

A propos de l'auteur

Mme Aude Camus

 [Voir les articles de cet auteur](#)

La règle est inverse à celle qui s'applique en matière ferroviaire. Le conseil d'État a tranché : un candidat ne peut pas en cacher un autre après la date limite de remise des offres. C'est la même chose que lorsque l'on s'apprête à traverser les voies : regardons de tous les côtés pour comprendre cette décision.

Il est ici question de s'interroger « sur l'autonomie du droit de la commande publique par rapport aux règles impératives des entreprises en difficulté » annonce M^e Lionel Levain (avocat associé société d'avocats Reinhart Marville Torre).

Les prémices de l'affaire « Commune de Chaumont » tranchée le 21 octobre 2019 par le Conseil d'Etat, remontent à 2013. Petit retour en arrière rapide avant de se pencher sur la décision du Conseil d'Etat (pour une explication, plus détaillée un lien se trouve en bas de pages vers les articles dédiés.) La commission d'appel d'offres d'une commune retient la proposition d'un candidat. Sur demande d'un concurrent évincé, le juge des référés annule la phase d'analyse des offres, au motif que l'entreprise « ne disposait pas des capacités suffisantes pour exécuter ce marché, compte tenu de son placement en redressement judiciaire intervenu après la date limite fixée pour le dépôt des offres » rappelle la décision du 21 octobre. « La commune n'avait pas connaissance de la procédure collective au moment où elle a effectué son choix. L'information lui a été apportée par un tiers » précise M^e Hugues de Metz-Pazzis (cabinet de Metz-Pazzis). Le Conseil d'Etat avait à l'époque, « rejeté le pourvoi formé contre cette ordonnance ».



Entre ces deux décisions juridictionnelles, le tribunal de commerce arrête le plan de cession de la société en faveur d'une autre à créer, et autorise cette dernière « à se présenter comme le successeur » de l'entreprise liquidée. Suite à l'ordonnance du juge des référés, et « afin de prendre en compte l'évolution éventuelle de la situation juridique des candidats depuis la date limite de dépôt des offres, [la commune informe] ceux-ci de la faculté qui leur était offerte de produire toute pièce ou toute information complémentaire relative à leur candidature [...] ces éléments devant, selon la commune, permettre à la commission d'appel d'offres d'apprécier au mieux les capacités juridiques, professionnelles, techniques et financières des candidats.» L'entité nouvellement créée profite de cette faculté et déclare « reprendre pour son propre compte et dans les mêmes conditions, la candidature et l'offre déposées » par l'entreprise liquidée. Le marché lui est ensuite, attribué.

Nouveau recours de la société évincée. Le tribunal administratif rejette « ses demandes tendant à l'annulation du contrat [...] ainsi qu'à l'indemnisation du préjudice qu'elle estimait avoir subi à la suite de son éviction illégale de ce contrat. [...] la cour administrative d'appel de Nancy [...] annule] ce jugement, [...] annule] ce contrat et, en dernier lieu, [condamne] la commune de Chaumont à verser à la société Ateliers Bois [le candidat évincé] une indemnité d'un montant de 267 832 euros. »

Nous voilà maintenant devant le Conseil d'Etat, pour l'épilogue de cette saga par une décision du 21 octobre dernier (à télécharger ci-dessous).

Après l'heure, c'est plus l'heure

Le Conseil d'Etat rappelle que les entreprises en redressement judiciaire doivent informer le pouvoir adjudicateur et justifier « qu'elles sont habilitées, par le jugement prononçant leur placement dans cette situation, à poursuivre leurs activités pendant la durée d'exécution du marché ». Si cela intervient après la date limite de remise des offres et que cette première condition est remplie, la candidature doit être étudiée pour savoir si elle reste recevable. Rappelons que, pour le cas d'espèce, le juge des référés avait répondu par la négative.

La faculté offerte par la commune à ses candidats de compléter leur candidature n'y change rien, selon le Conseil d'Etat, ce mécanisme permet seulement de présenter des pièces absentes ou incomplètes dans le pli initial. « En revanche, elle n'a pas pour objet et ne saurait avoir pour effet de permettre à un opérateur économique qui reprend une partie des actifs d'un candidat dont la candidature avait été regardée comme ne présentant pas les capacités suffisantes pour exécuter le marché et qui a été placé en liquidation judiciaire à la suite d'un plan de cession, de participer à la procédure de passation d'un marché public alors qu'il n'avait pas lui-même présenté sa candidature. » développe le Conseil d'Etat.

La faculté de compléter la candidature permet seulement de présenter des pièces absentes ou incomplètes dans le pli initial

Et alors... tout le monde descend ?

Le Conseil d'Etat maintient l'indemnité au profit du candidat évincé. Mais il n'annule pas le contrat. « Le Conseil d'Etat met en évidence le non-respect du code des marchés publics dans la phase d'examen des candidatures. Ce qui ne peut pas suffire à établir un risque d'une particulière gravité susceptible de justifier l'annulation du contrat » explique M^e Levain.

« Ce n'est pas nouveau : le Conseil d'Etat fait comprendre au fil de ses arrêts récents que l'annulation doit être réservée au cas vraiment les plus graves » précise M^e de Metz-Pazzis. Tous deux notent la précision du Conseil d'Etat : « ce vice, en l'absence de circonstances particulières, et notamment d'éléments révélant une volonté de la commune de favoriser cette société, n'est pas d'une gravité telle qu'elle implique que soit prononcée l'annulation du contrat ». M^e Levain relève qu'il s'agit ici « d'une mauvaise appréciation technique, objective par le pouvoir adjudicateur de ses obligations à ce titre-là [l'examen des candidatures] mais pas

Il s'agit ici « d'une mauvaise appréciation technique, objective par le pouvoir adjudicateur de ses obligations [...] Il n'y a pas de manœuvre.

d'avantage. Il n'y a pas de manœuvre. » Il observe que cela aurait suffi, devant le juge pénal pour qualifier le délit de favoritisme. Au vu de la motivation de l'arrêt, M^e de Metz-Pazzis considère que le contrat aurait mérité une annulation s'il y avait eu une intention de favoriser le candidat. De même, la résiliation aurait pu venir sanctionner le contrat si celui-ci n'était pas achevé.

Et s'il n'y avait pas eu de problème de capacité ?

"Avec des si, on mettrait Paris en bouteille !". Mais pour tirer le meilleur enseignement de cet arrêt, nous allons tout de même nous y essayer : et si la capacité de la première entreprise n'avait pas été jugée comme faisant défaut la solution du Conseil d'Etat aurait-elle été identique ?

« Je crois que c'est indifférent » considère M^e de Metz-Pazzis : « même si la première société avait été parfaitement saine et qu'elle avait simplement vendu ses actifs, la position du Conseil d'Etat aurait été la même. Ce qui est interdit par le Conseil d'Etat, c'est l'irruption d'un candidat qui n'en est pas un, et qui prétend reprendre à son compte une candidature antérieure après la date limite de remise des offres. »

Selon M^e Levain, la réponse à cette question n'est pas tranchée clairement par le Conseil d'Etat. Mais penche pour la même interprétation que son confrère. Il relève que « le premier motif retenu par le Conseil d'Etat est la personnalité juridique distincte des deux entités. » Ce qui semble conforter ce seul fait. Notons que le juge « enfonce le clou » en précisant que « Par ailleurs, les capacités professionnelles, techniques et financières [...] ne se confondent pas ».

Ce qui est interdit par le Conseil d'Etat, c'est l'irruption d'un candidat qui n'en est pas un, et prétend reprendre à son compte une candidature antérieure après la date limite de remise des offres.