

Concurrences

Competition Laws Review

N° 1-2023

Délégation de service public : Le Conseil d'État rappelle que le règlement de la consultation prévu pour la passation d'une délégation de service public est obligatoire dans toutes ses mentions et que l'autorité délégante ne peut attribuer le contrat à un candidat qui ne respecte pas ces exigences, sauf exceptions strictement entendues (*Commune du Lavandou*)

FRANCE, SECTEUR PUBLIC, DOMMAGES ET INTÉRÊTS, CONTRÔLE JURIDICTIONNEL, CONSTRUCTION, MARCHÉ PUBLIC

CE, 20 juillet 2022, n° 458427, Commune du Lavandou

Grégory Marson | BG2V Avocats

Concurrences N° 1-2023 | Chroniques | Secteur public

La commune du Lavandou [ci-après la "Commune"] avait attribué un sous-traité d'exploitation d'une plage en informant un concurrent évincé [ci-après le "Requérant"] que son offre, ou plutôt sa candidature, avait été rejetée comme étant irrégulière. En application du règlement de la consultation, les candidats devaient compléter le projet de contrat en indiquant leur nom et des informations permettant de les identifier, lesquelles étaient différentes selon que ceux-ci agissaient en leur nom personnel ou pour une société ou un groupe de personnes physiques. Ces informations faisaient défaut dans le document transmis par le Requérant. Le tribunal administratif de Toulon (TA Toulon, 26 oct. 2018, n° 1503100) puis la cour administrative d'appel de Marseille (CAA Marseille, 13 sept. 2021, n° 18MA05361) ont pourtant accueilli le recours indemnitaire introduit par le Requérant, ce dernier considérant qu'il avait été irrégulièrement évincé de la procédure de passation du contrat.

Le Conseil d'État casse l'arrêt d'appel en rappelant avec rigueur, d'une part, le caractère obligatoire des mentions d'un règlement de consultation et, d'autre part, que la méconnaissance de ses exigences doit conduire l'autorité publique contractante à rejeter la candidature en cause, sauf exceptions strictement entendues (I). Par ailleurs, le Conseil d'État souligne que le candidat ayant déposé une offre irrégulière n'a droit en principe à aucune indemnisation en raison de son éviction (II).

Sauf exceptions, une délégation de service public ne peut être attribuée à un candidat qui ne respecte pas les exigences imposées par le règlement de la consultation

La cour administrative d'appel avait considéré qu'au regard des pièces communiquées par le Requérant à la Commune, les mentions qui faisaient défaut – à savoir l'identité du soumissionnaire et le montant de la redevance proposée – constituaient des irrégularités purement formelles et qu'elles n'empêchaient pas l'appréciation de la conformité de la candidature aux exigences du règlement de la consultation. La cour avait en effet pris soin de relever que l'identité du candidat ressortait de la lettre de présentation et que le montant de la redevance était mentionné dans une fiche distincte.

Avant de censurer l'appréciation portée par le juge d'appel sur les faits de l'espèce, le Conseil d'État a clairement rappelé les principes applicables.

Le Conseil d'État commence par souligner que “ *Le règlement de la consultation prévu par une autorité délégante pour la passation d'une délégation de service public est obligatoire dans toutes ses mentions*” (point 2). En ce domaine, la jurisprudence est solidement établie tant en matière de marchés publics (CE, 23 nov. 2005, *Société Axialogic*, n° 267494 ; CE, 12 janv. 2011, *Département du Doubs*, n° 343324) que de concessions de service public (CE, 15 déc. 2006, *Corsica Ferries*, n° 298618 ; CE, 22 mai 2019, *Corsica Ferries*, n° 426763). Un pouvoir adjudicateur est ainsi tenu d'éliminer, sans en apprécier la valeur, les offres incomplètes, “ *c'est-à-dire celles qui ne comportent pas toutes les pièces ou renseignements requis par les documents de la consultation et sont, pour ce motif, irrégulières*” (CE, 20 sept. 2019, Collectivité territoriale de Corse, n° 421075). Comme le soulignait Gilles Pellissier dans ses conclusions sur cette dernière affaire, le respect du règlement de la consultation “ *est un gage de sécurité juridique pour les candidats comme pour l'acheteur responsable de la régularité de la procédure. Les candidats doivent savoir qu'ils ont toujours intérêt à respecter une exigence du règlement de la consultation, sauf si son inutilité est absolument évidente*”. On rappellera en outre que le pouvoir adjudicateur n'est jamais tenu d'inviter le candidat à régulariser son offre (CE, 18 déc. 2020, *Société Architecture Studio*, n° 429768).

Dans le prolongement de ces principes, le Conseil d'État rappelle ensuite que “ *L'autorité délégante ne peut (...) attribuer [un] contrat à un candidat qui ne respecte pas une des exigences imposées par [le règlement de la consultation], sauf si cette exigence se révèle manifestement dépourvue de toute utilité pour l'examen des candidatures ou des offres ou si la méconnaissance de cette exigence résulte d'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*” (point 2).

S'agissant de l'exception relative à l'inutilité – qui doit être manifeste – de l'exigence en cause, la rapporteure publique Mireille Le Corre indiquait que celle-ci se rencontre “ *rarement*” et que “ *le respect du règlement de consultation demeure très strict*”. A titre d'exemple, une information publique ne présente pas d'utilité pour l'appréciation des offres (CE, 22 déc. 2008, *Ville de Marseille*, n° 314244). En revanche, la présentation d'une candidature sur support papier alors que le règlement de la consultation exigeait un support numérique a entraîné son irrégularité. Le juge a estimé qu'il ne s'agissait pas d'une formalité inutile puisqu'elle avait pour objet de permettre l'analyse des candidatures déposées dans des délais contraints (CE, 22 mai 2019, *Corsica Ferries*, précité). De la même manière, l'exigence faite aux candidats de remplir un formulaire DC1, qui comporte entre autres la déclaration sur l'honneur relative aux cas d'exclusion de la procédure de passation, n'est pas manifestement inutile. Le défaut de production du document dûment complété et signé rend ainsi la candidature irrégulière “ *sans qu'ait d'incidence la circonstance que d'autres documents auraient comporté les informations requises*”. Par ailleurs, “ *le fait, pour la personne publique, d'avoir conclu le contrat avec une personne dont la candidature aurait dû être écartée comme incomplète constitue un vice entachant la validité du contrat, qui n'était pas susceptible d'être régularisé devant le juge*” (CE, 28 mars 2022, *Commune de Ramatuelle*, n° 454341).

S'agissant de l'exception relative à une erreur “purement matérielle”, elle est admise en principe depuis longtemps mais est également entendue de manière restrictive (CE, 21 sept. 2011, *Département des Hauts-de-Seine*, n° 349149 ; CE, 16 janv. 2012, *Département de l'Essonne*, n° 353629).

Appliquant ces principes aux faits de l'espèce, le Conseil d'État porte une appréciation différente de celle du juge d'appel.

Il considère tout d'abord que l'arrêt de la cour administrative d'appel est entaché d'erreur de droit en jugeant “ *que ces omissions [relatives à l'identité du candidat et au montant de la redevance] ne rendaient pas la candidature irrégulière au motif que les informations manquantes pouvaient être déduites d'autres pièces produites par le candidat, alors qu'il lui incombait de rechercher si ces exigences étaient manifestement dépourvues de toute utilité pour l'examen des candidatures ou des offres ou si leur méconnaissance résultait d'une erreur purement matérielle*” (point 3). Ainsi que le soulignait Mireille Le Corre, “ *si l'appréciation de la cour est très motivée sur les possibilités qu'avait la personne publique de s'assurer de l'identité de l'auteur de l'offre, valider*

son raisonnement reviendrait à estimer que dans de telles hypothèses la personne publique est tenue d'inviter à régulariser ou même de reconstituer elle-même une information manquante, et nous ne pensons pas que ce signal que [le juge donnerait] serait très opportun en termes de respect des exigences légitimes pour les personnes publiques, comme pour l'égalité de traitement entre les candidats, d'autant que remplir un tel formulaire clairement est le moins que l'on puisse exiger d'un candidat".

