

Irrégularité d'une décision d'attribution d'un marché pour insuffisance de l'analyse des offres concurrentes

Lire les commentaires de :

Hugo Devillers

Rôle des experts et compétence de la commission d'appel d'offres

DÉCISION DE JUSTICE

CAA Lyon, 4ème chambre – N° 12LY01209 – Société Malbrel Conservation – 14 mars 2013 – C+ [↗](#)

Arrêt annulé en cassation : voir CE - 17 mars 2014 - N° 368524 et affaire renvoyée à la CAA de Lyon sous N° 14LY001172 jugée le 16 décembre 2014

INDEX

Mots-clés

Attribution d'un marché, Commission d'appel d'offres, Procédure négociée, Analyse des offres, Eviction irrégulière, Manque à gagner

Rubriques

Marchés et contrats

Résumé Note universitaire

Résumé

¹ Est intervenue à l'issue d'une procédure irrégulière la décision d'attribuer le marché relatif à une opération de restauration de l'église de Saint-Nicolas-de-Véroce dans la commune de Saint-Gervais-les-Bains, la commission d'appel d'offres n'ayant pas effectué, avant de prendre sa décision, une analyse suffisante des offres qui lui étaient présentées. En effet, cette dernière s'était bornée, pour noter leur valeur technique des offres qui lui étaient présentées, à effectuer une moyenne des notes chiffrées proposées par le maître d'œuvre et par le conservateur des monuments historiques, alors que les appréciations du maître d'œuvre et du conservateur des monuments historiques présentaient des divergences notables sur la qualité technique des offres et appelaient ainsi une prise de position de la part de la commission.

² lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce marché, il appartient au juge de vérifier d'abord si l'entreprise était ou non dépourvue de toute chance de remporter le marché ; que, dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité ; que, dans la négative, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre ; qu'il convient ensuite de rechercher si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché ; que, dans un tel cas, l'entreprise a droit à être indemnisée de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre qui n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique.

Note universitaire

Rôle des experts et compétence de la commission d'appel d'offres

Hugo Devillers

Doctorant contractuel à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Autres ressources du même auteur



DOI : [10.35562/alyoda.6116](https://doi.org/10.35562/alyoda.6116)

¹ *Dans le cadre de l'attribution d'un marché public, la commission d'appel d'offres doit prendre position sur les offres qui lui sont présentées au terme d'une analyse personnelle et littéraire. Elle ne saurait se contenter d'établir une simple moyenne des notes chiffrées données par deux personnalités non membres de la commission n'ayant seulement que voix consultative.*

² Le nom de Saint-Gervais-les-Bains, commune haut-savoyarde honorée du privilège d'accueillir le Mont-Blanc sur son territoire, sonne familièrement aux oreilles des passionnés de montagne. Mais ces derniers pénètrent-ils parfois dans son église, Saint-Nicolas-de-Véroce ? Ses fresques et son architecture baroques ne manquent pas de surprendre le visiteur par leur éclat, et celui-ci reste rarement insensible à la splendeur du lieu. De surcroît – et cela concerne plus directement l'arrêt commenté, cet édifice a constitué le décor d'un conflit toujours renouvelé : celui qui oppose le savant et le politique.

³ En 2007, la commune de Saint-Gervais-les-Bains souhaite restaurer l'intérieur de l'église, et y installer une chaufferie. Elle lance donc une procédure négociée qui aboutit à l'attribution du marché, par la commission d'appel d'offres, à l'entreprise Meriguet-Carrere, le 21 juin 2007. L'une de ses concurrentes, la Société Malbrel, forme un recours indemnitaire devant le Tribunal administratif de Grenoble contre son éviction, qu'elle prétend irrégulière. Aux termes d'un jugement du 15 mai 2012, les juges isérois rejettent sa demande. La Société Malbrel interjette alors appel devant la Cour administrative d'appel de Lyon en invoquant une série d'arguments.

⁴ L'entreprise critique principalement le rôle du représentant de la direction régionale des affaires culturelles (DRAC) qui, indique-t-elle, aurait participé avec voix délibérative aux travaux de la commission d'appel d'offres, alors même que le règlement de la consultation prévoyait que celle-ci devait se décider sur une proposition de classement présentée par la personne responsable du marché qui, seule, devait fournir un rapport. En outre, et selon l'entreprise évincée, la commission d'appel d'offres aurait fondé sa décision uniquement sur la moyenne de deux notes, l'une établie par le maître

d'œuvre, l'autre, par la DRAC. Or, et toujours selon la société requérante, tel n'est pas le comportement attendu d'une commission d'appel d'offres. Elle aurait dû, à partir des éléments portés à sa connaissance, produire une analyse personnelle.

