

N° 429768

Société Architecture Studio

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 9 décembre 2020

Lecture du 18 décembre 2020

Conclusions

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

Est-il possible de faire droit à une demande d'indemnisation des frais engagés de la part d'un concurrent évincé dont l'offre était irrégulière ?

1. En 2009, le centre hospitalier de Chambéry a lancé une consultation en vue de la passation d'un marché portant sur la conception et la réalisation d'un nouveau bâtiment hospitalier. La société Architecture Studio, membre du groupement Léon Grosse, concurrent évincé, a saisi le tribunal administratif de Grenoble en vue de l'annulation du marché et d'une indemnisation.

Le tribunal administratif a rejeté cette demande, en estimant que l'offre de l'attributaire du marché était certes irrégulière, mais en refusant d'annuler le marché ou de le résilier au motif que l'ouvrage était presque totalement achevé. Le tribunal administratif a aussi rejeté les demandes indemnitaires de la société au motif que son offre était elle-même irrégulière et ne pouvait être régularisée, de sorte qu'elle était dépourvue de toute chance d'obtenir le marché.

Saisie en appel uniquement en ce que le tribunal administratif avait rejeté les conclusions indemnitaires, la cour administrative d'appel de Lyon a rejeté cet appel, en estimant, comme le tribunal, que l'offre était irrégulière au double motif que le projet de construction présenté dépassait les limites du terrain d'implantation précisément fixées par le programme fonctionnel et spécial et empiétait sur le terrain d'assiette destiné à une extension future de l'hôpital.

La société Architecture Studio a présenté devant vous un pourvoi en cassation. Les moyens relatifs à la régularité de l'arrêt et ceux tirés de ce que l'offre de la société requérante n'aurait pas été irrégulière ont été jugés non sérieux.

Vous n'avez admis ce pourvoi, par une décision du 26 février 2020, qu'en tant que l'arrêt s'est prononcé sur les conclusions indemnitaires de la société Architecture Studio au titre des frais exposés pour la présentation de son offre. Il est soutenu, à titre subsidiaire, qu'à supposer que l'offre était irrégulière, la cour a commis une erreur de droit en jugeant que la société était dépourvue de toute chance d'obtenir le contrat, alors que l'offre du groupement attributaire était elle-même irrégulière.

2. L'irrégularité de l'offre de la société évincée conduit-elle à écarter la perte de chance « tout court » ou à l'inverse faut-il estimer que le candidat évincé n'était pas dépourvu de toute chance du fait du caractère irrégulier de l'offre retenue ?

Trois questions doivent être examinées successivement lorsque le juge statue sur les droits à réparation du concurrent évincé :

- Existe-t-il un préjudice ?
- Quelle est sa consistance ? (pour reprendre les termes d'Olivier Henrard, dans ses conclusions sur la décision Société Bancel, sur laquelle nous reviendrons)
- A quoi doit-il être imputé ? Autrement dit le lien de causalité entre le préjudice et la faute est-il établi ?

Tout d'abord, si l'exigence du caractère direct et certain du préjudice et de la nécessité, pour le demandeur, d'en établir la réalité, ressort classiquement de votre jurisprudence (notamment 6 octobre 2017, Société Cegelec Perpignan, n° 395268, au Recueil ; 6 décembre 2017, Société GPE Audit et Conseil, n° 405651, aux Tables ; 10 octobre 2018, Société du docteur Jacques Franc, aux Tables), l'existence même d'un préjudice nous semble assez facilement établie dans l'hypothèse qui nous intéresse : le concurrent évincé a avancé des frais pour présenter des offres et il n'a pas été retenu au terme d'une procédure retenant une autre offre, elle-même entachée d'irrégularité.

