

LA SÉLECTION D'UNE VARIANTE RÉSULTANT D'UNE MODIFICATION SUBSTANTIELLE DE L'OFFRE DE BASE EN COURS DE NÉGOCIATION EST ILLÉGALE !

Posté le 9 juillet 2017 par Sébastien Palmier



Catégorie : [Marchés publics](#)

CAA Bordeaux, 19 juin 2017, Société Lafitte Paysage, n°15BX02593

Il s'agit là d'une affaire gagnée par le Cabinet Palmier-Brault-Associés. Dans le cadre des travaux de réalisation d'un complexe sportif, une commune avait attribué le lot « terrains sportifs » à la société Lafitte Paysage. La société Sée Guichard, dont l'offre n'a pas été retenue, a contesté la validité du marché. Le tribunal administratif a annulé le contrat et condamné la commune à lui verser une indemnité au titre du préjudice subi. La société titulaire du marché a interjeté appel du jugement rendu en première instance, de même que la commune.

Règle n°1 : Une personne publique mise en cause en première instance et qui avait capacité pour faire appel n'est pas recevable à présenter une intervention en appel

La société titulaire du marché a saisi la Cour administrative d'appel d'une demande d'annulation du jugement du tribunal administratif, puis d'une demande de sursis à exécution. Par une requête déposée ultérieurement, la commune a demandé également l'annulation du jugement. Son mémoire, intitulé « mémoire en défense », présentait non des conclusions en défense, mais des conclusions identiques à celles présentées par la société requérante, à savoir des conclusions à fin d'annulation du jugement attaqué.

La Cour estime que les écritures de la commune doivent être regardées comme des écritures en intervention volontaire. Or, elle retient qu'une personne publique qui a été mise en cause en première instance, comme c'est le cas en l'espèce pour la commune, et qui avait capacité pour faire appel, n'est pas recevable à présenter une intervention en appel.

Règle n°2 : La modification substantielle de l'offre de base au cours de la négociation constitue une variante

Le marché avait été passé selon une procédure adaptée, qui permet la proposition de variantes sauf si le pouvoir adjudicateur s'y oppose. Tel n'était pas le cas dans la procédure en cause, le règlement de la consultation précisant à cet égard que, s'agissant des offres variantes, l'entrepreneur devra établir un acte d'engagement avec la mention « variante ». Or, lors de l'analyse des offres et à l'issue de la négociation, la commune a procédé au classement d'une offre dénommée « Lafitte solution 1 », qui ne figurait ni dans les offres de base, ni dans les offres de variante présentées initialement et qui consistait en la suppression de la couche de fondation prévue par le CCTP et son remplacement par un traitement spécifique du fond. La commune et la requérante soutenaient que cette offre ne constituait qu'une « solution de base modifiée ».

Toutefois, la Cour relève que le pouvoir adjudicateur l'a regardée comme une offre à part entière, différente de l'offre de base, et l'a classée comme telle. En outre, ni la commune ni la requérante n'ont contesté le caractère substantiel de la modification opérée. Le tribunal administratif a considéré qu'une telle modification des spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation et consistant en un procédé, non de fabrication, mais d'exécution différent de celui qui était prévu dans le CCTP constituait une variante, au sens de l'article 50 de l'ancien Code des marchés publics. La Cour estime que c'est à bon droit que les premiers juges ont jugé ainsi.

Règle n°3 : La sélection d'une variante qui n'avait pas été présentée lors du dépôt de l'offre constitue un manquement aux règles de la commande publique

La commune a finalement retenu cette offre résultant de la modification substantielle de l'offre de base et constituant une variante. Le tribunal administratif a considéré qu'en examinant puis en retenant cette offre variante alors que la société n'avait présenté qu'une offre de base lors du dépôt de sa candidature, la commune avait remis en cause les conditions de la consultation et méconnu les principes fondamentaux de la commande publique, notamment le principe de l'égalité de traitement entre les candidats. Il a estimé que, au regard de sa gravité, ce manquement était de nature à justifier à lui seul l'annulation du marché.

