



Candidature publique et privée : comment assurer une mise en concurrence « loyale » ?

CE 14 juin 2019, Société Vinci construction maritime et fluvial, req. n°411444

Le Conseil d'Etat rappelle les conditions dans lesquelles une collectivité territoriale ou un établissement public de coopération peuvent se porter candidat à l'attribution d'un contrat public pour répondre aux besoins d'une autre personne publique.

Enseignement n°1 : L'admission de principe de la candidature des personnes publique pour l'obtention des contrats publics

Dans son avis en date du 8 novembre 2000, Sté Jean-Louis-Bernard Consultants, le Conseil d'Etat a déjà eu l'occasion de rappeler qu'aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public .

L'article L 1220-1 du Code de la commande publique consacre désormais cette solution puisqu'il indique qu'un opérateur économique peut être toute personne physique ou morale, « publique » ou privée, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services.

Une personne publique peut donc désormais concourir avec d'autres personnes publiques et/ou des entreprises privées en vue de l'obtention d'un marché public.

Mais comme le précise l'article L 3 du même code, les marchés publics doivent respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes se sont vus reconnaître le caractère de principes généraux du droit par le Conseil d'Etat avant que le Conseil constitutionnel ne les érige au rang de principes à valeur constitutionnelle .

Et c'est précisément au regard de ces principes que la participation des personnes publiques aux procédures de marchés ne cesse de poser un certain nombre de questions notamment en ce qui concerne le respect du principe d'égalité. L'égalité des candidats concerne en effet aussi bien l'accès à la commande publique que son organisation ; elle a également des implications lors de l'attribution du marché. Ainsi, même si le principe de libre concurrence n'a jamais signifié que soit assurée une égalité absolue entre les candidats , les personnes publiques candidates à un marché public n'ont aucune raison de bénéficier d'un traitement de faveur par rapport à leurs concurrents privés.

Le contrôle du respect du principe d'égalité de traitement entre les opérateurs publics et privés doit donc s'opérer au cas par cas, en tenant compte des contraintes particulières qui pèsent sur chacun d'eux.

Les dernières décisions de jurisprudence montrent que le contrôle du juge administratif est de plus en plus vigilant sur le seul point tranché à ce jour par le Conseil d'Etat qui concerne les conditions dans lesquelles l'offre d'une personne publique peut loyalement concurrencer celle d'une personne privée. L'examen des conditions de participation des personnes publiques aux procédures de mise en concurrence relève quant à lui plus d'une approche in concreto que l'on peut qualifier de compensatoire par rapport aux opérateurs privés

Dans son arrêt du 14 juin 2019, le Conseil d'Etat précise les conditions dans lesquelles une collectivité territoriale ou un établissement public de coopération peuvent se porter candidat à l'attribution d'un contrat public pour répondre aux besoins d'une autre personne publique en indiquant qu'une telle participation n'est possible que si elle répond à un tel intérêt public, c'est-à-dire si elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération a la charge, dans le but « notamment » d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de la mission.

Le Conseil d'Etat ajoute cependant que cet amortissement ne doit toutefois pas s'entendre dans un sens précisément comptable, mais plus largement comme traduisant l'intérêt qui s'attache à l'augmentation du taux d'utilisation des équipements de la collectivité, dès lors que ces derniers ne sont pas surdimensionnés par rapport à ses propres besoins.

Dans cette affaire, le département de la Vendée avait engagé une procédure de publicité et de mise en concurrence en vue d'assurer des travaux de dragage. Le département de la Charente-Maritime a décidé de candidater à la procédure et s'est vu déclaré attributaire du contrat.

Le Conseil d'Etat valide la candidature du département de la Charente-Maritime au motif que la drague qu'il a acquise a été dimensionnée pour faire face aux besoins et aux spécificités des ports de son territoire mais n'est utilisée qu'une partie de l'année pour répondre à ces besoins.

Partant la Haute Juridiction considère que l'utilisation de cette drague hors du territoire départemental peut être regardée comme s'inscrivant dans le prolongement du service public de création, d'aménagement et d'exploitation des ports maritimes de pêche dont il a la charge, sans pour autant compromettre l'exercice de cette mission et que la mise à disposition de cette drague pour le compte d'un autre département permet d'amortir l'équipement et de le valoriser. Par suite, le moyen tiré de ce que la candidature du département de la Charente-Maritime n'aurait pas répondu à un intérêt public local doit être écarté.

