

Cour de cassation

chambre commerciale

Audience publique du 6 janvier 2015

N° de pourvoi: 13-20213

ECLI:FR:CCASS:2015:CO00013

Non publié au bulletin

Cassation partielle

Mme Mouillard (président), président

Me Le Prado, SCP Potier de La Varde et Buk-Lament, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'ordonnance attaquée, rendue en la forme des référés, et les productions, que la société d'économie mixte Société immobilière de Mayotte (la SIM), après une première procédure d'appel d'offres restée infructueuse et la diffusion d'un avis de préinformation envoyé au journal officiel de l'Union européenne le 5 octobre 2012, a, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 26 novembre 2012 au Bulletin officiel des annonces des marchés publics, lancé une procédure d'appel d'offres en vue de l'attribution d'un marché portant sur la réalisation des travaux d'aménagement des voiries primaires d'une zone d'aménagement concerté à Mayotte ; que la société Colas Mayotte, qui avait présenté une offre, s'est vu notifier le 9 janvier 2013 le rejet de sa candidature ; que, sur sa demande, la SIM lui a communiqué par lettre du 29 janvier 2013 les notes obtenues et le nom de l'attributaire du marché ; que, contestant la régularité de la procédure suivie, la société Colas Mayotte a introduit un référé contractuel en application des articles 1441-1 et suivants du code de procédure civile pour obtenir l'annulation du contrat, qui avait été conclu le 29 janvier 2013 ;

Sur le moyen unique, pris en sa quatrième branche :

Vu l'article 29, I, 2°) du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 ;

Attendu que pour rejeter la demande d'annulation du marché fondée sur l'article 16 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, l'ordonnance retient que l'envoi d'un avis de préinformation, publié auprès de l'Office des publications officielles de l'Union européenne, le 5 octobre 2012, a permis de s'assurer du respect du délai de remise des offres fixé au 11 décembre 2012 ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il lui était demandé, si cet avis contenait les mêmes renseignements que ceux figurant dans l'avis d'appel à concurrence, le juge du référé contractuel a privé sa décision de base légale ;

Sur le même moyen, pris en sa sixième branche :

Vu l'article 16 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 ;

Attendu que, pour statuer comme elle l'a fait, l'ordonnance retient que la société Colas

Mayotte ne justifie pas d'une réelle méconnaissance des obligations de publicité et de mise en concurrence dans des conditions affectant ses chances de remporter le marché en cause ;

Attendu qu'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions de la société Colas Mayotte qui invoquait l'imprécision des critères de jugement des offres et soutenait qu'une telle irrégularité, en ce qu'elle portait sur les conditions d'élaboration et de sélection des offres, était susceptible de l'avoir lésée, le juge des référés a privé sa décision de base légale ;

Et sur le même moyen, pris en sa première branche :

Vu les articles 18 et 19 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 ;

Attendu qu'il résulte des dispositions de ces textes, qui doivent être lues à la lumière de celles de l'article 2 sexies de la directive 89/665/CEE du 21 décembre 1989 modifiée par la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007, dont elles assurent la transposition, qu'en cas de conclusion du contrat avant l'expiration du délai exigé par l'article 46 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre, ou pendant la suspension prévue à l'article 4 ou à l'article 8 de l'ordonnance, le juge du référé contractuel est tenu soit de priver d'effets le contrat en l'annulant ou en le résiliant, soit de prononcer une sanction de substitution consistant en une pénalité financière ou une réduction de la durée du contrat, au besoin d'office ; que, pour déterminer la mesure qui s'impose, le juge du référé contractuel peut prendre en compte, notamment, la nature et l'ampleur de la méconnaissance constatée, ses conséquences pour l'auteur du recours ainsi que la nature, le montant et la durée du contrat en cause et le comportement du pouvoir adjudicateur ;

Attendu que, bien qu'ayant constaté que le contrat litigieux avait été signé, cependant que la notification de l'attribution du marché ne comportait aucune indication sur le délai de suspension pendant lequel les candidats non retenus pouvaient exercer un recours précontractuel, l'ordonnance ne prononce aucune sanction ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que, faute d'avoir été notifié à la société Colas Mayotte, le délai de suspension n'avait pas couru de sorte que le contrat avait été signé avant son expiration, le juge du référé contractuel a méconnu son office et violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'elle déclare recevable le recours en référé contractuel formé par la société Colas Mayotte, l'ordonnance rendue le 18 avril 2013, entre les parties, par le juge des référés du tribunal de grande instance de Saint-Denis ; remet, en conséquence, sur les autres points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ladite ordonnance et, pour être fait droit, les renvoie devant le juge des référés du tribunal de grande instance de Paris ;

Condamne la Société immobilière de Mayotte aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'ordonnance partiellement cassée ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du six janvier deux mille quinze.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par Me Le Prado, avocat aux Conseils pour la société Colas Mayotte

