



Veille juridique mensuelle septembre 2021

Jurisprudence

**Les offres reçues
tardivement ne
peuvent être
automatiquement
éliminées**

Le Conseil d'Etat s'est prononcé sur le sort des offres arrivées hors délai et pose le principe selon lequel l'acheteur public ne saurait rejeter une offre remise par voie électronique comme tardive « *lorsque le soumissionnaire, qui n'a pu déposer celle-ci dans le délai, [...] établit, d'une part, qu'il a accompli en temps utile les diligences normales attendues d'un candidat pour le téléchargement de son offre et, d'autre part, que le fonctionnement de son équipement informatique était normal* ».

Dans le cas d'espèce, le candidat évincé a pu démontrer que l'impossibilité de transmettre son offre dématérialisée dans le délai imparti n'était imputable ni à son équipement informatique, ni à une faute ou une négligence de sa part dans le téléchargement des documents constituant son offre.

D'autre part, le pouvoir adjudicateur n'établissait pas le bon fonctionnement de sa plateforme de dépôt. Par conséquent, la tardiveté de la remise de l'offre du candidat était imputable à un dysfonctionnement de sa plateforme qui faisait obstacle à ce que le pouvoir adjudicateur écarte cette offre comme tardive.

CE, 23 septembre 2021, n° 449250

Précisions sur les capacités financières et le traitement des demandes de communication d'informations confidentielles

La CJUE a récemment posé les principes suivants :

- Lorsque le pouvoir adjudicateur a exigé que les opérateurs économiques aient réalisé un chiffre d'affaires minimal donné dans le domaine concerné par le marché public en cause, un opérateur économique ne peut, aux fins de rapporter la preuve de sa capacité économique et financière, se prévaloir des revenus perçus par un groupement temporaire d'entreprises auquel il a appartenu que s'il a effectivement contribué, dans le cadre d'un marché public déterminé, à la réalisation d'une activité de ce groupement analogue à celle qui fait l'objet du marché public pour lequel ledit opérateur entend prouver sa capacité économique et financière ;

- Lorsqu'un opérateur économique, membre d'un groupement d'opérateurs économiques, s'est rendu coupable de fausse déclaration lorsqu'il a fourni les renseignements exigés pour la vérification de l'absence de motifs d'exclusion du groupement ou de la satisfaction par ce dernier des critères de sélection, sans que ses partenaires aient eu connaissance de cette fausse déclaration, il n'est pas possible de prononcer une mesure d'exclusion de toute procédure de passation de marché public contre l'ensemble des membres de ce groupement.

- Un pouvoir adjudicateur, saisi par un opérateur économique d'une demande de communication des informations réputées confidentielles contenues dans l'offre d'un concurrent auquel le marché a été attribué, n'est pas tenu de communiquer ces informations lorsque leur transmission conduirait à enfreindre les règles du droit de l'Union relatives à la protection des informations confidentielles, et ce même si la demande de l'opérateur économique est présentée dans le cadre d'un recours de ce même opérateur portant sur la légalité de l'appréciation, par le pouvoir adjudicateur, de l'offre du concurrent.

La juridiction saisie de ce refus de communication doit pouvoir prendre connaissance des informations confidentielles et est tenue de mettre en balance le droit du demandeur de bénéficier d'un recours effectif avec le droit de son concurrent à la protection de ses informations confidentielles et de ses secrets d'affaires

CJUE, 7 septembre 2021, aff. C-927/19

Obligation de motiver une décision de déclaration sans suite

Le pouvoir adjudicateur qui déclare une procédure sans suite en raison de l'existence de vices affectant sa sécurité juridique doit, même si il n'est pas tenu d'en donner la liste détaillée, préciser la dénomination générique des vices relevés.

A défaut, la décision sans suite est insuffisamment motivée et est annulée.

CAA Marseille, 13 septembre 2021, n°20MA03415

Illégalité d'une méthode de notation du critère technique

Est illégale une méthode de notation d'un critère technique consistant à ramener automatiquement à la note maximale l'offre technique qui obtient le meilleur total de points technique, si le critère technique est subdivisé en sous-critères affectés chacun d'une pondération distincte et que la méthode de la note maximale n'est pas mise en œuvre au niveau de chaque sous-critère : cette méthode a pour effet de neutraliser la pondération de ces sous-critères et est susceptible de conduire à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie.

TA Nîmes, 22 septembre 2021, n°2102877

Eclairages juridiques

Obligation de dématérialisation

Selon le ministre de l'Economie, des finances et de la relance, l'article R. 2132-2 du code de la commande publique prévoit deux conditions cumulatives pour que l'obligation de dématérialisation des documents de la consultation, des échanges et du recours au profil d'acheteur s'applique.

Il faut, d'une part, que le marché réponde à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 40 000 euros hors taxes et, d'autre part, que la procédure donne lieu à la publication d'un avis d'appel à la concurrence.

Réponse ministérielle à la question n° 40686, JOAN 14 septembre 2021

Obligation de motiver une décision de déclaration sans suite

Saisi d'une question parlementaire sur la possibilité d'introduire une préférence locale dans les marchés publics, le ministre de l'économie, des finances et de la relance répond que « *Les principes constitutionnels et européens, dont sont issus les principes de la commande publique rappelés à l'article L. 3 du code de la commande publique, interdisent d'attribuer les marchés publics sur la base d'une préférence locale ou nationale. La Cour de Justice de l'Union européenne rappelle, de façon régulière, l'interdiction de recourir à des critères visant à réserver les marchés publics à des entreprises en raison de leur implantation locale, de leur nationalité, ainsi que le recours à des critères relatifs à l'utilisation de produits locaux, au détriment des entreprises et des produits originaires d'autres pays membres de l'Union européenne* ».

Le ministre rappelle cependant les outils du Code de la commande publique permettant de promouvoir les entreprises françaises et européennes :

- La possibilité de formuler les besoins en fournitures, services et travaux, selon des spécifications techniques et des conditions d'exécution qui visent à promouvoir les offres de qualité, innovantes et protectrices de l'environnement, caractéristiques sur lesquelles les entreprises françaises et européennes sont à leur avantage;
- L'obligation de prendre en compte, lors de la définition du besoin, des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale;
- L'obligation d'allotir;
- Le choix des critères d'attribution des marchés et leur pondération « *peuvent également permettre de rétablir l'équilibre au bénéfice des offres européennes et nationales* », le ministre précisant que « *L'acheteur est et doit rester libre d'instituer une pondération plus favorable à un critère environnemental, à un autre critère caractérisant la valeur technique des fournitures, des services ou des travaux, ou au critère du prix* ».
- La loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets permet de renforcer la prise en compte de la protection de l'environnement, à la fois dans la définition des conditions d'exécution des prestations, et dans les critères utilisés pour l'attribution des marchés.

Réponse ministérielle à la Question n° 33777, JOAN 7 septembre 2021