La Cour administrative d'appel confirme le jugement de première instance sur ce point encore.

Règle n°4 : L'annulation du marché ne lèse pas l'intérêt général lorsque les ouvrages sont inutilisables

La société titulaire du marché prétendait que l'annulation de celui-ci porterait atteinte à l'intérêt général. Toutefois, la Cour relève que le marché litigieux a été exécuté, mais n'a jamais été réceptionné, car la survenue d'un très violent orage a entraîné des dégâts majeurs sur les équipements et ouvrages en cours d'achèvement. Une expertise a établi que « *les ouvrages et équipements sont en l'état inutilisables et par conséquent impropres à leur destination* », à l'exception des courts de tennis. En conséquence, la commune a lancé un nouveau marché en vue de la reprise des travaux. La Cour estime que, dans ces conditions, l'intérêt général n'est pas lésé, puisque les ouvrages ne peuvent être exploités.

Règle n°5 : En cas d'annulation du marché, l'entrepreneur peut obtenir remboursement des dépenses utiles à l'acheteur public et réparation du dommage causé par la faute de celui-ci

La société titulaire du marché prétendait encore que l'annulation de celui-ci porterait atteinte à la stabilité des relations contractuelles et aux droits des co-contractants. La Cour rappelle cependant que l'entrepreneur dont le contrat est entaché de nullité peut prétendre, sur un terrain quasi-contractuel, au remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité.



PALMIER - BRAULT - ASSOCIÉS
Avocats en contrats publics

En l'espèce, seule une partie des travaux est utile à la commune, compte tenu de la destruction de certains équipements. La Cour rappelle également que lorsque l'annulation d'un marché résulte de la faute de l'administration, son cocontractant peut prétendre à la réparation du dommage causé par cette faute.

CAA de BORDEAUX
N° 15BX02593
6ème chambre - formation à 3

LARROUMEC, président

Mme Florence REY-GABRIAC, rapporteur

Mme MOLINA-ANDREO, rapporteur public

CABINET PALMIER & ASSOCIÉS ; CABINET PALMIER & ASSOCIÉS ; CABINET PALMIER & ASSOCIÉS ; CABINET PALMIER & ASSOCIÉS,
avocat

Lecture du lundi 19 juin 2017

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La société Sée Guichard a demandé au tribunal administratif de Pau d'annuler le marché conclu le 10 septembre 2013 entre la commune d'Ustaritz et la société Lafitte Paysage et de condamner la commune d'Ustaritz à lui verser la somme de 81 550,87 euros au titre du préjudice subi.

Par un jugement n° 1302077 du 21 mai 2015, le tribunal administratif de Pau a annulé ledit marché et condamné la commune d'Ustaritz à verser à la société Sée Guichard une somme de 23 150 euros.

Procédures devant la cour :

1. I) Par une requête, enregistrée le 21 juillet 2015 sous le n° 15BX02593, et un mémoire en réplique, enregistré le 18 octobre 2016, la société Lafitte Paysage, représentée par MeC..., demande à la cour :

1°) d'annuler le jugement n° 1301077 du tribunal administratif de Pau du 21 mai 2015 ;

2°) à titre principal, de rejeter la demande présentée devant lui par la société Sée Guichard et, à titre subsidiaire, si les conclusions de la société Guichard étaient accueillies, de ne pas prononcer l'annulation du marché ;

3°) de mettre à la charge de la société Sée Guichard la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- en ayant considéré que le manquement relevé était de nature à justifier à lui seul l'annulation du marché, sans rechercher si cette annulation avait pour effet de porter une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, le tribunal administratif a commis une erreur de droit ; en effet, le marché en cause n'a pas pu arriver à son terme, ne raison de violents orages ; les ouvrages sont devenus inexploitable ; ils ne présentent aucune utilité permettant au titulaire du marché de prétendre à une indemnisation ; l'annulation du contrat, en tant qu'elle permet à la commune de fonder toute demande de remboursement et d'empêcher la société Lafitte de se prévaloir de toute dépense utile a pour effet de porter une atteinte excessive à ses intérêts ;



PALMIER - BRAULT - ASSOCIÉS
Avocats en contrats publics

- à titre principal, il y a lieu de relever l'absence de vice entachant la passation ; l'offre retenue par la commune d'Ustaritz n'était pas une offre variante, mais bien une offre de base modifiée ; sur le fondement de l'article 28 du code des marchés publics, il a été confirmé par une réponse ministérielle que la négociation pouvait amener le candidat à modifier substantiellement son offre, sans pour autant qu'il s'agisse d'une variante ; la société Lafitte a seulement apporté des modifications substantielles à son offre à l'issue de la phase de négociation prévue par le règlement de la consultation ; de telles modifications étaient possibles, dès lors que la négociation n'a pas eu pour effet de remettre en cause les critères de sélection des offres ni le bien-fondé des prestations ; s'agissant des autres moyens soulevés par la société Guichard, la société Lafitte reprend ses arguments de première instance ; cependant, la gravité du vice retenu par les premiers juges n'était pas telle qu'elle justifiait une annulation ; ce vice ne traduisait en effet pas une claire volonté du pouvoir adjudicateur de favoriser un candidat en particulier ;

- à titre subsidiaire, l'annulation du marché entraîne une atteinte excessive à l'intérêt général et aux droits des cocontractants ; c'est pourquoi, si la cour considérait qu'une illégalité a été commise par la commune, elle ne devra pas prononcer l'annulation du marché ; saisi par un tiers au contrat, le juge doit rechercher si la mesure d'annulation porte atteinte à l'objectif de stabilité des relations contractuelles ; en l'espèce, les ouvrages réalisés font l'objet d'une procédure d'expertise ; pour la poursuite de cette expertise, il n'est matériellement pas possible de considérer qu'un contrat n'a jamais existé, l'expert devant prendre connaissance des pièces contractuelles pour réaliser sa mission ; d'autre part, alors que l'annulation doit sanctionner un comportement fautif, en l'espèce celui de la commune, elle sanctionnerait en réalité la société Lafitte ; l'annulation aurait pour effet de permettre à la commune de récupérer les sommes qu'elle a versées à la société et de lui refuser toute indemnisation en raison des travaux réalisés qui s'avèrent inutiles ; ainsi, l'annulation du marché se ferait au bénéfice de la commune et porterait gravement atteinte aux intérêts de la société, qui se verrait dans l'obligation de restituer l'ensemble des sommes reçues sans pouvoir prétendre à une quelconque indemnité ; la commune est seule responsable des irrégularités éventuellement commises dans le cadre de la passation du marché ; enfin, la remise en cause du contrat, alors qu'il avait pratiquement été exécuté avant la catastrophe naturelle, porte atteinte à l'objectif de stabilité contractuelle ; la condamnation de la commune à verser 23 150 euros à la société Guichard suffit à elle seule à sanctionner le manquement ; en tout état de cause, le juge dispose de la faculté d'annuler partiellement le marché en veillant à la préservation des intérêts en cause tout en sanctionnant l'auteur des manquements commis.

Par un mémoire en défense, enregistré le 14 septembre 2016, la société Sée Guichard, représentée par Me E..., conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société Lafitte la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- aucune atteinte à l'intérêt général ou à l'intérêt des cocontractants n'est caractérisée ;
- la commune d'Ustaritz a bien violé le principe d'égalité de traitement des candidats en attribuant le marché à la société Lafitte sur la base d'une offre remise postérieurement à la date limite de remise des offres.

Par un mémoire, enregistré le 23 septembre 2016, la commune d'Ustaritz, représentée par Me A..., demande à la cour :

- 1°) d'annuler le jugement n° 1301077 du tribunal administratif de Pau du 21 mai 2015 ;
- 2°) de rejeter la demande présentée devant le tribunal administratif de Pau par la société Sée Guichard ;
- 3°) de mettre à la charge de la société Sée Guichard la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir les mêmes moyens que dans l'instance n° 15BX02621 analysée ci-dessous.