Ensuite, pour évaluer la « consistance du préjudice », votre jurisprudence bien connue Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe, Société Biwater et Société Aqua (18 juin 2003, n° 249630, aux Tables) a établi une classification régulièrement maniée par les juges du fond (8 février 2010, Commune de la Rochelle, au Recueil, n° 314075) :

- si l'entreprise évincée était dépourvue de toute chance de remporter le marché, elle n'a droit à aucune indemnité,
- dans le cas inverse, elle a droit au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre,
- enfin, si elle avait des chances sérieuses d'emporter le marché, elle a droit à être indemnisée de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre.

Ceci étant rappelé, encore faut-il qu'il existe un lien de causalité entre ce préjudice et la faute résultant du caractère irrégulier de l'offre retenue. Sur ce point, le contentieux contractuel ne se sépare pas des principes généraux régissant l'engagement de la responsabilité des personnes publiques.

Vous avez ainsi précisé que lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice qu'il estime avoir subi du fait de l'irrégularité ayant, selon lui, affecté la procédure ayant conduit à son éviction, il appartient au juge, si cette irrégularité est établie, de vérifier qu'elle est la cause directe de l'éviction du candidat et, par suite, qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute en résultant et le préjudice dont le candidat demande l'indemnisation (10 juillet 2013, Compagnie martiniquaise des transports, n° 362777, aux

Tables sur ce point ; 10 février 2017, Société Bancel n° 393720, également aux Tables sur ce point).

Lorsque l'irrégularité ayant affecté la procédure de passation n'a pas été la cause directe de l'éviction du candidat, il n'y a pas de lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité et les préjudices invoqués par le requérant à raison de son éviction. La demande de réparation des préjudices allégués ne peut alors qu'être rejetée.

Dans l'affaire Bancel précitée, vous avez, en ce sens, relevé qu'alors même que la société n'était pas dépourvue de toute chance de remporter le marché, l'absence d'encadrement des modalités de présentation des variantes dans les documents de la consultation, qui méconnaissait l'article 50 du code des marchés publics, n'avait affecté ni la sélection des candidatures, ni le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, dès lors que les entreprises candidates n'avaient pas présenté de variante.

3. Dans ce cadre jurisprudentiel ainsi rappelé, notre configuration est la suivante : ce n'est pas la procédure de passation en elle-même – via les documents de consultation par exemple - qui est irrégulière mais l'attribution à une offre elle-même irrégulière. La procédure de passation n'est pas intrinsèquement irrégulière, mais le devient du fait de l'attribution à une offre irrégulière.

Par votre décision SIVOM de Saint-François-Longchamp Montgellafrey (8 octobre 2014, n°s 370990, 374632, aux Tables), vous avez jugé que dès lors que l'offre d'un candidat irrégulièrement évincé d'une procédure de passation d'un marché par concours était irrégulière, ce candidat, de ce seul fait, ne pouvait être regardé comme ayant été privé d'une chance sérieuse d'obtenir le marché, y compris lorsque l'offre retenue était tout aussi irrégulière, et qu'il n'était, par conséquent, pas fondé à demander réparation d'un tel préjudice.

Dans ses conclusions, le Président Dacosta soulignait qu'à supposer même que l'offre non conforme ait été susceptible d'être régularisée, il s'agissait d'une simple faculté pour la personne publique. Et il précisait qu'à supposer encore que celle-ci ait méconnu le principe d'égalité en retenant comme lauréat une société alors que son offre était également non-conforme, il ne s'ensuivait pas que le requérant puisse être regardé comme ayant été privé d'une chance sérieuse d'être attributaire du marché de maîtrise d'œuvre. *« Cette notion de chance sérieuse, qui implique un fort degré de probabilité d'emporter le marché, ne peut jouer au profit du candidat dont l'offre est irrégulière, fut-elle régularisable ».*

Il semblait toutefois ouvrir une porte en ajoutant que le requérant *« n'avait le droit d'obtenir que le remboursement des sommes exposées par lui pour concourir (...) »*. Ce point n'a toutefois été ni retenu, ni écarté par cette décision, qui ne s'est prononcée que sur la question de la « chance sérieuse » pour censurer l'arrêt attaqué sur ce point.

