remettre une offre conforme aux documents de la consultation^[11].

La prolongation du délai de remise des offres est également soumise à certaines conditions

En pratique, l'expérience montre que le délai fixé pour la remise des offres initialement est bien souvent modifié, soit à l'initiative de l'acheteur, soit à la demande des candidats qui estiment que celui-ci est insuffisant.

Cette faculté est prévue pour la passation des marchés à l'article R. 2151-4 du Code de la commande publique, lequel prévoit que le délai de réception des offres est prolongé dans deux cas :

- lorsqu'un complément d'informations, nécessaire à l'élaboration de l'offre, demandé en temps utile par l'opérateur économique, n'est pas fourni dans les délais prévus ;
- ou lorsque des modifications importantes sont apportées aux documents de la consultation.

En matière de concessions, la prolongation du délai de remise des offres est également permise et fréquente. Dans ce cas, le Conseil d'État a jugé que le respect du principe d'égalité entre les candidats exige que, « lorsque des négociations sont menées avec plusieurs entreprises à la suite de la remise des offres et que l'autorité délégante fixe à ces entreprises un délai de remise de nouvelles offres, elle est tenue aux mêmes exigences que lors de la procédure de publicité et de recueil des offres et, en particulier, ne peut légalement proroger ce

nouveau délai pour une partie seulement des entreprises intéressées »^[12]. L'une des affaires commentées illustre cependant un autre aspect des contraintes pesant sur l'autorité concédante lorsqu'elle décide de prolonger le délai de remise des offres en raison d'une modification apportée au dossier de consultation des entreprises : la durée de cette prorogation doit être fixée au regard du caractère substantiel ou non de la modification apportée. Ainsi, dans l'arrêt commenté du Conseil d'État du 27 novembre 2019 relatif à un contrat de concession de service public portant sur l'exploitation d'un crématorium, l'autorité délégante avait souhaité modifier les modalités de cheminement des cercueils au sein de l'établissement ; elle avait prolongé le délai de remise des offres de neuf jours afin de permettre aux candidats de tenir compte de cette modification d'un document de la consultation. Alors que le juge des référés du tribunal administratif de Lille avait annulé la procédure de passation de la convention de concession de service public au motif que ce délai supplémentaire de neuf jours était insuffisant, le Conseil d'État a d'abord rappelé les dispositions applicables tirées de l'article 4 du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession : « Toute modification des documents de la consultation est communiquée à l'ensemble des opérateurs économiques, aux candidats admis à présenter une offre ou à tous les soumissionnaires dans des conditions garantissant leur égalité et leur permettant de disposer d'un délai suffisant pour remettre leurs candidatures ou leurs offres »^[13]. La Haute juridiction administrative a ensuite jugé que cette modification au dossier de consultation, laquelle avait porté uniquement sur les modalités de cheminement des cercueils au sein de l'établissement, ne pouvait « être regardée comme une modification substantielle des conditions de consultation ». En prolongeant de seulement neuf jours le délai de remise des offres, l'autorité délégante avait bien laissé aux candidats « un délai suffisant, compte tenu de la nature et de la portée de cette modification d'ordre matériel, pour permettre aux participants d'en prendre connaissance et d'adapter leur offre »^[14]. Cette jurisprudence témoigne donc d'une certaine souplesse de la part du juge ; elle rend nécessaire cependant une analyse au cas par cas de chaque situation pour fixer le délai minimal de la prolongation.

La seconde décision commentée du Conseil d'État en date du 18 décembre 2019^[15] apporte quant à elle des précisions très utiles sur les modalités de mise en œuvre d'une prorogation du délai de remise des offres à la demande d'un candidat. Dans cet arrêt, de manière tout à fait originale, la question de la prorogation du délai de remise des offres a été traitée sous l'angle du principe

[11] TA Toulon 16 décembre 2019, Société Aquacub, req. n° 1904139.

