

## Précontractuel : un motif de rejet peut en cacher un autre

📅 28/02/2017 👤 Emmanuelle Maupin

**Pour faire droit à une substitution de motif, un juge du référé précontractuel considère que l'offre du requérant est bien irrégulière. Mais, cette irrégularité, le pouvoir adjudicateur ne la sort pas de son chapeau. Elle ressort, relève le magistrat, du rapport d'analyse des offres, antérieur à la CAO et à la décision de rejet du pouvoir adjudicateur.**



Evincée de la procédure de passation d'un marché lancée par la communauté de communes Aygues Ouvèze en Provence (CCAOP) parce qu'elle n'était pas économiquement la plus avantageuse, la société SAS Faurie a saisi le juge du référé précontractuel. Pour se sortir de cette mauvaise passe, la CCAOP a demandé au magistrat de procéder à une substitution de motifs. Elle soutient que l'offre de la société est, en fait, irrégulière en raison de plusieurs non conformités techniques. Dès lors, elle ne peut justifier d'un intérêt lésé (CE, 2 octobre 2013, département de Lot-et-Garonne). Par une ordonnance rendue le 13 janvier dernier, le juge du référé admet la substitution de motifs et rejette la requête. Pour valider ce « tour de passe-passe », il faut que l'irrégularité de l'offre ait été détectée au départ par le pouvoir adjudicateur. Le classement de l'offre et son rejet pour un autre motif n'empêchent pas le pouvoir adjudicateur de demander la substitution. En l'espèce, le juge considère que « la circonstance que la CCAOP a, malgré tout, classé quatrième l'offre de la société SAS Faurie en raison de ses insuffisances et non conformités techniques, ainsi que cela lui a été indiqué par courrier de la communauté de communes du 14 décembre 2016 en réponse à sa demande d'information faite par courrier du 1er décembre précédent, ne fait pas obstacle à ce qu'elle rejette cette offre pour un autre motif, tiré de son caractère pour le moins irrégulier. » De plus, la substitution de motif ne peut avoir pour objet, ni pour effet, de permettre au pouvoir adjudicateur d'effectuer une nouvelle évaluation d'une offre litigieuse. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Selon le

magistrat, « le motif tiré de l'irrégularité de l'offre ne procède pas d'une nouvelle analyse de ses caractéristiques dès lors que la non-conformité en cause ressort du rapport d'analyse des offres du 17 novembre 2016, antérieur à l'avis de la commission d'appel d'offres et à la décision de rejet du pouvoir adjudicateur du 25 novembre 2016. »

## La substitution de motif, ce n'est pas un rétropédalage

« La substitution de motifs revient à donner une « seconde chance » à la personne publique, et ce, alors même que le nouveau motif de rejet ne permettrait pas d'établir l'absence de lésion de la requérante et partant le caractère inopérant de ses moyens. Mais attention, il ne s'agit pas de faire un rétropédalage privant la requérante d'une garantie de procédure. L'objectif n'est pas de procéder à une nouvelle analyse des offres devant le juge car seule la commission d'appel d'offres y est habilitée. Le pouvoir adjudicateur peut seulement remplacer un motif erroné par un motif valide tel qu'il ressortait déjà du rapport d'analyse des offres », observe Me Alexandre Labetoule, avocat associé au cabinet CLL avocats.

Faire droit à une substitution de motif peut être vécue par l'entreprise comme une manœuvre du pouvoir adjudicateur, un moyen de se dérober

Pour éviter toute suspicion, son confrère Nicolas Lafay, avocat au barreau de Paris recommande aux acheteurs de bien faire apparaître toutes les irrégularités d'une offre dans le rapport d'analyse. « Faire droit à une substitution de motif peut être vécue par l'entreprise comme une manœuvre du pouvoir adjudicateur, un moyen de se dérober », estime l'avocat. De plus, apprendre en cours de procédure que son offre est irrégulière, information qui réduit à néant toutes chances de réussite du référé, se révèle frustrant pour les soumissionnaires. Pour éviter un coup d'épée dans l'eau, Nicolas Lafay conseille aux entreprises de « bien vérifier avant l'introduction du référé que leur offre n'est pas irrégulière. ». Cela étant, ajoute Me Alexandre Labetoule, « en pratique, il est souvent délicat de réaliser une telle évaluation compte tenu de la nécessité d'agir en urgence en particulier en matière de marchés à procédure adaptée ». Le juge considère également que cette substitution ne prive la société requérante d'aucune garantie. En effet, le règlement de la consultation du marché, passé en MAPA, prévoyait que seuls les trois premiers candidats pouvaient participer à une éventuelle négociation. Or classée en 4ème, « la SAS Faurie n'aurait pu modifier et régulariser son offre dans le cadre d'une négociation », souligne le magistrat.

## à propos de l'auteur



Emmanuelle Maupin

---

TA Nîmes, 13 janvier 2017, SAS Faurie

📅 28/02/17 ⌚ 06h02

« Considérant Que Si Une Substitution De Motif Ne Peut Avoir Pour Objet Ni Pour Effet De Permettre Au Pouvoir Adjudicateur D'effectuer Une Nouvelle Évaluation D'une Offre Litigieuse, Il Résulte De L'instruction Que Le Motif Tiré De L'irrégularité De L'offre Ne Procède Pas D'une Nouvelle Analyse De...

Télécharger ↓

---