

Conseil d'Etat, 8 avril 2005, Société Radiometer (marchés publics - obligation de publicité)

08/04/2005

Vu la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 27 juillet et 10 août 2004 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la SOCIETE RADIOMETER, dont le siège social est Z.A. Fontaine du Vaisseau, 8, rue Edmond Michelet à Neuilly-Plaisance (93360), prise en la personne de ses représentants légaux en exercice, domiciliés en cette qualité audit siège ; la SOCIETE RADIOMETER demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance du 21 juillet 2004 par laquelle le magistrat délégué par le président du tribunal administratif de Paris a rejeté sa demande tendant, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, à l'annulation de la procédure de passation, par l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris, d'un marché ayant pour objet la fourniture d'analyseurs de pH et gaz du sang et à ce qu'il soit enjoint à cet établissement de reprendre la procédure en se conformant à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

2°) réglant l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par elle, de faire droit intégralement à sa demande de première instance ;

3°) de mettre à la charge de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris une somme de 4 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la directive 93/35/CEE du Conseil du 14 juin 1993, notamment son annexe IV, modifiée par la directive 2001/78/CE de la Commission du 13 septembre 2001 ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Sur l'intervention de la société Nova Biomédical France :

Considérant que la société Nova Biomédical France a intérêt au maintien de l'ordonnance attaquée ; que, par suite, son intervention est recevable ;

Sur la requête de la SOCIETE RADIOMETER :

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, des contrats de partenariat, des contrats visés au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du code de la santé publique et des conventions de délégation de service public. / 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. / (...) Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés";

Considérant que la SOCIETE RADIOMETER demande l'annulation de l'ordonnance du 21 juillet 2004 par laquelle le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Paris a rejeté sa demande tendant, sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, à l'annulation de la procédure de passation, par l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris, d'un marché ayant pour objet la fourniture d'analyseurs de pH et gaz du sang et à ce qu'il soit enjoint à cet établissement de reprendre cette procédure en se conformant à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

Considérant qu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché et, par suite, habilitée à agir devant le juge des référés précontractuels, peut invoquer devant ce juge tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation du marché en cause, même si un tel manquement n'a pas été commis à son détriment ; qu'ainsi, en se bornant, pour rejeter la demande de la SOCIETE RADIOMETER, à relever que celle-ci n'établissait pas "des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence de nature à avoir porté atteinte à ses chances de conclure le marché en cause", le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Paris a commis une erreur de droit ; que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de sa requête, la

SOCIETE RADIOMETER est fondée à demander, pour ce motif, l'annulation de l'ordonnance attaquée ;

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par la SOCIETE RADIOMETER ;

Sur la recevabilité de la demande de la SOCIETE RADIOMETER devant le tribunal administratif de Paris :

Considérant que la SOCIETE RADIOMETER, qui commercialise des analyseurs de pH et gaz du sang et était, au surplus, candidate à l'attribution du marché litigieux, est susceptible d'être lésée par tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation de ce marché ; que, par suite, alors même que sa candidature a été écartée comme irrecevable faute d'avoir été présentée dans les formes prévues par le règlement de la consultation, elle est au nombre des personnes habilitées à agir devant le juge des référés précontractuels en vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ; que, dès lors, doit être écartée la fin de non-recevoir tirée, par l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris, du défaut d'intérêt donnant qualité pour agir à la SOCIETE RADIOMETER ;

Sur la régularité de la procédure de passation du marché litigieux :

Considérant qu'aux termes de l'article 9, paragraphe 2, de la directive 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures : "Les pouvoirs adjudicateurs désireux de passer un marché public par procédure ouverte ou restreinte ou par procédure négociée dans les cas visés à l'article 6 paragraphe 2 font connaître leur intention au moyen d'un avis" ; qu'aux termes du paragraphe 4 du même article : "Les avis sont établis conformément aux modèles qui figurent à l'annexe IV et précisent les renseignements qui y sont demandés (...)" ; que l'annexe IV de la directive 93/36/CEE a été remplacée par l'annexe I de la directive 2001/78/CE de la Commission du 13 septembre 2001 sur l'utilisation des formulaires standard pour la publication des avis de marchés publics, dont le délai de transposition a expiré le 1er mai 2002 ;