LE MOYEN reproche à l'ordonnance attaquée,

D'AVOIR déclaré mal fondé le recours en référé contractuel engagé par la société Colas Mayotte,

AUX MOTIFS QUE « s'agissant de la demande d'annulation au titre des dispositions de

l'article 16 troisième alinéa de l'ordonnance 2009-515 du 7 mai 2009 qu'à supposer réunies les deux premières conditions exigées par ce texte, il n'est pas justifié, au sens de la jurisprudence SMIRGEONES, d'une réelle méconnaissance des obligations de publicité et de mise en concurrence dans des conditions affectant les chances de la société COLAS MAYOTTE de remporter le marché en cause ; que le moyen tiré d'un défaut de motivation suffisant du rejet de l'offre ne peut prospérer, la société évincée l'ayant été, de façon déterminante, sur le seul critère de l'offre de prix (note pondérée de 44,8 sur 60 pour une note pondérée de 46,6 au groupement d'entreprises SMTPC/SOGEA) et disposant, au titre de la valeur technique de l'offre et des délais d'exécution, de notes identiques ou supérieures à celles de son concurrent ; qu'il en est de même du grief portant sur l'absence de production par la société attributaire de l'intégralité des certificats sociaux et fiscaux dans les délais requis, la société COLAS MAYOTTE, ne justifiant pas d'une éventuelle défaillance du groupement d'entreprises SMTPC/SOGEA sur ce point pour se voir attribuer le marché ; que l'envoi d'un avis de préinformation européenne le 5 octobre 2012 permet de s'assurer du respect du délai de remise des offres fixé au 11 décembre 2012 ; qu'il n'est pas justifié d'une absence par le pouvoir adjudicateur de mise en oeuvre de la procédure de détection des offres anormalement basses ni de l'existence de critères de jugement des offres non pondérées au titre de la valeur technique sur laquelle la société COLAS MAYOTTE a obtenu, au demeurant, une note supérieure à celle de l'attributaire du marché ; que cette société sera donc déboutée de sa demande principale en annulation du contrat mais aussi en réduction de sa durée ou en octroi à son profit d'une pénalité financière ».

1°/ ALORS, d'une part, QU'il résulte des dispositions des articles 18 et 19 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, qui doivent être lues à la lumière de celles de l'article 2 sexies de la directive 89/665/CEE du 21 décembre 1989 modifiée par la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007, dont elles assurent la transposition, qu'en cas de conclusion du contrat avant l'expiration du délai exigé par l'article 46 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre, ou pendant la suspension prévue à l'article 4 ou à l'article 8 de l'ordonnance, le juge du référé contractuel est tenu soit de priver d'effets le contrat en l'annulant ou en le résiliant, soit de prononcer une sanction de substitution consistant en une pénalité financière ou une réduction de la durée du contrat, au besoin d'office ; que, pour déterminer la mesure qui s'impose, le juge du référé contractuel peut prendre en compte, notamment, la nature et l'ampleur de la méconnaissance constatée, ses conséquences pour l'auteur du recours ainsi que la nature, le montant et la durée du contrat en cause et le comportement du pouvoir adjudicateur ; que le président du tribunal de grande instance a constaté que la société évincée n'a été informée ni des motifs du rejet de son offre, ni du choix de l'offre retenue, ni encore de la durée du délai de viduité fixée par le pouvoir adjudicateur avant signature du marché et a même été irrégulièrement informée sur les délais et voies de recours applicables ; qu'il ressort de ces constatations que le délai de suspension n'avait pas été notifié à la société Colas Mayotte et donc n'avait pu commencer à courir, de sorte que le contrat conclu avec l'adjudicataire avait nécessairement été signé avant son expiration ; qu'en rejetant cependant le recours de la société Colas Mayotte, la cour d'appel a donc violé les dispositions susvisées ;

2°/ ALORS, d'autre part et en toute hypothèse, QU' aux termes de l'article 46, I, 1° du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005, pour les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée autre que celle du II de l'article 33, le pouvoir adjudicateur, dès qu'il a fait son choix pour une candidature ou une offre, notifie à tous les autres candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de ce rejet, cette notification devait préciser le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit

au choix de son offre aux candidats ayant soumis une offre et à ceux n'ayant pas encore reçu communication du rejet de leur candidature ; que, la décision de rejet d'une offre doit être motivée, et donc comporter un commentaire, au-delà des données chiffrées avancées par le pouvoir adjudicateur ; que, dans ses écritures, la société Colas Mayotte (n° 80) soutenait que devaient lui être communiquées les informations sur les notes obtenues en application des critères et sous-critères, dont la mise en oeuvre permet seule de départager effectivement et comprendre les motifs de la notation finale et faisait valoir que le courrier du 28 janvier 2013 ne comporte aucune indication sur les notes qui ont été obtenues en application des quatre critères suivants : Mémoire technique, Moyens matériels et humains, Références et Mesures environnementales, et se contentait de mentionner le résultat de l'addition des quatre notes obtenues en application de ces critères, représentant la valeur technique globale des offres (n° 82) ; qu'elle avançait encore le refus du pouvoir adjudicateur de lui communiquer le montant de l'offre de l'adjudicataire ; qu'elle soutenait que l'abstention de l'adjudicateur à satisfaire à ces exigences, l'avait lésée en ce qu'elle ne lui permet pas de contester avec l'entière efficacité que lui confèrent les dispositions de l'article du décret du 30 décembre 2005, la décision du pouvoir adjudicateur devant le juge du référé précontractuel, alors que c'est précisément l'objet des garanties offertes par les dispositions précitées et que seule la communication de l'ensemble des éléments prévus par l'article 46 du décret du 30 décembre 2005 aurait pu lui permettre tout à la fois, de mieux étayer les moyens qu'elle soulève et au-delà, d'être à même d'apprécier l'ensemble des moyens inhérents à la phase de sélection des candidatures et des offres », de sorte qu'une telle irrégularité l'a privée de la possibilité de faire valoir l'intégralité de ses droits dans le cadre de la présente instance (n° 84) ; qu'en se bornant à retenir que le moyen tiré d'un défaut de motivation suffisant du rejet de l'offre ne peut prospérer, la société évincée l'ayant été, de façon déterminante, sur le seul critère de l'offre de prix et disposant, au titre de la valeur technique de l'offre et des délais d'exécution, de notes identiques ou supérieures à celles de son concurrent, sans se prononcer sur les éléments rapportées par la société Colas Mayotte de nature à établir que l'irrégularité qu'elle invoquait était susceptible de l'avoir lésée, fût-ce indirectement, en avantageant le concurrent auquel avait été attribué le marché, le président du tribunal de grande instance a privé sa décision légale au regard de l'article 16 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, ensemble la disposition susvisée.

3°/ ALORS, de troisième part en toute hypothèse, QU' aux termes de l'article 18, III du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005, le marché ne peut être attribué au candidat dont l'offre a été retenue que si celui-ci produit dans le délai imparti les certificats et attestations prévus au I et au II du présent article, s'il ne peut produire ces documents dans le délai imparti, son offre est rejetée et le candidat éliminé, le candidat dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne est sollicité pour produire les certificats et attestations nécessaires avant que le marché ne lui soit attribué et, si nécessaire, cette procédure peut être reproduite tant qu'il subsiste des offres conformes au sens des dispositions du I de l'article 24 ci-dessous ; que, dans ses écritures, la société Colas Mayotte (n° 43) soutenait que les offres non attributaires ne peuvent être rejetées que si le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché a préalablement fait la preuve et dans les délais requis par le pouvoir adjudicateur, qu'il détenait les certificats sociaux et fiscaux mentionnés par le I du même article, qu'elle avait été destinataire d'une décision de rejet, ce qui suppose que l'administration s'est bien assurée que l'attributaire a déjà produit l'intégralité des certificats fiscaux et sociaux dans les délais requis, c'est-à-dire 5 jours à compter de la demande du pouvoir adjudicateur comme il est indiqué à l'article 5.2 du règlement de la consultation et qu'à défaut la SIM a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence dans des conditions de nature à léser ses intérêts ; qu'en

retenant cependant, s'agissant du grief portant sur l'absence de production par la société attributaire de l'intégralité des certificats sociaux et fiscaux dans les délais requis, que la société Colas Mayotte ne justifie pas d'une éventuelle défaillance du groupement d'entreprises SMTPC/SOGEA sur ce point pour se voir attribuer le marché, sans se prononcer sur les éléments rapportées par la société Colas Mayotte de nature à établir que l'irrégularité qu'elle invoquait était susceptible de l'avoir lésée, le pouvoir adjudicateur devant établir la réception des certificats et attestations, le président du tribunal de grande instance a privé sa décision de base légale au regard de l'article 16 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, ensemble la disposition susvisée ;

