

# L'utilisation du critère du CV comme critère de jugement des offres

Cet article a fait l'objet d'une publication sur le site de la Gazette des Communes

## I-Sur la possibilité d'utiliser les CV comme critère de jugement des offres

Lorsque les compétences particulières des personnes chargées de l'exécution des prestations prévues par le marché présentent un intérêt essentiel pour la qualité de son exécution, l'acheteur public peut exiger des soumissionnaires qu'ils fournissent des renseignements précis concernant les compétences professionnelles ou l'expérience des agents qu'ils prévoient d'affecter à l'exécution du marché. L'acheteur public peut demander que ces éléments soient justifiés par un curriculum vitae.

**Sous l'empire de l'ancienne réglementation**, le Conseil d'Etat a déjà eu l'occasion de rappeler qu'un acheteur public pouvait retenir un critère de jugement des offres reposant sur l'expérience des candidats lorsque sa prise en compte était rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et n'avait pas d'effet discriminatoire (CE 2 août 2011, Parc Naturel régional des Grands Causses, req.n°348254). Cette possibilité était toutefois limitée aux seules procédures adaptées (CE 29 décembre 2006, Sté BERTELE SNC, req.n°273783, CE 8 février 2010, Commune de La Rochelle, req.n°314075).

**Sous l'empire de la nouvelle réglementation**, l'article 62-II-2° du décret 2016-360 du 25 mars 2016 n'opère plus de distinction entre procédure adaptée et procédure formalisée et autorise expressément l'acheteur public à utiliser comme critère de jugement des offres « *les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché public lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché public* ». Les CV peuvent désormais être utilisés comme critère de jugement des offres pour apprécier l'expérience et l'expertise du candidat dans le domaine visé par l'objet du marché notamment pour des contrats de prestations intellectuelles (marché de maîtrise d'œuvre, de services juridiques, d'audit, tec...) mais pas uniquement, certaines prestations de travaux pouvant également justifier le recours à cet élément de notation des offres. L'article 57-V du décret du 25 mars 2016 confirme cette possibilité en indiquant que l'acheteur public peut imposer aux soumissionnaires qu'ils précisent dans leur offre les noms et les qualifications professionnelles pertinentes des personnes physiques qui seront chargées de l'exécution du marché public en question, lorsque la qualité de l'offre est évaluée sur la base du savoir-faire, de l'efficacité, de l'expérience ou de la fiabilité de l'équipe dédiée à l'exécution du marché public.

## II-Sur la difficulté d'évaluer objectivement le critère des CV

Pour être régulier au sens de l'article 62-II 2° du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, le critère du CV ne doit pas être formulé de façon vague afin d'éviter qu'il ne donne une liberté de choix inconditionnée à l'acheteur public. Afin d'éviter toute critique de la part des soumissionnaires, les modalités de mise en œuvre du critère du CV doivent être clairement annoncés dans le règlement de la consultation. Dans la pratique, il convient d'indiquer les éléments de notation du critère du CV, autrement dit, les différents sous-critères qui vont être utilisés pour le noter chaque critère de jugement des offres et de pondérer les différents sous-critères s'ils n'ont pas la même importance (CE 25 mars 2013, Sté Cophignon, Req.n°364951- CE 6 avril 2016, Commune de la Bohalle, Req. n° 388123). L'acheteur public est libre d'utiliser tant des éléments de notation d'ordre quantitatif (nombre d'année d'expérience par exemple) ou qualitatif (certificat de spécialisation ou équivalent, niveau de qualification dans un domaine particulier attesté par un diplôme ou une certification) pour noter ce critère.

## III-Sur la nécessaire vigilance de l'acheteur public en cours d'exécution du marché

L'attention des acheteurs public doit cependant être appelée sur les difficultés qui peuvent survenir en cours d'exécution du marché lorsque les offres ont été sélectionnées sur la base des CV des agents appelés à exécuter les prestations lorsque certaines d'entre eux quittent l'entreprise. Afin de prévenir de telles difficultés, il paraît utile de prévoir dans le CCAP du marché une clause spécifique aux termes de laquelle en cas de départ d'un agent affecté à l'exécution des prestations prévues par le marché, celui-ci devra immédiatement être remplacé par le titulaire du marché, après accord du pouvoir adjudicateur, par un agent justifiant de compétences d'un niveau équivalent.

---

# Référé contractuel et marchés à procédure adaptée : l'espoir d'une nouvelle efficacité ?



La procédure du référé contractuel permet de sanctionner les marchés qui ont été conclus sans respecter les obligations de publicité et de mise en concurrence. L'article L.551-13 du code de justice administrative (référé contractuel administratif) et l'article L 1441-3 du code de procédure civile (référé précontractuel judiciaire) précisent que cette voie de recours n'est possible qu'après la conclusion du contrat.

Les personnes habilitées à saisir le juge du référé contractuel sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats.

## 1-Les différentes hypothèses de recevabilité du référé contractuel en procédure adaptée :

**Pour les marchés à procédure adaptée, la recevabilité du référé contractuel n'est possible que dans trois hypothèses** (CE 19 janvier 2011, Grand Port Maritime du Havre, req.n°343435, CE 29 juin 2012, Sté Chaumeil, req.n°358353):

- Lorsque l'acheteur public n'a pas respecté le délai de stand still qu'il a spontanément porté à la connaissance des candidats non retenus ;
- Lorsqu'un référé précontractuel a été engagé en temps utile et que l'acheteur public n'a pas respecté l'obligation de suspendre la signature dès la saisine du tribunal ou ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce référé (CE 14 février 2017, Sté des Eaux de Marseille, req.n°403614).
- Lorsque le candidat évincé a introduit un référé précontractuel dès lors qu'il était dans l'ignorance de la signature du marché dès lors que l'acheteur public n'a pas rendu publique son intention de conclure le contrat et n'a pas respecté un délai de 11 jours entre cette publication et la conclusion du contrat quand bien même le pouvoir adjudicateur lui aurait notifié le choix de l'attributaire et aurait respecté un délai avant de signer le contrat (CE 23 janvier 2017, Sté Decremps, req.n°401400).

## 2-Une efficacité presque nulle sous l'empire de l'ancienne réglementation :

*Le référé contractuel a toujours présenté très peu d'utilité pour les marchés à procédure adaptée puisque même si le recours est déclaré recevable, l'annulation du contrat ne sera prononcée que dans les hypothèses prévues par les articles L 551-18 et L 551-20 du code de justice administrative (référé contractuel administratif) et les articles 16 et 18 de l'ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique (référé précontractuel judiciaire).*

**Avant le 1er avril 2016**, autrement dit sous l'empire de l'ancienne réglementation, il n'existait aucune obligation textuelle spécifique en matière de procédure adaptée qui imposait d'informer « *immédiatement* » les candidats évincés du rejet de leur offre et donc avant la signature du marché.