[12] CE 15 juin 2001, Syndicat intercommunal d'assainissement de Saint-Martin-de-Ré et La Flotte-en-Ré, req. n° 223481.

[13] Ces dispositions sont désormais codifiées à l'article R. 3122-8 du Code de la commande publique.

[14] CE 27 novembre 2019, Commune d'Hautmont, req. n° 432996.

[15] CE 18 décembre 2019, Port autonome de Nouvelle-Calédonie, req. n° 432590.

d'impartialité. Il était en effet soutenu par le concurrent évincé que l'autorité concédante aurait méconnu ce principe en reportant notamment la date limite de remise des offres à la demande d'une société, dans laquelle elle détenait 11,43 % du capital ; ladite société n'aurait pourtant pas sollicité de renseignements complémentaires pour la remise de son offre. Le Conseil d'État a toutefois considéré que « la seule circonstance qu'un candidat se soit abstenu de solliciter des renseignements complémentaires avant le délai de remise des offres n'est pas de nature à faire obstacle à ce que l'autorité concédante décide que des raisons objectives justifient la prorogation de ce délai ». La Haute juridiction administrative rappelle donc que l'autorité concédante peut décider de proroger le délai de remise des offres, dès lors qu'elle voit des raisons objectives à une telle prorogation. Mais l'apport essentiel de cette jurisprudence concerne les conditions de mise en œuvre de cette prorogation : le Conseil d'État juge en effet que la prorogation du délai de remise des offres à la demande d'un candidat nécessite l'approbation de l'ensemble des concurrents, laquelle peut néanmoins être tacite. À la lecture des conclusions de Madame la Rapporteure publique Mireille Le Corre dans cette affaire, il apparaît en effet que « l'expression d'un accord des autres candidats est également une exigence vertueuse s'agissant du délai de remise des offres, mais qu'elle peut-être tacite »^[16]. Il va sans dire que la portée de cette jurisprudence est loin d'être anodine et pourra poser en pratique de vraies difficultés à l'autorité concédante : celle-ci aura-t-elle intérêt à solliciter en bonne et due forme cet accord ? Le pourra-t-elle même parfois concrètement au regard des délais de procédure de passation du contrat ? Les candidats devront-ils prendre l'initiative de marquer leur éventuel refus, dès lors qu'ils seraient informés de toute éventuelle prolongation du délai de remise des offres ? La mise en œuvre de ce principe pourrait très certainement à l'avenir être source d'un certain nombre de contestations et litiges.

La portée d'une irrégularité liée au délai de remise des offres peut paraître limitée à certains égards sur le plan contentieux

Les décisions commentées pointent aussi malgré tout certaines limites tenant à la portée de l'éventuelle irrégularité commise par l'acheteur en matière de fixation des délais de remise des offres. Certes, dans le cadre d'un référé précontractuel, le requérant qui parviendra à démontrer qu'il a été lésé par le caractère insuffisant du délai de remise des offres sera en mesure d'obtenir le prononcé de mesures pouvant aller jusqu'à l'annulation de la procédure de mise en concurrence ; pour autant,

une fois le contrat signé, dans le cadre d'un recours Tarn-et-Garonne, la portée d'une telle irrégularité pourra sembler plus limitée.

Le choix du référé précontractuel pour faire sanctionner l'éventuel caractère insuffisant du délai de remise des offres paraît devoir être privilégié

Dans le cadre de la procédure de référé précontractuel^[17], le caractère insuffisant du délai de remise des offres peut constituer un manquement de la personne publique à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, à condition toutefois que ce manquement ait directement et gravement lésé la société requérante en l'empêchant par exemple de déposer une offre.