⁵ Cette fois-ci, la cour administrative d'appel annule le jugement du tribunal administratif de Grenoble en indiquant que « *la commission s'est bornée, s'agissant de noter [la valeur technique des offres], à effectuer une moyenne des notes chiffrées proposées d'une part par le maître d'œuvre au terme de sa propre analyse, d'autre part selon une analyse "drac / maître d'ouvrage" résultant notamment de l'appréciation portée par le conservateur des monuments historiques[...]. En procédant ainsi, poursuit-elle, [...] [la commission] n'a pas effectué, avant de prendre sa décision, une analyse suffisante des offres qui lui étaient présentées* ».

⁶ Ainsi ? cette affaire pose la question du rôle des experts et des techniciens dans les procédures d'attribution des marchés publics, et, plus largement, dans les décisions publiques. Elle rappelle que le rôle des personnalités non élues intervenant dans les travaux de la commission d'appel d'offres est simplement d'éclairer sa décision (I-) et que, après cette audition, la commission d'appel d'offres doit épuiser totalement sa compétence (II-).

I- Le rôle des personnalités non élues : éclairer les travaux de la commission d'appel d'offres

⁷ La procédure d'attribution du marché public qui fait l'objet de l'arrêt du 14 mars 2013 s'est déroulée de manière singulière. La commission d'appel d'offres (dont il faut rappeler qu'elle a pour mission d'attribuer le marché, même dans le cadre d'une procédure négociée, depuis l'adoption du code des marchés publics de 2004: art. 66, VI du CMP ; v. J.-M. PEYRICAL, Le nouveau Code des marchés publics : vers un renforcement de la collégialité ?, *CP-ACCP*, mars 2004, n° 31) s'est en effet bornée à établir une moyenne purement arithmétique entre les notes attribuées, d'une part, par le maître d'œuvre, et, de l'autre, par le conservateur des monuments historiques, représentant de la DRAC. Cette moyenne établie, la commission s'est dispensée de discuter ces résultats, et de se les approprier. Les analyses formulées par le maître d'œuvre et le conservateur sont, au demeurant, parfaitement contradictoires (les juges lyonnais parlent de « *divergences notables sur la qualité technique des offres* »). Mais, indépendamment même de ce problème, le rôle qu'a conféré la commission à ces deux protagonistes non élus ne peut manquer de surprendre quiconque est attaché à la prééminence du politique sur le technicien.

⁸ Il faut rappeler qu'aux termes de l'article 22 du Code des marchés publics (CMP), la commission d'appel d'offres est composée de cinq membres issus du conseil municipal, ainsi que du maire. En outre, et en vertu, cette fois-ci, de l'article 23 de ce Code, des personnalités extérieures peuvent participer, avec voix consultative, aux réunions de la commission d'appel d'offres.

⁹ Il est vrai que certains auteurs - aidés en cela par l'étrange rédaction de l'article 22, IV du CMP - entretiennent une néfaste ambiguïté en considérant qu'il existerait deux types de membres composant la commission : ceux qui ont voix délibérative, et ceux qui ont au contraire voix consultative. Bien au contraire, les termes de l'article 23 du CMP sont parfaitement clairs : les personnalités admises à présenter leurs expertises ne font que « *participer [...] aux réunions de la commission d'appel d'offres* ». Pour l'exprimer simplement, *elles ne sont pas membres de la commission*, elles n'en font pas partie ; tout au plus leur opinion de spécialiste est-elle requise pour éclairer les membres élus sur les aspects techniques des offres présentées par chaque candidat. D'ailleurs, la cour établit dans l'arrêt commenté une distinction on ne peut plus claire entre la commission et les autres acteurs de la procédure (notamment le maître d'œuvre et le conservateur des monuments historiques). Toute la difficulté est que, selon l'interprétation que donne la société requérante du procès-verbal final - et qui n'est pas reprise par la cour -, le représentant de la DRAC aurait « *participé au choix avec voix délibérative* ».