Réglant l'affaire au fond, le Conseil d'État estime ensuite que les informations à renseigner ne pouvaient être regardées comme manifestement inutiles et que les omissions en cause ne constituaient pas des erreurs purement matérielles. Par conséquent, la candidature de la Requérante était irrégulière et la Commune, qui n'était pas tenue de l'inviter à la régulariser, devait l'écartier (point 9).

Un candidat qui a déposé une offre irrégulière n'a droit en principe à aucune indemnisation

Le Conseil d'État devait également se prononcer sur la demande d'indemnisation du Requérant motivée par son éviction de la procédure de passation. Pour ce faire, il rappelle les règles gouvernant la jurisprudence, lesquelles indiquent que *"Lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce contrat et qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité et les préjudices invoqués par le requérant à cause de son éviction, il appartient au juge de vérifier si le candidat était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat. En l'absence de toute chance, il n'a droit à aucune indemnité. Dans le cas contraire, il a droit en principe au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre. Il convient en outre de rechercher si le candidat irrégulièrement évincé avait des chances sérieuses d'emporter le contrat conclu avec un autre candidat. Si tel est le cas, il a droit à être indemnisé de son manque à gagner, qui inclut nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre"* (point 6). On ajoutera que le candidat ne peut prétendre à une indemnisation du manque à gagner si la personne publique renonce à conclure le contrat pour un motif d'intérêt général (CE, 18 déc. 2020, *Société Architecture Studio*, n° 429768).

Comme dans tout mécanisme de responsabilité, le juge doit identifier un lien de causalité entre le préjudice invoqué et la faute résultant du caractère irrégulier de la procédure ou de l'offre retenue, étant souligné que ce lien doit être direct (CE, 10 juill. 2013, *Compagnie martiniquaise des transports*, n° 362777). 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 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 (CE, 10 févr. 2017, *Société Bancel*, n° 393720).

De la même manière, dès lors que l'offre d'un candidat irrégulièrement évincé d'une procédure de passation d'un marché par concours est irrégulière, ce candidat, de ce seul fait, ne peut être regardé comme ayant été privé d'une chance sérieuse d'obtenir le marché, y compris lorsque l'offre retenue est aussi irrégulière (CE, 8 oct. 2014, *SIVOM de Saint-François-Longchamp Montgellafrey*, n° 370990). Lorsque l'offre d'un candidat évincé est irrégulière et alors même que l'offre de l'attributaire l'est aussi, la circonstance que le pouvoir adjudicateur aurait été susceptible de faire usage, dans les conditions désormais prévues par l'article R. 2152-2 du Code de la commande publique, de la faculté de l'autoriser à régulariser son offre n'est pas en soi de nature à ce qu'il soit regardé comme n'ayant pas été dépourvu de toute chance de remporter le contrat. Toute demande d'indemnisation est alors repoussée, y compris celle relative aux frais engagés pour la présentation de l'offre (CE, 18 déc. 2020, *Société Architecture Studio*, précité).

Appliquant ces principes aux faits de l'espèce, la rapporteure publique avait estimé que l'auteur d'une offre (ou d'une candidature) irrégulière n'a droit en principe à aucune indemnisation *"sauf à ce qu'il démontre par exemple que le caractère irrégulier d'un document de la consultation l'aurait conduit à présenter une offre au contenu irrégulier"*. On retrouve la trace de cette exception dans la décision du Conseil d'État puisque celle-ci indique que l'irrégularité de la candidature du Requérant, qui est la cause directe de son éviction *"et dont il ne soutient pas qu'elle serait en tout ou partie imputable à la commune"*, fait obstacle à ce que

soit caractérisé un lien direct de causalité entre les irrégularités qu'il invoque – à les supposer établies – et le préjudice dont il se prévaut, tiré de ce qu'il aurait disposé d'une chance d'obtenir le contrat (point 12). Sa demande d'indemnisation est donc intégralement repoussée.