Les parties ont été informées, en application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, de ce que l'arrêt était susceptible d'être fondé sur un moyen relevé d'office, tiré de ce que l'intervention volontaire de la commune d'Ustaritz dans cette instance n'était pas recevable.



PALMIER - BRAULT - ASSOCIÉS
Avocats en contrats publics

2015. II) Par une requête, enregistrée le 21 juillet 2015 sous le n° 15BX02594, la société Lafitte Paysage, représentée par MeC..., demande à la cour de prononcer le sursis à exécution du jugement n° 1301077 du tribunal administratif de Pau du 21 mai 2015.

Elle soutient que :

- le risque d'exposition à la perte d'une somme élevée est pour elle important ; les ouvrages réalisés en exécution du marché sont inexploitable et ne présentent aucune utilité permettant au titulaire du marché de prétendre à une indemnisation sur un fondement quasi contractuel ; sur un fondement quasi délictuel, la démarche qu'elle pourrait entreprendre serait aléatoire et très longue ; dans ces conditions, l'exécution du jugement attaqué à la perte définitive de la somme de 1 126 674,74 euros.

Par un mémoire en défense, enregistré le 31 août 2015, la société Sée Guichard, représentée par MeE..., conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société Lafitte la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle faut valoir que :

- la demande de sursis à exécution n'est pas fondée, car la société Lafitte peut parfaitement prétendre à une indemnisation, soit au titre des dépenses utiles à la commune, soit sur le fondement de la faute de ladite commune ; en outre, le maître d'ouvrage étant une commune, l'existence d'une insolvabilité de celle-ci est plus qu'improbable ; la société Lafitte n'apporte donc pas la preuve de la perte définitive de la somme alléguée.

III) Par une requête, enregistrée le 22 juillet 2015 sous le n° 15BX02621, la commune d'Ustaritz, représentée par MeA..., demande à la cour :

1°) d'annuler le jugement n° 1301077 du tribunal administratif de Pau du 21 mai 2015 ;

2°) de rejeter la demande présentée devant le tribunal administratif de Pau par la société Sée Guichard ;

3°) de mettre à la charge de la société Sée Guichard la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la négociation peut amener un candidat à modifier substantiellement son offre sans pour autant que celle-ci soit qualifiée de variante, ce qui supposerait une solution technique différente ; la société Lafitte a présenté deux solutions techniques, la seconde, intitulée " solution 1 " ne pouvant être qualifiée de variante puisqu'elle répond aux attentes du maître d'ouvrage tout en se conformant au cahier des clauses techniques particulières ; elle ne constitue qu'une solution de base modifiée par rapport à la solution initialement proposée en raison des négociations menées par la commune, et non une variante ; le règlement de la consultation prévoyait cette phase de négociation qui, en application de l'article 28 du code des marchés publics, permettait de modifier substantiellement tous les éléments de l'offre initiale ; la solution 1 de la société Lafitte a apporté des modifications importantes à son offre à l'issue de la négociation ; la modification proposée par la société Lafitte consiste en une modification substantielle et non en la remis en cause des critères de sélection des offres ; si l'offre a été substantiellement modifiée, elle a été évaluée selon les modalités prédéfinies dans le règlement de la consultation et demeure ainsi conforme aux attentes du pouvoir adjudicateur ; au total, il ne s'agissait pas d'une variante, mais d'une solution modificative d'ordre substantiel ; la solution 1 de la société Lafitte pouvait ainsi tout à fait être évaluée et être retenue ;

- aucun des autres vices invoqués par la société Guichard ne vicie le consentement de la personne publique et ne portent atteinte au bien-fondé du contrat ;

- le moyen tiré de l'irrégularité de la méthode de notation doit être écarté ; la formule appliquée tant à la société Lafitte qu'à la société Guichard est identique ; la commune entendait privilégier la valeur technique des offres ; la méthode de notation des critères est librement déterminée par l'acheteur public ;