Considérant que le V de l'article 40 du code des marchés publics, qui a notamment pour objet de transposer en droit interne le principe de l'obligation de publicité résultant des dispositions précitées de la directive 93/36/CEE, dispose, dans sa rédaction issue du décret du 7 janvier 2004, applicable aux faits de l'espèce : "Pour les marchés de fournitures et de services d'un montant supérieur à 150 000 euros hors taxe pour l'Etat et 230 000 euros hors taxe pour les collectivités territoriales, et pour les marchés de travaux d'un montant supérieur à 5 900 000 euros hors taxe, la personne publique est tenue de publier un avis d'appel public à la concurrence dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne (...)" ; qu'aux termes du VI du même article : "Les avis mentionnés aux III, IV et V sont établis conformément aux modèles fixés par arrêté du ministre chargé de l'économie" ; que demeure en vigueur, en ce qui concerne la publication des avis au Journal officiel de l'Union européenne, l'arrêté du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 4 décembre 2002 fixant les modèles de formulaires pour la publication de tels avis, qui n'a pas été abrogé par l'arrêté du même ministre du 30 janvier 2004 pris en application des articles 40 et 80 du code des marchés publics et fixant les modèles de formulaires pour la publication des avis relatifs à la passation et à l'attribution de marchés publics, lequel ne s'applique qu'aux publications effectuées dans des journaux nationaux ; que, toutefois, à la date à laquelle a été pris l'arrêté du 4 décembre 2002, aucune disposition du code des marchés publics ni aucune autre disposition législative ou réglementaire ne donnait compétence au ministre aux fins d'édicter de telles mesures ; qu'ainsi, l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris est fondée à soutenir que, alors même qu'il est intervenu pour la transposition de la directive 2001/78/CE, cet arrêté a été pris par une autorité incompétente ; que l'intervention des dispositions précitées du VI de l'article 40 du code des marchés publics, dans sa rédaction issue du décret du 7 janvier 2004, n'a pu avoir pour effet de couvrir le vice dont est entaché cet arrêté, lequel demeure illégal ; qu'ainsi, alors même qu'il n'est pas contesté que le marché de fournitures litigieux est au nombre de ceux visés au V du même article, la SOCIETE RADIOMETER ne peut utilement soutenir que l'avis d'appel public à la concurrence publié au Journal officiel de l'Union européenne le 21 avril 2004 à la demande de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris serait irrégulier faute de comporter certaines mentions exigées par le modèle d'avis de marché annexé à l'arrêté du 4 décembre 2002 ;

Considérant, toutefois, qu'en raison de l'illégalité de ce dernier arrêté, les règles nationales applicables à la procédure de passation du marché de fournitures litigieux ne permettaient pas d'assurer une publicité de l'avis d'appel public à la concurrence dans des conditions compatibles avec les objectifs de la directive 93/36/CEE, et notamment de son annexe IV, remplacée, ainsi qu'il a été dit, par l'annexe I de la directive 2001/78/CE, laquelle fait notamment figurer, parmi les mentions que doivent comporter les avis de marchés, sous l'intitulé "conditions de participation", les "renseignements concernant la situation propre (...) du fournisseur (...)" et les "renseignements et formalités nécessaires pour l'évaluation de la capacité économique, financière et technique minimale requise" ; que l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris était tenue, nonobstant l'absence de mesures nationales sur ce point, d'assurer une publicité de ses intentions compatible avec les objectifs de ces directives ; que **l'avis d'appel public à la concurrence publié au Journal officiel de l'Union européenne le 21 avril 2004 se borne, en ce qui concerne les conditions de participation au marché litigieux,**

à renvoyer aux mentions du règlement de la consultation ; qu'un tel renvoi, alors notamment que le règlement de la consultation ne fait pas l'objet des mêmes mesures de publicité que l'avis d'appel public à la concurrence et n'a vocation à être remis qu'aux entreprises qui manifestent leur intérêt pour le marché en cause auprès du pouvoir adjudicateur, est incompatible avec les obligations de publicité incombant à ce dernier en vertu des objectifs poursuivis par la directive 93/36/CEE ; que les dispositions de l'article 42 du code des marchés publics en vertu desquelles le règlement de la consultation "est facultatif si les mentions qui doivent y être portées figurent dans l'avis d'appel public à la concurrence" n'ont ni pour effet de dispenser l'acheteur public de porter dans ce dernier avis, lorsqu'elles figurent dans le règlement de la consultation, les mentions exigées par l'annexe IV de la directive 93/36/CEE, telle que modifiée par l'annexe I de la directive 2001/78/CE ; que, dès lors, la SOCIETE RADIOMETER est fondée à soutenir que **l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris a méconnu les obligations de publicité qui lui incombent en vertu des objectifs poursuivis par ces directives ;**

Considérant qu'il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la demande de la SOCIETE RADIOMETER, que celle-ci est fondée à demander l'annulation de la procédure de passation du marché litigieux ; qu'il y a lieu, ainsi que le demande cette société, d'enjoindre à l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris, si elle entend conclure un marché de même objet, de reprendre la procédure de passation en se conformant à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de la SOCIETE RADIOMETER, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, la somme que l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des mêmes dispositions et de mettre à la charge de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris la somme de 4 000 euros que la SOCIETE RADIOMETER demande au titre des mêmes frais ;

DECIDE :

Article 1er : L'intervention de la société Nova Biomédical France est admise.

Article 2 : L'ordonnance du juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Paris en date du 21 juillet 2004 est annulée.

Article 3 : La procédure de passation du marché ayant pour objet la fourniture à l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris d'analyseurs de pH et gaz du sang est annulée.

Article 4 : Il est enjoint à l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris, si elle entend conclure un marché de même objet, de reprendre la procédure de passation en se conformant à ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

Article 5 : L'Assistance publique-Hôpitaux de Paris versera à la SOCIETE RADIOMETER une somme de 4 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 6 : Les conclusions de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 7 : La présente décision sera notifiée à la SOCIETE RADIOMETER, à l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris et au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie.