

**N° 376504**  
**Société Eiffage Construction**  
**Pays-de-la-Loire**

**7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> sous-sections réunies**  
**Séance du 18 juin 2014**  
**Lecture du 30 juin 2014**

## **CONCLUSIONS**

### **M. Bertrand DACOSTA, Rapporteur public**

La communauté urbaine Nantes Métropole, agissant pour le compte de l'Ecole supérieure des Beaux-arts de Nantes (établissement public de coopération culturelle), a lancé, en avril 2013, la procédure de passation d'un marché public de travaux ayant pour objet la construction des nouveaux locaux de l'établissement. La procédure a été déclarée infructueuse pour la plupart des lots. Une nouvelle consultation a été organisée en septembre. La société Eiffage Construction a déposé une offre, en groupement avec la société Briand Construction Métallique, pour l'attribution du lot n° 2 (fondations / gros-œuvre / charpente métallique). Cette offre a été retenue. La société Léon Grosse a alors saisi le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Nantes, qui a annulé la procédure de passation du lot n° 2, au motif que la variante présentée par la société Eiffage Construction, et retenue par la communauté urbaine, méconnaissait le règlement de la consultation.

Avant d'en arriver là, le premier juge a écarté des moyens invoqués en défense et tirés de l'irrégularité de la candidature et de l'offre de la société requérante.

Pour apprécier les mérites du pourvoi en ce qui concerne ce premier temps du raisonnement, il faut procéder à un bref rappel des règles issues de votre jurisprudence récente.

Vous le savez, depuis l'intervention de votre décision de section SMIRGEOMES du 3 octobre 2008, il appartient au juge du référé précontractuel de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte, en avantageant une entreprise concurrente. Dans ce cadre, vous avez jugé que le choix de l'offre d'un candidat irrégulièrement retenu est susceptible d'avoir lésé le candidat qui invoque ce manquement, à moins qu'il ne résulte de l'instruction que sa candidature devait elle-même être écartée, ou que l'offre qu'il présentait ne pouvait qu'être éliminée comme irrégulière, inacceptable ou inappropriée (CE, 11 avril 2012, Syndicat Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres, T.). Si la candidature ou l'offre devait être écartée, le juge du référé précontractuel commet une erreur de droit en jugeant que la société requérante est susceptible d'avoir été lésée par un manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, sauf, bien sûr, si le manquement commis a pu avoir une

incidence sur le bien-fondé de la décision de rejet elle-même (CE, 12 mars 2012, Société Clear Channel France, p. 86).

On le voit, pour apprécier si le concurrent évincé peut utilement invoquer un manquement, le juge ne se borne pas à prendre en compte un éventuel rejet de la candidature ou de l'offre par la collectivité. Si rejet il y a eu, le problème est réglé, sous réserve que la décision ne soit pas elle-même illégale. Mais la circonstance que l'offre d'une société ait été classée et que le pouvoir adjudicateur ne l'ait, en définitive, pas retenue simplement parce qu'elle n'était pas l'offre économiquement la plus avantageuse ne lui interdit pas, devant le juge, de se prévaloir de son irrégularité, pour contester le caractère opérant des moyens invoqués (CE, 15 février 2013, Commune de Monéteau, n° 364203 ; CE, 29 mai 2013, Communauté urbaine Marseille Provence Métropole, n° 366456 ; CE, 2 octobre 2013, Département de Lot-et-Garonne, aux tables sur un autre point)

Tel est, du moins, l'état de votre jurisprudence.

On comprend la logique qui la sous-tend. Un pouvoir adjudicateur a compétence liée pour rejeter une candidature irrecevable ou une offre irrégulière, inacceptable ou inappropriée. S'il ne l'a pas fait, et a attribué le marché à l'entreprise placée dans une telle situation, les concurrents non retenus peuvent faire sanctionner ce manquement dans le cadre du référé précontractuel. Vous avez transposé ce raisonnement dans l'hypothèse où il ne s'agit pas d'apprécier le bien-fondé du choix de l'attributaire, mais, simplement, d'examiner l'opérance des moyens soulevés par le candidat non retenu. A partir du moment où il revient au juge de vérifier que le marché n'a pas été attribué à une entreprise dont la candidature ou l'offre aurait dû être rejetée, vous avez estimé qu'il lui revenait d'opérer le même contrôle pour s'assurer que le requérant avait bien été lésé par les manquements qu'il invoquait, lésion inexistante dans le cas où le pouvoir adjudicateur était tenu de ne pas lui attribuer le marché.