PALMIER - BRAULT - ASSOCIÉS
Avocats en contrats publics

- le moyen tiré d'une erreur dans l'analyse des offres doit également être rejeté ; la société Guichard ne démontre pas en quoi les mesures mentionnées sur les procès-verbaux ne seraient pas les mêmes que celle que soit la solution proposée ; il lui appartenait d'indiquer au pouvoir adjudicateur les caractéristiques de la solution technique proposée et leur conformité aux procès-verbaux de mesure ; tel n'ayant pas été le cas, la commune n'a pu lui attribuer de points ; elle n'a ainsi commis aucune erreur manifeste d'appréciation ;
- le moyen tiré de la violation de l'obligation de transparence de la commune sera également écarté ; si la société Guichard invoque une prétendue imprécision de l'élément de notation relatif au bilan carbone du chantier, l'élément de notation, tel qu'il avait été fourni au candidat, sous la forme d'un tableau récapitulatif des émissions, était suffisamment clair ;
- à titre subsidiaire, et contrairement à ce qu'a retenu le premier juge, le contrat n'a pas été entièrement exécuté, puisque, à la suite des inondations du 4 juillet 2014, les travaux ont été arrêtés et aucune réception n'est intervenue ;
- en tout état de cause, la volonté de la commune de favoriser la société Lafitte n'est pas démontrée ;
- la société Guichard doit donc être déboutée de sa demande d'indemnisation ; au demeurant, celle-ci est excessive et n'est justifiée par aucun élément objectif ou comptable.

Par un mémoire en défense, enregistré le 14 septembre 2016, la société Sée Guichard, représentée par Me E..., conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la commune d'Ustaritz la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- la commune d'Ustaritz a violé le principe d'égalité de traitement des candidats en attribuant le marché à la société Lafitte sur la base d'une offre remise postérieurement à la date limite de remise des offres ;
- elle réitère l'existence des trois autres irrégularités dont est entachée le marché déjà soulevées en première instance ;
- la méthode de notation mise en œuvre par la commune était irrégulière ; la formule adoptée a eu pour effet de neutraliser les écarts de prix entre les candidats ; son offre était moins chère que celle de l'attributaire ; elle a ainsi été privée d'une chance sérieuse d'emporter le marché ;
- la commune a entaché son analyse des offres d'une erreur manifeste d'appréciation ; à cet égard, elle a également été privée d'une chance sérieuse d'obtenir le marché ;
- le principe de transparence a été violé s'agissant du bilan carbone du chantier ;
- le pouvoir adjudicateur a ainsi, via son maître d'œuvre, favorisé un des candidats ;
- contrairement à ce que prétend la commune, les travaux ne sont pas achevés ; en tout état de cause, la circonstance que le marché ait été totalement exécuté est sans incidence sur la faculté qu'a le juge d'en prononcer l'annulation.

Vu les autres pièces des dossiers.

Vu :

- le code des marchés publics ;
- le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :



PALMIER - BRAULT - ASSOCIÉS
Avocats en contrats publics

- le rapport de Mme Florence Rey-Gabriac,
- les conclusions de Mme Béatrice Molina-Andréo, rapporteur public,
- et les observations de MeB..., représentant la société Lafitte Paysage, et de Me D..., représentant la société See Guichard.

Considérant ce qui suit :

1. Dans le cadre des travaux de réalisation d'un complexe sportif dans le secteur d'Etxeparea, situé au niveau du site Natura 2000 " la Nive ", la commune d'Ustaritz (Pyrénées-Atlantiques) a, au terme d'un avis d'appel public à la concurrence et selon la procédure adaptée prévue à l'article 28 du code des marchés publics, attribué, le 10 septembre 2013, le lot n° 2 " terrains sportifs " à la société Lafitte Paysage pour un montant total de 1 211 290,50 euros HT. Cependant, la société Sée Guichard, dont l'offre n'a pas été retenue, a contesté la validité du contrat passé entre la commune d'Ustaritz et la société Lafitte Paysage. Par un jugement du 21 mai 2015, le tribunal administratif de Pau a annulé le contrat et condamné la commune d'Ustaritz à verser à la société Sée Guichard une indemnité de 23 150 euros. Par une requête n° 15BX02593, la société Lafitte Paysage demande l'annulation de ce jugement. Par une requête n° 15BX02594, cette même société en demande le sursis à exécution. Par une requête n° 15BX02621, la commune d'Ustaritz demande également l'annulation de ce jugement. Ces trois requêtes présentant des questions identiques à juger et ayant fait l'objet d'une instruction commune, il y a lieu de les joindre pour y statuer par un même arrêt.