Partant, la jurisprudence administrative considérait que le requérant ne pouvait pas se prévaloir d'un délai « minimum » avant la signature du contrat et que le référé contractuel était donc voué au rejet sauf hypothèse très rare où comme évoqué un référé précontractuel avait bien été engagé en temps utile mais que l'acheteur public n'avait pas respecté l'obligation de suspendre la signature dès la saisine du tribunal ou ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce référé (CE 14 février 2017, Sté des Eaux de Marseille, req.n°403614)

Hormis ce cas, le référé contractuel n'avait aucune chance d'aboutir en procédure adaptée de sorte que son utilité méritait d'être sérieusement posée. En effet, à quoi bon déclarer recevable une voie de recours si celle-ci est d'emblée vouée au rejet ? Etait-ce là une voie de recours efficace comme se plaît à l'affirmer le Conseil d'Etat ? Les praticiens s'étaient depuis bien longtemps fait leurs opinions face à une telle présentation...

## 3-Vers une nouvelle efficacité sous l'empire de la nouvelle

## réglementation ?

Le Conseil d'Etat n'hésite pas à utiliser sa baguette magique pour effectuer des revirements de jurisprudences lorsqu'il l'estime opportun. Il serait donc temps qu'il pense un peu aux justiciables, et non pas toujours à l'administration, pour se mettre au travail et redonner une certaine efficacité à cette voie de recours devenue obsolète pour un pan entier de la commande publique- le plus important- dès lors que la nouvelle réglementation de la commande publique lui en donne l'occasion.

En effet, aux termes des nouvelles dispositions de l'article 99-I du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « *1. - Pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée, l'acheteur, dès qu'il décide de rejeter une candidature ou une offre, notifie à chaque candidat ou soumissionnaire concerné le rejet de sa candidature ou de son offre* » (**Pièce n°5**).

L'article 99-I du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 rappelle que pour les marchés passés selon une procédure adaptée, le pouvoir adjudicateur **doit désormais informer « immédiatement »** les candidats évincés dès le rejet de leur candidature ou de leur offre, laquelle intervient avant la signature du marché.

Il s'agit là d'une **nouvelle obligation qui s'impose aux procédures adaptées depuis le 1<sup>er</sup> avril 2016** et qui n'existait pas sous l'empire de l'ancienne réglementation ce qui explique la jurisprudence abondante sous l'ancienne réglementation qui considérait de manière constante qu'en l'absence d'obligation textuelle spécifique, il n'existait aucune obligation d'information préalable des candidats évincés du rejet de leur offre préalablement à la signature du marché en procédure adaptée. C'est d'ailleurs cette solution qui a été rappelé par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 23 janvier 2017 dès lors que comme l'indique le rappel des faits, la consultation litigieuse a été lancée en mars 2016 et non après le 1<sup>er</sup> avril 2016 (CE 23 janvier 2017, Sté Decremps BTP, req.n°401400).

En d'autres termes :

- **Avant le 1<sup>er</sup> avril 2016**, il n'existait aucune obligation textuelle spécifique en matière de procédure adaptée qui imposait d'informer « *immédiatement* » les candidats évincés du rejet de leur offre et donc avant la signature du marché.
- **Depuis le 1<sup>er</sup> avril 2016**, l'article 99-I pose « une obligation d'information **immédiate** » des candidats évincés dès le rejet de leur offre laquelle intervient toujours avant la signature du marché.

**L'information doit donc précéder la signature du marché sauf à rendre lettre morte les nouvelles dispositions. A quoi servirait-il de poser une obligation « d'information immédiate » au profit des candidats évincés d'une procédure adaptée si celle-ci n'est pas sanctionnée ?**

Les textes ne prévoient certes toujours pas de délai minimum exigé, ce qui peut s'expliquer pour les procédures adaptées où les modalités de mise en concurrence sont librement définies, mais cette nouvelle obligation d'information « immédiate » paraît bien exclure toute signature du contrat avant l'information préalable des candidats évincés dès lors que le bon sens veut que la décision d'écarter les offres intervienne avant la signature définitive du marché.

*L'information du rejet devant être « immédiate », au terme des dispositions de l'article 99-I du décret, celle-ci doit désormais intervenir avant la signature du contrat.*

*Si cette interprétation était retenue dans un futur proche par la juridiction administrative, elle rendrait toute son efficacité au référé contractuel pour les marchés à procédure adaptée lorsque l'acheteur a eu la mauvaise idée de signer le contrat avant l'information des candidats évincés et n'a pas rendu publique son intention de conclure le contrat ni respecté un délai de 11 jours entre cette publication et la conclusion du contrat quand bien même le pouvoir adjudicateur lui aurait notifié le choix de l'attributaire et aurait respecté un délai avant de signer le contrat (CE 23 janvier 2017, Sté Decremps, précité).*

Et ce d'autant plus que le non-respect des dispositions de l'article 99-I du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, autrement dit l'absence d'information « immédiate » des candidats évincés du rejet de leur candidature ou de leur offre, porte directement atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif des candidats et constitue de ce fait un manquement substantiel aux règles de publicité et de mise en concurrence.

Espérons donc que ce droit à un recours juridictionnel effectif des candidats ne soit pas une nouvelle fois sacrifié sur l'autel de l'intérêt général ou, pour employer une expression en vogue par la justice administrative, au nom de la sécurité juridique....

---

Conseil d'Etat

N° 403614

Lecture du mardi 14 février 2017

REPUBLIQUE FRANCAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la procédure suivante :

La société des eaux de Marseille a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Marseille d'une demande tendant, dans le dernier état de ses écritures, à l'annulation, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-13 du code de justice administrative, du contrat de délégation de service public pour la distribution d'eau potable conclu entre la commune d'Auriol et la société SAUR le 1er juillet 2016. Par une ordonnance n° 1605523 du 1er septembre 2016, le juge des référés de ce tribunal a rejeté cette demande.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et deux mémoires, enregistrés les 19 septembre, 4, 20 et 21 octobre 2016 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société des eaux de Marseille demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) réglant l'affaire en référé, de faire droit à sa demande ;

3°) de mettre à la charge de la commune d'Auriol et de la société SAUR la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code général des collectivités territoriales ;

- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Jean Sirinelli, maître des requêtes en service extraordinaire,

- les conclusions de M. Gilles Pellissier, rapporteur public.

