N° 421317, sté BGC

7ème et 2ème chambres réunies

Audience du 4 septembre 2019
Lecture du 20 septembre 2019

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Au terme de la procédure adaptée qu'elle avait suivie pour la passation d'un marché portant sur la construction d'un hall sportif, la commune de Sainte-Marie-aux-Chênes a informé la société BGC du rejet de son offre, classée deuxième et de l'attribution du marché, pour un montant total de 1,15 millions d'euros, à la société Groupe 1000 Lorraine. Estimant avoir été irrégulièrement évincée, la société BGC a réclamé à la commune le versement d'une somme d'un peu moins de 110 000 euros en réparation de son préjudice. N'ayant pas obtenu satisfaction, elle a saisi le TA de Strasbourg de conclusions aux fins d'annulation du contrat, dans le cadre de votre jurisprudence *Tropic Travaux Signalisation*, applicable compte tenu de la date de conclusion du marché, et de conclusions indemnitaires. Le tribunal a rejeté les premières comme tardives et a fait droit aux secondes à hauteur d'un peu plus de 87 000 euros. L'appel de la commune et l'appel incident de la société n'ont porté que sur ces conclusions indemnitaires, que la cour a rejetées au motif que l'offre de la société BGC ne présentant que des variantes et pas d'offre de base, contrairement à ce qu'exigeait le règlement de la consultation, elle était irrégulière, ce qui privait la société BGC de toute chance de remporter le marché.

Les trois moyens du pourvoi de la société BGC sont dirigés contre l'appréciation portée par la cour sur l'irrégularité de son offre. Elle ne conteste ni la possibilité pour le pouvoir adjudicateur d'invoquer l'irrégularité d'une offre qu'il a classée, ni la portée d'une telle irrégularité sur ses droits à indemnité. Nous évoquerons néanmoins rapidement ces deux points qui forment le cadre juridique du litige.

Selon une jurisprudence constante rappelée par votre décision du 18 juin 2003, *Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe, Société Biwater et Société Aqua TP*, (n° 249630, aux T) le droit à indemnisation du candidat irrégulièrement évincé de la passation d'un marché public dépend logiquement des chances d'obtenir le marché qu'il a perdues du fait de l'irrégularité de son éviction. S'il n'avait aucune chance d'obtenir le marché, il n'a droit à aucune indemnisation. Il pourra prétendre au remboursement des frais engagés pour la compétition s'il n'avait pas davantage de chances que les autres candidats d'obtenir le marché. Ce n'est enfin que s'il avait des chances sérieuses d'être retenu qu'il pourra obtenir l'indemnisation de ce que l'exécution du marché lui aurait fait gagner. Ces principes directeurs découlent de l'exigence générale en droit de la responsabilité d'un lien de causalité entre la faute commise par la personne publique et le préjudice dont la réparation est demandée. Vous avez d'ailleurs eu l'occasion de rappeler à plusieurs reprises que ce lien de

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.

causalité devait être direct pour que le candidat évincé puisse obtenir réparation des préjudices qu'il allègue (CE, 10 juillet 2013, *Compagnie martiniquaise de transports*, n° 362777, B ; CE, 10 février 2017, *Société Bancel*, n° 393720, B). Une décision plus récente formule autrement cette même exigence : « lorsque l'irrégularité ayant affecté la procédure de passation est insusceptible d'avoir affecté le sort du candidat, il ne saurait y avoir de lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité et les préjudices invoqués par le requérant à raison de son éviction ; sa demande de réparation des préjudices allégués ne peut alors qu'être rejetée. » (CE, 19 novembre 2018, *Société Snidaro*, n° 413305).

Dans ce cadre, l'irrégularité de l'offre du candidat évincé, même si elle n'est pas la cause de son éviction, fait nécessairement obstacle à ce qu'il soit regardé comme ayant perdu une chance, même non sérieuse, d'obtenir le marché du fait de l'irrégularité qu'il invoque, à moins que cette irrégularité soit la cause de l'irrégularité de son offre. Vous l'avez jugé de manière peut-être un peu trop abrupte, sans réserver cette dernière hypothèse, par une décision du 8 octobre 2014, *SIVOM de Saint-François-Longchamp Montgellafrey* (n° 370990, aux T sur ce point).