Sur les deux requêtes au fond :

En ce qui concerne l'intervention de la commune d'Ustaritz dans l'instance n° 15BX02593 :

2. Par un mémoire, enregistré le 23 septembre 2016 dans l'instance n° 15BX02593, qu'elle a intitulé " mémoire en défense ", la commune d'Ustaritz présente, non des conclusions en défense, mais des conclusions identiques à celles présentées par la société Lafitte, requérante, à savoir des conclusions à fin d'annulation du jugement attaqué et de rejet de la demande de première instance présentée par la société Sée Guichard. Par suite, les écritures de la commune, présentées par ministère d'avocat, doivent être regardées, dans cette instance, comme des écritures en intervention volontaire. Cependant, une personne publique qui a été mise en cause en première instance, comme c'est le cas pour la commune d'Ustaritz, et qui avait capacité pour faire appel, n'est pas recevable à présenter une intervention devant le juge d'appel.

En ce qui concerne la validité du contrat :

3. Indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires.
4. Saisi de telles conclusions par un concurrent évincé, il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences. Il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnités en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat.
5. D'une part, aux termes du II de l'article 50 du code des marchés publics : " Pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée, lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, les candidats peuvent proposer des variantes sauf si le pouvoir adjudicateur a mentionné dans les documents de consultation qu'il s'oppose à l'exercice de cette faculté ". Pour l'application de ces dispositions, constituent des "variantes" des modifications, faites à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation. En



