

N° 421075, Collectivité territoriale de la Corse

7ème et 2ème chambres réunies

Audience du 4 septembre 2019

Lecture du 20 septembre 2019

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

L'affaire qui vient d'être appelée pose très clairement une question de droit qui se formule simplement : le fait de prévoir dans les documents de la consultation que l'absence de renseignements exigés pour l'application d'un sous-critère sera sanctionnée par une note sur ce sous-critère égale à zéro fait-elle obstacle à ce que l'offre qui ne contient pas un tel renseignement soit éliminé comme irrégulière, puisque vous savez qu'une offre incomplète est une offre irrégulière ?

La société Vendasi, mandataire d'un groupement d'entreprises candidat évincé de l'attribution d'un marché de travaux routiers passé le 18 juillet 2014 par la collectivité territoriale de Corse, a saisi le TA de Bastia de conclusions tendant à l'annulation de ce contrat et à l'indemnisation du préjudice subi du fait de sa conclusion irrégulière. Le tribunal a rejeté ces conclusions, mais la CAA de Marseille y a partiellement fait droit. Elle a tout d'abord constaté « qu'il résulte de l'instruction, et notamment du rapport d'analyse des offres que l'offre du groupement Raffalli Pompéani ne mentionnait pas le rendement estimé de chaque poste et que la liste et la provenance des matériaux que le groupement comptait utiliser sur le chantier était incomplète" mais en a déduit, contrairement au tribunal, "qu'il en résulte que l'offre du groupement attributaire était incomplète et par suite irrégulière et devait dès lors être rejetée par le pouvoir adjudicateur ». Ces renseignements devaient figurer, aux termes de l'article 5.1 du règlement de la consultation, dans le mémoire technique au titre des deuxième et troisième sous-critères, affectés respectivement d'une pondération de 15 et 10 %. Elle a ensuite relevé que « l'offre du groupement Vendasi Antoniotti Via Corsa PM Raffalli, seule autre offre en lice, aurait dû être classée première, conduisant à l'attribution du marché à ce groupement ». Elle en a tiré deux conclusions. La première est que ce vice « affecte directement la personne même de l'attributaire du contrat et, par suite, les conditions dans lesquelles la personne publique a exprimé son consentement ; qu'il y a lieu par suite, en l'absence d'atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler le contrat litigieux ». La seconde est que le groupement évincé avait des chances sérieuses d'obtenir le marché et pouvait donc prétendre à l'indemnisation de son manque à gagner, pour l'évaluation duquel elle a ordonné une expertise.

Les deux moyens du pourvoi de la collectivité de Corse portent sur les motifs par lesquels la cour a justifié l'annulation du contrat qu'elle a prononcée.

Le premier, tiré de ce que la cour n'aurait pas suffisamment motivé son appréciation des effets de l'annulation du contrat sur l'intérêt général, ne nous retiendra pas longtemps, aucun intérêt général de nature à faire obstacle à l'annulation du contrat n'ayant été invoqué par la collectivité devant les juges du fond.

Le second, qui pose la question de droit que nous vous avons annoncée, est tiré de ce que la cour a commis une erreur de droit et dénaturé les pièces du dossier en jugeant que l'offre retenue était irrégulière et devait être écartée alors que le règlement de la consultation ne sanctionnait

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

"l'absence de renseignement d'un sous-critère", soit le caractère incomplet d'une offre, que par une note de zéro. Accueillir ce moyen reviendrait à laisser à l'acheteur public le choix des conséquences juridiques de l'irrégularité d'une offre et donc à lui permettre, dans certains cas, d'accueillir une offre irrégulière qui, malgré la note de zéro sur un sous-critère, aurait obtenu la meilleure note globale. Précisons que ce n'est pas ce qui s'est passé en l'espèce : il ressort du rapport d'analyse des offres que bien que les rendements estimés de chaque poste ne soient pas mentionnés et que la liste et la provenance des matériaux ne soient que partiellement indiquées dans l'offre du groupement attributaire, elle a obtenu sur chacun de ces deux sous-critères la note de 12/20, alors que l'offre concurrente, complète sur ces deux sous-critères, a été notée 15/20.

Nous pensons que vous ne pourrez consacrer une telle solution, alors même qu'elle ne serait pas sans avantages pour les acheteurs. Autoriser l'acheteur à sanctionner la méconnaissance d'une exigence du règlement de la consultation par une note égale à zéro plutôt que par l'élimination de l'offre lui permettrait ainsi de bénéficier d'une offre globalement plus performante dont l'irrégularité n'affecte qu'une exigence marginale puisque la pondération qui lui est attachée ne l'aura pas empêché de remporter la compétition. La mise en œuvre de cette possibilité ne présenterait pas de risque d'arbitraire dans la mesure où le choix de l'acheteur de noter zéro une offre irrégulière sur certains points plutôt que de l'éliminer serait fixé dès le règlement de la consultation et s'imposerait à lui.