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Garreau, Bauer-Violas, Feschotte-Desbois, avocat de la société des eaux de Marseille, à la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle, Hannotin, avocat de la commune d'Auriol et à la SCP Foussard, Froger, avocat de la société d'aménagement rural et urbain (SAUR).

Vu la note en délibéré, enregistrée le 10 février 2017, présentée par la commune d'Auriol.

1. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que le conseil municipal de la commune d'Auriol a approuvé le vendredi 1er juillet 2016 l'attribution d'une délégation du service public de distribution d'eau potable à la société SAUR ; que le contrat a été signé le soir-même, à l'issue du conseil municipal ; que la société des eaux de Marseille a saisi le même jour le juge des référés du tribunal administratif de Marseille d'une demande d'annulation de la procédure de passation du contrat ; que la commune l'ayant informée de la signature du contrat, la société a alors demandé au juge des référés l'annulation du contrat, sur le fondement des dispositions des articles L. 551-13 et L. 551-18 du code de justice administrative ; que par l'ordonnance attaquée du 1er septembre 2016, contre laquelle la société se pourvoit en cassation, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a rejeté sa demande ;

Sur la recevabilité du référé contractuel :

2. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-14 du code de justice administrative, le recours en référé contractuel " n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours " ; qu'aux termes de l'article L. 551-4 du même code, le contrat " ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle " ; qu'enfin l'article R. 551-1 du même code dispose que : " Le représentant de l'Etat ou l'auteur du recours est tenu de notifier son recours au pouvoir adjudicateur. / Cette notification doit être faite en même temps que le dépôt du recours et selon les mêmes modalités. / Elle est réputée accomplie à la date de sa réception par le pouvoir adjudicateur " ;
3. **Considérant qu'il résulte des dispositions citées au point 2 que l'obligation de suspendre la signature du contrat qui pèse sur le pouvoir adjudicateur lorsqu'est introduit un recours en référé précontractuel dirigé contre la procédure de passation du contrat court à compter, soit de la notification au pouvoir adjudicateur du recours par le représentant de l'Etat ou par son auteur agissant conformément aux dispositions de l'article R. 551-1 du code de justice administrative, soit de la communication de ce recours par le greffe du tribunal administratif ; que lorsque l'auteur d'un référé précontractuel établit l'avoir notifié au pouvoir adjudicateur dans les conditions prévues par cet article, le pouvoir adjudicateur qui signe le contrat postérieurement à la réception du recours doit être regardé comme ayant méconnu les**

**dispositions de l'article L. 551-4 du même code ; que s'agissant d'un recours envoyé au service compétent du pouvoir adjudicateur par des moyens de communication permettant d'assurer la transmission d'un document en temps réel, la circonstance que la notification ait été faite en dehors des horaires d'ouverture de ce service est dépourvue d'incidence, le délai de suspension courant à compter non de la prise de connaissance effective du recours par le pouvoir adjudicateur, mais de la réception de la notification qui lui a été faite ;**

4. Considérant qu'ainsi qu'il a été rappelé au point 1, le conseil municipal de la commune d'Auriol a approuvé le vendredi 1er juillet 2016 l'attribution du contrat de délégation du service public de distribution d'eau potable à la société SAUR ; qu'en jugeant qu'alors même que la société des eaux de Marseille avait notifié à la commune d'Auriol avant que celle-ci ne signe le contrat dans la soirée le référé précontractuel qu'elle avait intenté contre cette procédure, la commune ne pouvait pas être regardée comme ayant eu connaissance de la notification de son recours par la société dès lors qu'il lui avait été notifié après la fermeture de ses services survenue à 16 heures 30, et en estimant par suite que le contrat n'avait pas été signé pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 du code de justice administrative, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a commis une erreur de droit ;
5. Considérant qu'il résulte de ce qui précède, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, que la société des eaux de Marseille est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ;
6. Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée ;
7. Considérant, qu'aux termes de l'article L. 551-14 du code de justice administrative : " Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local. / Toutefois, le recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours " ; qu'aux termes de l'article L. 551-15 du même code : " Le recours régi par la présente section ne peut être exercé ni à l'égard des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication, ni à l'égard des contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a accompli la même formalité (...) " ;
8. **Considérant qu'il résulte de ces dispositions que sont seuls recevables à saisir le juge du référé contractuel d'une demande dirigée contre un contrat de délégation de service public, lequel n'est pas soumis à l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus, outre le préfet, les candidats qui n'ont pas engagé un référé précontractuel, lorsque l'autorité délégante n'a pas rendu publique son intention de conclure le contrat dans les conditions prévues par l'article R. 1411-2-1 du code général des collectivités territoriales et n'a pas observé, avant de le signer, un délai d'au moins onze jours entre la date de publication de l'avis prévu par cet article et la date de conclusion du contrat, ainsi que ceux qui ont engagé un référé précontractuel, lorsque l'autorité délégante n'a pas respecté l'obligation de suspendre la signature du contrat prévue aux articles L. 551-4 ou L. 551-9 du code de justice administrative ou ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce référé ; qu'il résulte de l'instruction que la société des eaux de Marseille a notifié au service compétent de la commune son référé précontractuel par un message électronique envoyé le vendredi 1er juillet à 19H38 à l'adresse électronique indiquée par le règlement de la consultation ; qu'il résulte de ce qui a été dit au point 3 que la commune ne pouvait dès lors plus signer le contrat dans la soirée du 1er juillet comme elle l'a fait, alors même qu'elle avait indiqué aux candidats, dans le règlement de la consultation, que ses services étaient fermés à 16H30 le vendredi ; que la société des eaux de Marseille est par suite recevable à saisir le juge du référé contractuel d'une demande tendant à l'annulation du contrat de délégation de service public conclu entre la commune d'Auriol et la SAUR ; que dès lors, la fin de non recevoir soulevée par la commune d'Auriol doit être écartée ;**

Sur le bien fondé du référé contractuel :

9. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-18 du code de justice administrative : " Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au

Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. / ... Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat " ; qu'aux termes de l'article L. 551-20 de ce code : " dans le cas où le contrat a été signé ... pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9, le juge peut prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière " ;

En ce qui concerne les conclusions tendant à l'annulation du contrat sur le fondement de l'article L. 551-18 du code de justice administrative :