4°/ ALORS, de quatrième part et en toute hypothèse, QU'aux termes de l'article 29 I, 2°, du décret du 30 décembre 2005, le délai de réception des offres peut être ramené à vingt-deux jours lorsque trois conditions sont réunies : a) L'avis de préinformation prévu à l'article 15a été publié ; b) Cet avis a été envoyé à la publication cinquante-deux jours au moins et douze mois au plus avant la date d'envoi de l'avis d'appel à concurrence ; c) Il contient les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis d'appel à concurrence, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de l'envoi de l'avis de préinformation ; que, dans ses écritures d'appel (n° 48), la société Colas Mayotte faisait valoir que l'avis de préinformation visé dans l'avis d'appel public à la concurrence ne pouvait pas concerner la procédure d'appel d'offres litigieuse relatives aux travaux de voiries primaires ; qu'elle soutenait ensuite que les conditions pour ramener le délai de remise des offres de 52 à 22 jours n'étaient pas toutes réunies et faisait valoir que l'avis de préinformation ne contenait pas, comme l'exige le 3° du I de l'article 29 précité du décret du 30 décembre 2005, les mêmes renseignements que ceux, disponibles au moment son envoi, qui figurent dans l'avis d'appel public à la concurrence ; qu'elle rapportait les termes de l'avis de préinformation, comparés à ceux de l'avis d'appel public à la concurrence (n° 50) ; qu'en énonçant cependant que l'envoi d'un avis de préinformation européenne le 5 octobre 2012 permet de s'assurer du respect du délai de remise des offres fixé au 11 décembre 2012, sans rechercher, comme il y était invité, si cet avis avait pu avoir pour objet d'initier la procédure d'appel d'offres relatives aux travaux de voiries primaires et, à tout le moins, s'il contenait les mêmes renseignements que ceux figurant dans l'avis d'appel à concurrence, le président du tribunal de grande instance a privé sa décision de base légale au regard de la disposition susvisée ;

5°/ ALORS, de cinquième part et en toute hypothèse, QU'aux termes de l'article 24 II du décret du 30 décembre 2005, selon lequel tous les critères de jugement des offres doivent être pondérés ; que si le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en oeuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous- critères également pondérés ou hiérarchisés, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection ; que la société Colas Mayotte faisait valoir qu'un élément d'appréciation ou un sous-critère doit être pondéré et sa pondération annoncée dans le dossier de consultation des entreprises dans deux cas de figure: il présente, par nature, la qualité d'un véritable critère de sélection des offres distinct du critère auquel il a été fictivement attaché (n° 57) ; qu'elle invoquait les termes de l'article 5.1 du règlement de la consultation, selon lesquels six critères de jugement ont été pondérés : prix des prestations, mémoire technique, moyens matériels et humains affectés à l'opération, références relatives à l'importance et à la nature des travaux, mesures environnementales et délais d'exécution (n° 59) ; qu'elle rapportait les termes de l'article 4. 2 du règlement de consultation, relatif au mémoire technique,

soutenant qu'il visait six éléments d'appréciation ou six sous-critères rattachés au critère « mémoire technique », pondéré à 15% (n° 60) ; qu'elle soutenait qu'il s'agissait là de critères d'attribution qui auraient dû être pondérés (n° 61), en ce qu'ils présentent en effet, par nature, la qualité de véritables critères distincts du critère auquel ils ont été fictivement attachés :provenance des fournitures, phasage des travaux, sécurité du chantier, hygiène sur le chantier, insertion professionnelle, mesure environnementale (n° 62) ; qu'elle en concluait qu'en s'abstenant de pondérer plusieurs critères de jugement des offres, la SIM a méconnu les dispositions de l'article 24 du décret du 30 décembre 2005 et qu'en ce qu'elle porte sur les critères d'attribution du marché, une telle irrégularité a nécessairement affecté les conditions mêmes d'élaboration et de sélection des offres et, à ce titre, est par nature susceptible de l'avoir lésée (n° 63) ; qu'en se bornant à énoncer qu'il n'est pas justifié de l'existence de critères de jugement des offres non pondérées au titre de la valeur technique, sans se prononcer sur les éléments rapportés par la société Colas Mayotte établissant le contraire, le président du tribunal de grande instance a privé sa décision de base légale au regard de la disposition susvisée ;

6°/ ALORS, enfin et en toute hypothèse, QU'aux termes de l'article 16 de l'ordonnance du 7 mai 2009, le juge prononce de même la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article 4 ou à l'article 8 ci-dessus si, en outre, deux conditions sont réunies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur du droit d'exercer le recours prévu par les articles 2 et 5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat ; que, dans ses écritures d'appel, la société Colas Mayotte a invoqué, au titre d'irrégularités susceptibles de l'avoir lésée, fût-ce indirectement, en avantageant le concurrent auquel avait été attribué le marché, l'imprécision des critères de jugement des offres (n° 64 s.), l'application, au stade du jugement des offres, de critères relevant de la sélection des candidatures (n° 67 s.), l'application d'un critère sans rapport avec l'objet du marché, à savoir la prise en compte de « mesures visant à l'insertion de publics en difficulté » (n° 73 s.) et l'irrégularité du critère « prix des prestations » (n° 76 s.) ; qu'en statuant comme il l'a fait, sans se prononcer sur ces irrégularités pourtant expressément invoqués par la société Colas Mayotte, le président du tribunal de grande instance a privé sa décision de base légale au regard de la disposition susvisée.