Le pourvoi soutient que puisque l'offre retenue était irrégulière, le centre aurait dû déclarer la procédure sans suite et relancer la procédure d'attribution. Dans cette hypothèse, il aurait pu présenter une nouvelle offre, cette fois régulière.

Ce raisonnement repose toutefois sur des fondements contestables. Il présuppose, d'une part, que la première procédure ne pouvait aller à son terme et devait être déclarée infructueuse, d'autre part, que dans le cadre d'une nouvelle procédure, l'offre du candidat évincé était susceptible d'être retenue.

Or sur les deux points, les hypothèses nous semblent d'une fragilité trop importante pour pouvoir établir un lien de causalité.

Tout d'abord, si le pouvoir adjudicateur n'avait pas commis la faute consistant à retenir l'offre irrégulière, il n'aurait pas nécessairement arrêté cette procédure, puisque d'autres offres non irrégulières auraient pu être retenues. La procédure n'aurait dû être déclarée infructueuse en réalité que dans deux hypothèses : soit parce que seules deux offres (celle de l'attributaire et celle du concurrent évincé) auraient été présentées, soit parce que davantage d'offres auraient été présentées mais seraient toutes irrégulières (ou inappropriées).

Ensuite, à supposer que la première procédure soit déclarée infructueuse, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'en relancer une autre. Il peut très bien tirer les conséquences des irrégularités ou insuffisances des offres présentées et remettre en cause sa commande, la différer ou la modifier. Si, comme c'est toutefois le plus probable dès lors qu'un besoin existe, une nouvelle procédure était lancée, rien ne dit que le concurrent évincé n'aurait pas présenté une offre jugée insatisfaisante, voire de nouveau irrégulière sur un autre point.

La cause de l'éviction d'une société présentant une offre irrégulière tient à son propre caractère irrégulier, sans lien avec l'irrégularité de l'offre retenue. Il n'y a donc ni de lien de causalité entre le préjudice et la faute du pouvoir adjudicateur, ni « chance tout court » d'obtenir le marché.

4. Faut-il toutefois envisager des réponses différentes en fonction de la possibilité de régulariser ou non l'offre et donc en fonction du type de procédure mise en place ?

La jurisprudence SIVOM de Saint-François Longchamp Montgellafrey a été prise dans le cadre d'une procédure de concours, mais le raisonnement retenu est plus large et se transpose à d'autres procédures. En réalité, une ligne de partage pourrait reposer sur l'existence ou non d'une possibilité de régularisation, en particulier en cas de négociation, ce qui est le cas pour une procédure de concours, ou une procédure avec négociation, mais pas pour des appels d'offres. Pour ceux-ci, ainsi que le rappelait le président Dacosta dans ses conclusions précitées, dès lors qu'il n'y a pas de négociation, les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées doivent être écartées.

En présence d'une négociation, la non-conformité de l'offre ne conduit pas à ce qu'elle soit éliminée d'emblée mais le pouvoir adjudicateur doit, « à l'issue de la négociation, rejeter sans les classer les offres qui ont conservé un tel caractère (30 novembre 2011, Ministre de la défense et des anciens combattants c/ EURL Qualitech, n° 353121, aux Tables, conclusions Pdt Boulouis) ».

Vous pourriez donc vous interroger sur la prise en compte éventuelle d'une régularisation de l'offre pour caractériser la perte de chance. La possibilité de régulariser des irrégularités sur des points qui ne seraient pas essentiels pourrait conduire à une approche plus compréhensive et estimer que la société n'était pas dépourvue de toute chance de remporter le marché dès lors que l'obstacle tenant à l'irrégularité pouvait être levé, si par ailleurs l'analyse de son offre montre ensuite qu'elle n'était effectivement pas dépourvue de toute chance. C'est ainsi qu'a raisonné par exemple la CAA de Paris dans un récent arrêt (17 janvier 2020, Société Azoulay, n° 18PA01035) et c'est ce qu'a fait la CAA en l'espèce, en constatant d'abord que l'offre du concurrent évincé « présentait des non-conformités relatives à des éléments essentiels du programme faisant obstacle à toute régularisation ultérieure de son offre ».