10. Considérant que les cas dans lesquels le juge des référés peut annuler un contrat sont limitativement énumérés aux trois alinéas de l'article L. 551-18 du code de justice administrative; que s'agissant des contrats de délégation de service public, qui ne sont ni soumis à l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, mentionnée au troisième alinéa de l'article L. 551-18, de notifier aux opérateurs économiques ayant présenté une offre, avant la signature du contrat, la décision d'attribution, ni concernés par le deuxième alinéa de cet article relatif à des marchés publics fondés sur un accord cadre ou un système d'acquisition dynamique, l'annulation d'un tel contrat ne peut résulter que du constat des manquements mentionnés au premier alinéa du même article, c'est-à-dire de l'absence de toutes les mesures de publicité requises pour sa passation ou d'une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite ; qu'en outre, dans le cas où le pouvoir adjudicateur a méconnu l'obligation de suspension prévue à l'article L. 551-4 de ce code, le juge des référés peut également annuler le contrat de délégation sur le fondement du troisième alinéa de l'article L. 551-18 en cas de méconnaissance par l'autorité délégante des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation du contrat d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat ; que, s'agissant du contrat litigieux, la commune a procédé aux mesures de publicité requises ; que la demande d'annulation du contrat est présentée sur le fondement des dispositions du troisième alinéa de l'article L. 551-18 du code de justice administrative ;
11. Considérant qu'il n'appartient pas au juge du référé contractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, par le pouvoir adjudicateur, des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat, de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres ; qu'il lui appartient en revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en méconnaissant ou en altérant manifestement les termes et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats ;
12. Considérant, en premier lieu, que la société requérante soutient que la commune aurait pris en compte pour l'analyse des offres un élément non mentionné dans le règlement de consultation ; que, toutefois, la constitution d'un fonds de travaux pour le renouvellement des réseaux et des équipements constituait un élément de l'offre présentée par la SAUR, et non un critère de sélection des offres que la commune d'Auriol aurait eu obligation de porter à la connaissance des candidats à l'attribution du contrat avant le dépôt de leurs offres ; qu'ainsi qu'il a été dit au point 11, il n'appartient pas au juge du référé contractuel de se prononcer sur la façon dont la commune a apprécié l'offre de la société au regard du critère des aspects financiers de l'offre ;
13. Considérant, en deuxième lieu, que la société requérante soutient que la commune aurait jugé l'offre de la SAUR meilleure sur le critère relatif à la qualité de service en faisant prévaloir sur les modalités énoncées dans le règlement de consultation le niveau des engagements visant à la performance hydraulique des réseaux ; que, toutefois, ainsi qu'il a été dit au point 11, il n'appartient pas au juge du référé contractuel de se prononcer sur la façon dont la commune a apprécié l'offre de la société au regard du critère de la qualité du service ; que, par suite, la société des eaux de Marseille n'est pas fondée à soutenir que la commune d'Auriol aurait méconnu les règles de publicité et de mise en concurrence en tenant compte, au stade de l'analyse du critère de la qualité du service, d'un élément qui n'était pas énoncé dans le règlement de la consultation ;
14. Considérant, en troisième lieu, que la société requérante soutient que la commune a méconnu le principe d'égalité de traitement entre les candidats en valorisant dans l'offre de la SAUR le fonds de travaux qu'avait proposé cette société au titre de deux critères différents et en refusant à la société des eaux de Marseille l'application d'une formule d'actualisation de son offre qui avait été accordée à la SAUR ; que, toutefois, contrairement à ce qui est soutenu, il n'y a pas eu valorisation du fonds de travaux proposé par la SAUR au titre à la fois du critère financier et du critère de la qualité de service ; que, par ailleurs, il ne résulte pas du dossier de la consultation, et notamment du projet de convention, que les candidats avaient obligation d'intégrer dans leur compte d'exploitation prévisionnel des charges résultant de la mise en oeuvre du coefficient Gprod, qui constitue un paramètre du coefficient d'actualisation applicable à la rémunération du délégataire et aux frais annexes ; que le moyen tiré d'une méconnaissance du principe d'égalité de traitement des candidats ne peut par suite qu'être écarté ;

15. Considérant, en quatrième lieu, que si la société requérante soutient que la SAUR aurait proposé plusieurs modifications contractuelles sans les identifier comme des variantes, il résulte de l'instruction que le règlement de consultation autorisait les candidats à présenter des aménagements contractuels dans le cadre de leur offre et que seuls ceux ayant un impact sur l'offre financière et technique devaient faire l'objet d'une variante ; que contrairement à ce qui est soutenu, la SAUR n'avait pas à présenter une variante ; que le moyen tiré d'une méconnaissance de l'article 8 du règlement de consultation relatif aux variantes manque donc en fait ;
16. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société des eaux de Marseille n'est pas fondée à demander l'annulation du contrat sur le fondement de l'article L. 551-18 du code de justice administrative ;

En ce qui concerne l'application des dispositions de l'article L. 551-20 du code de justice administrative:

17. **Considérant qu'il résulte toutefois des dispositions citées au point 9 de l'article L. 551-20 du code de justice administrative qu'en cas de conclusion du contrat pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 du même code, le juge du référé contractuel est tenu soit de priver d'effets le contrat en l'annulant ou en le résiliant, soit de prononcer une sanction de substitution consistant en une pénalité financière ou une réduction de la durée du contrat ; que, pour déterminer la mesure qui s'impose, le juge du référé contractuel peut prendre en compte, notamment, la nature et l'ampleur de la méconnaissance constatée, ses conséquences pour l'auteur du recours ainsi que la nature, le montant et la durée du contrat en cause et le comportement du pouvoir adjudicateur ;**
18. **Considérant que le contrat a été signé pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 du code de justice administrative ; qu'eu égard à la nature du manquement constaté, qui n'affecte pas la substance même de la concurrence, il n'y a pas lieu d'annuler le contrat passé par la commune d'Auriol ; qu'en revanche, eu égard à la durée du contrat et au comportement de la commune, dont il résulte de l'instruction qu'elle a signé le contrat de manière précipitée après avoir décidé de son attribution, sans s'être assurée de l'existence d'un éventuel référé précontractuel qui lui aurait été notifié, il y a lieu d'infliger à la commune une pénalité financière d'un montant de 20 000 euros en application des dispositions de l'article L. 551-20 du code de justice administrative ;**

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

19. Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées par les parties devant le Conseil d'Etat et le juge des référés du tribunal administratif de Marseille au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

DECIDE :

-----

Article 1er : L'ordonnance du 1er septembre 2016 du juge des référés du tribunal administratif de Marseille est annulée.