Certes, les décisions commentées montrent certaines difficultés à démontrer parfois l'existence d'un manquement de l'acheteur à ses obligations de mise en concurrence du fait d'un prétendu non-respect des règles applicables en matière de fixation du délai de remise des offres. Ainsi, dans l'arrêt commenté du 27 novembre 2019 relatif au contrat de concession de service public portant sur l'exploitation d'un créatorium, le Conseil d'État a annulé l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Lille, lequel avait considéré que, suite à la modification qui avait été apportée au dossier de consultation des entreprises, le délai supplémentaire de neuf jours laissé aux candidats pour déposer leur dossier de candidature et leur offre était insuffisant^[18]. De même, dans l'arrêt commenté du 18 décembre 2019 relatif à la délégation de service public pour l'exploitation d'un port de plaisance, la Haute juridiction administrative a également écarté l'argumentation soulevée par la société requérante tirée de l'irrégularité des conditions de prorogation du délai de remise des offres^[19].

Pour autant, tout espoir n'est pas vain pour les opérateurs économiques. Le non-respect des règles de remise des offres est fort heureusement parfois sanctionné par le juge du référé précontractuel. La jurisprudence rendue en matière de référé précontractuel témoigne régulièrement d'acheteurs sanctionnés à ce titre.

Si la procédure de référé précontractuel est introduite au terme de la procédure de passation du marché ou de la concession, par exemple après la notification du rejet des offres, il est probable que

[16] Conclusions de Madame la Rapporteure publique Mireille Le Corre sous CE 18 décembre 2019, Port autonome de Nouvelle-Calédonie, req. n° 432590.

[17] Notamment celui prévu aux articles L. 551-1 et suivants du CJA pour les contrats de la commande publique relevant de la compétence des juridictions administratives.

[18] CE 27 novembre 2019, Commune d'Hautmont, req. n° 432996.

[19] CE 18 décembre 2019, Port autonome de Nouvelle-Calédonie, req. n° 432590.

le juge du référé n'aura souvent pas d'autres choix que d'annuler la procédure de passation du contrat dans son ensemble s'il estime que l'irrégularité commise a lésé le requérant. La décision précitée rendue par le juge des référés du tribunal administratif de Toulon, à propos d'un contrat de concession de service public pour l'exploitation d'une plage, en témoigne : ayant considéré que le délai de remise des offres était manifestement inadapté à la présentation d'une offre compte tenu de la complexité de la délégation concernée et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur candidature, il a annulé la procédure de passation du contrat^[20]. D'autres décisions plus anciennes rendues par le juge des référés en matière de marchés cette fois illustrent aussi ce risque majeur pour l'acheteur négligent de devoir le cas échéant reprendre la procédure de passation dans son intégralité^[21].

Parfois, si la procédure de référé précontractuel est introduite au cours de procédure de passation du contrat, plus en amont, notamment durant le délai de remise des offres, la sanction prononcée par le juge du référé pourra être différente : le juge pourra alors dans ce cas imposer simplement à l'acheteur de prolonger le délai de remise des offres d'une durée qui lui paraît suffisante au regard de la procédure de passation litigieuse. Dans ce cas, l'acheteur pourra voir la durée de la procédure de passation de son contrat considérablement allongée par le juge qui fixera un délai conséquent...

En pratique, il est donc primordial pour l'acheteur de prendre toutes les précautions nécessaires au moment de fixer les délais de remise des offres pour éviter ces écueils contentieux : la sagesse devrait le conduire à prendre un peu de marge par rapport aux délais minimums prévus par la réglementation. Pour les candidats, il s'agira en revanche d'anticiper au maximum les choses et de ne pas hésiter à solliciter le plus tôt possible un report du délai de remise des offres en apportant le maximum de justifications, s'ils estiment que le délai n'est pas suffisant. En cas d'échec de ces démarches amiables, ils ne devront pas hésiter à saisir le juge du référé précontractuel afin de tenter de faire sanctionner l'irrégularité liée à un délai de dépôt des offres trop court. Notamment pour les raisons qui seront exposées ci-après, il s'agit en effet à ce jour probablement de la voie contentieuse qui sera la plus efficace pour lui.

