

Conseil d'Etat, 22 décembre 2008, n°311268 (Procédure d'appel d'offres - Irrégularités - Validité de la procédure)

22/12/2008

Une communauté de communes a engagé une procédure d'appel d'offres pour la passation d'un marché de services de transport public. Une entreprise a saisi le juge des référés précontractuels d'une demande d'annulation de la procédure invoquant plusieurs faits dont celui que les avis d'appel public à la concurrence mentionnaient à tort que le marché n'était pas soumis à l'accord sur les marchés publics de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), l'avis publié au Bulletin Officiel d'Annonces de Marchés Publics (BOAMP) n'indiquait pas la date d'envoi de l'avis destiné à être publié au Journal Officiel de l'Union Européenne (JOUE). La haute juridiction administrative a considéré que ces irrégularités ne peuvent pas entraîner l'annulation de la procédure. Elle indique en effet qu'en égard à leur portée et dès lors qu'elles se rapportent à une phase de la procédure antérieure à la sélection de son offre, la société requérante, dont la candidature a été admise n'est pas susceptible d'avoir été lésée et ne risque pas de l'être par les irrégularités invoquées.

Conseil d'État

N° 311268

Inédit au recueil Lebon

7ème et 2ème sous-sections réunies

M. Martin, président

M. Alban de Nervaux, rapporteur

M. Dacosta Bertrand, commissaire du gouvernement

FOUSSARD ; SCP CELICE, BLANCPAIN, SOLTNER, avocats

lecture du lundi 22 décembre 2008

REPUBLIQUE FRANCAISE AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu le pourvoi, enregistré le 5 décembre 2007 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présenté pour la COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION SALON-ETANG DE BERRE-DURANCE, dont le siège est 197 rue du Pavillon B.P. 274 à Salon-de-Provence (13666) ; la COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION SALON-ETANG DE BERRE-DURANCE demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance du 19 novembre 2007 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Marseille, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a, à la demande de la société Transprovence, annulé la procédure de passation du marché relatif à des services de transport public par autobus ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande présentée par la société Transprovence devant le tribunal administratif de Marseille ;

3°) de mettre la somme de 4 000 euros à la charge de la société Transprovence au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Alban de Nervaux, Auditeur,

- les observations de Me Foussard, avocat de la COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION SALON-ETANG DE BERRE-DURANCE et

de la SCP Célice, Blancpain, Soltner, avocat de la société Transprovence,

- les conclusions de M. Bertrand Dacosta, Commissaire du gouvernement ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics (...) / Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local (...) / Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours (...) » ;

Considérant que la COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION SALON-ETANG DE BERRE-DURANCE se pourvoit en cassation contre l'ordonnance du 19 novembre 2007 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Marseille, statuant en application des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a, à la demande de la société Transprovence, annulé la procédure de passation d'un marché relatif à des services de transport public par autobus ;

Considérant qu'en vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements ; qu'il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ; que, par suite, en annulant la procédure de passation litigieuse en raison, d'une part, de l'absence de mention dans l'avis paru au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) de la date de l'envoi de l'avis de marché à l'office des publications officielles de l'Union européenne, et, d'autre part, de la divergence relevée, quant à la durée du marché, entre l'avis d'appel public à la concurrence et l'acte d'engagement, sans rechercher si des telles irrégularités, à les supposer établies, étaient susceptibles d'avoir lésé la société Transprovence ou risquaient de la léser, ce juge a commis une erreur de droit justifiant l'annulation de son ordonnance ;

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée ;

Considérant que la société Kéolis, dont l'offre a été retenue dans le cadre de la procédure de passation du marché en cause, justifie, en cette qualité, d'un intérêt suffisant lui donnant qualité pour intervenir au soutien de la COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION SALON-ETANG DE BERRE-DURANCE ; que, par suite, son intervention peut être admise ;