Article 2 : La demande présentée par la société des eaux de Marseille devant le juge des référés du tribunal administratif de Marseille est rejetée.

Article 3 : Une pénalité de 20 000 euros, qui sera versée au Trésor public, est infligée à la commune d'Auriol en application des dispositions de l'article L. 551-20 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions des parties présentées devant le juge des référés du tribunal administratif de Marseille et devant le Conseil d'Etat au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente décision sera notifiée à la société des eaux de Marseille, à la commune d'Auriol, à la société SAUR et au directeur régional des finances publiques de Provence-Alpes-Côte d'Azur.

**Résumé :** Il résulte des articles L. 551-14, L. 551-4 et R. 551-1 du code de justice administrative (CJA) que l'obligation de suspendre la signature du contrat qui pèse sur le pouvoir adjudicateur lorsqu'est introduit un recours en référé précontractuel dirigé contre la procédure de passation du contrat court à compter, soit de la notification au pouvoir adjudicateur du recours par le représentant de l'Etat ou par son auteur agissant conformément à l'article R. 551-1, soit de la communication de ce recours par le greffe du tribunal administratif. Lorsque l'auteur d'un référé précontractuel établit l'avoir notifié au pouvoir adjudicateur dans les conditions prévues par cet article, le pouvoir adjudicateur qui signe le contrat postérieurement à la réception du recours doit être regardé comme ayant méconnu l'article L. 551-4. S'agissant d'un recours envoyé au service compétent du pouvoir adjudicateur par des moyens de communication permettant d'assurer la transmission d'un document en temps réel, la circonstance que la notification ait été faite en dehors des horaires d'ouverture de ce service est dépourvue d'incidence, le délai de suspension courant à compter non de la prise de connaissance effective du recours par le pouvoir adjudicateur, mais de la réception de la notification qui lui a été faite.

**REPUBLIQUE FRANCAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu la procédure suivante :

La société Decremps BTP a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble d'une demande tendant, dans le dernier état de ses écritures, à l'annulation du marché conclu le 23 mai 2016, selon une procédure adaptée, entre le syndicat intercommunal à vocations multiples (SIVOM) Morillon-Samoëns-Sixte Fer à Cheval-Verchaix et le groupement Sassi, Benedetti-Guelpa, Socco pour l'exécution du lot n° 1 des travaux de rénovation du réseau d'eau potable et d'assainissement.

Par une ordonnance n° 1602904 du 27 juin 2016, le juge des référés a rejeté, sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, sa demande.

Par un pourvoi sommaire, deux mémoires complémentaires et un mémoire en réplique, enregistrés les 12 et 27 juillet, 23 août et 26 octobre 2016 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Decremps BTP demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) statuant en référé, de faire droit à ses conclusions de première instance ;

3°) de mettre à la charge du SIVOM Morillon-Samoëns-Sixte Fer à Cheval-Verchaix la somme de 3 500 euros 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 ;

- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Jean Sirinelli, maître des requêtes en service extraordinaire,

- les conclusions de M. Gilles Pellissier, rapporteur public.

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Delaporte, Briard, avocat de la société Decremps BTP et à la SCP Rocheteau, Uzan-Sarano, avocat de la société SIVOM Morillon-Samoëns-Sixt Fer à Cheval-Verchaix.

1. Considérant qu'aux termes du second alinéa de l'article L. 551-14 du code de justice administrative, le recours en référé contractuel " n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours " ; qu'aux termes du premier alinéa de l'article L. 551-15 du même code, le recours en référé contractuel " ne peut être exercé ni à l'égard des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication, ni à l'égard des contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a accompli la même formalité " ; qu'aux termes de l'article 40-1 du code des marchés publics, alors applicable : " Pour rendre applicables les dispositions du premier alinéa de l'article L. 551-15 du code de justice administrative, le pouvoir adjudicateur publie au Journal officiel de l'Union européenne un avis, conforme au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis en matière de marchés publics, relatif à son intention de conclure un marché ou un accord-cadre dispensé d'obligations de publicité par l'effet des dispositions du présent code ou passé en application des articles 28 ou 30 " ;
2. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que le SIVOM Morillon-Samoëns-Sixt Fer à Cheval-Verchaix a lancé en mars 2016 une consultation en vue de la passation, selon une procédure adaptée, d'un marché portant sur l'extension et la rénovation du réseau d'eau et d'assainissement (lot n° 1) et sur la réfection des tranchées réalisées dans le cadre du lot n° 1 (lot n° 2) ; que le 10 mai 2016, le SIVOM a notifié à la société Decremps BTP le rejet de son offre portant sur le lot n° 1 et sa décision d'attribuer ce marché au groupement SBGS ; que le marché a été signé dans la matinée du 23 mai 2016 ; que, dans l'après-midi du même jour, la société Decremps BTP a introduit devant le tribunal



administratif de Grenoble un référé précontractuel sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ; qu'après avoir été informée de la signature du marché par le mémoire en défense du SIVOM, la société a requalifié son action en référé contractuel le 3 juin 2016 ; que, par l'ordonnance attaquée, le juge des référés a accueilli la fin de non recevoir soulevée par le SIVOM et rejeté comme irrecevable le référé contractuel engagé par la société ;

3. **Considérant qu'il résulte des dispositions citées au point 1 qu'un candidat évincé qui a engagé un référé précontractuel postérieurement à la signature d'un marché passé selon une procédure adaptée alors que le pouvoir adjudicateur n'a pas rendu publique son intention de conclure le contrat dans les conditions prévues par l'article 40-1 du code des marchés publics et n'a pas observé, avant de le signer, un délai d'au moins onze jours entre la date de publication de l'avis prévu par cet article et la date de conclusion du contrat est recevable à saisir le juge du référé contractuel d'une demande dirigée contre ce marché, quand bien même le pouvoir adjudicateur lui aurait notifié le choix de l'attributaire et aurait respecté un délai avant de signer le contrat ;**
4. Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'en jugeant que le référé contractuel de la société Decremps BTP n'était pas recevable au motif que la société avait antérieurement présenté un référé précontractuel et n'avait pas été privée de la possibilité de le faire utilement dès lors que le SIVOM avait choisi, sans y être tenu, de lui notifier le choix du groupement attributaire et avait respecté un délai de treize jours avant de signer le marché, alors qu'il lui appartenait seulement de rechercher si le pouvoir adjudicateur avait rendu publique son intention de conclure le contrat dans les conditions prévues par l'article 40-1 du code des marchés publics, le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble a commis une erreur de droit ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, son ordonnance doit être annulée ;
5. Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée ;
6. Considérant qu'il résulte de l'instruction que le SIVOM n'a pas rendu publique son intention de conclure le marché litigieux dans les conditions prévues, pour les marchés à procédure adaptée, par l'article 40-1 du code des marchés publics ; que, dans ces conditions, et alors même que le SIVOM a notifié dès le 10 mai 2016 à l'entreprise requérante le choix du groupement attributaire et n'a signé le marché que treize jours plus tard, le référé contractuel formé le 3 juin 2016 est recevable ;
7. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-18 du code de justice administrative : " Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. / La même annulation est prononcée lorsqu'ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique. / Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat " ;
8. **Considérant qu'il résulte de ces dispositions que, s'agissant des marchés passés selon une procédure adaptée, qui ne sont pas soumis à l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, de notifier aux opérateurs économiques ayant présenté une offre, avant la signature du contrat, la décision d'attribution, l'annulation d'un tel contrat ne peut en principe résulter que du constat des manquements mentionnés aux deux premiers alinéas de l'article L. 551-18, c'est-à-dire de l'absence des mesures de publicité requises pour sa passation ou de la méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique ; que le juge du référé contractuel doit également annuler un marché à procédure adaptée, sur le fondement des dispositions du troisième alinéa de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, ou prendre l'une des autres mesures mentionnées à l'article L. 551-20 dans l'hypothèse où, alors qu'un recours en référé précontractuel a été formé, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas respecté la suspension de signature du contrat prévue aux articles L. 551-4 ou L. 551-9 ou ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce référé ;**
9. Considérant que pour demander l'annulation du contrat portant sur le lot n° 1 du marché conclu le 23 mai 2016 entre le groupement SBGS et le SIVOM, la société Decremps BTP soutient que le syndicat a irrégulièrement apprécié la valeur

technique de son offre et méconnu les principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ;

10. *Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit au point 8 que les manquements dont se prévaut la société requérante ne relèvent d'aucune des hypothèses dans lesquelles le juge du référé contractuel peut exercer son office ; que, par suite, sa demande tendant à ce que soit prononcée l'annulation du marché ne peut qu'être rejetée ;*

11. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge du SIVOM Morillon-Samoëns-Sixt Fer à Cheval-Verchaix qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Decremps BTP la somme de 3 000 euros à verser au SIVOM au titre des mêmes dispositions ;

DECIDE :

-----

Article 1er : L'ordonnance du 27 juin 2016 du tribunal administratif de Grenoble est annulée.

Article 2 : La demande présentée par la société Decremps BTP devant le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble ainsi que ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La société Decremps BTP versera au SIVOM Morillon-Samoëns-Sixt Fer à Cheval-Verchaix une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la société Decremps BTP et au syndicat intercommunal à vocations multiples Morillon-Samoëns-Sixte Fer à Cheval-Verchaix.

**Résumé :** Un candidat évincé qui a engagé un référé précontractuel postérieurement à la signature d'un marché passé selon une procédure adaptée alors que le pouvoir adjudicateur n'a pas rendu public son intention de conclure le contrat dans les conditions prévues par l'article 40-1 du code des marchés publics et n'a pas observé, avant de le signer, un délai d'au moins onze jours entre la date de publication de l'avis prévu par cet article et la date de conclusion du contrat est recevable à saisir le juge du référé contractuel d'une demande dirigée contre ce marché, quand bien même le pouvoir adjudicateur lui aurait notifié le choix de l'attributaire et aurait respecté un délai avant de signer le contrat.

---

## Le caractère onéreux des marchés publics



Selon sa définition classique, un marché public est un contrat, c'est-à-dire une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose, qui doit répondre aux besoins de l'administration en matière de fournitures, services et travaux.

### Qualification sous le prisme du caractère onéreux du contrat

#### Un élément primordial dans la définition du marché public

La qualification de marché public, au sens de l'article 1 du code des marchés publics, emporte la qualité de contrat administratif en application des dispositions de l'article 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 dite loi « MURCEF », selon lequel « les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs ». Cette qualification législative marque avec force la légitimité du caractère administratif du marché public, mettant fin à une doctrine et une jurisprudence fournies, notamment dans le domaine des contrats d'assurance.

Selon l'article 1 précité, « les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs (...) et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ».

Autrement dit, un contrat sans contrepartie financière, réalisé à titre gratuit, n'est jamais un marché public, car le caractère onéreux du contrat induit l'idée d'un coût pesant sur l'acheteur public. Toute prestation engageant un euro oblige l'acheteur public à respecter les grands principes de la commande publique.

## Une notion évolutive

Le caractère onéreux implique une contrepartie financière de la part de l'acheteur public. Le caractère onéreux concerne donc ce qui a effectivement un prix, mais aussi ce qui aurait pu en avoir un, si la prestation avait été présentée à la concurrence. Le prix matérialise, classiquement, le montant du marché. Il s'agit généralement du paiement d'une somme en argent en échange de la réalisation d'une prestation. Néanmoins, en l'absence d'un versement, d'autres formes de rémunération existent, où le caractère onéreux peut aussi bien résulter d'un abandon par l'acheteur public d'une possibilité de recette liée à l'exécution du marché. L'exemple le plus cité est celui des marchés de mobilier urbain (CE, ass., 04/11/2005 Jean Claude DECAUX, req. n° 247298) où une société installe le mobilier urbain sans que la ville ne le paie. En contrepartie, la commune autorise l'entreprise à exploiter, à titre exclusif, une partie du mobilier urbain en l'exonérant de redevance pour occupation du domaine public. L'avantage accordé à la société constitue la contrepartie onéreuse de la prestation.

Le caractère onéreux se manifeste également au travers de conventions portant sur la prospection d'annonceurs publicitaires en vue du financement d'un bulletin municipal (CE, 06/11/2009, Société Prest'action, req. n° 297877), d'un contrat relatif à l'organisation et à la gestion d'un festival de musique moyennant un prix tenant en l'abandon des recettes du festival et au versement d'une somme annuelle (CE, 23/05/2011, Commune de Six-Fours-les-Plages, req. n° 342520), ou de l'autorisation donnée au cocontractant de vendre le sable ou les graviers tirés d'un cours d'eau dont il a réalisé le curage (CE, 22/02/1980, SA des Sablières modernes d'Aressy, req. n° 11939).