La portée de l'irrégularité tirée d'un délai insuffisant du délai de remise des offres, dans le cadre d'un recours *Tarn-et-Garonne*, paraît plus limitée

Indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, as-

sorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires. Ainsi saisi de telles conclusions par un concurrent évincé, il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences. Il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci. Il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés^[22]. Dans la décision commentée de la cour administrative d'appel de Paris du 17 janvier 2020, le juge était saisi d'une action présentée sur le fondement de cette jurisprudence *Tarn-et-Garonne*. La Cour a certes jugé que le délai de remise des offres fixé par la personne publique avait été insuffisant pour assurer une mise en concurrence effective. Néanmoins, la Cour a considéré que « ce vice, n'étant toutefois relatif ni à l'objet du contrat, ni à un vice de consentement ou à un autre vice d'une particulière gravité susceptible de l'entacher, il n'était pas de nature à entraîner l'annulation du marché litigieux »^[23]. D'aucuns regretteront que cette irrégularité ne constitue pas un vice d'une particulière gravité. Toutefois, là encore, cette jurisprudence n'est pas originale. Elle s'inscrit dans le cadre de l'état du droit récemment synthétisé par le rapporteur public Gilles Pélissier dans ses conclusions sous l'arrêt du Conseil d'État du 21 octobre 2019, *Société Ateliers Bois* à propos des vices d'une particulière gravité en matière de passation des contrats de la commande publique. Un manquement, aussi grave soit-il aux règles de passation des contrats de la commande publique, « ne saurait être regardé comme d'une particulière gravité, s'il ne s'accompagne pas de circonstances lui conférant une dimension quasi-pénale »^[24]. L'interprétation retenue par le juge administratif est donc stricte, pour la simple raison que les vices d'une particulière gravité sont au nombre des rares vices pouvant le cas échéant donner lieu à la sanction la plus stricte, à savoir l'annulation du contrat, alors que toute la philosophie de l'évolution récente du contentieux contractuel est de préserver au maximum celui-ci et d'assurer « sa survie ». En conséquence, et par exemple, un vice dans la procédure de passation d'un marché, en l'absence de circonstances particulières, et notamment d'éléments révélant une volonté de la commune de favoriser une société, ne saurait être d'une gravité telle qu'il implique que soit prononcé l'annulation du contrat : « 9. Si le marché litigieux a été attribué à une société dont, ainsi qu'il a été dit au point 8, la candidature, à la date à laquelle elle a été présentée, ne pouvait être légalement retenue, ce vice, en l'absence de circonstances particulières, et

[20] TA Toulon Ord. 16 décembre 2019, précité.

[21] TA Lille Ord. 16 mars 2011, req. n° 1101226.

[22] CE ass., 4 avril 2014, Département du Tarn-et-Garonne, req. n° 358994.

[23] CAA Paris, 17 janvier 2020, req. n° 18PA01035.

[24] Conclusions de Monsieur le rapporteur public Gilles Pélissier sous CE 21 octobre 2019, *Société Ateliers Bois*, req. n° 416616.

notamment d'éléments révélant une volonté de la commune de favoriser cette société, n'est pas d'une gravité telle qu'elle implique que soit prononcée l'annulation du contrat. Par suite, la commune de Chaumont est fondée à soutenir que la cour administrative d'appel de Nancy a inexactement qualifié les faits en estimant que l'illégalité relevée était, dans les circonstances de l'espèce, de nature à justifier une telle mesure »^[25]. De même, par exemples, ne constituent pas des vices d'une particulière gravité :

- le moyen tiré de la méconnaissance des règles du droit de l'Union en matière de droit de la concurrence et de droit des aides d'Etat^[26] ;
- le moyen tiré de ce que le contrat litigieux serait une délégation de service public et non un marché public^[27].