Ce parallélisme ne doit cependant pas faire oublier que l'enjeu n'est pas le même.

Dans le premier cas, il s'agit d'assurer la mise en œuvre d'une interdiction qui résulte du droit positif : l'entreprise dont la candidature ou l'offre aurait dû être rejetée ne peut pas légalement être attributaire du marché.

Dans le second cas, n'est en cause qu'une technique contentieuse limitant les moyens invocables : admettre l'opérance d'un moyen invoqué par un candidat dont l'offre aurait dû être rejetée a pour seul inconvénient, si l'on peut dire, de permettre au juge du référé précontractuel de sanctionner, le cas échéant, un manquement bien réel.

Les deux hypothèses auraient pu être dissociées. S'il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter une candidature irrecevable ou une offre irrégulière, inacceptable ou inappropriée, il aurait été concevable que, dans le cas où il s'en est abstenu, vous ne lui permettiez pas d'invoquer ensuite un tel élément en défense devant le juge du référé précontractuel, dans le seul but de faire obstacle à l'argumentaire du requérant. Et vous auriez pu étendre la même solution à l'attributaire lui-même.

Telle n'est pas la voie dans laquelle vous vous êtes engagés, et il est vrai que la solution que vous avez retenue tire pleinement les conséquences de la jurisprudence SMIRGEOMES.

Elle présente, toutefois, un risque, comme l'illustre la présente affaire : celui de faire porter l'essentiel du débat contentieux non pas sur la question de la réalité du manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, mais sur la question de savoir si la candidature ou l'offre de la société qui n'a pas été attributaire aurait dû être rejetée. Or il serait fâcheux que la simplification introduite par votre jurisprudence, supposée limiter l'office du juge à l'examen des seuls moyens opérants, conduise, en amont, à nourrir des discussions sans fin sur l'opérance desdits moyens...

Il est donc souhaitable d'encadrer ce débat.

Une première piste de réflexion peut être empruntée. Lorsque le pouvoir adjudicateur n'a pas opposé à une entreprise l'irrecevabilité de sa candidature ou le caractère irrégulier, inacceptable ou inapproprié de son offre, cette entreprise est, en principe, susceptible d'être lésée par le caractère irrégulier du choix de l'offre de la société attributaire. Pour qu'elle soit insusceptible de l'être, il faut que le pouvoir adjudicateur ait été en situation de compétence liée pour rejeter sa candidature ou son offre. Or le code des marchés publics prévoit quelques cas de figure dans lesquels la collectivité peut faire preuve d'une certaine souplesse. Pourrait-on, dans ces hypothèses, juger que les moyens invoqués par l'entreprise non retenue sont toujours opérants, puisque le pouvoir adjudicateur n'était pas contraint de la mettre hors-jeu ? Ainsi, aux termes de l'article 52, « *avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai identique pour tous et qui ne saurait être supérieur à dix jours (...).* » Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de faire jouer une telle possibilité et peut parfaitement rejeter une candidature incomplète sans accorder de délai de régularisation. Mais, s'il a admis une telle candidature, peut-il ensuite opposer au concurrent évincé qui forme un référé précontractuel le fait qu'il était tenu de rejeter sa candidature, alors qu'il aurait pu demander une régularisation ? En première analyse, une réponse négative est tentante. Cependant, il faut être conscient du fait qu'une fois la phase d'examen des candidatures achevée, la collectivité ne peut plus, le voudrait-elle, permettre la régularisation des candidatures incomplètes. Elle est donc bien, à l'arrivée, en situation de compétence liée. Il nous semble donc, en ce cas aussi, que la jurisprudence SMIRGEOMES doit trouver à s'appliquer.

