

N°s 436532, 436582, 436583

Métropole Aix-Marseille-Provence et autres

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 23 novembre 2020
Lecture du 08 décembre 2020

Conclusions

M. Marc PICHON de VENDEUIL, rapporteur public

Le juge du référé précontractuel peut-il voir double ?

Telle est la question à laquelle les trois pourvois appelés, que vous pourrez joindre, vont vous permettre de répondre en vous conduisant à **préciser les cas dans lesquels des offres de différents candidats peuvent être considérées comme identiques et les conséquences à en tirer.**

1. En l'espèce, la métropole d'Aix-Marseille-Provence a lancé le 26 novembre 2018 une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un accord-cadre multi-attributaires ayant pour objet divers travaux sur des bâtiments et ouvrages lui appartenant.

Ce marché était divisé en 21 lots portant sur 11 activités techniques (peinture, électricité, etc...), toutes sauf une étant décomposées en 2 lots géographiques. Pour chacun des lots, trois opérateurs économiques pouvaient être déclarés attributaires. Le règlement de consultation prévoyait en outre que les candidats ne pouvaient « remettre une offre que sur deux activités techniques de leur choix au maximum » et il précisait qu'en cas de dépôt d'un nombre d'offres supérieur à celui autorisé, l'ensemble des offres du soumissionnaire seraient jugées irrégulières.

Le lot n° 12 a été attribué à 3 sociétés dont deux, la CMT Services et la Compagnie Méridionale d'applications techniques (CMAT), ayant le même président et actionnaire unique, ont présenté une offre au même prix et ont obtenu exactement les mêmes notes sur la valeur technique.

Cette attribution a été contestée par la société Eiffage Energie Systèmes, arrivée en 4^{ème} place dans le classement des offres. Celle-ci a soutenu que leurs offres étaient irrégulières car en réalité identiques et présentées par des entreprises sans autonomie commerciale.

Le JRPC du tribunal administratif de Marseille a fait droit à sa demande en annulant la procédure de passation du lot en cause au stade de l'examen des offres.

Son ordonnance est contestée par trois pourvois émanant respectivement de la métropole et des deux entreprises attributaires ayant déposé des offres identiques.

2. Vous écarterez aisément le seul moyen de régularité, tiré de ce que la minute de l'ordonnance attaquée n'aurait pas été signée par le magistrat qui l'a rendue, car il manque en fait.

3. Vous pourrez alors examiner les différents moyens qui critiquent le bien-fondé de l'ordonnance.

Il est d'abord reproché au juge des référés, par des moyens convergents dont vous pourrez faire masse, d'avoir entaché son ordonnance d'erreur de droit et de dénaturation des pièces du dossier en considérant que les sociétés CMT Services et CMAT devaient être regardées comme ayant présenté **un nombre d'offres supérieur à celui autorisé par le règlement de consultation**.

En la matière, était applicable au litige le III de l'article 12 du décret du 25 mars 2016, qui dispose que : « *L'acheteur indique dans les documents de la consultation si les opérateurs économiques peuvent soumissionner pour un seul lot, plusieurs lots ou tous les lots ainsi que, le cas échéant, le nombre maximal de lots qui peuvent être attribués à un même soumissionnaire. Dans ce cas, les documents de la consultation précisent les règles applicables lorsque la mise en œuvre des critères d'attribution conduirait à attribuer à un même soumissionnaire un nombre de lots supérieur au nombre maximal* ».

Votre jurisprudence n'est pas vierge lorsqu'il s'agit de s'assurer du respect des règles limitant le nombre de lots pour lesquels un candidat peut soumettre une offre et du nombre de lots attribuables à un même candidat.

Dans votre décision CE 11 juillet 2018, *CA du Nord Grande-Terre*, n° 418021, T. p. 767, ccl. O. Henrard, vous avez jugé, au visa des dispositions précitées et d'un règlement de consultation prévoyant qu'un candidat ne pouvait soumettre de propositions que pour un maximum de cinq lots et se voir attribuer plus de trois lots, que **devaient être regardées comme un seul et même candidat deux sociétés qui ne mettaient pas en œuvre des moyens distincts**.

Cette décision mettait donc l'accent sur la notion de *candidature* unique alors que, dans notre espèce, le JRPC a estimé qu'il se trouvait face à une *offre* unique qui ne pouvait être présentée plusieurs fois.

Mais, à vrai dire, nous ne pensons pas qu'il y ait là prise à erreur de droit, pour deux séries de raison, l'une générale et l'autre propre à l'espèce.

