

N° 292570
SA Hexagone 2000

7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies
Séance du 10 octobre 2008
Lecture du 7 novembre 2008

CONCLUSIONS

M. Nicolas BOULOUIS, Commissaire du Gouvernement

Le litige qui oppose la SA Hexagone 2000 au Syndicat mixte du Point Fort a pour objet un appel d'offres lancé pour l'acquisition de divers matériels. La Sté n'a pas été retenue. Elle a déféré en vain au TA la décision de rejet de son offre par la CAO, rejet confirmé par la CAA de Nantes, les juges du fond ayant également rejeté des conclusions indemnitaires. Vous êtes saisis régulièrement de cet arrêt du 30 décembre 2005.

Les juges d'appel ont constaté que l'offre contenue dans la seconde enveloppe intérieure constituant le dossier de la SA HEXAGONE 2000 ne comportait pas des renseignements exigés par le cahier des clauses techniques particulières pour l'un des lots, renseignements relatifs aux délais de livraison et à une caractéristique technique des matériels. Puis ils ont estimé que si ces renseignements figurait dans la première enveloppe, la CAO, qui, en vertu des articles 53, 59 et 60 du CMP, « *ne pouvait ni négocier avec l'entreprise candidate ni compléter de sa propre initiative le contenu de cette seconde enveloppe en se référant aux documents insérés dans la première* », (...) *était tenue de rejeter l'offre* ».

Un seul des quatre moyens du pourvoi nous paraît fondé.

Ceux que la Sté dirige contre une prétendue substitution de motifs par les juges du fond reposent en effet sur une analyse inexacte des faits.

Plus intéressant est le moyen d'erreur de droit qui reproche à la Cour d'avoir adopté des dispositions du CMP l'interprétation que nous venons de lire.

Rappelons que la 1^{ère} enveloppe est celle dans laquelle figurent les éléments relatifs à la sélection des candidatures, tandis que la seconde comporte ceux propres à l'offre. L'article 59 du CMP alors applicable distingue et la forme et la procédure, le déroulement de la phase de sélection des candidatures et celui de la phase d'examen des offres, qui débutent l'une comme l'autre par l'ouverture et l'enregistrement du contenu soit des « *enveloppes relatives aux candidatures* », soit des « *enveloppes contenant les offres* ». De fait ainsi que l'a jugé le TA de ST Denis de la Réunion dans un jugement mentionné aux Tables, les enveloppes contenant les offres ne peuvent être ouvertes avant qu'aient été ouvertes – et examinées – toutes les enveloppes relatives aux candidatures (TA Saint-Denis de la Réunion, 17 juin 1998, *Préfet de la Réunion*, aux T. p 1018).

Ce système à double détente et à double enveloppe a été conçu pour éviter que, sous couvert de choisir une offre l'on retienne en fait une entreprise (voir par exemple sur ce point CJCE 20 septembre 1988, Gebroeders Beentjes BV contre Etat des Pays-Bas. Affaire 31/87). Cela explique notamment que soient généralement censurés comme sans rapport avec l'objet du marché les critères de sélection des offres qui distinguent des candidats¹.

S'agissant de la latitude du pouvoir adjudicateur dans l'examen des offres, le I de l'article 53 du CMP alors applicable (CMP 2001) disposait que « *les offres non à l'objet du marché sont éliminées* ». De manière plus précise, le code actuel (III de l'article 53) prévoit l'élimination des « *offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables* », l'article 35 donnant une définition de ces trois catégories. Mais ce changement plus terminologique que substantiel n'a en tout état de cause pas touché à la marge d'action du pouvoir adjudicateur qui, à s'en tenir à la lettre des textes, n'aurait d'autre choix que de rejeter une offre s'il constate qu'elle n'est pas conforme ou dans le vocabulaire du code actuel inappropriée, irrégulière ou inacceptable.

Est en effet regardée depuis toujours avec suspicion toute intervention de l'autorité chargée de l'examen des offres. Le défaut de signature de l'offre même, par le dirigeant de l'entreprise ou son gérant est un vice obligeant la commission à rejeter l'offre sans être tenue ni même habilitée à inviter l'entreprise à régulariser (10 décembre 1993, Société « Lopez entreprise », n°124529). Une CAO ne pourrait pas non plus retenir une offre sous réserve de régularisation postérieure, quel que soit le motif de l'oubli ou de l'erreur (15 décembre 1954, Melly, p.665 ; 1er mars 1968, Laroche et Germain, T p.1000) car aucune régularisation ne peut être admise (29 juillet 2002, Ville de Nice, T p en ce qui concerne les candidatures). De manière générale, une intervention de la commission porte en elle le risque d'une rupture d'égalité entre les candidats (Coenon, 9 décembre 1994, p.545 ; et pour une DSP 15 juin 2001, SIAEP de Saint Martin de Ré, T p). De sorte que seules des erreurs minimales sont regardées comme n'ayant pas vicié la procédure : ainsi le fait qu'une photocopie d'une attestation du candidat ne soit pas certifiée conforme par ce même candidat (6 novembre 1998, APH de Marseille, T p 1019).