Ce point prête à hésitation, mais nous ne vous invitons pas à réserver, en principe, le cas du caractère régularisable de l'offre, pour deux raisons.

La première est que vous n'êtes pas entrés dans cette nuance dans votre jurisprudence SIVOM de Saint-François Longchamp Montgellafrey pour écarter la perte de chance sérieuse. Or, dans les deux cas (chance sérieuse ou chance « tout court »), c'est bien l'existence même du lien de causalité entre la faute et le préjudice qui n'est pas établi, puisque l'éviction résulte de l'irrégularité de l'offre évincée et non de la faute du pouvoir adjudicateur.

La seconde raison est que la régularisation n'est qu'une « simple faculté » pour le pouvoir adjudicateur, comme cela avait aussi été souligné à l'occasion de cette même décision. Dès lors, même si l'irrégularité est en théorie régularisable, cette circonstance ne donne pas, en principe, droit à indemnisation des frais puisque, ne résultant que d'une faculté du pouvoir adjudicateur, elle n'est qu'une hypothèse qui nous éloigne de la caractérisation du lien de causalité.

Au total, soit la procédure est celle de l'appel d'offres et l'offre est irrégulière (y compris, le cas échéant, après exercice, par le pouvoir adjudicateur, de sa faculté de demander une rectification matérielle ou une clarification, mais sans y être tenu), soit il y a une négociation et, à l'issue de la négociation, l'offre est toujours irrégulière. Dans les deux cas, si au moment de l'attribution du marché, l'offre est – ou reste – irrégulière, alors le candidat doit être considéré, en principe, comme dépourvu de toute chance d'obtenir le marché. Le fait que l'offre de l'attributaire soit elle-même irrégulière ne change pas la donne sur le terrain indemnitaire. Certes, le pouvoir adjudicateur aurait dû retenir une autre offre ou constater l'infructuosité et, dans cette seconde hypothèse, le candidat évincé aurait peut-être eu des chances de gagner la nouvelle procédure à engager. Mais il faut raisonner dans le cadre de la procédure qui a conduit à son éviction pour apprécier l'existence d'une chance.

Nous insistons toutefois sur ce raisonnement « en principe ». En effet, en termes de règle jurisprudentielle générale, il paraît difficile que le juge intègre systématiquement et abstraitement la question de savoir si l'offre était régularisable. Néanmoins, dans l'appréciation *in concreto* à laquelle doit toujours procéder le juge sur la question de savoir si l'intéressé aurait eu une chance d'obtenir le marché, une telle circonstance peut, selon nous, être prise en compte, si l'irrégularité était minime. Ainsi, par exemple, en présence de deux offres seulement, de qualités globalement égales, si l'offre écartée était entachée d'une

irrégularité infime, il est permis de penser que si le marché n'avait pas été attribué au titulaire, le pouvoir adjudicateur aurait demandé à l'autre candidat de régulariser son offre et dans une telle hypothèse, le juge doit pouvoir considérer qu'il n'était pas dépourvu de toute chance.

En l'espèce, il s'agissait d'un appel d'offres restreint avec une procédure particulière de jury s'agissant d'un marché de conception-réalisation, en application de l'article 69 du code des marchés publics alors applicable. La cour a retenu que le projet présenté présentait des non-conformités substantielles, faisant obstacle à toute régularisation ultérieure de l'offre.

Elle n'a donc pas commis d'erreur de droit en écartant l'indemnisation au titre des frais exposés pour la présentation de l'offre.

Par ces motifs, nous concluons au rejet du pourvoi.