Fort heureusement, la jurisprudence commentée montre toutefois que l'irrégularité commise par le pouvoir adjudicateur ne demeure pas totalement impunie : la cour administrative d'appel de Paris reconnaît en effet le droit pour le candidat évincé d'obtenir une indemnisation du fait de l'irrégularité de la consultation liée au délai anormalement court de remise des offres^[28]. En appliquant les principes posés par le Conseil d'État en matière de droit à indemnisation des concurrents évincés^[29], le juge a ainsi reconnu que la société requérante pouvait se prévaloir « à l'appui de ses conclusions indemnitaires, de l'irrégularité de la consultation liée au délai anormalement court de remise des offres dès lors qu'il ressort des pièces du dossier qu'elle n'était pas dépourvue de toute chance de remporter le marché ». À ce titre, la société requérante a pu obtenir le remboursement des frais exposés pour présenter son offre. En revanche, eu égard à l'écart de 23 points entre la notation obtenue par l'attributaire du marché et celle

de la société requérante, la Cour a jugé que cette dernière n'était pas fondée à soutenir qu'elle aurait eu « des chances sérieuses d'emporter le contrat pour obtenir l'indemnisation de son manque à gagner ». Cette solution n'est pas isolée. Un raisonnement identique concernant l'examen du droit à indemnisation d'un opérateur économique n'ayant cette fois pas pu déposer d'offre en raison du délai trop court de remise des offres a aussi été suivi par la cour administrative d'appel de Nancy dans l'arrêt précité du 26 février 2019. Néanmoins, dans cette affaire, la Cour n'a reconnu aucun droit à une quelconque indemnisation au profit de ce concurrent : celui-ci n'avait exposé aucun frais en vue de présenter une offre ; par ailleurs, il n'apportait aucune pièce de nature à démontrer qu'il aurait été en mesure de présenter une offre qui, au regard de son prix et de ses qualités techniques, aurait eu des chances sérieuses d'être retenue pour satisfaire les besoins du pouvoir adjudicateur^[30]. Autant dire en pratique qu'une telle preuve sera particulièrement difficile, voire impossible à apporter, de la part d'un opérateur n'ayant pas déposé d'offres.

Pour conclure, les jurisprudences commentées témoignent à l'évidence que, lors de la passation de tout contrat de la commande publique, désormais, peu de choses échappent au contrôle du juge. Ce dernier vérifie notamment que le délai fixé pour la remise des offres est suffisant pour garantir les grands principes de la commande publique. La mise en œuvre de la procédure de référé précontractuel constitue cependant en l'état actuel du droit la seule véritable voie contentieuse permettant de faire sanctionner efficacement tout éventuel non-respect des règles en la matière par l'acheteur. En effet, sauf circonstances particulières dans laquelle l'irrégularité constatée serait teintée d'une forme de délit de favoritisme, le non-respect des règles applicables en matière de fixation du délai de remise des offres ne constitue pas un vice d'une particulière gravité au sens de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne* : il ne peut donc conduire à l'annulation du marché ou de la concession. Sorte de « lot de consolation », une fois le contrat signé, le non-respect du délai de remise des offres par l'acheteur ne pourra seulement ouvrir droit au profit du concurrent évincé qu'à une éventuelle indemnisation, laquelle sera le plus souvent limitée au remboursement des frais de dépôt de son offre. Cela peut paraître bien peu !

[25] CE 21 octobre 2019, Société Ateliers Bois, req. n° 416616.

[26] CE, 24 juillet 2019, Association de protection du site des Petites-Dalles et autres, req. n° 421143.

[27] CAA Paris 11 octobre 2017, Mme D., req. n° 16PA02885.

[28] CAA Paris 17 janvier 2020, req. n° 18PA01035.

[29] CE 27 janvier 2006, Commune d'Amiens, req. n° 259374. Le Conseil d'État a jugé que : « lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce marché, il appartient au juge de vérifier d'abord si l'entreprise était dépourvue de toute chance de remporter le marché ; que, dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité ; que, dans la négative, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre ; que, dans le cas où l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché, elle a droit à l'indemnisation de l'intégralité du manque à gagner qu'elle a subi ».

[30] CAA Nancy 26 février 2019, req. n° 18NC00051.