

COMM.

FB

COUR DE CASSATION

Audience publique du 13 octobre 2021

Cassation sans renvoi

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 687 F-B

Pourvoi n° N 19-24.904

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, DU 13 OCTOBRE 2021

La société Promologis, société anonyme, dont le siège est [Adresse 2], a formé le pourvoi n° N 19-24.904 contre l'ordonnance rendue en matière de référé le 21 octobre 2019 par le président du tribunal de grande instance de Bordeaux, dans le litige l'opposant :

1°/ à la société Cis Valley, société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 3],

2°/ à la Société française de radiotéléphone (SFR), société anonyme, dont le siège est [Adresse 1],

défenderesses à la cassation.

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les trois moyens de cassation annexés au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Michel-Amsellem, conseiller, les observations de Me Le Prado, avocat de la société Promologis, après débats en l'audience publique du 6 juillet 2021 où étaient présents Mme Mouillard, président, Mme Michel-Amsellem, conseiller rapporteur, M. Guérin, conseiller doyen, et Mme Labat, greffier de chambre,

la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, composée des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Faits et procédure

1. Selon l'ordonnance attaquée (tribunal de grande instance de Bordeaux, 21 octobre 2019), rendue en la forme des référés, la société Cis Valley a contesté la régularité de la procédure d'appel d'offres engagée par la société Promologis, société d'habitation à loyers modérés, relatif à l'infogérance des serveurs et l'interconnexion des sites du groupe de sociétés auquel elle appartient, et demandé que soit prononcé l'annulation de cette procédure.

Examen des moyens

Sur le premier moyen, pris en sa première branche

Enoncé du moyen

2. La société Promologis fait grief à l'arrêt de déclarer la société Cis Valley recevable en sa contestation, de prononcer l'annulation de la procédure d'appel d'offres et de la renvoyer à reprendre sa procédure, alors « que la personne qui saisit le juge des référés précontractuels n'est recevable à dénoncer un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence que si elle démontre avoir été susceptible d'être lésée par ce manquement ; qu'en retenant que le caractère prétendument anormalement bas de l'offre de la société SFR était susceptible d'avoir lésé la société CIS Valley, après avoir constaté qu'en l'absence du manquement invoqué son offre aurait été classée deuxième sur le critère du prix, sans rechercher, ainsi qu'il y était invité, si la note obtenue par la société CIS Valley sur le second critère de notation lui aurait permis d'emporter le marché, le président du tribunal de grande instance a privé sa décision de base légale au regard de l'article 2 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 2 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique :

3. Aux termes de ce texte, en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par des pouvoirs adjudicateurs des contrats de droit privé ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, les personnes ayant intérêt à conclure l'un de ces contrats et susceptibles d'être lésées par ce manquement peuvent saisir le juge avant la conclusion du contrat.

4. Pour juger que la société Cis Valley était susceptible d'être lésée par le manquement aux obligations de mise en concurrence qu'elle dénonçait, l'ordonnance retient qu'il est incontestable que le critère du prix a été déterminant dans l'attribution du marché, puisque ce poste était affecté du coefficient le plus élevé, que les clauses de l'appel d'offres attribuaient la note de 40 au candidat le moins disant, les autres offres étant ensuite évaluées proportionnellement à celle-ci, et qu'il n'est pas possible d'affirmer que la société Cis Valley aurait nécessairement été évincée car, si l'on écarte l'offre SFR pour ne retenir que les offres des sociétés Orange et Cis Valley, la note obtenue par cette dernière sur le plan financier serait de 37,36, soit un retard de seulement 2,64 sur la note qu'aurait obtenue la société Orange (40/40), retard

susceptible d'être rattrapé sur les quatre autres postes de la valeur technique.

5. En se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il y était invité, si la note obtenue par la société CIS Valley sur le second critère de notation relatif à la valeur technique, telle que communiquée par la société Promologis, lui aurait permis d'emporter le marché, condition à défaut de laquelle il n'était pas démontré qu'elle était susceptible d'être lésée par le manquement qu'elle dénonçait, le président du tribunal a privé sa décision de base légale.

Et sur le troisième moyen

Enoncé du moyen

6. La société Promologis fait le même grief à l'ordonnance, alors « que l'office du juge saisi de la validité d'une procédure d'appel d'offres tend à corriger les vices éventuels du processus, de sorte que le juge doit replacer les parties au stade où elles se trouvaient immédiatement avant l'apparition du vice sanctionné ; qu'en prononçant l'annulation de la procédure d'appel d'offres en son entier et en renvoyant la société Promologis à la reprendre ab initio, après avoir pourtant retenu que la procédure était seulement rendue irrégulière par l'analyse qu'avait fait le pouvoir adjudicateur des offres reçues, de sorte qu'il lui incombait seulement de renvoyer la société Promologis à reprendre sa procédure au stade de l'analyse des offres, le président du tribunal de grande instance a violé l'article 3 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 3 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 :

7. Aux termes de ce texte, à la demande du requérant, le juge peut prendre les mesures provisoires tendant à ce qu'il soit ordonné à la personne morale responsable du manquement de se conformer à ses obligations et, le cas échéant, à ce que soit suspendue la procédure de passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts en présence, et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. Le requérant peut également demander l'annulation des décisions qui se rapportent à la passation du contrat et la suppression des clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent les obligations mentionnées à l'article 2.