Cette même logique de causalité vous conduit, pour l'application de la condition d'opérance des moyens présentés à l'appui d'un recours en contestation de la validité du contrat tenant à ce qu'ils soient en rapport avec l'intérêt lésé dont se prévaut le requérant, à juger qu'un requérant dont l'offre a été rejetée comme irrégulière ne peut soulever que des moyens relatifs aux motifs de rejet de son offre et ne peut utilement critiquer les décisions relatives aux autres offres (CE, 9 novembre 2018, *sté Cerba et CNAM*, n° 420654, au rec).

En résumé, le candidat dont l'offre a été rejetée comme irrégulière pourra seulement faire valoir qu'elle l'a été à tort et qu'il a perdu de ce fait une chance, qui peut être sérieuse si son offre était évidemment la meilleure, d'obtenir le marché. Celui dont l'offre a été rejetée pour un autre motif mais dont le pouvoir adjudicateur démontre qu'elle était en tout état de cause irrégulière ne pourra jamais obtenir l'indemnisation de son manque à gagner, puisque son offre devait être écartée. Il ne pourra au mieux obtenir que l'indemnisation des frais qu'il a engagés pour la procédure s'il démontre que l'irrégularité qu'il invoque l'a conduit à présenter une offre irrégulière et à perdre ainsi une chance d'obtenir le marché.

La présente affaire s'inscrit dans ce second cas de figure. L'offre de la société requérante a été examinée et classée et ce n'est que devant le juge d'appel que la commune a fait valoir qu'elle était irrégulière et devait en tout état de cause être écartée.

Vous avez admis, pour l'application de la condition propre aux référés précontractuel et contractuel tenant à ce que les manquements invoqués par le requérant l'aient lésé ou aient été susceptibles de le léser (jp *SMIRGEOMES*), « qu'alors même qu'il aurait procédé à son examen et à son classement, il [le pouvoir adjudicateur] peut se prévaloir du caractère irrégulier, inapproprié ou inacceptable de l'offre présentée par l'auteur du référé pour soutenir, devant le juge du référé précontractuel, que celui-ci n'est pas susceptible d'être lésé par les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'il invoque ou pour soutenir, devant le juge du référé contractuel, que ces manquements n'ont pas affecté ses chances d'obtenir le contrat » (CE, 2 octobre 2013, *Département de Lot-et-Garonne*, n° 368900, aux T sur ce point ; CE, 24 février 2016, *SMETOM de l'Eure*, n° 394945, aux T sur un autre point, pour la formulation citée).

Nous ne voyons aucune raison de ne pas transposer cette jurisprudence, fondée sur le caractère objectif de ce qui fait obstacle à ce qu'une offre irrégulière puisse être retenue, à la détermination du lien de causalité entre l'éviction d'un candidat et le préjudice dont il demande réparation. Quel que soit le motif de son éviction, son offre ne pouvait être retenue si elle était irrégulière (ou inappropriée ou inacceptable). C'est donc cette irrégularité, et elle seule, qui est la cause du préjudice tenant à ce qu'il n'a pas obtenu le marché.

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.

Les trois moyens du pourvoi critiquent les motifs par lesquels la cour a considéré que l'offre de la requérante était irrégulière faute de proposer une offre de base comme l'exigeait le règlement de la consultation.

Le premier est tiré de ce que la cour aurait dénaturé le règlement de la consultation en estimant que la présentation de variantes était subordonnée à la présentation d'une offre de base.

Rappelons que les variantes sont « des modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation » (CE, 5 janvier 2011, *sté Technologie Alpine Sécurité*, n° 343206, T. p. 1008). Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, l'article 50 du code des marchés publics, applicable au litige, comme l'article 58 du décret de 2016, pose le principe de la faculté des candidats de proposer des variantes, sauf si le règlement de la consultation l'a expressément exclu. Elles doivent évidemment toujours être conformes aux exigences minimales du règlement de la consultation (CE, 28 juillet 1999, *Institut français de recherche scientifique pour le développement en coopération et société OCEA*, n° 186051, au rec ; art 50 II du code des marchés publics). Depuis un décret du 25 août 2011 ayant modifié l'article 50, ces variantes peuvent être présentées indépendamment de toute offre de base. Mais l'acheteur peut exiger qu'une offre conforme à la solution de base préconisée par le règlement de la consultation soit présentée en sus des éventuelles variantes.