Malgré cet intérêt et cette précaution, une telle solution nous paraît peu compatible avec l'obligation réglementaire d'éliminer une offre irrégulière. Le régime juridique des irrégularités des offres est en effet très rigoureux : vous rappelez souvent que le règlement de la consultation est obligatoire dans toutes ses mentions (23 novembre 2005, *Sté Axialogic*, n° 267494, aux T sur ce point) et que les offres incomplètes, c'est à dire qui ne comportent pas toutes les pièces et renseignements requis par les documents de consultation, sont des offres irrégulières et donc à éliminer (12 janvier 2012 *Dépt du Doubs*, n° 343324, aux T sur ce point ; 29 juin 2012, *Sté Signature*, n° 357617), tout comme les offres inacceptables et inappropriées. Vous avez encore récemment jugé qu'une candidature devait être regardée comme incomplète quand bien même elle contiendrait les pièces et informations dont la production est obligatoire "dès lors qu'elle ne respecte pas les exigences fixées par le règlement de la consultation relatives au mode de transmission de ces documents, sous réserve que ces exigences ne soient pas manifestement inutiles" (CE, 22 mai 2019, *Sté Corsica Ferries*, n° 426763, aux T sur ce point).

Si, à la suite de la directive 2014/24, l'article 59 II du décret de 2016 relatif aux marchés publics a étendu la faculté pour le pouvoir adjudicateur de permettre aux candidats de régulariser leurs offres, il n'a rien changé quant au fait qu'il n'appartient pas aux candidats d'apprécier les exigences du règlement de la consultation qu'ils entendent respecter (ils peuvent saisir le juge du référé précontractuel s'ils estiment qu'une exigence n'est pas justifiée) ni que l'acheteur n'est pas tenu de faire usage de cette possibilité de régularisation (26 septembre 2012, *Communauté d'agglomération Seine-Eure*, n° 359706, T. p. 858 sur un autre point, ou CE 25 mars 2013, *Département de l'Hérault*, n°364824). Ce n'est que « dans le cas exceptionnel où il s'agit de rectifier une erreur purement matérielle, d'une nature telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où le candidat verrait son offre retenue », qu'une irrégularité non régularisée peut échapper à l'élimination (CE, 21 septembre 2011, *Département des Hauts de Seine*, n° 349149, au recueil ; CE, 16 janvier 2012, *Département de l'Essonne*, n° 353629, inédit au recueil).

La rigueur de cette règle est justifiée par l'importance de ses finalités : sanctionner par l'élimination les offres qui ne sont pas conformes aux documents de la consultation, c'est à dire qui ne comportent pas tous les éléments que l'acheteur estime nécessaire pour que l'offre réponde à son besoin et pour procéder à son évaluation, garantit à la fois que l'offre répond aux attentes de l'acheteur et l'égalité entre les candidats. Si l'acheteur n'attache pas une importance particulière à la production d'un document ou d'un renseignement, il ne doit pas l'exiger dans le règlement de la consultation, mais inscrire son contenu parmi les éléments d'évaluation des offres. S'il estime

qu'une exigence relative à une prestation n'est pas essentielle, il peut autoriser des variantes. Mais sanctionner une incomplétude par une note de zéro n'est pas la bonne réponse. Le caractère obligatoire du règlement de la consultation dans tous ses éléments garantit l'égalité de traitement entre les candidats et prévient les débats contentieux sur l'utilité ou l'opportunité de telle ou telle exigence. Les exigences inutiles peuvent être contestées mais tant qu'elles n'ont pas été annulées elles doivent être respectées. Cette rigueur doit s'imposer aussi bien aux candidats qu'aux acheteurs. Permettre aux acheteurs de décider, même à l'avance et de manière transparente, que certaines irrégularités n'entraîneront pas l'élimination de l'offre mais une note égale à zéro, nous paraît ouvrir une voie dangereuse vers la relativité d'une règle dont la fermeté est gage d'égalité, de sécurité juridique et de simplicité. De même, introduire, ce que vous n'avez jusqu'à présent jamais fait, pour l'application de cette règle une distinction entre les offres incomplètes selon que l'incomplétude porte sur des éléments constitutifs des prestations commandées, qui devraient figurer dans l'offre à peine d'irrégularité, ou sur les autres exigences, dont l'absence, parce qu'elles seraient considérées comme moins importantes ou ne concerneraient que des renseignements relatifs aux offres, pourrait ne se traduire que dans la notation, nous semble encourir le même risque, que la présente espèce illustre puisque, comme nous l'avons dit, le caractère incomplet de l'offre ne s'est même pas traduit par l'attribution de la note de zéro, contrairement à ce qu'indiquait le règlement de la consultation. Ainsi, l'absence de certains renseignements pourra, selon l'appréciation de l'acheteur, se traduire soit par la note de zéro, soit par l'élimination de l'offre, soit n'avoir qu'une influence plus ou moins forte sur la note. A l'arbitraire qu'ouvre cette possibilité nous préférons la rigueur de la règle que vous avez toujours appliquée selon laquelle toutes le règlement de la consultation s'impose dans toutes ses exigences, sauf si elles sont manifestement inutiles.

La rigueur de la solution que nous vous proposons, vous l'aurez compris mais nous nous permettons d'insister pour ne laisser planer aucun doute, ne doit s'appliquer qu'aux éléments, renseignements ou caractéristiques des offres dont la présence est exigée par le règlement de la consultation, non aux simples imprécisions du contenu des offres qui, elles, auront un effet sur leur évaluation, ni aux éléments dont le règlement de la consultation prévoit seulement la communication à titre d'information et qui ne sont pas nécessaires pour la définition ou l'appréciation des offres. Prenons par exemple un contrat relatif à un service de transport public par autocars. L'un des critères de sélection prévoit de donner la meilleure note à l'offre proposant les véhicules les plus récents. Si le règlement de la consultation impose l'indication de l'âge des véhicules, une offre qui ne l'indique pas sera irrégulière et devra être éliminée. Si le règlement de la consultation ne l'impose pas, il pourra en revanche indiquer que pour l'application du critère relatif à l'âge des véhicules, l'offre qui ne précisera pas cet âge aura zéro.

Si vous partagez cet avis, vous écarterez le moyen de la Collectivité de Corse, ce qui devrait conduire à rejeter son pourvoi.

Nous employons le conditionnel car une erreur de droit que la collectivité requérante ne soulève pas nous semble entacher avec évidence les motifs de l'arrêt justifiant l'annulation du contrat. Comme nous l'avons dit, la cour a considéré que l'irrégularité de l'offre retenue entraînait l'annulation du marché car « ce vice affecte directement la personne même de l'attributaire du contrat et, par suite, les conditions dans lesquelles la personne publique a exprimé son consentement ». Vous avez récemment censuré à propos d'un arrêt de la même juridiction ce raisonnement qui conduit à faire d'une irrégularité de procédure un vice du consentement (CE, 28 juin 2019, *Sté Plastic Omnium*, n° 420776, aux T sur ce point).

L'erreur de droit ainsi commise par le juge quant à la portée des vices qu'il constate au regard des règles posées par vos jurisprudences d'Assemblée *Cne de Béziers et département de Tarn-et-Garonne*, est-elle d'ordre public ? Vous n'avez jamais précisément répondu à cette question, qui n'est pas absolument évidente.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Vous jugez que le fait pour le juge de s'être fondé sur un moyen inopérant, par exemple en faisant application d'une règle de droit inapplicable au litige, doit être relevé d'office, en appel (CE, 3 août 2011, *Mme C...*, n° 326754, T.) comme en cassation (CE, 4 juin 2014, *sté Opilo*, n° 368254, aux T sur ce point). Sont également d'ordre public en cassation l'irrecevabilité de l'exception d'illégalité d'un acte non réglementaire (CE, 8 avril 2009, *Société Sogedo, Commune de Brantôme*, T.) ou encore de l'erreur de droit consistant à avoir procédé à tort à une annulation par voie de conséquence (CE, 20 mars 2013, *Société d'aménagement de Lot-et-Garonne*, T.). Comme le faisait observer B. Dacosta dans ses conclusions sur la décision *sté Opilo*, « en réalité, dans ces trois hypothèses, on est dans une logique qui s'assimile à celle de la méconnaissance du champ d'application de la loi ». Qui s'assimile sans en être, puisque l'autre condition pour pouvoir soulever d'office un moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi, selon laquelle le juge devrait être conduit à commettre la même erreur, n'est pas remplie.

Prononcer l'annulation d'un contrat pour un motif qui ne peut entraîner que sa résiliation n'est pas très éloignée de l'erreur consistant à se fonder sur un moyen inopérant puisque dans les deux cas cela revient à donner à un motif une portée qu'il n'a juridiquement pas. Mais tandis que l'inopérance d'un moyen procède du constat objectif de l'inapplicabilité de la règle de droit au litige, la détermination de la portée d'un vice sur le contrat dépend davantage des circonstances de l'espèce. Ainsi, même si, a priori, les irrégularités de passation ne peuvent entraîner l'annulation du contrat, elles le peuvent si elles sont d'une particulière gravité, ce dont votre récente décision *Société anonyme gardéenne d'économie mixte* du 15 mars 2019 (n° 413584, au rec) offre une illustration, même si elle est à ce jour la seule. Non sans avoir hésité, nous pensons finalement que le pouvoir d'appréciation qu'exerce le juge du contrat au moment de définir les conséquences de l'irrégularité qu'il a constatée sur le contrat fait obstacle à ce que l'erreur de droit qu'il peut commettre à cette occasion soit d'ordre public.

EPCMNC : - Rejet du pourvoi;

- A ce que vous mettiez à la charge de la collectivité territoriale de la Corse le versement à la société Vendasi d'une somme de 3 000 euros au titre des frais qu'elle a exposés dans cette instance.