8. L'ordonnance annule la procédure d'appel d'offres et enjoint à la société Promologis de la reprendre après avoir relevé que l'offre de la société SFR apparaissait anormalement basse puisqu'elle était de plus de 50 % inférieure à l'offre la moins-disante proposée par un opérateur pourtant de surface technique, commerciale et financière similaire et que la société Promologis avait procédé à l'attribution du marché sans solliciter d'explications complémentaires sur les motifs de cet écart.

9. En statuant ainsi, alors qu'il avait relevé un manquement relatif à la seule étape de l'appréciation des offres, sans que le reste de la procédure ne soit atteint par ce manquement, le président du tribunal a violé le texte susvisé.

Portée et conséquences de la cassation

10. Après avis donné aux parties, conformément à l'article 1015 du code de procédure civile, il est fait application des articles L. 411-3, alinéa 1er, du code de l'organisation judiciaire et 627 du code de procédure civile.

11. La cassation prononcée n'implique pas, en effet, qu'il soit à nouveau statué sur le fond, les pièces produites attestant qu'à la suite de l'annulation de la procédure de passation, la société Promologis a lancé une nouvelle procédure.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'ordonnance rendue le 21 octobre 2019, entre les parties, par le président

du tribunal de grande instance de Bordeaux ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

Condamne la société Cis Valley aux dépens, en ce compris ceux exposés devant le président du tribunal de grande instance de Bordeaux ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société Cis Valley à payer à la société Promologis la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'ordonnance cassée ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du treize octobre deux mille vingt et un.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par Me Le Prado, avocat aux Conseils, pour la société Promologis.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'ordonnance attaquée,

D'AVOIR déclaré la société CIS Valley recevable en sa contestation et D'AVOIR prononcé l'annulation de la procédure d'appel d'offres initiée par la société Promologis pour l'infogérance de ses serveurs et l'interconnexion de ses sites et renvoyé la société Promologis à reprendre sa procédure ;

AUX MOTIFS QU' « il appartient à l'acheteur de veiller à la sincérité des offres qu'il reçoit, et de s'assurer qu'elles répondent à une prestation conforme à la commande, et respectueuse de la libre concurrence. À cet égard, une offre manifestement sous-estimée ou formulée dans des conditions non concurrentielles doit être écartée, comme portant atteinte au principe de la libre concurrence que la procédure est précisément destinée à préserver.

La société CIS VALLEY a formulé une offre pour un montant total de 1.709.737,32 euros HT ; la société ORANGE, classée deuxième, a quant à elle chiffré son offre à 1.596.754,36 euros HT, et la société SFR, attributaire, a chiffré la sienne à 786.786,31 euros HT. Il existe donc un écart de près du double entre la proposition de la société SFR et celle de la société ORANGE, arrivée deuxième. L'offre de cette dernière société est plus avantageuse financièrement que celle de la société CIS VALLEY, mais avec un écart beaucoup moins important.

La seule différence de prix entre plusieurs offres, même dans des proportions aussi importantes, ne suffit pas à caractériser le caractère manifestement erroné de la moins disante. Mais l'article L. 2152-6 du code de la commande publique fait obligation à l'acheteur de mettre en œuvre tous les moyens lui permettant de détecter les offres anormalement basses, c'est-à-dire celles dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché. Cet article précise que, en présence d'une offre semblant anormalement basse, l'acheteur exige que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre.

En l'espèce, l'offre de la société SFR, de plus de 50 % inférieure à l'offre la moins disante proposée par un opérateur pourtant de surface technique, commerciale et financière similaire, aurait dû paraître anormalement basse à la société PROMOLOGIS et susciter à tout le moins une demande d'explications, conformément à l'article L. 2152-6 du code de la commande publique. Or, il n'est pas contesté qu'aucune demande d'explications n'a été formulée auprès de la société SFR.