Considérant en premier lieu que la société Transprovence soutient que les avis d'appel public à la concurrence parus au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) et au Bulletin officiel des annonces en matière de marchés publics (BOAMP) mentionnent, à tort, que le marché en cause n'est pas soumis à l'Accord sur les marchés publics, que ces mêmes avis mentionnent, également à tort, que le marché n'avait pas fait l'objet d'une publicité antérieure et que l'avis publié au BOAMP n'indique pas la date d'envoi de l'avis destiné à la publication au JOUE ; que, toutefois, eu égard à leur portée, et dès lors qu'elles se rapportent à une phase de la procédure antérieure à la sélection de son offre, il ne résulte pas de l'instruction que la société Transprovence, dont la candidature a été admise, soit susceptible d'avoir été lésée ou risque d'être lésée par les irrégularités ainsi invoquées ; que la circonstance que la communauté urbaine n'ait pas indiqué, au titre de la rubrique IV.3.8) « modalités d'ouverture des offres » des avis, la date et l'heure de réunion de la commission d'appel d'offre, laquelle n'est pas publique, est également insusceptible d'avoir lésé la société Transprovence et ne risque pas de la léser ;

Considérant, en deuxième lieu, que si les avis d'appel public à la concurrence mentionnaient à la rubrique « II.3) Durée du marché ou délai d'exécution », une durée de 63 mois à compter de l'attribution du marché, alors que l'acte d'engagement indiquait que la durée du marché est de « cinq ans et trois mois à compter de sa notification », il n'en résultait pas une incertitude réelle quant à la durée du marché, compte tenu, d'une part, de ce que les avis litigieux précisaient par ailleurs, à la rubrique II.1.5) que « le marché est conclu pour une durée de cinq ans et trois mois à compter de sa notification (trois mois de préparation - 5 ans d'exécution) » et, d'autre part, des indications précitées figurant dans l'acte d'engagement ; que, compte tenu de la nature des modifications ayant conduit à accorder aux candidats un délai supplémentaire pour remettre leurs offres, relatives aux formules de calcul de coût figurant sur la plate-forme de dématérialisation, le délai

supplémentaire de huit jours accordé en l'espèce par la communauté d'agglomération était suffisant ; qu'ainsi, eu égard à leur portée, la société Transprovence ne saurait se prévaloir de ces circonstances, qui sont insusceptibles de l'avoir lésée et ne risquent pas de la léser ;

Considérant, enfin, que si la communauté d'agglomération s'est présentée, à tort, comme une entité adjudicatrice au sens de l'article 134 du code des marchés publics, cette circonstance a été en l'espèce sans incidence sur les conditions de la mise en concurrence dès lors que la procédure retenue a été celle de l'appel d'offre ouvert ; qu'en imposant la forme du groupement solidaire en cas d'attribution du marché à un groupement d'entreprises, la communauté d'agglomération n'a pas, compte tenu de la nature des prestations en cause, méconnu les dispositions de l'article 51-VII du code des marchés publics ; que contrairement à ce que soutient la société Transprovence, la communauté d'agglomération n'était pas tenue de fixer dans les avis d'appel public à la concurrence des niveaux minimaux de capacité requis en vue de la sélection des candidatures ; qu'en indiquant l'existence d'un référé précontractuel devant être exercé avant la signature du marché, la communauté d'agglomération a rempli avec suffisamment de précision la rubrique des avis relative aux voies et délais de recours ; qu'il résulte de ce qui précède qu'à supposer que les irrégularités ainsi invoquées par la société Transprovence soient susceptibles de l'avoir lésée ou risqueraient de la léser, celles-ci ne sont pas constitutives de manquements de la communauté d'agglomération à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; que, de même, la circonstance qu'à l'occasion de la diffusion des réponses apportées aux questions d'un candidat, l'identité de celui-ci ait été communiquée aux autres candidats n'est en tout état de cause pas constitutive d'une méconnaissance par la communauté d'agglomération des obligations de publicité et de mise en concurrence lui incombant ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la demande présentée par la société Transprovence devant le juge des référés du tribunal administratif de Marseille doit être rejetée, ainsi que, par voie de conséquence, ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; qu'il y a lieu, en revanche, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de cette société une somme de 4 000 euros à verser à la COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION SALON-ETANG DE BERRE-DURANCE ;

DECIDE :

Article 1er : L'ordonnance du 19 novembre 2007 du juge des référés du tribunal administratif de Marseille est annulée.

Article 2 : L'intervention de la société Kéolis devant le juge des référés du tribunal administratif de Marseille est admise.

Article 3 : La demande présentée par la société Transprovence devant le juge des référés du tribunal administratif de Marseille est rejetée.

Article 4 : La société Transprovence versera à la COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION SALON-ETANG DE BERRE-DURANCE une somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : Les conclusions présentées par la société Transprovence au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 6 : La présente décision sera notifiée à la COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION SALON-ETANG DE BERRE-DURANCE, à la société Transprovence et à la société Kéolis.