Enseignement n°2 : L'épineuse appréciation de la concurrence loyale entre opérateur public et privé dans le cadre de la passation des contrats publics

Une fois admise dans son principe, le Conseil d'Etat rappelle que cette candidature ne doit pas fausser les conditions de la concurrence. En particulier, le prix proposé par la collectivité territoriale ou l'établissement public de coopération doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à sa formation, sans que la collectivité publique bénéficie, pour le déterminer, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public et à condition qu'elle puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié.

Ainsi, lorsque le prix de l'offre d'une collectivité territoriale est nettement inférieur aux offres des autres candidats, il appartient au pouvoir adjudicateur de s'assurer, en demandant la production des documents nécessaires, que l'ensemble des coûts directs et indirects a été pris en compte pour fixer ce prix, afin que ne soient pas faussées les conditions de la concurrence. Si l'offre de la collectivité est retenue et si le prix de l'offre est contesté dans le cadre d'un contentieux, il appartient au juge administratif de vérifier que le pouvoir adjudicateur ne s'est pas fondé sur un prix manifestement sous-estimé au regard de l'ensemble des coûts exposés et au vu des documents communiqués par la collectivité candidate.

En l'espèce, le département de Charente-Maritime a fait une offre inférieure par rapport aux autres sociétés, mais aussi au regard des estimations du pouvoir adjudicateur. Le département de la Vendée a demandé des précisions et a pu vérifier que le prix inférieur était justifié en raison d'un procédé technique intégré dans la drague « Fort Boyard » qui permettait de baisser grandement les coûts de fonctionnement. Le Conseil d'Etat considère donc la procédure régulière.

CE, 14 juin 2019, Société Vinci construction maritime et fluvial, req. n°411444

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le département de la Vendée a engagé, en 2006, une procédure d'appel d'offres en vue de la réalisation de travaux de dragage de l'estuaire du Lay, pour une durée d'un an avec possibilité de reconduction pendant trois années. Par une décision du 16 juin 2006, la commission d'appel d'offres a attribué ce marché au département de la Charente-Maritime. La société Armor SNC, dont l'offre n'a pas été retenue, a demandé au tribunal administratif de Nantes, d'une part, d'annuler la décision du 16 juin 2006, ainsi que celle du président du conseil général de la Vendée de signer ce marché avec le département attributaire et, d'autre part, d'enjoindre au président du conseil général de la Vendée de saisir le juge compétent afin de constater la nullité du marché. Par un jugement du 9 avril 2010, le tribunal administratif de Nantes a rejeté sa demande. Par un arrêt du 4 novembre 2011, la cour administrative d'appel de Nantes a rejeté l'appel formé par la société Armor SNC contre ce jugement. Par une décision du 30 décembre 2014, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, a annulé l'arrêt de la cour et lui a renvoyé l'affaire. La société Vinci construction maritime et fluvial, venant aux droits de la société Entreprises Morillon Corvol Courbot, venant elle-même aux droits de la société Armor SNC, se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 12 avril 2017 par lequel la cour administrative d'appel de Nantes a, de nouveau, rejeté l'appel formé contre le jugement du 9 avril 2010 du tribunal administratif de

Nantes.

2. Hormis celles qui leur sont confiées pour le compte de l'Etat, les compétences dont disposent les collectivités territoriales ou leurs établissements publics de coopération s'exercent en vue de satisfaire un intérêt public local. Si aucun principe ni aucun texte ne fait obstacle à ce que ces collectivités ou leurs établissements publics de coopération se portent candidats à l'attribution d'un contrat de commande publique pour répondre aux besoins d'une autre personne publique, ils ne peuvent légalement présenter une telle candidature que si elle répond à un tel intérêt public, c'est-à-dire si elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération a la charge, dans le but notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de la mission. Une fois admise dans son principe, cette candidature ne doit pas fausser les conditions de la concurrence. En particulier, le prix proposé par la collectivité territoriale ou l'établissement public de coopération doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à sa formation, sans que la collectivité publique bénéficie, pour le déterminer, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public et à condition qu'elle puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié. Ces règles s'appliquent enfin sans préjudice des coopérations que les personnes publiques peuvent organiser entre elles, dans le cadre de relations distinctes de celles d'opérateurs intervenant sur un marché concurrentiel.

Sur le pourvoi :

3. Ainsi qu'il a été dit au point 2, la candidature d'une collectivité territoriale à l'attribution d'un contrat de commande publique peut être regardée comme répondant à un intérêt public local lorsqu'elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité a la charge, notamment parce que l'attribution du contrat permettrait d'amortir des équipements dont elle dispose. Cet amortissement ne doit toutefois pas s'entendre dans un sens précisément comptable, mais plus largement comme traduisant l'intérêt qui s'attache à l'augmentation du taux d'utilisation des équipements de la collectivité, dès lors que ces derniers ne sont pas surdimensionnés par rapport à ses propres besoins. Par suite, en se bornant à prendre en compte la durée d'amortissement comptable de la drague " Fort Boyard " pour apprécier l'intérêt public local de la candidature du département de la Charente-Maritime, la cour administrative d'appel de Nantes a commis une erreur de droit.

4. Il résulte de ce qui précède que, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de son pourvoi, la société Vinci construction maritime et fluvial est fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque.

5. Aux termes du second alinéa de l'article L. 821-2 du code de justice administrative : " Lorsque l'affaire fait l'objet d'un second pourvoi en cassation, le Conseil d'Etat statue définitivement sur cette affaire ". Le Conseil d'Etat étant saisi, en l'espèce, d'un second pourvoi en cassation, il lui incombe de régler l'affaire au fond.

Sur la requête d'appel :

6. En premier lieu, aux termes de l'article 40 du code des marchés publics alors en vigueur : " (...) IV. - Pour les marchés de travaux d'un montant compris entre 90 000 euros HT et 5 270 000 euros HT, la personne publique est tenue de publier un avis d'appel public à la concurrence soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales. La personne publique apprécie de plus si, compte tenu de la nature ou du montant des travaux en cause, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné est par ailleurs utile pour assurer une publicité conforme aux objectifs mentionnés à l'article 1er du présent code. (...) VI. Les avis mentionnés aux III, IV et V sont établis conformément aux modèles fixés par arrêté du ministre chargé de l'économie (...) ". L'arrêté du 30 janvier 2004, alors en vigueur, par lequel le ministre chargé de l'économie a fixé les modèles de formulaires pour la publication de ces avis précise notamment les mentions obligatoires et celles présentant un caractère facultatif.

7. Il résulte de ce qui précède qu'en égard au montant du marché en cause, le département de la Vendée n'était tenu de procéder à la publication que d'un seul avis d'appel public à la concurrence, ce qu'il a fait par une publication du 29 avril 2006 au Bulletin officiel des annonces de marchés publics. La publication, en outre, d'un avis résumé dans un autre journal est sans incidence sur la régularité de la procédure d'appel à la concurrence litigieuse. Dès lors, le moyen tiré de l'irrégularité de la procédure d'appel d'offres en raison de l'absence, dans cette seconde publication, de certaines des mentions exigées par l'arrêté du 30 janvier 2004 ne peut qu'être écarté.

8. En deuxième lieu, aux termes du premier alinéa de l'article L. 1412-1 du code général des collectivités territoriales : " Les collectivités territoriales, (...) pour l'exploitation directe d'un service public industriel et commercial relevant de leur compétence, constituent une régie soumise aux dispositions du chapitre 1er du titre II du livre II de la deuxième partie (...) ". Aux termes de l'article L. 2221-1 du même code : " Les communes et les syndicats de communes peuvent exploiter directement des services d'intérêt public à caractère industriel ou commercial (...) ". Aux termes de l'article L. 2221-4 du même code, rendu applicable aux départements par les dispositions précitées de l'article L. 1412-1 du même code : " Les régies mentionnées aux articles L. 2221-1 et L. 2221-2 sont dotées: / 1° Soit de la personnalité morale et de l'autonomie financière, si le conseil municipal ou le comité du syndicat en a ainsi décidé ; / 2°

Soit de la seule autonomie financière “. Aux termes de l’article L. 2221-14 du même code : “ Les régies dotées de la seule autonomie financière sont créées, et leur organisation administrative et financière déterminée, par délibération du conseil municipal. Elles sont administrées, sous l’autorité du maire et du conseil municipal, par un conseil d’exploitation et un directeur désignés dans les mêmes conditions sur proposition du maire “. Il résulte de ces dispositions que si les collectivités territoriales doivent, pour exploiter un service public industriel et commercial, créer une régie dotée de l’autonomie financière, elles ne sont pas tenues de leur conférer la personnalité morale. Par suite, le département de la Vendée a pu légalement retenir l’offre d’une régie départementale dont les comptes sont retracés dans le budget annexe du département.