Il est incontestable que le critère du prix a été déterminant dans l'attribution du marché, puisque ce poste était affecté du coefficient de 40, le plus élevé, et que les clauses de l'offre attribuaient la note de 40 au candidat le moins disant. La note des offres autres que la moins disante est évaluée proportionnellement à celle-ci (la note est égale au montant de l'offre minimale divisé par le montant de l'offre du candidat et multiplié par 40). Dans ces conditions, et en l'absence d'éléments sur l'évaluation de l'offre du candidat arrivé deuxième, soit la société ORANGE, il n'est pas possible d'affirmer

que la société CIS VALLEY aurait nécessairement été évincée et serait donc sans intérêt à contester l'attribution du marché à la société SFR. En effet, si l'on écarte l'offre SFR pour ne retenir que les offres ORANGE et CIS VALLEY, la note obtenue par celle-ci sur le plan financier serait de 37,36, soit un retard de seulement 2,64 sur la note qu'aurait obtenu ORANGE (40/40), retard susceptible d'être rattrapé sur les quatre autres postes » ;

1°) ALORS QUE la personne qui saisit le juge des référés précontractuels n'est recevable à dénoncer un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence que si elle démontre avoir été susceptible d'être lésée par ce manquement ; qu'en retenant que le caractère prétendument anormalement bas de l'offre de la société SFR était susceptible d'avoir lésé la société CIS Valley, après avoir constaté qu'en l'absence du manquement invoqué son offre aurait été classée deuxième sur le critère du prix, sans rechercher, ainsi qu'il y était invité, si la note obtenue par la société CIS Valley sur le second critère de notation lui aurait permis d'emporter le marché, le président du tribunal de grande instance a privé sa décision de base légale au regard de l'article 2 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 ;

2°) ALORS, EN TOUTE HYPOTHESE, QU' en refusant de se prononcer sur le point de savoir si la note obtenue par la société CIS Valley sur le second critère de notation lui aurait permis d'emporter le marché en l'absence du manquement invoqué, au motif de « l'absence d'éléments sur l'évaluation de l'offre du candidat arrive deuxième, soit la société Orange », tandis que la société Promologis avait versé aux débats le rapport d'analyse des offres faisant apparaître les notes respectives des sociétés Orange et CIS Valley sur les différents critères et sous-critères de notation, le président du tribunal de grande instance a dénaturé, par omission, le rapport d'analyse des offres, en violation du principe selon lequel le juge ne peut dénaturer les documents de la cause.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (SUBSIDIAIRE)

IL EST FAIT GRIEF à l'ordonnance attaquée,

D'AVOIR prononcé l'annulation de la procédure d'appel d'offres initiée par la société Promologis pour l'infogérance de ses serveurs et l'interconnexion de ses sites et renvoyé la société Promologis à reprendre sa procédure ;

AUX MOTIFS QU' « il appartient à l'acheteur de veiller à la sincérité des offres qu'il reçoit, et de s'assurer qu'elles répondent à une prestation conforme à la commande, et respectueuse de la libre concurrence. À cet égard, une offre manifestement sous-estimée ou formulée dans des conditions non concurrentielles doit être écartée, comme portant atteinte au principe de la libre concurrence que la procédure est précisément destinée à préserver.

La société CIS VALLEY a formulé une offre pour un montant total de 1.709.737,32 euros HT ; la société ORANGE, classée deuxième, a quant à elle chiffré son offre à 1.596.754,36 euros HT, et la société SFR, attributaire, a chiffré la sienne à 786.786,31 euros HT. Il existe donc un écart de près du double entre la proposition de la société SFR et celle de la société ORANGE, arrivée deuxième. L'offre de cette dernière société est plus avantageuse financièrement que celle de la société CIS VALLEY, mais avec un écart beaucoup moins important.

La seule différence de prix entre plusieurs offres, même dans des proportions aussi importantes, ne suffit pas à caractériser le caractère manifestement erroné de la moins disante. Mais l'article L. 2152-6 du code de la commande publique fait obligation à l'acheteur de mettre en œuvre tous les moyens lui permettant de détecter les offres anormalement basses, c'est-à-dire celles dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché. Cet article précise que, en présence d'une offre semblant anormalement basse, l'acheteur exige que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre.

En l'espèce, l'offre de la société SFR, de plus de 50 % inférieure à l'offre la moins disante proposée par un opérateur pourtant de surface technique, commerciale et financière similaire, aurait dû paraître anormalement basse à la société PROMOLOGIS et susciter à tout le moins une demande d'explications, conformément à l'article L. 2152-6 du code de la commande publique. Or, il n'est pas contesté qu'aucune demande d'explications n'a été formulée auprès de la société SFR.

Il est incontestable que le critère du prix a été déterminant dans l'attribution du marché, puisque ce poste était affecté du coefficient de 40, le plus élevé, et que les clauses de l'offre attribuaient la note de 40 au candidat le moins disant. La note des offres autres que la moins disante est évaluée proportionnellement à celle-ci (la note est égale au montant de l'offre minimale divisé par le montant de l'offre du candidat et multiplié par 40). Dans ces conditions, et en l'absence d'éléments sur l'évaluation de l'offre du candidat arrive deuxième, soit la société ORANGE, il n'est pas possible d'affirmer

que la société CIS VALLEY aurait nécessairement été évincée et serait donc sans intérêt à contester l'attribution du marché à la société SFR. En effet, si l'on écarte l'offre SFR pour ne retenir que les offres ORANGE et CIS VALLEY, la note obtenue par celle-ci sur le plan financier serait de 37,36, soit un retard de seulement 2,64 sur la note qu'aurait obtenu ORANGE (40/40), retard susceptible d'être rattrapé sur les quatre autres postes.

L'intervention volontaire de la société SFR à la présente instance et les écritures échangées entre les parties ont donné l'occasion à la première de fournir des explications techniques sur les postes de son chiffrage.

Elle affirme ainsi pouvoir réaliser une meilleure offre du fait de son réseau déjà existant, qui lui évite d'avoir à composer avec un partenaire et lui permet de mieux maîtriser ses marges, et de réaliser des économies d'échelle. Mais cette explication n'est pas valable envers l'offre d'ORANGE, qui dispose également d'une infrastructure déjà existante et se trouve dans une situation technique similaire.

Si la durée du contrat, sur laquelle la société CIS VALLEY a fondé ses calculs, est sujette à discussion, il n'en demeure pas moins que les offres reçues par la société PROMOLOGIS ont été faites sur les mêmes bases de calcul et de durée des prestations. Il n'est en tout cas pas allégué par la société SFR que ses deux concurrents auraient commis une erreur dans l'établissement de leurs offres.

Sans qu'il soit nécessaire d'entrer dans la discussion technique développée par la société SFR pour justifier de son aptitude à remplir, pour le prix proposé, l'intégralité des prestations souhaitées, il y a lieu de constater que son offre apparaît anormalement basse, même par rapport à un opérateur de taille économique et de positionnement industriel similaire. Or, la société PROMOLOGIS a procédé à l'attribution du marché sans solliciter d'explications complémentaires sur les motifs de cet écart, s'exposant à valider ainsi soit une offre techniquement insuffisante, soit une offre constitutive d'une pratique concurrentielle contestable » ;

ALORS QUE le juge des référés précontractuels ne peut, pour estimer que l'offre de l'attributaire était anormalement basse, se fonder sur le seul écart de prix avec l'offre concurrente, sans rechercher si le prix en cause était en lui-même manifestement sous-évalué et, ainsi, susceptible de compromettre la bonne exécution du marché ; qu'en se bornant, pour dire l'offre de la société SFR anormalement basse, à retenir qu'elle était de plus de 50 % inférieure à l'offre la moins disante proposée par un opérateur pourtant de surface technique, commerciale et financière similaire, et en refusant expressément d'examiner la « discussion technique développée par la société SFR pour justifier de son aptitude à remplir, pour le prix proposé, l'intégralité des prestations souhaitées », le président du tribunal de grande instance a violé les articles L. 2152-5 et L. 2152-6 du code de la commande publique.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (SUBSIDIAIRE)

IL EST FAIT GRIEF à l'ordonnance attaquée,

D'AVOIR prononcé l'annulation de la procédure d'appel d'offres initiée par la société Promologis pour l'infogérance de ses serveurs et l'interconnexion de ses sites et renvoyé la société Promologis à reprendre sa procédure ;

AUX MOTIFS QUE « Sans qu'il soit nécessaire d'entrer dans la discussion technique développée par la société SFR pour justifier de son aptitude à remplir, pour le prix proposé, l'intégralité des prestations souhaitées, il y a lieu de constater que son offre apparaît anormalement basse, même par rapport à un opérateur de taille économique et de positionnement industriel similaire. Or, la société PROMOLOGIS a procédé à l'attribution du marché sans solliciter d'explications complémentaires sur les motifs de cet écart, s'exposant à valider ainsi soit une offre techniquement insuffisante, soit une offre constitutive d'une pratique concurrentielle contestable.

Il y a lieu en conséquence de prononcer l'annulation de la procédure d'appel d'offres, sans qu'il y ait lieu de faire injonction à la société PROMOLOGIS quant à sa reprise » ;

ALORS QUE l'office du juge saisi de la validité d'une procédure d'appel d'offres tend à corriger les vices éventuels du processus, de sorte que le juge doit replacer les parties au stade où elles se trouvaient immédiatement avant l'apparition du vice sanctionné ; qu'en prononçant l'annulation de la procédure d'appel d'offres en son entier et en renvoyant la société Promologis à la reprendre ab initio, après avoir pourtant retenu que la procédure était seulement rendue irrégulière par l'analyse qu'avait fait le pouvoir adjudicateur des offres reçues, de sorte qu'il lui incombait seulement de renvoyer la société Promologis à reprendre sa procédure au stade de l'analyse des offres, le président du tribunal de grande instance a violé l'article 3 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009.