

Cour administrative d'appel de Bordeaux, 25 février 2014, n° 12BX02145, Sté Soc Hydro

*** *Décision commentée*

E-RJCP - mise en ligne le 22 juin 2014

Thèmes :

- Application des règles du recours « Tropic » (CE, assemblée, n° 291545, 16 juillet 2007, Sté TROPIC travaux signalisation).
- Irrecevabilité du recours pour excès de pouvoir contre la décision de rejet de l'offre, acte détachable du marché, engagé postérieurement à la signature du marché, tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de ce rejet.
- Recevabilité des conclusions indemnitaires ayant été présentées devant le tribunal administratif.
- Marché de fournitures de flexibles, raccords, tuyauterie hydraulique pour la flotte de véhicules.
- Rejet justifié en raison de la méconnaissance du règlement de la consultation, le candidat ayant omis de fournir le catalogue du constructeur ou de la marque proposée où le prix public aurait été indiqué, à l'appui de sa fiche de simulation à renseigner par la requérante visant à permettre au pouvoir adjudicateur de comparer les propositions de prix des entreprises sur un échantillon de fournitures limité.

Résumé :

1. Indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un **recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses**, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de **demandes indemnitaires**.

Ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi.

A partir de la conclusion du contrat, et dès lors qu'il dispose du recours ci-dessus défini, le concurrent évincé n'est, en revanche, plus recevable à demander

l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables.

Saisi de telles conclusions par un concurrent évincé, il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences.

Il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise :

- soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses,
- soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante,
- soit d'accorder des indemnités en réparation des droits lésés,
- soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat.

2. Le marché pour lequel la société requérante a soumissionné a été conclu.

La **demande** présentée par la requérante au tribunal administratif **postérieurement à la signature du marché**, était **irrecevable** en tant qu'elle tendait à l'annulation pour excès de pouvoir de ce **rejet, détachable** du marché, quelles que soient les indications relatives aux voies et délais de recours figurant dans le courrier du pouvoir adjudicateur notifiant à la société requérante le rejet de son offre.

3. Le tribunal administratif n'a **pas** pour autant **privé la requérante** de tout recours dès lors qu'il a examiné par ailleurs la légalité de la décision de la commission d'appel d'offres à fin de se prononcer sur le bien-fondé des **conclusions indemnitaires** présentées par la requérante.

4. En application du règlement de consultation, **l'entreprise** soumissionnaire **devait fournir**, notamment, **le catalogue et/ou le tarif de ses pièces détachées** ainsi que le cahier des clauses techniques particulières comprenant une **fiche de simulation** permettant à la collectivité de comparer les propositions de prix des entreprises sur un échantillon de fournitures limité.

Selon cette fiche de simulation, le soumissionnaire devait indiquer, pour chacun des dix types de flexibles ou tuyaux figurant sur cette fiche, la désignation du constructeur ou de la marque proposée, la référence du constructeur proposée, le prix public de la marque ou du constructeur, le

pourcentage de remise effectué par le soumissionnaire sur ce prix, le prix unitaire remis, le montant remis hors taxes pour deux unités ainsi que le montant total toutes taxes comprises des flexibles et tuyaux.

La fiche de simulation **renseignée par la requérante**, si elle précisait le constructeur ou la marque proposée pour chaque fourniture, **n'indiquait pas le prix public pour huit des dix des fournitures** énumérées par le pouvoir adjudicateur.

Aucun catalogue du constructeur ou de la marque proposée dans la fiche de simulation **où le prix public aurait été indiqué** n'accompagnait la fiche de simulation.

Ce prix public ne figurait pas non plus dans la liste des fournitures proposées par le soumissionnaire.

Du fait du caractère incomplet des renseignements figurant sur sa fiche de simulation, l'offre de la société requérante méconnaissait les exigences du règlement de consultation et était donc irrégulière au sens des dispositions du **1° du I de l'article 35 du code des marchés publics**.

Cette offre devait donc être éliminée ainsi que le prévoient les dispositions du **III de l'article 53 du Code des marchés publics**.

La commission d'appel d'offres n'a donc pas entaché d'illégalité la procédure de dévolution du marché en cause en écartant l'offre de la requérante comme irrégulière et sans procéder ensuite à l'application des critères d'attribution du marché et sans comparer l'offre de la requérante aux offres régulières des sociétés concurrentes.