9. En troisième lieu, il résulte de ce qui a été dit au point 2 que les collectivités territoriales peuvent se porter candidates à un marché public lorsque cette activité répond à un intérêt public local. Il ressort des pièces du dossier que la drague “ Fort Boyard “, acquise en mai 2002 par le département de la Charente-Maritime, a été dimensionnée pour faire face aux besoins et spécificités des ports de ce département mais n’est utilisée qu’une partie de l’année pour répondre à ces besoins. Dès lors, son utilisation hors du territoire départemental peut être regardée comme s’inscrivant dans le prolongement du service public de création, d’aménagement et d’exploitation des ports maritimes de pêche dont le département a la charge en application des dispositions de l’article L. 601-1 du code des ports maritimes, sans compromettre l’exercice de cette mission, une telle utilisation de la drague “ Fort Boyard “ permettant d’amortir l’équipement et de valoriser les moyens dont dispose, dans ce cadre, le service public de dragage de la Charente-Maritime. Par suite, le moyen tiré de ce que la candidature du département de la Charente-Maritime n’aurait pas répondu à un intérêt public local doit être écarté.

10. En quatrième lieu, lorsque le prix de l’offre d’une collectivité territoriale est nettement inférieur à ceux des offres des autres candidats, il appartient au pouvoir adjudicateur de s’assurer, en demandant la production des documents nécessaires, que l’ensemble des coûts directs et indirects a été pris en compte pour fixer ce prix, afin que ne soient pas faussées les conditions de la concurrence. Si l’offre de la collectivité est retenue et si le prix de l’offre est contesté dans le cadre d’un recours formé par un tiers, il appartient au juge administratif de vérifier que le pouvoir adjudicateur ne s’est pas fondé, pour retenir l’offre de la collectivité, sur un prix manifestement sous-estimé au regard de l’ensemble des coûts exposés et au vu des documents communiqués par la collectivité candidate.

11. Il ressort des pièces du dossier que la commission d’appel d’offres du département de la Vendée, après avoir constaté que l’offre du département de la Charente-Maritime était inférieure tant à sa propre estimation qu’aux prix proposés par les deux entreprises ayant soumissionné, a obtenu du département candidat la production d’un sous-détail des prix, montrant que la différence de prix s’expliquait par l’utilisation d’une drague hydraulique aspiratrice équipée d’une benne pour stocker les déblais et les claper en mer, dont les rendements sont nettement supérieurs à l’utilisation de pelles sur pontons qui requièrent l’utilisation de chalands pour transporter les déblais. Le pouvoir adjudicateur a pu, sans sous-estimation manifeste, considérer, au vu de ce sous-détail des prix établi à partir de la comptabilité analytique du service, que l’ensemble des coûts, y compris les charges d’amortissement de la drague “ Fort Boyard “, avaient été pris en compte pour la détermination du prix. A cet égard, la société requérante ne peut pas utilement soutenir, dans le cadre du présent litige, que le service de dragage aurait dû être assujéti à l’impôt sur les sociétés.

12. Il résulte de tout ce qui précède que la société Vinci construction maritime et fluvial n’est pas fondée à soutenir que c’est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Nantes a rejeté sa demande.

Sur les conclusions relatives aux frais d’instance :

13. Il y a lieu, dans les circonstances de l’espèce, de mettre à la charge de la société Vinci construction maritime et fluvial la somme de 3 000 euros à verser, d’une part, au département de la Vendée et, d’autre part, au département de la Charente-Maritime, au titre de l’article L. 761-1 du code de justice administrative. Les mêmes dispositions font obstacle à ce qu’une somme soit mise à ce titre à la charge des deux départements qui ne sont pas, dans la présente instance, les parties perdantes.

D E C I D E :

Article 1er : L’arrêt du 12 avril 2017 de la cour administrative d’appel de Nantes est annulé.

Article 2 : La requête présentée par la société Armor SNC, aux droits de laquelle est venue la société Vinci construction maritime et fluvial, devant la cour administrative d’appel de Nantes est rejetée.

Article 3 : La société Vinci construction maritime et fluvial versera une somme de 3 000 euros au département de la Charente-Maritime et une somme de 3 000 euros au département de la Vendée au titre de l’article L. 761-1 du code de justice administrative. Les conclusions présentées au même titre par cette société sont rejetées.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la société Vinci construction maritime et fluvial et aux départements de la Vendée et de la Charente-Maritime.