

**Note sous Cour administrative d'appel de Bordeaux, 4
mars 2010, numéro 08BX02575, Société PICO Océan
Indien contre Préfet de La Réunion**

Marianna Tassone-Lagrange

► **To cite this version:**

Marianna Tassone-Lagrange. Note sous Cour administrative d'appel de Bordeaux, 4 mars 2010, numéro 08BX02575, Société PICO Océan Indien contre Préfet de La Réunion. Revue juridique de l'Océan Indien, Association " Droit dans l'Océan Indien " (LexOI), 2010, pp.275-277. hal-02622971

HAL Id: hal-02622971

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02622971>

Submitted on 26 May 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Contrats et commande publique - marchés publics - candidature - capacité technique et financière - capacité juridique - pouvoir d'engager le groupement - irrégularité substantielle - régularisation article 52 (non).

Cour administrative d'appel de Bordeaux, 4 mars 2010, société PICO Océan Indien c/ préfet de La Réunion, req. n° 08BX02575

Marianna TASSONE-LAGRANGE, Doctorante, ATER à l'Université de La Réunion

Progressivement, le Code des marchés publics (CMP) entré en vigueur le 1^{er} septembre 2006 subit des évolutions qui peuvent aller parfois au-delà de toute attente.

Tel est le cas de la modification apportée par le décret n° 2009-1086 du 2 septembre 2009² qui modifie l'article 52 du Code des marchés publics relatif à l'examen des candidatures. Cet article permet au pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, de demander à tous les candidats concernés de compléter leur candidature³. Toutefois, cette possibilité était limitée aux documents des opérateurs économiques concernant leur capacité technique ou financière d'exécuter le marché. En effet, la capacité juridique des candidats a été reconnue par le juge comme une formalité substantielle impossible à régulariser⁴. Le décret de 2009 introduit la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de procéder d'une manière identique pour les « candidats n'ayant pas justifié de la capacité juridique leur permettant de déposer leur candidature » afin de leur demander « de régulariser leur dossier dans les mêmes conditions ».

Si l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Bordeaux est rendu alors que la nouvelle version de l'article 52 du Code des marchés publics est en vigueur, c'est l'ancienne version de ce même article qui a conduit le Tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion à annuler le marché public de travaux pour la construction d'un ouvrage d'art franchissant la ravine Saint-Gilles pour un montant de 3.0.983,41 euros conclu le 31 janvier 2007 entre la société PICO Océan Indien et le département de La Réunion. La Cour administrative d'appel de Bordeaux ne pouvait alors que confirmer le jugement du Tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion.

pouvons en déduire que ce rapport d'analyse des offres a été transmis avant la signature du marché.

¹ CE, section du contentieux, 3 octobre 2008, req. n° 305420, Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur de la Sarthe (SMIRGEOMES).

² JO 4 septembre 2009, p. 14659.

³ Cette faculté n'a été introduite dans le Code des marchés publics que dans sa version 2004.

⁴ CE, 28 avril 2006, n° 283942, *Syndicat mixte de gestion et de travaux pour l'élimination des déchets ménagers et assimilés de la zone ouest du département de l'Hérault* : « La faculté de rectification des omissions ouverte par l'article 52 en matière de candidature, ne s'applique pas aux éléments relatifs à la capacité juridique des candidats et doit être exercée avant l'admission des candidatures », *Contrats et Marchés publics* n° 6, juin 2006, comm. 166, *Frédérique OLIVIER*.

I. – Le rappel de l'examen sur pièces des dossiers de candidature

En l'espèce, la société PICO Océan Indien n'a pas produit, dans son dossier de candidature, le pouvoir habilitant le mandataire désigné du groupement à signer les marchés pour un montant suffisant, ainsi que le requièrent les articles 45-I et 51-4 du Code des marchés publics¹. Il s'avère, en effet, que le pouvoir fourni habilitait le mandataire à hauteur de 3.000.000 d'euros seulement, ce qui était insuffisant pour le marché en cause. La société invoque pourtant l'existence d'une délibération régulière, sans limitation de montant, adoptée antérieurement à la candidature de la société PICO Océan Indien.

Toutefois, le fait que la personne concernée soit habilitée est sans influence sur le fait que la pièce n'a pas été produite au dossier de candidature. Le principe d'égalité de traitement des candidats commande, en effet, que tous soient jugés sur de manière égale, ce qui conduit le pouvoir adjudicateur à examiner les candidatures et les offres uniquement au regard des pièces fournies par les candidats avant la date limite de remise des offres. En contrepartie, le pouvoir adjudicateur est tenu d'indiquer précisément dans l'avis d'appel public à concurrence, ou à défaut dans le règlement de la consultation, les documents à fournir par les candidats qui lui permettront notamment d'étudier leur capacité à exécuter le marché².