Plus récemment, fleurissent des marchés publics dénommés « cost killing », ayant pour objet la recherche de réduction des coûts d'une personne publique par des cabinets d'audits et de conseils (par exemple en matière de fiscalité) qui se rémunèrent sur un pourcentage obtenu sur le montant réel des économies, représentant ainsi le caractère onéreux de la prestation. Pour la Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF), la convention « (...) a été conclue à titre onéreux par l'établissement public en vue de répondre à ses besoins propres ; que son prix défini par l'ordre de mission signé concomitamment à la convention a été fixé en proportion des économies susceptibles d'être réalisées et, ainsi, était déterminable ; que, compte-tenu de son montant et de son objet, cette convention constituait un marché public entrant dans le champ du code des marchés publics ». En l'espèce, la Cour était saisie du cas d'un directeur de maison de retraite auquel il était reproché d'avoir conclu, sans publicité ni mise en concurrence, un contrat ayant pour objet de diminuer les charges patronales et fiscales supportées par l'établissement (CDBF, 11/10/2013, Maison de retraite intercommunale de Champcevais, n° 191-701).

La jurisprudence communautaire précise aussi que seul un contrat conclu à titre onéreux peut constituer un marché public relevant de la directive 2004/18. Le caractère onéreux du contrat est identifié s'il comporte un intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur (CJUE, 25/03/2010, aff. C-451/08 Helmut Müller c/ Bundesanstalt für Immobilienaufgaben).

## Problématique du caractère onéreux du contrat administratif

### Approche restrictive

Selon le tribunal des conflits, un contrat par lequel un office de tourisme, doté du statut d'établissement public industriel et commercial (EPIC), confie, à titre exclusif, l'édition d'un guide touristique, rédigé par ses soins, à une société privée, en contrepartie de l'exploitation de la publicité par la vente d'espaces aux annonceurs publicitaires, n'est pas un marché public, eu égard à son objet et à son équilibre financier, mais une convention de droit privé (TC, 07/04/2014, SEVP c/ Office du tourisme de Rambouillet et Sté Axiom-graphic, n° 3949).

Cet arrêt donne une interprétation stricte de la notion de caractère onéreux et réduit l'interprétation de la notion de caractère onéreux par la juridiction administrative, pour laquelle l'absence de versement d'une somme d'argent par un abandon de recettes est considéré par le juge administratif comme présentant un caractère onéreux (CE, ass., 04/11/2005 Jean Claude DECAUX, req. n° 247298). Pourtant, la Cour de cassation a jugé, en 2004, que l'information municipale constitue un service public (Cass., 16/11/2004, Ville de Meaux c/ CIEP, n° 0210628).

Le jugement du tribunal des conflits aurait-il été rendu différemment si l'objet du contrat avait comporté également la rédaction du guide ? Cette décision a-t-elle pour conséquence implicite d'interpréter différemment les décisions prises par l'acheteur public, selon qu'il se trouve être une collectivité territoriale ou un EPIC ?

Malgré ces interrogations, cet arrêt rendu par la juridiction des conflits s'inscrit dans la mise en place en droit interne de la notion communautaire des concessions de services.

### Un critère fragile

Le caractère onéreux du marché public est une notion écartelée par des approches d'interprétation jurisprudentielles nationales différentes et par l'élargissement de la notion de concessions de services impulsées par les directives européennes. Selon le juge administratif, un contrat de mobilier urbain n'est ni une convention de délégation de service public (TA Paris, 24/04/2009, Sté CBS

Outdoor, n° 0516044/6-1), ni un marché public, mais peut constituer un simple contrat d'occupation temporaire du domaine public (CE, 15/05/2013, Ville de Paris c/société JC Decaux, req. n° 364593).

En l'espèce, la ville de Paris avait passé une convention portant sur l'installation et l'exploitation de colonnes dites « colonnes Morris » et des mâts porte - affiches destinés à la publicité de spectacles et de manifestations culturelles, économiques, sociales et sportives.

Le Conseil d'Etat estime que la convention ne peut être regardée comme comportant un prix payé car la société verse une redevance à la ville. En effet, si l'affectation culturelle du mobilier urbain répond effectivement à un intérêt général communal de promotion des activités culturelles, "elle ne concerne pas des activités menées par les services municipaux ni exercées pour leur compte". N'étant pas conclue pour répondre aux besoins de la collectivité, la convention n'est pas un marché public.

Pourtant, en 2005 (CE, ass., 04/11/2005 Jean Claude DECAUX, req. n° 247298), le Conseil d'Etat avait considéré que l'objet du contrat était de répondre aux besoins de la collectivité en matière d'information des habitants et de protection des usagers des transports, et que l'avantage accordé à la société constituait la contrepartie onéreuse de la prestation. De la même façon, le contrat conclu par un hôpital avec un prestataire pour la mise à disposition des paiements d'abonnements de téléphone, de télévision et d'accès à internet ne constitue pas un marché public (CE, 07/03/2014, CHU de Rouen, req. n° 372897).

Cet éclairage jurisprudentiel positionne l'acheteur public face à un double écueil : d'une part, la notion de marché public confrontée à des problèmes de qualification juridique, laquelle conditionne l'application de régimes juridiques particuliers (DSP, concession de travaux, domanialité publique...) avec les conséquences pénales qui s'y attachent (délict de favoritisme), d'autre part, à appréhender la définition du marché public pour être en mesure d'identifier et de distinguer un marché public de services ou de travaux d'une concession de services ou de travaux, soumises à un régime propre prévu par la directive européenne 2014/23/UE du 26 février 2014. En effet, son article 5 dispose qu'une concession est « un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient l'exécution de travaux ou de services à un ou plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages ou les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix ».

Article rédigé par Fabrice Strady, responsable des services administratifs, commande publique et affaires juridiques de la ville de Royan - Consultant marchés publics - stradyjuris@gmail.com

## Mise à disposition de services de télévision, de téléphone et d'accès à Internet aux patients d'un Centre Hospitalier : Le Conseil d'Etat tranche pour la DSP



Une récente décision du Conseil d'Etat à propos d'une convention de délégation de service public portant sur la mise à disposition de services de télévision, de téléphone et d'accès à Internet aux patients d'un Centre Hospitalier a permis d'éclaircir enfin le régime juridique de ces prestations. C'est un arrêt méritoire mais qui soulève de nouvelles difficultés.