► **Commentaire de Dominique Fausser :**

L'utilité de cet arrêt consiste à préciser que si le recours « Tropic » (CE, assemblée, n° 291545, 16 juillet 2007, *Sté TROPIC travaux signalisation*) ne permet plus qu'un candidat évincé agisse en recours pour excès de pouvoir contre les actes préalables qui sont détachables du contrat, puisqu'il dispose désormais d'un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat, son action en indemnité demeure recevable.

En l'espèce, les circonstances de l'affaire sont trop imprécises pour qu'on y puisse en tirer quelques leçons pertinentes sur le fond.

S'il s'agissait uniquement de censurer le candidat qui n'avait pas fourni de fiches de simulation

récapitulatives, le rejet de son offre pourtant validé par la Cour peut paraître excessif.

Ainsi la CAA de Marseille du 11 juin 2007, n° 04MA02490, *préfet de la région Provence, Alpes, Côte d'Azur, préfet des Bouches-du-Rhône c/ Conseil régional Provence Alpes Côte d'Azur*, avait estimé que l'absence dans l'offre de la société retenue des devis récapitulatifs et des documents relatifs aux tarifs publics en vigueur n'avait pas eu pour effet de rendre cette offre non conforme à l'objet du marché, la commission d'appel d'offres ayant pu effectuer une comparaison utile de l'offre du candidat avec les offres présentées par les autres dans des conditions conformes au principe d'égalité.

Dans la présente affaire, la Cour ne semble au contraire ne pas laisser d'initiative à l'acheteur public en jugeant que l'offre « *devait donc être éliminée ainsi que le prévoient les dispositions du III de l'article 53 de ce même code* » [Code des marchés publics].

Mais plus généralement, il semble ressortir de la décision de la commission d'appel d'offres et des lettres de rejets, que manqueraient les « *tarifs publics Normydro et Vitillo* » et donc pas seulement dans les fiches récapitulatives.

Reste à savoir en quoi le manquement de tarifs publics serait en lui-même un élément pertinent à prendre en compte dans la comparaison d'offres, si les tarifs « marchés » étaient précisés.

En général, la pertinence et la justification de ces tarifs publics à joindre à l'offre s'expliquent lorsque le marché comprend sur sa durée une clause de variation des prix par ajustement sur la variation des prix publics. Le cas est fréquent pour les marchés de pièces détachées ou de produits pétroliers.

Une telle clause d'ajustement des prix sur un barème public implique en principe que l'acheteur public en régle ses effets par une clause contractuelle de sauvegarde et/ou de butoir (cf. page 35 et 36 du Guide et recommandations de la direction des affaires juridiques du ministère de l'Economie et des Finances : *Le prix dans les marchés publics - La formation et la variation des prix dans les marchés publics - Eléments juridiques et modalités pratiques* - Avril 2013 - version 1.1.

Personnellement, dans de tels marchés, j'ai toujours été un adepte de la clause de sauvegarde permettant à l'acheteur public de mettre fin librement au marché sans devoir d'indemnité. La clause de butoir est à mon avis beaucoup plus délicate à mettre en œuvre et produit des effets souvent trop néfastes économiquement pour les candidats. Une telle clause introduite sans discernement dans les stipulations d'un

marché produit un effet trop dissuasif qui fait que les vrais « professionnels » ne se risqueront pas à candidater. L'acheteur public en subit alors un contre effet d'appauvrissement de son choix d'offres. Une telle clause de butoir n'est pertinente que si on peut l'appliquer avec d'autres éléments régulateurs, comme l'introduction d'un effet de lissage sur toute la durée du marché sur la base d'un index ou indice.

