

La commune de C a lancé une procédure de passation d'un accord cadre mono-attributaire à bons de commande portant sur la fourniture, l'installation et la maintenance d'écrans numériques interactifs (ENI) en remplacement des tableaux numériques interactifs (TNI) dans ses écoles élémentaires et maternelles.

Par courrier du 30 mai 2022, la commune a informé la société requérante S Solution informatique et expertise de rejet de son offre comme étant irrégulière. La société était par ailleurs informée de l'attribution du marché à la société I.

La société vous saisit aujourd'hui d'un recours tendant à la contester la validité de ce contrat et à obtenir l'indemnisation de son manque à gagner du fait de son éviction.

L'offre de la société S a été déclarée irrégulière au sens de l'article L. 2152-2 du code de la commande publique.

Faute de renseignement de la dernière ligne du BPU, « hors bordereau » dite HB, portant sur « tout matériel figurant aux catalogues des prix publics du titulaire, autre que les produits listés ci-dessus », le 5 mai 2022, via la plateforme dématérialisée, la commune interroge la société sur le point de savoir si en l'absence d'indication de rabais pour les produits hors BPU, il convenait de considérer que ce taux de remise était de 0 %.

La société a répondu qu'elle entendait appliquer un taux de rabais de 7%. Mais la commune a considéré que la S ne pouvait modifier son offre après son dépôt en raison du principe d'intangibilité de l'offre et l'a regardée comme étant irrégulière.

La sté S soutient que la commune lui oppose la modification de son offre après son dépôt alors qu'elle a suscité cette modification en lui indiquant qu'à défaut de correction, le taux de remise serait fixé à 0% pour ces prix hors BPU.

La commune conteste avoir sollicité par ce biais là une régularisation de l'offre ou à la compléter.

Comme s'en prévaut la commune, le CE a dégagé un principe d'intangibilité de l'offre en se fondant sur l'article 59 (I) du code des marchés publics alors en vigueur aux termes duquel « Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre ».

Le CE en a déduit que ces dispositions « s'opposent en principe à toute modification du montant de l'offre à l'initiative du candidat ou du pouvoir adjudicateur », sauf dans « le cas exceptionnel où il s'agit de rectifier 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 » (CE, 21 septembre 2011, Département des Hauts-de-Seine, n° 349149 ; CE, 16 janvier 2012, Département de l'Essonne, n° 353629,).

Par exemple, un candidat qui omet d'indiquer dans son dossier le montant d'un prix unitaire peut remédier à cette omission à la demande de la commission d'appel d'offres, sans que cette simple précision puisse être regardée comme ayant modifié la teneur de son offre, dont le prix global demeure inchangé : CE, 9 novembre 2007, Société ISOSEC, n° 288289.

Le CE a confirmé ce principe en indiquant que « ces dispositions interdisent au pouvoir adjudicateur de modifier ou de rectifier lui-même une offre incomplète, comme telle irrégulière » (CE, 25 mars 2013, Département de l'Hérault, n° 364824)

En outre, la JP admet, sous l'empire de l'article 52 du code des marchés publics, que le pouvoir adjudicateur puisse demander à un candidat de compléter son offre, à condition que ce complément ne conduise pas à en modifier la teneur (CE 20 mai 2009, département du Var, n° 318871, s'agissant d'une demande de précision du PA sur le BPU concernant un prix qui a conduit le candidat évincé à ajouter des nouveaux prix.).

L'article R. 2152-2 du code de la commande publique ouvre la possibilité de régulariser l'offre irrégulière dans les mêmes conditions que celles prévues par l'article 59 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, sous l'empire duquel le CE a rappelé la simple faculté pour l'acheteur d'autoriser tous les soumissionnaires dont l'offre est irrégulière à la régulariser, dès lors qu'elle n'est pas anormalement basse et que la régularisation n'a pas pour effet d'en modifier des caractéristiques substantielles (CE, 21 mars 2018, 415929).