PALMIER - BRAULT - ASSOCIÉS
Avocats en contrats publics

- revanche, ne constituent pas des "variantes" des précisions que les candidats doivent apporter, en application du règlement de consultation, sur les moyens techniques mis en oeuvre pour exécuter le marché. Une offre qui comporte un procédé d'exécution différent de celui qui est prévu dans le cahier des clauses techniques particulières constitue une variante, même si sa mise en oeuvre permettrait la réalisation d'un ouvrage conforme à celui qu'a demandé la personne publique.
6. D'autre part, aux termes de l'article 12.2 du cahier des clauses techniques particulières du marché : " (...) les matériaux auront les caractéristiques suivantes : - la couche de fondation sera une grave semi-concassée 0/60 (...) couche de fondation GNT 0/60 (...) épaisseur 25 cm (...) ". L'article 2.3 du règlement de la consultation dispose, s'agissant des offres variantes, que l'entrepreneur " devra établir un acte d'engagement avec la mention 'variante' et préciser obligatoirement les prestations complémentaires ou modifiées en y joignant une notice explicative comprenant notamment la refonte du CCTP nécessaire pour l'adapter à la variante proposée ".
 7. Il résulte de l'instruction, comme l'ont relevé les premiers juges, que, lors de l'analyse des offres et à l'issue de la seconde phase de négociation avec les sociétés dont l'offre a été examinée, la commune d'Ustaritz a procédé au classement d'une offre dénommée " Lafitte solution 1 ", laquelle ne figurait ni dans les offres de base, ni dans les offres de variante présentées, dans le délai de dépôt de leurs dossiers de candidature, par les différents candidats et a, d'ailleurs, finalement retenu cette offre. Si tant la commune d'Ustaritz que la société Lafitte Paysage font valoir que celle-ci ne constituait qu'une " solution de base modifiée ", outre le fait, d'une part, que le pouvoir adjudicateur l'a regardée comme une offre à part entière, différente de l'offre de base de ladite société, et l'a classée comme telle, et, d'autre part, que ni la commune ni la société ne contestent pas le caractère substantiel de la modification opérée, il résulte de l'instruction que la modification apportée par la société Lafitte Paysage à son offre de base consistait en la suppression de la couche de fondation GNT 0/60, d'une épaisseur de 25 cm pour les terrains synthétiques, prévue dans les dispositions précitées du cahier des clauses techniques particulières, et son remplacement par un traitement spécifique du fond. Par suite, c'est à bon droit que les premiers juges ont considéré qu'une telle modification des spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation et consistant en un procédé, non de fabrication, mais d'exécution différent de celui qui était prévu dans le cahier des clauses techniques particulières constituait ainsi une variante, au sens des dispositions précitées.
 8. Les premiers juges en ont déduit à juste titre, qu'en examinant puis en retenant cette offre variante alors que la société Lafitte Paysage n'avait présenté qu'une offre de base lors du dépôt de sa candidature, la commune d'Ustaritz avait remis en cause les conditions de l'appel à concurrence et méconnu les principes fondamentaux de la commande publique, notamment le principe de l'égalité de traitement entre les candidats. Ils en ont également déduit qu'un tel manquement était, au regard de sa gravité, de nature à justifier à lui seul l'annulation du marché en litige.
 9. Un manquement d'une particulière gravité au regard des règles de la commande publique est susceptible de justifier l'annulation d'un marché incomplètement exécuté, dès lors que cette annulation ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants.
 10. Il résulte de l'instruction, comme le fait valoir la société Lafitte Paysage que, bien que les travaux qu'elle avait en charge au titre du lot n° 2, à savoir essentiellement la réalisation de plusieurs terrains de sport, dont un terrain en gazon naturel, un en gazon synthétique et des courts de tennis, aient été achevés, le chantier n'a jamais été réceptionné, en raison de la survenue, en juillet 2014, d'un très violent orage, qui a entraîné des inondations et des dégâts majeurs sur les équipements et ouvrages en cours d'achèvement. A la suite de ce sinistre, deux ordonnances du juge des référés du tribunal administratif de Pau, en date des 14 août et 16 octobre 2014, ont prescrit des expertises, aux fins notamment d'évaluer les dégâts et de préconiser des mesures conservatoires ainsi que les travaux de remise en état nécessaires. Le rapport d'expertise, prescrit par la seconde de ces ordonnances, rendu en juin 2016, établit que la survenue de ces intempéries a valu à la commune d'Ustaritz un classement en catastrophe naturelle et que " les ouvrages et équipements sont en l'état inutilisables et par conséquent impropres à leur destination ", à l'exception des courts de tennis. Il résulte également de l'instruction que la commune a, en mai 2016, procédé à un nouvel appel d'offres en vue de la " reprise des travaux du complexe sportif de la plaine des sports d'Etcheparea ", marché visant notamment à " mettre en oeuvre des solutions de rénovation des équipements ", c'est-à-dire, pour l'essentiel, à remettre en état les revêtements des terrains, ravagés par l'inondation.
 11. Toutefois, si la société Lafitte Paysage soutient que l'annulation totale du marché porterait atteinte à l'intérêt général, celui-ci n'est pas lésé dès lors que les ouvrages ne peuvent absolument pas être exploités et doivent être, de toutes façons,



PALMIER - BRAULT - ASSOCIÉS
Avocats en contrats publics

entièrement repris, via un nouveau marché. A cet égard, la circonstance qu'une expertise soit actuellement en cours est sans incidence. Elle soutient également que l'annulation faite par les premiers juges porte atteinte à la stabilité des relations contractuelles et aux droits des co-contractants, dès lors qu'elle est susceptible de lui causer un préjudice financier majeur, pour lequel elle ne pourra être indemnisée.

12. Cependant, l'entrepreneur dont le contrat est entaché de nullité peut prétendre, d'une part, sur un terrain quasi-contractuel, au remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé. Les fautes éventuellement commises par l'intéressé antérieurement à la signature du contrat sont sans incidence sur son droit à indemnisation au titre de l'enrichissement sans cause de la collectivité, sauf si le contrat a été obtenu dans des conditions de nature à vicier le consentement de l'administration, ce qui fait obstacle à l'exercice d'une telle action. En l'espèce, il résulte tant de l'expertise précitée que du nouvel appel d'offres lancé par la commune qu'il s'agit non pas de reconstruire à partir de rien, mais de rénover des équipements, certes très dégradés, mais déjà existants, et que certains d'entre eux, tels les courts de tennis, n'ont pas souffert des inondations de juillet 2014. Par suite, une partie au moins des travaux réalisés par la société Lafitte constitue des dépenses utiles pour la commune, dont elle pourra demander l'indemnisation sur un terrain quasi-contractuel, l'éventuelle privation d'utilité pour la commune de certaines parties des équipements trouvant en tout état son origine dans l'évènement climatique et non dans l'annulation du contrat. D'autre part, dans le cas où la nullité du contrat résulte d'une faute de l'administration, l'entrepreneur peut en outre, sous réserve du partage de responsabilités découlant le cas échéant de ses propres fautes, prétendre à la réparation du dommage imputable à la faute de l'administration. Il peut à ce titre demander le paiement du bénéfice dont il a été privé par la nullité du contrat, si toutefois l'indemnité à laquelle il a droit sur un terrain quasi-contractuel ne lui assure pas déjà une rémunération supérieure à celle que l'exécution du contrat lui aurait procurée. Dans ces conditions, la société Lafitte, qui a dû par ailleurs contracter une assurance dommages travaux, n'est pas fondée à soutenir qu'aucune voie ne lui serait ouverte pour l'indemnisation de son préjudice issu de l'annulation contentieuse du marché dont elle était titulaire.
13. Il résulte de ce qui précède que les premiers juges ont, à bon droit, pu prononcer l'annulation du marché en litige, quand bien même n'est-il pas établi que le manquement susdécrit aurait eu pour objet de favoriser la société Lafitte Paysage et qu'ils ont à bon droit, par une méthode de calcul qui n'est pas contestée en appel par la commune, condamné cette dernière à indemniser la société Sée Guichard à hauteur de 23 150 euros HT.
14. Il résulte de tout ce qui précède que ni la société Lafitte Paysage ni la commune d'Ustaritz ne sont fondées à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif a prononcé l'annulation du marché en litige et a condamné la commune à indemniser la société Sée Guichard évincée du marché.

Sur la requête à fin de sursis à exécution :

15. Le présent arrêt statue sur l'appel de la société Lafitte Paysage tendant à l'annulation du jugement attaqué. Par suite, il n'y a pas lieu de statuer sur son recours tendant à ce qu'il soit sursis à l'exécution du même jugement.

Sur les conclusions au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

16. Ces dispositions font obstacle à ce qu'il soit mis à la charge de la société Sée Guichard, qui n'est pas la partie perdante dans les présentes instances, les sommes que demandent la société Lafitte Paysage et la commune d'Ustaritz sur ce fondement. En revanche, il y a lieu de mettre à la charge des requérantes une somme de 2 000 euros chacune que demande la société Sée Guichard sur le même fondement.

DECIDE

Article 1er : Il n'y a pas lieu de statuer sur la requête n° 15BX02594.

Article 2 : L'intervention de la commune d'Ustaritz n'est pas admise dans l'instance n° 15BX02593.

Article 3 : Les requêtes n°s 15BX02593 et 15BX02621 de la société Lafitte Paysage et de la commune d'Ustaritz sont rejetées.

Article 4 : Il est mis à la charge de la société Lafitte Paysage et de la commune d'Ustaritz la somme de 2 000 euros chacune, à verser à la société Sée Guichard sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.



Article 5 : Le présent arrêt sera notifié à la société Lafitte Paysage, à la commune d'Ustaritz et à la société

