N° 470264 – Société Ogoxi-Ogoxe

7ème chambre jugeant seule

Séance du 5 octobre 2023
Décision du 31 octobre 2023

CONCLUSIONS

M. Nicolas LABRUNE, Rapporteur public

La commune d'Aulus-les-Bains, petite station thermale de l'Ariège, a lancé en avril 2019 une procédure de passation d'un marché, selon une procédure adaptée, pour un système de détection et d'alerte de crues, comportant deux phases : un dépôt d'offres avant négociations puis un nouveau dépôt après celles-ci. Elle a attribué ce marché d'un montant d'environ 58 000 € à la société Arantec. Toutefois, à la demande la société Ogoxi-Ogoxe, concurrente évincée, le juge du référé précontractuel a, par une ordonnance du 5 août 2019, annulé la procédure de passation au stade de l'engagement des négociations au motif que la commune avait engagé des négociations avec la société Arantec postérieurement au classement des offres sans l'avoir fait avec la société Ogoxi-Ogoxe, en méconnaissance du règlement de la consultation. En exécution de cette ordonnance, la commune a envoyé, le 19 août, une lettre recommandée aux deux sociétés les invitant à participer à la procédure de négociation. Le marché a finalement été attribué, de nouveau, à la société Arantec et la commune a informé la société Ogoxi-Ogoxe du rejet de son offre.

Cette dernière a alors saisi le tribunal administratif de Toulouse d'un recours « Tarn-et-Garonne », en demandant l'annulation du contrat et la réparation des préjudices qu'elle estime nés de son éviction irrégulière. Par un jugement du 17 juin 2021, le TA a annulé le contrat et a condamné la commune à verser à Ogoxi-Ogoxe une indemnité d'un peu plus de 18 000 euros. Mais, sur appel de la commune d'Aulus-les-Bains, la CAA de Toulouse a, par un arrêt du 8 novembre 2022 annulé ce jugement et rejeté les conclusions d'Ogoxi-Ogoxe en estimant que le délai laissé par la commune à la société requérante pour engager la négociation était suffisant et qu'il n'y avait pas eu rupture de l'égalité entre les deux candidats. Ogoxi-Ogoxe se pourvoit donc en cassation contre les articles 2 à 4 de cet arrêt, qui procèdent à l'annulation du jugement et au rejet de sa demande. L'article 1er de l'arrêt, par lequel la cour a constaté un non-lieu sur les conclusions à fin de sursis à exécution du jugement, n'est quant à lui pas en litige.

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.

Nous pensons que vous pourrez faire droit au pourvoi, l'arrêt attaqué étant bel et bien entaché d'une erreur de droit.

Commençons par rappeler, si vous le voulez bien, que la procédure de passation en cause en l'espèce est une procédure adaptée, définie par l'article L. 2123-1 du code de la commande publique comme une procédure par laquelle l'acheteur définit librement les modalités de passation du marché dans le respect des principes de la commande publique. Et il est vrai que, lorsqu'il fixe le délai de réception des candidatures ou des offres dans le cadre d'une procédure adaptée, l'acheteur n'a pas à respecter un délai minimal fixé par les textes, alors que tel est le cas dans les procédures formalisées.

L'acheteur, toutefois, n'est pas entièrement libre. Ainsi, lorsqu'il fixe les délais de réception des candidatures et des offres, il doit le faire, comme le précise le code de la commande publique, « *en tenant compte de la complexité du marché et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer* » leur candidature ou leur offre. Par ailleurs, l'acheteur se doit bien évidemment de respecter les principes fondamentaux de la commande publique, en particulier l'égalité de traitement entre les candidats.