¹⁰ Certes, la présence d'experts non « politiques » donne un sens au principe de collégialité dans l'attribution des marchés publics, et cette évidence ne date pas d'hier. Les rois de France ne gouvernaient-ils pas « à grand conseil » ? Il est essentiel d'éclairer le mieux possible la décision finale qui revient aux autorités élues, seules responsables devant leurs administrés. D'ailleurs, dans l'affaire qui nous occupe, nul n'oserait remettre en cause la qualité de l'analyse du conservateur des monuments historiques en matière de rénovation d'église. Critique à l'égard du dossier Malbrel, son opinion était probablement parfaitement fondée. Du reste, la prise en compte des avis extérieurs peut aller assez loin en matière de marchés, au point que certains auteurs ont pu parler de « *dépolitisation de la commission d'appel d'offres* » (G. CLAMOUR, « Vers la fin des commissions d'appel d'offres », in *Mélanges Guibal*, p. 159, spéc. p. 166). La grande technicité des dossiers l'inciterait à suivre de plus en plus les avis experts des personnalités compétentes.

¹¹ Toutefois, la cour rappelle que, hormis les membres de la commission d'appel d'offres, qui ont, par définition, voix délibérative, les personnes admises à participer aux travaux de la commission ne peuvent, par leur avis, engager la commission. Ainsi, cette dernière ne peut pas se lier elle-même par les opinions, aussi argumentées

soient-elles, des personnalités tierces. Cela reviendrait à leur conférer, *de facto* si ce n'est *de jure*, un pouvoir de décision parfaitement indu, et empêcherait la commission d'épuiser sa propre compétence.

II- L'obligation pour la commission d'appel d'offres d'épuiser sa compétence

¹² Ainsi que le rappellent les termes de l'arrêt, la commission d'appel d'offres « *attribue* » un lot à un candidat, mais ne conclut pas le contrat. Cette compétence est dévolue à l'assemblée délibérante et à l'exécutif local (Pour les communes, article L. 2122-21-1 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) : une première délibération peut définir le besoin et le montant prévisionnel du marché, puis l'exécutif peut signer le marché, sans nouvelle délibération. V. aussi L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 8^e édition, LGDJ, 2012, pp. 449 ss.) . Mais le juge ne se borne pas à contrôler que la commission d'appel d'offres a bien attribué le marché ; il vérifie aussi que le raisonnement qui l'a conduite au choix du candidat attributaire lui est propre.

¹³ A plusieurs reprises, l'arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon qualifie, commente, et, en définitive, critique l'analyse - ce terme revient plusieurs fois dans la décision - à laquelle s'est adonnée la commission. Elle évoque « *l'analyse à laquelle doit se livrer personnellement la commission d'appel d'offres* », le caractère non « *littéral* » de l'analyse des offres contenues dans le procès-verbal, et, enfin, l'« *insuffisan[ce]* » de l'analyse présentée à la commission. En décrivant le travail effectué par la commission, les magistrats dessinent en négatif le comportement de la commission d'appel d'offres idéale.

¹⁴ En premier lieu, la commission doit pouvoir discuter les éléments techniques que livrent les experts à la réflexion des membres délibératifs. Dans notre affaire, aucun débat n'a suivi la présentation des deux analyses présentées par le représentant de la DRAC et par le maître d'œuvre, alors même que le caractère contradictoire des conclusions auxquelles étaient parvenues les deux personnalités auraient dû l'interpeller.

¹⁵ En deuxième lieu, et comme l'indique le professeur Linditch, la commission doit « *s'approprier les constatations et analyses* » des spécialistes (F. LINDITCH, *art. cit.*, p. 170). Ici est évoqué le caractère personnel de la réflexion des élus. Les observations présentées ne sont que des instruments au service de la commission. Cette dernière doit nécessairement intégrer d'autres variables, et se créer sa propre opinion.

¹⁶ Enfin, et ce dernier élément tend à résumer les deux dernières observations, la commission d'appel d'offres a pour mission – reprenons ici les termes de la cour – de « *prendre position* » sur les offres présentées. Elle est donc détentrice d'un pouvoir de décision, au sens large du terme. Si elle n'a pas le pouvoir de signer le marché, elle est bel et bien titulaire de la mission qui consiste à l'attribuer à un candidat, mission qu'elle doit complètement épuiser, sauf à méconnaître les textes réglementaires qui l'instituent.

¹⁷ En définitive, l'on ne peut que se féliciter de la position adoptée par les magistrats lyonnais. Aussi anecdotique qu'elle puisse paraître, aucune décision publique ne saurait se contenter de fonder sa légitimité sur des avis d'experts. L'administration ne peut pas plus se lier les mains que se bander les yeux, et ne doit pas prendre pour argent comptant les opinions de quelque spécialiste que ce soit, sauf à remettre en cause l'indispensable prévalence du politique sur le savant.