3.1. En premier lieu, de manière générale, il nous paraît résulter des textes applicables – en l'occurrence ceux de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et de son décret d'application du 25

mars 2016, aujourd'hui codifiés dans le code de la commande publique – qu'il est en principe interdit à un même candidat, sauf dispositions contraires des documents de consultation, de présenter plusieurs offres pour un même lot et que le pouvoir adjudicateur est dès lors tenu de les rejeter comme irrégulières.

Vous l'aviez admis, même sans texte, pour ce qui concerne la faculté de limiter le nombre de lots attribués, en énonçant que le pouvoir adjudicateur qui recourt à l'allotissement peut décider, afin d'assurer la satisfaction de ses besoins en s'adressant à une pluralité de cocontractants ou de susciter l'émergence d'une plus grande concurrence, de limiter le nombre de lots qui pourra être attribué à chaque candidat dès lors que ce nombre est indiqué dans les documents de la consultation (CE 20 février 2013, *Société Laboratoire Biomnis*, n° 363656, T. p. 693).

Pour ce qui est de la soumission des offres, rappelons en particulier que selon l'article 13 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (aujourd'hui art. L. 1220-3 CCP) : « *Un soumissionnaire est un opérateur économique qui présente une offre dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public* » et qu'aux termes du troisième alinéa de l'article 32 de cette ordonnance (repris à l'art. L. 2113-10 CCP) : « *Les acheteurs peuvent limiter le nombre de lots pour lesquels un opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique* ».

La grammaire révèle ici la règle : en principe, un candidat ne dépose qu'une offre.

Il nous semble surtout, au-delà de l'argument de texte, qu'il s'agit d'un usage de bon aloi qui conforte la transparence des procédures en prévenant les hypothèses, pas forcément si rares en pratique, où une entreprise, le cas échéant par le biais de différentes entités qui lui sont liées, déposerait – selon une technique qui n'est pas sans rappeler celle du « tapis de bombe » – des offres similaires afin de démultiplier de manière factice ses chances de remporter le marché, et biaise ainsi la concurrence.

Si vous nous suivez, vous pourrez donc juger au visa de ces textes que, sauf volonté contraire de l'acheteur matérialisée dans les mentions du règlement de la consultation, un soumissionnaire ne peut présenter qu'une seule offre pour chaque lot.

Précisons à cet égard qu'un tel principe ne fait évidemment nullement obstacle aux possibilités, déjà largement prévues par les textes et encadrées par la jurisprudence, de présenter des « variantes ». C'est d'ailleurs bien parce que ces possibilités de variante sont limitées (et peuvent du reste être interdites) que la règle que nous vous proposons de dégager fait sens : non seulement elle n'empêche pas une même offre de comporter des variantes lorsque cela est autorisé mais, en outre, elle permet de prévenir des stratégies de contournement dans l'hypothèse où les variantes sont prohibées par le pouvoir adjudicateur.

Quant à la sanction d'un éventuel manquement à ce principe, il nous semble que, en dehors de toutes stipulations contractuelles sur ce point, c'est la règle posée par le I de l'article 57 du décret du 25 mars 2016¹ (aujourd'hui codifié à l'art. R. 2151-6 CCP) qui devrait trouver à

jouer : seule la dernière offre déposée sera régulière en cas d'offres multiples.

3.2. En deuxième lieu, s'agissant de la configuration de la présente affaire, le JRPC s'est fondé sur l'article 2.6 du règlement de la consultation, qui prévoit que : « *Les candidats ne pourront remettre une offre que sur deux activités techniques de leur choix au maximum. Le nombre de lots géographiques pour lesquels les soumissionnaires peuvent présenter une offre n'est pas limité. / En cas de présentation d'un nombre d'offres supérieur à celui autorisé, toutes les offres du soumissionnaire seront déclarées irrégulières* ».

Ce faisant, il n'a pas fait grief aux sociétés attributaires, contrairement à ce qui est soutenu, d'avoir déposé plus de quatre offres ni même d'avoir soumissionné à plus de deux activités techniques – ce qui aurait méconnu le premier alinéa de cet article, mais qu'elles n'ont effectivement pas fait.

En revanche, il leur a reproché, après avoir estimé que l'identité des actionnaires et des offres déposées par les deux sociétés permettaient de les regarder toutes deux comme un candidat unique, d'avoir *de facto* déposé deux offres sur un même lot, ce qui est prohibé par le principe que nous avons rappelé mais aussi, en l'espèce, par l'article 1^{er} du règlement de consultation, selon lequel : « *Chacun des lots est conclu avec 3 opérateurs économiques (sous réserve d'un nombre d'offres conformes suffisant)*. »

Dès lors, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille pouvait légalement en déduire, conformément au deuxième alinéa de l'article 2.6 du règlement de la consultation, que l'ensemble des offres des deux sociétés étaient irrégulières.