Qu'en est-il en l'espèce.

Il y a une réelle difficulté dans la compréhension de la décision écartant l'offre.

Il est constant que l'offre était incomplète, les parties sont d'accord sur ce point, alors que le BPU devait être complètement renseigné au vu du RCE.

Mais à la lecture du courrier du 30 mai 2022, il semble que la commune ne considère pas l'offre irrégulière pour ce motif, puisqu'elle retient que le taux de remise retenu pour l'analyse des offres est de 0 %. C'est dans un second temps, au vu de la réponse de la société à sa demande sur la plateforme, qui entend modifier son offre en appliquant un taux de remise de 7%, que la commune lui oppose l'impossibilité de modifier son offre et en tire pour conséquence son irrégularité.

La situation est proche de la JP Département du Var précitée, où l'offre est déclarée irrégulière en raison des précisions apportées par le candidat à une demande du PA, sauf que dans notre espèce, la teneur de l'offre n'en a pas été modifiée. Au vu en tout cas de ce qui est opposé dans les motifs écartant l'offre.

Vous pourrez donc considérer qu'en demandant à la société de régulariser son offre puis en lui opposant cette correction, la commune a irrégulièrement évincé la société S.

S'agissant des conséquences du vice affectant la validité du contrat, la société vous demande l'annulation du contrat à titre principal et sa résiliation à titre subsidiaire.

En défense, la commune se prévaut de l'atteinte excessive à l'IG de telles mesures, notamment eu égard à la circonstance que les écrans numériques interactifs ont déjà été déposés dans les écoles maternelles et primaires de la ville.

Il appartient au juge du contrat, en présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci. (arrêt de principe CE, Assemblée, 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, n° 358994 – CE, 6 juin 2021, Conseil national des barreaux, 438047 438054, classé en B)

Tout d'abord, l'irrégularité invoquée en l'espèce était-elle de nature à engendrer l'annulation du contrat ?

Eu égard au vice dans la procédure de passation retenu, il ne nous semble pas que les conditions d'une annulation du contrat soient ici remplies, faute notamment de de circonstances particulières révélant une volonté de la personne publique de favoriser un candidat (voir par exemple CE, 21/10/2019, Cne de Chaumont, 416616 – CE, 25 novembre 2021, Collectivité de Corse, 454466 s'agissant d'une situation de conflit d'intérêts au cours de la procédure de sélection du titulaire du contrat).

Le contrat n'étant pas totalement exécuté et à défaut de possibilité de régularisation, il encourt la résiliation, le manquement dans le cadre de la procédure de passation ayant pu avoir une influence sur le choix du cocontractant, sans pour autant être d'une particulière gravité.

Il vous faut alors vous interroger sur l'atteinte à l'IG.

Si la continuité du SP est un motif retenu dans la JP du CE, c'est dans des circonstances particulières, eu égard notamment à l'état d'avancement des conventions en cause, « la durée importante de la mise en place hypothétique de solutions de remplacement » (CE, 21/02/2011, Société Véolia, 335306, s'agissant d'une délégation du service public de traitement des déchets ménagers).

La résiliation ne valant que pour l'avenir, elle ne conduira pas à priver les écoles déjà servies en écran de leur outil de travail en cours d'année scolaire comme s'en prévaut la commune.

La commune ne justifie pas non plus que toutes les écoles ne seraient pas pourvues.

En revanche, eu égard à la nécessité d'assurer la continuité du SP en cas de besoin de remplacement au cours de l'année scolaire durant le délai nécessaire au lancement d'une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence et à la conclusion

d'un nouvel accord-cadre, il vous est possible de prononcer la résiliation avec effet différé. (voir par exemple CAA Paris, 6 décembre 2022, 20PA03653).

Nous vous proposons alors de résilier l'accord-cadre mono-attributaire à bons de commande conclu entre la commune de C et la société Info est résilié. Cette résiliation prendra effet le 1^{er} mai 2024.