Cette dernière décision marque toutefois bien l'existence d'un pouvoir d'appréciation, faible mais incontestable. De fait, il n'y a pas véritablement de compétence liée selon la définition de la compétence liée donnée par votre décision de Section Montaignac du 3 février 1999, dès lors le pouvoir adjudicateur ne se borne pas à un constat mais procède à une appréciation de la conformité des offres.

Ce pouvoir peut-il aller jusqu'à rectifier l'erreur commise en l'espèce ?

Observons que cette rectification est possible sans sollicitation du candidat, c'est à dire sans une intervention de la commission susceptible de porter atteinte à l'égalité entre les candidats. Matériellement la séparation entre les deux phases est, si l'on peut dire, asymétrique. Avoir glissé dans la seconde enveloppe des éléments qui aurait dû figurer dans la première ne peut être rattrapé car logiquement, sous réserve de ce qui va être dit, la candidature aura été rejetée avant que l'erreur soit identifiée. En revanche, il est matériellement possible de s'apercevoir qu'un document manquant dans la seconde enveloppe était présent dans la 1^{ère}. Cela sautera même aux yeux des membres de la commission. La

¹ 13 mai 1987 Sté Wanner Isofi Isolation p 171 pour un critère favorisant les entreprises d'une certaine taille ; 29 juillet 1994 Cne de Vintenac en Minervois Tp 767 ou 25 juillet 2001 Cne de Gravelines p 391 AJDA 2002.46 Concl D.Piveteau pour une clause de mieux-disant social)

prise en compte de cette pièce pour apprécier l'offre serait donc le simple constat de cette évidence et non à proprement parler une régularisation, c'est à dire le résultat d'une demande présentée à l'un des candidats au risque de désavantager les autres. Autrement dit la simple manifestation d'un pouvoir d'appréciation de la conformité de l'offre.

L'erreur pourrait il est vrai être intentionnelle, afin que le document relatif à l'offre – on pense au prix proposé - puisse par exemple contrebalancer ceux relatifs aux capacités financières de l'entreprise de la solidité desquelles un examen attentif pourrait faire douter et favorablement impressionner les membres de la commission. Mais dans une telle hypothèse, il ne serait pas très logique de tenir compte de la manœuvre au stade des offres. C'est, au moins sur un plan purement théorique, dans l'examen de la candidature de l'entreprise qu'elle devrait être prise en compte² même si vous avez jugé dans un arrêt récent que « *le code des marchés publics fixe précisément et limitativement les motifs pour lesquels des candidatures peuvent être écartées* », motifs au nombre desquels ne figure pas l'insertion par erreur ou non d'un dossier technique en sus des pièces requises pour être candidat (8 août 2008, Ville de Marseille, n° 312370).

De sorte qu'affirmer par principe que la CAO était tenue de rejeter l'offre nous paraît bien constituer l'erreur de droit dénoncée par le pourvoi sauf à dénier tout pouvoir d'appréciation à la commission. La commission peut rejeter l'offre mais elle n'y est pas tenue.

Valider le raisonnement de la Cour qui n'est ni sans fondement ni sans mérite au regard des textes et de la pratique serait peut-être plus strict. Nous pensons toutefois, et sans faire preuve d'angélisme excessif, que de telles confusions sont assez rares et la plupart du temps le fait d'erreurs de manipulations. Adopter à leur égard une position aux conséquences potentiellement importantes pour la vie d'une entreprise et disproportionnées au regard de l'atteinte supposée à l'égalité entre les candidats serait dès lors, à notre sens, inopportun.

Nous vous proposons donc de casser l'arrêt.

Statuant sur l'appel, vous écarterez sans difficulté le moyen tiré de ce que les premiers juges auraient irrégulièrement substitué au motif initial de rejet le motif tiré de l'obligation pour la CAO de rejeter une offre irrégulière. Car au vu des termes de la lettre informant la Sté de son échec, il n'y a pas réellement substitution de motifs, et au demeurant, indépendamment du bien fondé de l'analyse sur la marge de manœuvre de la commission, si le TA estimait que celle-ci était en situation de compétence liée, il pouvait à l'évidence rejeter la demande d'annulation sans respecter les conditions fixées par la jurisprudence Hallal (Section, 6 février 2004, *Mme Hallal*, p. 48). Une telle possibilité est en effet offerte au juge depuis l'arrêt du 8 juin 1934, Augier (p. 660).

Au fond vous censurerez toutefois ce motif mais vous pourrez maintenir la solution de rejet de la demande d'annulation dès lors qu'il ressort des pièces du dossier que le système de porte filet proposé par la Sté n'était pas conforme au cahier des clauses techniques particulières du marché qui exigeait un cadre filet avec ouverture totale sur le côté droit.

EPCMNC à l'annulation de l'arrêt de la CAA, au rejet de l'appel de la Sté, à ce qu'une somme de 4 500€ soit mise à la charge de la Sté Hexagone 2000.

² Voir TA Nancy, ord., 14 janv. 2008, n° 0702185, Sté Lacroix Signalisation