Il n'a donc pas dénaturé les stipulations du règlement de la consultation ni commis d'erreur de droit en considérant qu'elles ne permettaient pas à un opérateur économique de présenter plusieurs offres pour un même lot.

4. Les moyens suivants s'écartent plus aisément.

La troisième série de moyens fait grief à l'ordonnance attaquée d'être insuffisamment motivée, d'avoir commis une erreur de droit et dénaturé les faits en assimilant les sociétés attributaires à un groupement d'opérateurs alors qu'elles constituent des opérateurs économiques distincts, au sens notamment de l'article 13 de l'ordonnance de 2015, qui énonce qu' « *Est un opérateur économique toute personne physique ou morale, publique ou privée, ou tout groupement de personnes doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services* ».

Toutefois, comme nous vous l'avons dit, vous avez déjà jugé que des sociétés ne mettant pas en œuvre des moyens distincts l'une par rapport à l'autre devaient être regardées comme un même candidat (*Communauté d'agglomération du Nord Grande-Terre* précitée).

¹ « *Le soumissionnaire transmet son offre en une seule fois. Si plusieurs offres sont successivement transmises par un même soumissionnaire, seule est ouverte la dernière offre reçue par l'acheteur dans le délai fixé pour la remise des offres.* »

Et, pour notre part, nous n'avons pas de difficulté à estimer que des sociétés qui n'ont aucune autonomie dans la fixation des paramètres de leur offre, que ce soit en raison des liens entre elles ou par rapport à une même société mère, ou qui se coordonnent au point de présenter des offres identiques, doivent être regardées comme un même opérateur économique, donc comme un même soumissionnaire.

C'est d'ailleurs dans ce sens que nous lisons un récent arrêt de la CJUE du 8 février 2018, *Lloyd's of London contre Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria*, C-144/17 qui énonce que : « *Les principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination qui découlent des articles 49 et 56 TFUE et sont visés à l'article 2 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation d'un État membre, telle que celle en cause au principal, qui ne permet pas l'exclusion de deux « syndicates » du Lloyd's of London de la participation à un même marché public de services d'assurance au seul motif que leurs offres respectives ont chacune été signées par le représentant général du Lloyd's of London pour cet État membre, mais permet, en revanche, de les exclure s'il apparaît, sur la base d'éléments incontestables, que leurs offres n'ont pas été formulées de manière indépendante* ».

Par ailleurs, sur le plan des faits, rien ne nous conduit à remettre en cause en cassation l'appréciation souveraine du JRPC qui a relevé que les offres litigieuses émanaient de deux sociétés filiales d'un même groupe et étaient strictement identiques : il est clair, pour reprendre la formule de la CJUE, que ses offres n'ont pas été formulées de manière indépendante.

Vous pourrez donc écarter le moyen en ses trois branches, l'ordonnance étant suffisamment motivée sur ce point.

5. En quatrième lieu, vous ne pourrez que constater que manquent en fait les moyens tirés, d'une part, de ce que le juge des référés du tribunal administratif de Marseille n'aurait pas vérifié si les deux sociétés devaient être considérées comme un seul opérateur économique, d'autre part, de ce qu'il aurait apprécié leur situation au regard du régime juridique des groupements de sociétés – nous venons de vous montrer le contraire – et, enfin, de ce qu'il se serait fondé sur un manquement aux règles de la concurrence non invocable devant lui, ce qui est faux puisqu'il a lui-même expressément écarté comme inopérant le moyen tiré de ce que les deux sociétés auraient conclu entre elles une entente.

6. Enfin, vous écarterez comme infondé le moyen – qui est soulevé sur les terrains de l'erreur de droit et de la dénaturation alors, pourtant, que vous exercez un contrôle d'erreur de qualification juridique en la matière (CE 21 mai 2010, *Commune de Bordeaux*, n° 334845, T. p. 858) – à avoir estimé que la société Eiffage Energie Systèmes était susceptible d'être lésée par le choix des sociétés CMT Services et CMAT comme attributaires du lot n° 12, puisque son offre était classée en quatrième position pour le lot en litige, au titre duquel devaient être retenus trois attributaires.

Par ces motifs, nous concluons :

- au rejet des trois pourvois ;
- à ce que la Métropole Aix-Marseille-Provence et les sociétés CMT Services et Compagnie méridionale d'applications thermiques versent chacune à la société Eiffage Energie Systèmes une somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.