Reste à statuer sur l'indemnisation demandée par la société S à hauteur d'une somme de 33 750 euros.

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, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre, lesquels n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique. (CE, 18 juin 2003, Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe, Société Biwater et Société Aqua TP, n° 249630, T. pp. 865-909 ; 28 février 2020, Société Régat des Iles, n° 426162)

L'irrégularité, à l'origine de l'éviction de la requérante, est en lien direct avec le préjudice invoqué. La société S avait des chances sérieuses d'obtenir le marché au vu du critère lié au prix jugé à partir du DQE (qui ne comprend pas les prix hors BPU) noté 60 points sur 100, puisque l'offre retenue s'élevait à 694 659,60 euros contre 671 730 euros TTC.

La société calcule son préjudice à partir d'un taux de marge de 15 % appliqué au montant maximal de l'accord de cadre qui s'élevait à 225 000 euros HT.

Ce mode de calcul est contesté en défense.

Dans le cas d'un marché à bons de commande dont les documents contractuels prévoient un minimum en valeur ou en quantité, le manque à gagner ne revêt un caractère certain qu'en ce qu'il porte sur ce minimum garanti (CE 10 octobre 2018 Société du docteur Jacques Franc 410501 B).

S'agissant des marchés sans minimum, comme c'est de plus en plus le cas dans la pratique, la JP des CAA divergent.

Certaines CAA estiment qu'en l'absence d'un montant minimal de commandes garanti par le marché, la société évincée n'est pas fondée à réclamer une indemnisation au

titre de la résiliation du contrat. (CAA Douai, 9 février 2021, 19DA01125 pour une passation – CAA Marseille, 14 juin 2021, 18MA04342 pour une résiliation)

Nous comprenons l'idée que le préjudice doit être direct et certain et, d'autre part, une personne publique ne peut être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas, seul le montant minimal de commandes constitue la rémunération certaine à laquelle pouvait prétendre le candidat évincé.

D'autres retiennent que le juge, qui se prononce au vu des éléments dont il dispose à la date où il statue, peut estimer le bénéfice perdu sur la base du montant des commandes effectivement passées par l'administration pendant la période précédant la résiliation (v. en ce sens CAA Versailles, 11 septembre 2014, Commune de Saint-Cloud, n° 12VE04165 – CAA Nantes, 9 février 2018, n°16NT01150).

Comme l'expliquait M. Bréchet, rapu à la CAA Nantes sous 15NT01371, en sens contraire, au regard du principe de réparation intégrale du préjudice, il semble plus opportun d'apprécier, au cas par cas, le chiffre d'affaires qu'aurait certainement, c'est-à-dire très probablement, réalisé le cocontractant de l'administration, et notamment sur des projections par rapport à l'ensemble des données dont il dispose.

Enfin, s'agissant d'une résiliation, il n'y a pas lieu de prendre en compte la durée totale de l'accord cadre, mais seulement la durée exécutée.

A la suite de votre MSI, à la date du 30 octobre 2023, il apparaît que la société attributaire a d'ores et déjà facturé la somme de 198 138,40 euros HT.

Le taux de marge nette n'étant pas contesté, et aucune donnée publique n'étant accessible au sujet des CA annuels, vous pourrez retenir ce taux.

Nous vous proposons donc de faire une juste appréciation du manque à gagner de la société S en l'estimant à la somme de 30 000 euros.

Vous pourrez mettre à la charge de la commune une somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA et vous rejetterez les conclusions présentées par la commune sur ce même fondement.

PCMNC

- Résiliation de l'accord-cadre mono-attributaire à bons de commande conclu entre la commune de C et la société I est résilié. Cette résiliation prendra effet le 1^{er} mai 2024

- Condamnation de la commune de C à verser une somme de 30 000 euros au titre de son manque à gagner

- Mise à la charge de la commune de C d'une somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA

- Rejet du surplus des conclusions des parties