II. – L'impossible régularisation de la capacité juridique : une jurisprudence dans l'oubli ?

L'article 52 du Code des marchés publics prévoit la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de demander aux candidats de régulariser leurs offres, mais la version antérieure au décret du 2 septembre 2009 susmentionné, ne visait pas expressément la possibilité de régulariser la capacité juridique.

En effet, la capacité juridique des candidats se matérialise notamment par l'absence de signature de certains documents comme le DC4 ou l'acte d'engagement qui matérialisent l'engagement contractuel³, mais également par la signature de ces documents par une personne

¹ Article 45 CMP : I.-Le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des renseignements ou documents permettant d'évaluer leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager. (...)

Article 51 CMP : IV. - Les candidatures et les offres sont présentées soit par l'ensemble des opérateurs économiques groupés, soit par le mandataire s'il justifie des habilitations nécessaires pour représenter ces opérateurs économiques au stade de la passation du marché. (...)

² Le Conseil d'État rappelle, dans son arrêt CE, 28 mars 2008, *Cité urbaine de Lyon*, req. n° 303779 (*Contrats et Marchés publics* n° 6, 2008, *comm.* 125 note J.-P. Piétri ; *AJDA* 2008, p. 674 ; *RJEP* 2008, *comm.* 40, note D. Moreau ; *BJCP* n° 59-2008, p. 299), l'obligation qui impose à l'acheteur public d'indiquer dans l'avis d'appel public à concurrence, ou à défaut dans le règlement de la consultation, les documents sur lesquels ils s'appuiera pour examiner les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats, qu'il doit contrôler.

³ « En revanche, l'absence de signature de la personne pouvant engager un candidat à se présenter à un appel d'offres est substantielle et doit conduire la commission d'appel d'offres à écarter la candidature (cf. CE, 13 nov. 2002, n° 245354, *Cne Mans* et CE, 13 nov. 2002, n° 245355, *Communauté urbaine du Mans*, concl. D. Piveteau) » : Conclusions du Commissaire du Gouvernement Didier Casas sur CE, 28 avril 2006 (voir supra note 3) : *Contrats et Marchés publics* n° 7, juillet 2006, *comm.* 206.

non habilitée¹, ou encore par une personne habilitée mais qui ne produit pas le document l'habilitant expressément à engager son entreprise ou le groupement constitué pour soumissionner (dans le cas de l'espèce). C'est ainsi que, suivant les conclusions du Commissaire du Gouvernement Didier Casas, le Conseil d'État a jugé dans son arrêt du 28 avril 2006 que la capacité juridique constituait une formalité substantielle et était donc insusceptible de régularisation.

« Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article 52 du même Code : avant de procéder à l'examen des candidatures, si la personne responsable du marché constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, elle peut décider de demander à tous les candidats concernés de produire ou de compléter ces pièces dans un délai identique... ; que si ces dispositions ont pour effet de donner à la personne publique la faculté de demander, sur un plan de stricte égalité, aux candidats de fournir certains documents liés à leur capacité technique ou financière d'exécuter le marché, elles ne sauraient lui conférer la possibilité, dès lors qu'un candidat n'a pas justifié de sa capacité juridique lui permettant de déposer sa candidature, de compléter le dossier de celle-ci pour assurer la recevabilité de sa demande ; »

L'arrêt commenté confirme ainsi le jugement du Tribunal administratif en rappelant que le département de La Réunion était tenu de rejeter la candidature de la société PICO Océan Indien, d'une part, au regard du caractère substantiel de l'irrégularité et d'autre part, au regard de l'absence de disposition autorisant le pouvoir adjudicateur à inviter le candidat à régulariser son offre. La nouvelle version de l'article 52 du Code des marchés publics devrait donc être accueillie avec bienveillance par les opérateurs économiques candidats aux marchés publics. Le pouvoir adjudicateur n'est toutefois pas tenu de procéder à cette demande. S'il le fait, il doit le faire pour tous, en informant même les candidats dont la candidature est complète. Et s'il ne fait pas, il se doit alors de rejeter les candidatures qui sont incomplètes².

¹ Le juge administratif considère qu'un marché ne peut valablement être attribué à un groupement d'entreprises que dans la mesure où, à la date de la remise des soumissions, le mandataire du groupement est dûment habilité par ses autres membres à les représenter (CE, 14 déc. 1988, *Établissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines* : Rec. CE 1988, tables p. 891 ; LPA 7 juill. 1989, p. 4, note F. Moderne ; D. 1989, somm. p. 218, obs. Ph. Terneyre ; RD publ. 1989, p. 1797, obs. F. Llorens).

² CAA Bordeaux, 14 mai 2009, n° 07BX00650, *Communauté d'agglomération du Territoire de la Côte Ouest (TCO)*, Contrats et Marchés publics n° 8, Août 2009, comm. 274, A noter également par François LLORENS