*

**

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJurAdmin&idTexte=CETATEXT000028662511&fastReqId=882460682>

Cour administrative d'appel de Bordeaux N° 12BX02145

Inédit au recueil Lebon

2ème chambre (formation à 3)

M. PEANO, président, M. Jean-Pierre VALEINS, rapporteur,

M. KATZ, rapporteur public

BORDERIE, avocat

Lecture du mardi 25 février 2014

REPUBLIQUE FRANCAISE - AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête enregistrée le 9 août 2012 présentée pour la société Soc Hydro dont le siège social est situé 27 rue Georges Barrès immeuble Alliance ZI nord à Bordeaux (33000) par Me de Sermet, avocat ;

La société Soc Hydro demande à la cour :

1°) d'annuler le jugement n° 1003391 du 13 juin 2012 par lequel le tribunal administratif de Bordeaux a rejeté sa demande, à titre principal, d'annulation de la décision notifiée le 15 juillet 2010 par laquelle la commission d'appel d'offres de la ville de Bordeaux a rejeté l'offre qu'elle avait présentée en vue de l'attribution du lot n° 36 d'un marché public de fourniture de pièces détachées pour véhicules et sa demande subsidiaire de condamnation de cette même commune à lui verser la somme de 35 140 euros, ramenée à 31 140 euros, en réparation du préjudice subi du fait du rejet illégal de son offre ;

2°) d'annuler la décision de la commission d'appel d'offres précitée ;

3°) de condamner la commune de Bordeaux à lui verser la somme de 31 140 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait du rejet illégal de son offre ;

4°) de mettre à la charge de la commune de Bordeaux la somme de 1 500 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 28 janvier 2014 :

- le rapport de M. Jean-Pierre Valeins, président assesseur ;
- les conclusions de M. David Katz, rapporteur public ;
- les observations de Me Vidaling, avocat de la société Soc-Hydro ;
- les observations de Me Borderie, avocat de la commune de Bordeaux ;

1. Considérant que la commune de Bordeaux a lancé un appel d'offres ouvert pour la passation d'un marché public à bons de commandes comportant un lot n° 36 " Fournitures de flexibles, raccords, tuyauterie hydraulique pour tous types de véhicules, engins et remorques de la mairie de Bordeaux " ; que la société Soc Hydro a soumissionné pour ce lot ; que son offre a été écartée comme irrégulière par la commission d'appel d'offres réunie le 30 juin 2010 ; que lors de la réunion suivante du 7 juillet 2010, la même commission a retenu l'une des trois autres entreprises soumissionnaires ; que par courrier du délégué pour les marchés publics en date du 15 juillet 2010, la société Soc Hydro a été informée du rejet de son offre par la commission d'appel d'offres et de l'attribution du marché à la société Safim-Dexis ; que la société Soc Hydro a demandé au tribunal administratif de Bordeaux, à titre principal, l'annulation pour excès de pouvoir de la décision de la commission d'appel d'offres rejetant son offre et à titre subsidiaire la condamnation de la commune de Bordeaux à lui verser la somme de 31 140 euros ; que la société Soc Hydro relève appel du jugement en date du 13 juin 2012 par lequel le tribunal administratif a rejeté sa demande ;

2. Considérant que, indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ; qu'à partir de la conclusion du contrat, et dès lors qu'il dispose du recours ci-dessus défini, le concurrent évincé n'est, en revanche, plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables ;

3. Considérant que, ainsi saisi de telles conclusions par un concurrent évincé, il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnités en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat ;

Sur les conclusions à fin d'annulation de la décision de la commission d'appel d'offres :

4. Considérant que le marché pour lequel la société requérante a soumissionné a été conclu par la commune de Bordeaux et la société Safim-Dexis le 5 août 2010 ; que, quelles que soient les indications relatives aux voies et délais de recours figurant dans le courrier du délégué pour les marchés publics en date du 15 juillet 2010 notifiant à la société Soc Hydro le rejet de son offre, la demande présentée par cette dernière au tribunal administratif le 13 septembre 2010, postérieurement à la signature du marché, était, ainsi que l'a jugé le tribunal administratif, irrecevable en tant qu'elle tendait à l'annulation pour excès de pouvoir de ce rejet, détachable du marché ; que ce faisant, le tribunal administratif n'a pas pour autant privé la requérante de tout recours dès lors qu'il a examiné par ailleurs la légalité de la

décision de la commission d'appel d'offres à fin de se prononcer sur le bien-fondé des conclusions indemnitaires présentées par la requérante ;

Sur les conclusions indemnitaires :