Autre exemple de souplesse apparente : dans le cadre d'une procédure négociée, l'article 66 du code des marchés publics impose, lors de l'ouverture des plis, l'élimination des seules offres inappropriées ; la négociation peut rendre conformes des offres irrégulières ou inacceptables. De même, s'agissant des procédures adaptées, la collectivité peut, au lieu d'éliminer d'emblée une offre irrégulière, inacceptable, et même inappropriée, admettre à la négociation les candidats concernés (CE, 30 novembre 2011, Ministre de la défense et des anciens combattants c/ EURL Qualitech, T.). Mais, si le pouvoir adjudicateur n'utilise pas cette faculté, il est bien tenu, in fine, de ne pas conclure le marché avec l'entreprise dont l'offre aurait un tel caractère.

Il nous semble donc difficile, dans le cadre que vous avez fixé, de dispenser le juge du référé précontractuel d'examiner la recevabilité de la candidature ou la régularité de l'offre du concurrent évincé qui l'a saisi, lorsque le moyen est soulevé en défense par le pouvoir adjudicateur ou par l'attributaire.

Comment, alors, ne pas lui compliquer exagérément la tâche, puisqu'il ne s'agit ici, redisons-le, que d'apprécier la régularité de la candidature ou de l'offre de l'entreprise non retenue ?

La solution doit résider, à notre sens, dans l'existence d'un contrôle très distancié, d'autant plus distancié que la personne publique jouit d'une marge importante d'appréciation. Pour le dire autrement, lorsque cette dernière n'a pas rejeté la candidature ou l'offre de l'entreprise qui forme un référé précontractuel, le juge ne saurait faire droit au moyen en défense tiré du caractère inopérant du ou des manquements invoqués que lorsqu'il lui apparaît que la collectivité était manifestement tenue de lui opposer un rejet. Il est indispensable que ce débat secondaire puisse être tranché rapidement et facilement par le juge du référé précontractuel, eu égard à son office et au délai dans lequel il l'exerce. Et l'on ne doit pas être arrêté par le fait que ce contrôle peut se révéler plus approfondi lorsqu'il s'agit de vérifier la régularité de la candidature ou de l'offre de l'attributaire : ce n'est pas le même exercice.

Revenons à présent au sort de la société Eiffage Construction Pays-de-la-Loire.

Vous serez contraints d'annuler l'ordonnance attaquée, en tant qu'elle annule la procédure de passation du lot n° 2 (le rejet des conclusions tendant à l'annulation de la première procédure, qui a débouché sur la déclaration d'infructuosité, n'est pas contesté). Pour écarter le moyen tiré de l'irrecevabilité de la candidature de la société Léon Grosse, le juge du référé précontractuel a relevé qu'il résultait de l'instruction, et notamment des éléments complémentaires sur les réalisations de la société produits devant lui, que l'intéressée justifiait disposer des capacités techniques et des garanties professionnelles suffisantes pour exécuter les travaux demandés. Or non seulement le juge du référé précontractuel doit être un juge de l'évidence, lorsqu'est en cause la recevabilité de la candidature du candidat non retenu, mais il lui appartient simplement de vérifier si, au vu de la candidature transmise au pouvoir adjudicateur, celui-ci était tenue ou non de la rejeter. Il n'est pas le juge des capacités techniques et professionnelles de l'entreprise : il lui revient d'examiner si les documents produits à l'appui du dossier de candidature, s'agissant de ces capacités, imposaient ou non son rejet. En prenant en considération des éléments postérieurs, produits dans le cadre de l'instance de référé, il a commis une erreur de droit.

Après cassation, vous serez conduits, à votre tour, à répondre aux moyens invoqués en défense tant par la communauté urbaine Nantes Métropole que par la société Eiffage.