La cour a estimé que tel était en l'espèce. Elle a déduit l'obligation de présenter une offre de base dans tous les cas des dispositions de l'article 2.1. du règlement de la consultation, aux termes duquel « Le CCTP détaille les prestations envisagées et les variantes techniques sont autorisées. » et de l'article 4.1 du même règlement, aux termes desquelles : « (…) Le maître d'ouvrage se réserve le droit de choisir soit l'offre de base, soit l'offre avec une ou plusieurs options, soit l'offre variantée intégrant la ou les options sans aucune contestation des entreprises. (…)». Cette interprétation, comme toute interprétation d'un document contractuel, est souveraine. Si la première disposition n'implique pas nécessairement qu'une offre de base soit présentée dans tous les cas, cela s'infère assez nettement de la seconde disposition, car on ne voit pas comment l'acheteur pourrait exercer le choix qu'il se réserve de retenir l'offre de base si elle n'existe pas. Si les candidats avaient encore des doutes après la lecture de ces dispositions, la lecture des modalités d'appréciation du critère prix étaient de nature à les lever, puisqu'elles indiquaient que la notation des offres sur ce critère s'effectuait « sur l'offre de base, puis sur l'offre de base + options, puis sur l'offre variantée sur le même nombre de points permettant ainsi d'établir 3 classements d'offres », le choix de l'acheteur de l'une de ces offres étant encore réaffirmé.

Dans ces conditions, la cour n'a certainement pas dénaturé les pièces du dossier en considérant que le règlement de la consultation exigeait dans tous les cas la présentation d'une offre de base.

Pour juger que l'offre de la société requérante était une variante et non une offre de base, la cour a cité un extrait du rapport d'analyse des offres indiquant qu'« il apparaît, à la lecture des éléments produits par BGC dans son mémoire technique, que ce dernier soit déjà en proposition de variante intégrée à la base. Au vu des images produites par ce dernier, l'architecture semble modifiée, ce qui entraînerait le refus du maître d'œuvre » et ajouté que « ces éléments sont corroborés par la pièce n°4 versée en première instance par la commune le 6 novembre 2014 constituée par le mémoire technique présenté par la société BGC qui proposait trois variantes sans aucune mention de l'offre de base ».

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.

Contrairement à ce que soutient la société requérante, cette motivation exprime suffisamment les raisons pour lesquelles la cour a estimé qu'elle n'avait produit que des variantes et qui tient essentiellement à ce que la société a présenté trois offres sans mentionner d'offre de base.

Cette appréciation est enfin critiquée sous l'angle de l'inexactitude juridique des faits. Vous contrôlez la qualification de variante donnée par les juges du fond à partir des éléments qu'ils ont souverainement constatés (CE, 28 juillet 1999, *Institut français de recherche scientifique pour le développement en coopération et société OCEA*, précitée).

La cour a relevé, nous l'avons dit, que l'offre de la société requérante proposait trois solutions architecturales différentes pour la construction du bâtiment, qu'elle qualifiait elle-même de variantes. Les différences entre ces solutions portaient sur le bardage du bâtiment. De telles différences, qui ne portent pas sur les moyens techniques mis en œuvre pour exécuter le marché mais bien sur les caractéristiques du produit acheté, ont été à bon droit qualifiées par la cour de variantes.

Il est vrai que la cour n'a pas qualifié ces propositions de variantes par référence aux « spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation », selon la définition que votre décision précitée donne des variantes, mais du seul fait qu'elles étaient trois et que la société ne précisait pas que l'une d'entre elles était l'offre de base.

Mais il n'est pas reproché à la cour d'avoir ce faisant commis une erreur de droit et nous ne sommes pas certain qu'elle l'ait fait car lorsque plusieurs propositions sont faites, certaines d'entre elles sont nécessairement des variantes et, dès lors que le pouvoir adjudicateur a imposé une offre de base, il n'appartient ni à celui-ci ni au juge de se substituer au candidat pour déterminer laquelle de ses propositions est l'offre de base et lesquelles sont des variantes.

EPCMNC : - Rejet du pourvoi

- et à ce que vous mettiez à la charge de la sté BGC le versement à la commune de Sainte-Marie-aux-Chênes d'une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés.

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.