5. Considérant qu'aux termes des dispositions du **1° du I de l'article 35 du code des marchés publics** en vigueur : " (...) Une offre irrégulière est une offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation (...) " ; que le **III de l'article 53 du même code** dispose que : " Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées (...) " ;

6. Considérant que lors de sa réunion du 30 juin 2010, la commission d'appel d'offres de la commune de Bordeaux a écarté l'offre de la société Soc Hydro comme étant irrégulière au motif suivant : " *Manquent les tarifs publics Normydro et Vitillo* " ; que, par courrier du 15 juillet 2010, il a été précisé à cette entreprise par le délégué pour les marchés publics de la commune que son offre " *ne contenant pas de tarif public Normydro et Vitillo, conformément à l'article 5.3 du règlement de consultation* ", elle a été estimée irrégulière et écartée pour ce motif par la commission d'appel d'offres ; que par lettre en date du 9 août 2010, l'adjoint au maire de Bordeaux précisait de nouveau à la société requérante que son offre avait été jugée irrégulière par la commission d'appel d'offres " *au regard de l'article 5.3 du règlement de consultation. En effet, les catalogues de prix annexés à votre dossier de réponse ne font pas référence aux marques mentionnées dans la fiche de simulation. De ce fait, mes services ont dû constater l'absence des catalogues publics demandés* " ;

7. Considérant qu'en vertu du point 3 de la section V du **règlement de consultation**, l'entreprise soumissionnaire devait fournir, notamment, le catalogue et/ou le tarif de ses pièces détachées ainsi que le cahier des clauses techniques particulières comprenant une fiche de simulation permettant à la collectivité de comparer les propositions de prix des entreprises sur un échantillon de fournitures limité ; que selon cette fiche de simulation, le soumissionnaire devait indiquer, pour chacun des dix types de flexibles ou tuyaux figurant sur cette fiche, la désignation du constructeur ou de la marque proposée, la référence du constructeur proposée, le prix public de la marque ou du constructeur, le pourcentage de remise effectué par le soumissionnaire sur ce prix, le prix unitaire remis, le montant remis hors taxes pour deux unités ainsi que le montant total toutes taxes comprises des flexibles et tuyaux ; que la fiche de simulation renseignée par la requérante, si elle précisait le constructeur ou la marque proposée pour chaque fourniture, n'indiquait pas le prix public pour huit des dix des fournitures énumérées par la commune ; qu'aucun catalogue du constructeur ou de la marque proposée dans la fiche de simulation où le prix public aurait été indiqué n'accompagnait la fiche de simulation ; que ce prix public ne figurait pas non plus dans la liste des fournitures proposées par le soumissionnaire ; que, dans ces conditions, l'offre de la société Soc Hydro qui du fait du caractère incomplet des renseignements figurant sur sa fiche de simulation, méconnaissait les exigences figurant au point 3 de la section V du règlement de consultation, était irrégulière au sens des dispositions précitées du **1° du I de l'article 35 du code des marchés publics** et devait donc être éliminée ainsi que le prévoient les dispositions du **III de l'article 53 de ce même code** ; qu'en écartant l'offre de la requérante comme irrégulière sans procéder ensuite à l'application des critères d'attribution du marché et sans comparer l'offre de la requérante aux offres régulières des sociétés concurrentes, la commission d'appel

d'offres n'a pas entaché d'illégalité la procédure de dévolution du marché en cause ;

8. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société Soc Hydro n'ayant pas été illégalement évincée du marché en cause, elle ne peut obtenir ni la condamnation de la commune de Bordeaux à lui verser une indemnité en réparation du dommage qui lui aurait été causé du fait de cette éviction, ni, dans le cas où elle entendrait présenter de telles conclusions, l'annulation ou la résiliation du marché ;

9. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société Soc Hydro n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Bordeaux a rejeté sa demande ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

10. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la commune de Bordeaux, qui n'est pas dans la présente instance la partie perdante, quelque somme que ce soit au titre des frais exposés par la société Soc Hydro et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de la société Soc Hydro une somme de 1 500 euros au titre des frais exposés par la commune de Bordeaux et non compris dans les dépens ;

DECIDE

Article 1er : La requête de la société Soc Hydro est rejetée.

Article 2 : La société Soc Hydro versera à la commune de Bordeaux la somme de 1 500 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.