Relevons toutefois, à titre préalable, que la société Léon Grosse soulève une fin de non-recevoir tirée de ce que la communauté urbaine ne justifierait pas d'un mandat l'autorisant à défendre pour le compte de l'Ecole des Beaux-arts. Mais la communauté urbaine est maître d'ouvrage délégué. C'est elle qui a organisé la passation du marché et c'est elle qui a été appelée en défense par le tribunal administratif.

Il est soutenu par les défendeurs, tout d'abord, que la société Léon Grosse ne disposait pas des qualifications professionnelles nécessaires pour réaliser certains travaux et qu'elle n'apportait pas la preuve qu'elle allait pouvoir disposer des capacités professionnelles de sous-traitants, faute d'avoir joint au dossier les engagements écrits de ces derniers. Selon les défendeurs, était ainsi affectée non seulement la recevabilité de la candidature, mais la régularité de l'offre. En effet, aux termes du III de l'article 45 du code des marchés publics :

« pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat, même s'il s'agit d'un groupement, peut demander que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre ces opérateurs et lui. Dans ce cas, il justifie des capacités de ce ou ces opérateurs économiques et apporte la preuve qu'il en disposera pour l'exécution du marché. » De plus, l'arrêté du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs prévoit que, pour justifier qu'il dispose des capacités d'un autre opérateur économique, le candidat doit produire un engagement écrit de celui-ci. Par ailleurs, la société Eiffage Construction soutient également que les références professionnelles produites par la société Léon Grosse étaient sans valeur, faute d'être accompagnées d'attestations de bonne exécution comportant l'intégralité des mentions prévues par l'arrêté du 28 août 2006. De fait, certaines des références n'étaient pas accompagnées d'attestations et les attestations produites ne précisent pas expressément si les travaux ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin. Ceci doit-il vous conduire à juger que la communauté urbaine était manifestement tenue de rejeter la candidature et/ou l'offre de la société ? Certainement pas. D'une part, l'insuffisance des capacités professionnelles de la société Léon Grosse relève d'une pétition de principe de la part des défendeurs et, d'autre part, une attestation de bonne exécution ne saurait être neutralisée au motif que, formellement, elle ne satisfait pas aux exigences de l'arrêté de 2006.

Il est également soutenu que l'offre de la société Léon Grosse était irrégulière, en tant qu'elle prévoyait un démontage de la partie supérieure de la charpente métallique et une rénovation en atelier. Vous écarterez ce moyen, en l'absence de toute prescription, dans les documents de la consultation, prohibant clairement un tel procédé.

A partir du moment où la communauté urbaine n'était pas tenue d'écarter la candidature de la société Léon Grosse ou de rejeter son offre, il vous faut examiner les moyens qu'elle invoque.

La plupart d'entre eux ne vous arrêteront guère.

L'un d'eux serait susceptible de conduire à l'annulation de l'intégralité de la procédure. Il est tiré de la méconnaissance de l'article 10 du code des marchés publics. Mais, contrairement à ce qui est soutenu, la communauté urbaine n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en regroupant dans le même lot l'ensemble des travaux relatifs à la charpente de l'ouvrage (rappelons que vous n'exercez qu'un contrôle restreint sur le nombre et la consistance des lots, pour l'application de l'article 10 du code des marchés publics ; cf. CE, 21 mai 2010, Commune d'Ajaccio, T.).

Un moyen n'a, en revanche, qu'une portée directe réduite. La société se prévaut d'un manquement de la collectivité aux dispositions de l'article 80 du code des marchés publics, relatives à l'information qui doit être donnée aux candidats non retenus. Si l'information avait été insuffisante et le demeurait encore aujourd'hui, vous enjoindriez à la communauté urbaine de produire les éléments requis. Mais, l'irrégularité alléguée a été, en tout état de cause, purgée au cours de la procédure devant le tribunal administratif.

La société Léon Grosse se prévaut également d'une méconnaissance des dispositions de l'article 46 du code des marchés publics. Cet article prévoit que le candidat auquel il est

envisagé d'attribuer le marché doit produire divers documents attestant qu'il est à jour de ses obligations sociales et fiscales. Aux termes du III, *« 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. Si nécessaire, cette procédure peut être reproduite tant qu'il subsiste des offres qui n'ont pas été écartées au motif qu'elles sont inappropriées, irrégulières ou inacceptables. »*

Si vous deviez juger qu'un manquement aux obligations de l'article 46 est invocable dans le cadre d'un référé précontractuel, la seule conséquence en serait qu'il vous faudrait enjoindre à la collectivité de demander à la société Eiffage Construction de produire les documents et, à défaut d'une telle production dans un certain délai, de rejeter son offre et de solliciter le candidat suivant. On peut s'interroger sur l'opérance d'un tel moyen, puisque l'article 46 est applicable à un stade de la procédure où le choix de l'attributaire a été effectué. La personne publique commet certes une illégalité si elle signe le marché sans imposer le respect des prescriptions de cet article et les concurrents évincés peuvent certainement invoquer une telle illégalité dans le cadre d'un recours en contestation de la validité du contrat. Admettre qu'ils le puissent avant la signature autoriserait les candidats non retenus à saisir systématiquement l'aveugle le juge du référé précontractuel pour que celui-ci vérifie que l'obligation a été respectée. Il est vrai, d'un autre côté, que choisir un attributaire dont l'offre aurait dû être éliminée a toujours été regardé comme un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence et il pourrait sembler paradoxal qu'il ne soit plus regardé comme tel au seul motif que l'élimination éventuelle intervient en fin de parcours.

Quoi qu'il en soit, vous n'aurez pas à trancher cette question si, comme nous vous y invitons, vous jugez que l'offre de la société Eiffage Construction était irrégulière.

Le règlement de la consultation autorisait des variantes, dans les conditions prévues par l'article 50 du code des marchés publics. La communauté urbaine avait fixé des exigences minimales, parmi lesquelles celle tenant à ce que les travaux n'aient aucun impact architectural. Les documents contractuels spécifiaient bien qu'il s'agissait de réhabiliter la charpente métallique existante en la renforçant. Or la société Eiffage Construction a présenté une variante prévoyant la dépose de la totalité de la charpente et son remplacement par une charpente métallique neuve d'aspect identique. Ici, il s'agit d'apprécier la régularité de l'offre de l'attributaire, non celle du candidat non retenu. Si on était à fronts renversés, si la société Léon Grosse avait présenté une telle offre et si c'était la société Eiffage qui soutenait que l'offre de la société Léon Grosse était irrégulière pour vous convaincre du caractère inopérant des moyens qu'elle invoque, vous pourriez peut-être considérer qu'une telle irrégularité ne présente pas un caractère suffisamment aveuglant pour qu'il soit possible d'affirmer que la collectivité avait manifestement compétence liée pour rejeter l'offre. Mais, dans la présente configuration, vous exercez un contrôle normal ; et, dans le cadre de ce contrôle, vous jugerez que la variante proposée n'était pas recevable eu égard aux exigences fixées par le pouvoir adjudicateur.

Le manquement consistant à avoir attribué le marché à une entreprise dont l'offre était irrégulière est bien susceptible d'avoir lésé la société Léon Grosse, dont ni la candidature ni l'offre n'avaient été rejetées et dont il n'apparaît pas avec évidence qu'elles auraient dû l'être ; peu importe qu'elle n'ait été classée qu'en sixième position.

PCMNC à l'annulation de l'ordonnance attaquée en tant qu'elle a annulé la procédure de passation du lot n° 2, à l'annulation de cette procédure au stade de l'examen des offres, à ce que soit mis à la charge de la société Eiffage Construction et de la communauté urbaine, en application de l'article L. 761-1 du CJA, le versement à la société Léon Grosse, pour la première, d'une somme de 3000 euros au titre de la procédure devant vous et, pour la seconde, d'une somme de 1500 euros au titre de la procédure devant le tribunal administratif, au rejet du surplus des conclusions de la société Léon Grosse et au rejet des conclusions présentées par la société Eiffage Construction et par la communauté urbaine tendant à l'application de l'article L. 761-1.