Et, à ce titre, vous exigez que le délai imparti aux candidats pour répondre à une consultation ne soit « *pas manifestement inadapté à la présentation d'une offre compte tenu de la complexité du marché public et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leurs candidatures et leurs offres* ». Cela peut d'ailleurs vous conduire à exiger, en procédure formalisée, que le délai imparti soit supérieur au minimum prévu par les textes – voyez à ce propos votre décision du 11 juillet 2018 *Communauté d'agglomération du Nord Grande-Terre* (n° 418021, 418022, aux Tables). Cette décision s'inscrit d'ailleurs dans le prolongement d'une décision plus ancienne, rendue en matière de délégation de service public, matière dans laquelle il n'y a pas de délai minimum requis par la réglementation. Il s'agit de votre décision du 15 juin 2001 *SIAEP de Saint-Martin-en-Ré et Sainte-Marie-de-Ré* (n°s 228856 et 229824, aux Tables) par laquelle vous avez exigé que le délai de présentation des offres ne soit pas bref au point de porter atteinte à l'égalité entre les candidats.

Ce cadre étant posé, venons-en plus précisément aux motifs par lesquels la cour s'est prononcée, en l'espèce, sur le caractère suffisant du délai. L'arrêt juge que, pour apprécier le caractère suffisant du délai de remise des offres modifiées, il incombait à l'acheteur public de se placer au jour de l'envoi des invitations à participer à la phase de négociation. Et c'est là, pensons-nous, que réside l'erreur de droit de la cour. Nous pensons en effet qu'il appartient à l'acheteur public de s'assurer que chaque candidat disposera, à peu de choses près, du même délai, ce qui suppose que chacun dispose, à peu près en même temps, de l'information portant sur le délai ainsi fixé. Il convient donc de se placer non pas au jour de l'envoi mais au jour de la réception, par les candidats, de cette information.

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.

Tel est d'ailleurs le sens de votre jurisprudence en matière de courrier recommandé avec accusé de réception. En effet, l'article L. 112-1 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA), qui prévoit que le respect d'un délai s'apprécie à la date d'expédition du courrier, n'est pas applicable aux procédures de passation des marchés publics et, hors du champ de cet article, vous avez jugé que lorsque le pli recommandé est retiré avant l'expiration du délai réglementaire pendant lequel il est conservé au bureau de poste, la date de notification de ce pli est celle de son retrait effectif par le destinataire (CE, 2 mai 1980, *I...*, T. p.831). En revanche, lorsque le pli n'a pas été retiré dans le délai de garde de 15 jours, la notification de ce pli doit être regardée comme régulièrement intervenue à la date de la présentation du pli au domicile (CE 21 juillet 1970 *Mme P...*, p.536 ; CE, 24 avril 2012, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration c/ B...*, n° 341146, aux Tables).

Il nous semble donc que la cour a commis une erreur de droit en se fondant, pour apprécier si le délai laissé à la société requérante était suffisant, sur la date d'expédition et non sur l'une des deux dates résultant de votre jurisprudence, à savoir la date de retrait du courrier recommandé lorsqu'il a été retiré dans le délai de 15 jours (comme en l'espèce) ou la date de première présentation du pli dans le cas contraire.

Si vous nous suivez, vous annulerez pour ce motif les articles 2 à 4 de l'arrêt attaqué, sans qu'il vous soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi. Vous pourrez ensuite renvoyer l'affaire à la cour à qui il appartiendra d'apprécier à nouveau si le délai était ou pas suffisant en l'espèce. Nous pensons d'ailleurs, pour ne pas ménager le suspense, qu'elle sera amenée, en raisonnant dans le cadre tracé par votre décision de cassation, à estimer que ce délai était insuffisant. Mais c'est à la cour qu'il appartiendra de le dire. Par ailleurs, si elle devait, comme nous le pensons, estimer que le délai était insuffisant, il lui appartiendra aussi d'apprécier d'une part si ce manquement est ou pas de nature à justifier l'annulation du contrat et, d'autre part, s'il ouvre droit, pour la société, à l'indemnisation qu'elle réclame.

PCMNC :

- à l'annulation des articles 2 à 4 de l'arrêt attaqué ;
- au renvoi de l'affaire, dans cette mesure, à la cour administrative d'appel de Toulouse ;
- et à ce que vous mettiez à la charge de la commune d'Aulus-les-Bains la somme de 3 000euros à verser à la société Ogoxi-Ogoxe au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

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.