

# Irrégularité d'un critère de la localisation géographique ayant des effets discriminatoires !

**CE 12 septembre 2018, Département de la Haute-Garonne, req.n°420585**

Cette affaire donne l'occasion de rappeler les conditions dans lesquelles un acheteur public peut régulièrement retenir comme critère de jugement des offre le critère de localisation géographique.

Le département de la Haute-Garonne a lancé une consultation en vue de la passation d'un accord-cadre de 18 lots portant sur l'acquisition de documents sur tous supports et prestations de services associées, au bénéfice de la médiathèque départementale. Le règlement de la consultation prévoyait trois critères de jugement des offres, pondérés sur un total de 100 points, soit 70 points attribués à la qualité de la prestation, 20 points attribués au taux de remise sur prix public et 10 points attribués aux frais engendrés par l'exécution de l'accord-cadre et supportés par la médiathèque départementale pour les déplacements de ses représentants auprès des titulaires.

Le cahier des clauses particulières prévoyait l'obligation pour le titulaire de permettre, au moins une fois par mois, la consultation des fonds dans ses locaux par les bibliothécaires.

Le Conseil d'Etat rappelle que si cette obligation, qui est de nature à assurer la bonne exécution du marché, peut être posée comme condition nécessaire à l'exécution de la prestation, elle ne peut en revanche conduire à privilégier les prestataires implantés à proximité de la médiathèque au détriment de tout candidat plus éloigné.

Or, tel était le cas du critère du jugement relatif aux frais supportés par la médiathèque départementale pour les déplacements de ses représentants auprès des titulaires qui favorisent nécessairement et systématiquement les candidats les plus proches, et restreignent abusivement la possibilité pour un candidat plus éloigné d'être retenu.

## **Règle n°1 : Les conditions d'utilisation du critère de la localisation géographique**

Pour rappel, l'article 52 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics rappelle qu'un marché public est attribué au soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution. L'article 62 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics reprend cette exigence en posant comme condition que les critères ne doivent pas être - discriminatoires et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution.

Ces dispositions permettent au pouvoir adjudicateur de retenir un critère reposant sur la proximité géographique du candidat lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser.....mais à la seule condition que les modalités d'appréciation dudit critère n'aient pas d'effet discriminatoire entre les candidats.

Or, dans cette affaire, le juge des référés a considéré que les modalités d'appréciation du critère de la localisation géographique qui était basées exclusivement sur la distance entre l'implantation géographique des librairies candidates et la médiathèque départementale avait nécessairement pour effet de favoriser les candidats les plus proches, et restreignaient de ce fait la possibilité pour les candidats plus éloigné d'être retenus. Partant, le juge des référés a pu considérer que la méthode de sélection des offres était irrégulière.

## **Règle n°2 : L'appréciation de l'impact d'un critère illégal par le juge du référé précontractuel**

La méconnaissance des dispositions de l'article 62 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, plus précisément le choix d'un critère illégal ou ayant des effets discriminatoires, relève des manquements qu'il appartient au juge des référés précontractuels de connaître, dès lors qu'elle a été susceptible de fausser les conditions de la concurrence.

S'agissant de l'appréciation de la lésion, l'arrêt du Conseil d'Etat s'inscrit dans la droite ligne des conclusions de son Rapporteur public DACOSTA sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 11 avril 2014 Ministre de la Défense, req.n°375245 qui observait déjà que le choix d'un critère irrégulier est toujours susceptible de léser le requérant : *« Ce manquement a été susceptible de léser la société. Vous n'entrez pas dans la logique consistant à neutraliser un critère irrégulier, car une illégalité affectant les règles du jeu est toujours regardée comme susceptible d'avoir pu exercer une influence sur les résultats ».*

Au cas présent, on remarquera que le juge du référé précontractuel ne s'est pas contenté pas de relever l'irrégularité du critère de

jugement des offres mais est allé un peu plus loin en relevant que le critère irrégulier a été déterminant dans le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse sans, heureusement, aller jusqu'à vérifier si le manquement a pu affecter le classement de la requérante placée en 4<sup>ème</sup> position.

L'arrêt du Conseil d'Etat permet donc de valider la règle selon laquelle l'utilisation d'un critère illégal est de nature à léser un candidat évincé quelque soit son classement.

---

**CE 12 septembre 2018, Département de la Haute-Garonne, req.n°420585**

1. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : " Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique (...) / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat " ; qu'aux termes du I de l'article L. 551-2 du même code : " Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. / Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations " ;
2. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du référé précontractuel que le département de la Haute-Garonne a lancé une consultation en vue de la passation d'un accord-cadre portant sur l'acquisition de documents sur tous supports et sur des prestations de services associées, au bénéfice de la médiathèque départementale ; que la société La Préface a présenté une offre pour le lot n° 1 relatif à des " romans adultes en langue française, imprimés (y compris gros caractères) ou enregistrés sauf science-fiction, fantastique, fantasy, romans policier " ; que, par un courrier du 4 avril 2018, le conseil départemental de la Haute-Garonne l'a informée de ce que son offre n'avait pas été retenue ; que, par une ordonnance du 27 avril 2018, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Toulouse a, à la demande de la société La Préface, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, annulé la procédure de passation litigieuse ; que le département de la Haute-Garonne se pourvoit en cassation contre cette ordonnance ;
3. Considérant, en premier lieu, que le juge du référé précontractuel a relevé, par une appréciation non contestée, que le cahier des clauses particulières relatives à l'exécution de l'accord-cadre impose au titulaire du marché de permettre, au moins une fois par mois, aux bibliothécaires de la médiathèque de venir consulter ses fonds d'ouvrages dans ses locaux ; qu'il a également relevé, sans dénaturer les stipulations dont il était saisi, que le règlement de consultation prévoit, parmi les critères de sélection des offres, un critère relatif aux frais de déplacement engendrés, pour la médiathèque, par l'exécution de ce marché et que les modalités de calcul des frais engagés étaient basées exclusivement sur la distance entre l'implantation géographique des librairies candidates et la médiathèque départementale ; que le juge a pu en déduire, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, sans s'abstenir de tirer les conséquences de ses propres constatations, que ce critère de sélection des offres était de nature à favoriser les candidats les plus proches et à restreindre la possibilité pour les candidats plus éloignés d'être retenus par le pouvoir adjudicateur ;
4. Considérant, en second lieu, que le juge des référés du tribunal administratif de Toulouse a estimé, sans dénaturer les pièces du dossier et, ce faisant, sans commettre d'erreur de droit, que s'il était loisible au département de la Haute-Garonne de prévoir une consultation mensuelle, par les agents de la médiathèque, des fonds dans les locaux du titulaire du marché et, par suite, de retenir un critère de sélection des offres prenant en compte le coût de ces déplacements, le critère fixé en l'espèce, ne permettait pas de valoriser effectivement l'offre représentant le moindre coût de déplacements ;
5. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que le département de la Haute-Garonne n'est pas fondé à demander l'annulation de l'ordonnance qu'il attaque ;
6. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de la société La Préface, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; qu'il y a lieu de condamner le département de la Haute-Garonne à verser à la société La Préface une somme de 3 500 euros au titre des mêmes dispositions ;

**D E C I D E :**

Article 1er : Le pourvoi du département de la Haute-Garonne est rejeté.

Article 2 : Le département de la Haute-Garonne versera à la société La Préface une somme de 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