Selon l'arrêt du Conseil d'Etat du 7 mars 2014 (CHU de Rouen, req. n° 372.897 et 372.909), la mise à disposition d'abonnements de télévision, de téléphone, d'accès internet et de services associés (gestion d'accueil physique, gestion du standard patient, location de PC et de tablettes tactiles...) a pour objet de confier à un cocontractant une mission d'intérêt général liée à l'activité de soins de l'hôpital consistant à mettre en œuvre l'ensemble des moyens et activités permettant d'assurer la communication des patients avec l'extérieur et le contrat

conclu doit être qualifié de délégation de service public.

On se rappelle que le Tribunal des Conflits, d'abord pour un contrat du même type conclu dans un établissement pénitentiaire (TC 23 novembre 1998, Bergeas, n° 03124) puis dans un établissement hospitalier (TC 21 mai 2007, Sté CODIAM, n° C3609) avait jugé qu'un tel contrat n'avait pas pour objet de faire participer la société à l'exécution du service public administratif : « (...) conclu seulement pour les besoins du service public, il ne comporte pas de clauses exorbitantes du droit commun ; que la circonstance qu'il autorise le prestataire à occuper un local spécialement aménagé dans l'hôpital n'a pas pour effet de lui conférer la nature d'un contrat d'occupation du domaine public ; Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il appartient à la juridiction judiciaire de connaître du litige né de sa résiliation » avant d'en conclure qu'il s'agissait d'un contrat de droit privé.

Dans l'affaire CODIAM, le commissaire du gouvernement avait expliqué : « Le contrat en cause qui a essentiellement pour objet la location de téléviseurs aux malades hospitalisés, s'il participe, sans doute à l'aménagement de leurs conditions de séjour, ne peut être regardé comme tendant à faire participer la société CODIAM au service public hospitalier, lequel consiste en une mission de diagnostic, de surveillance et de soins. Tout au plus relève-t-il d'une mission accessoire ou périphérique à ce service public et participant au confort du séjour hospitalier. »

Depuis, l'incertitude était totale sur le régime juridique de ces contrats et certains hôpitaux concluaient parfois des contrats de droit privé, parfois des conventions d'occupation du domaine public, parfois des conventions de délégation de service public et souvent des marchés publics...

Le CHU de Rouen avait mis en œuvre une procédure de délégation de service public et la société LOCATEL avait contesté cette procédure en référé précontractuel en soutenant que le contrat en cause serait en réalité un marché public. Le juge du référé du Tribunal administratif de Rouen par une ordonnance du 4 octobre 2013 a qualifié le contrat de marché public et a annulé la procédure.

Tant le CHU que la société attributaire du contrat ont formé un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat. Retenant que cette ordonnance était entachée d'erreur de droit car l'hôpital ne versait aucune rémunération à son cocontractant, le Conseil d'Etat l'annule et réglant l'affaire au fond examine la qualification du contrat.

Le Conseil d'Etat se montre audacieux en faisant de l'activité de mise à disposition d'abonnements de télévision, de téléphone, d'accès internet une mission d'intérêt général liée à l'activité de soins de l'hôpital consistant à mettre en œuvre l'ensemble des moyens et activités permettant d'assurer la communication des patients avec l'extérieur. L'entreprise LOCATEL avait évidemment soutenu que la prise en charge des patients et l'activité de soins de l'hôpital n'impliquait pas une obligation pour celui-ci de permettre aux patients de surfer sur internet ou d'accéder à la télévision.

Ce faisant, le Conseil d'Etat s'est trouvé confronté au débat du début du précédent siècle : est-ce que toute activité destinée à satisfaire l'intérêt de tout ou partie des administrés (l'activité de plus grand service dont parle le Professeur Chapus) peut être reconnue comme une activité de service public ? le Professeur Hauriou refusait que les théâtres publics puissent être des services publics car le théâtre selon lui « exalte l'imagination, habitue les esprits à une vie factice et fictive, excite les passions de l'amour lesquelles sont aussi dangereuses que celles du jeu » (note sous CE 7 avril 1916, Astruc) ; Hauriou n'a pas été suivi et ont par la suite été qualifiés d'activités de service public, le théâtre, un festival de la bande dessinée, les feux d'artifice organisés par les communes le 14 juillet...

Ainsi, dans le prolongement de cette logique d'extension de la notion de service public notamment aux activités de loisirs et de détente, indépendamment de leur caractère sérieux ou non, le Conseil d'Etat fait désormais de l'accès des patients à internet et à la télévision, et donc de leur communication avec l'extérieur, une mission d'intérêt général liée à l'activité de soins de l'hôpital.

Le Conseil d'Etat souligne également que le contrat impose au prestataire d'assurer à titre gracieux la diffusion de programmes de télévisions sur les téléviseurs situés dans certaines chambres, notamment en pédiatrie.

Puis, de façon fort rigoureuse, le Conseil d'Etat déroule les caractéristiques de la délégation de service public en constatant que ses critères sont tous réunis dans cette affaire : une activité de service public, une organisation de type service public, des obligations imposées au cocontractant et une rémunération assurée par les résultats de l'exploitation puisque les patients payent leur accès. Le contrat est donc bien une convention de délégation de service public.

Cependant, l'arrêt, s'il résout une interrogation récurrente depuis plusieurs années, celle de la qualification des contrats de mise à disposition de services de télévision, de téléphone et d'accès à Internet aux patients, soulève d'autres difficultés.

En effet, en affirmant que le juge des référés a commis une erreur de droit en jugeant que le contrat devait être regardé comme conclu à titre onéreux au sens des dispositions de l'article 1er du code des marchés publics alors que la personne publique ne versait aucune rémunération à son cocontractant et percevait, en contrepartie de l'occupation de son domaine une redevance, le Conseil d'Etat poursuit la logique entamée avec l'arrêt CBS Outdoor du 15 mai 2013 (req. n° 364.593) qui avait refusé la qualification de marché public à une convention ayant pour objet l'installation et l'exploitation de colonnes et de mâts porte-affiche.

On se rappelle qu'à l'occasion de l'affaire CBS Outdoor, qui concernait la nature du contrat par lequel la ville de Paris a confié l'exploitation des colonnes Morris relevant de son domaine public à la société JC Decaux, par le biais d'une convention qu'elle avait qualifié elle-même de convention d'occupation domaniale, le tribunal administratif de Paris avait qualifié ce contrat de délégation de service public ; la cour administrative d'appel de Paris l'avait, elle, qualifié de marché public considérant qu'une contrepartie onéreuse existait. L'arrêt de la Cour s'inscrivait dans la logique de la jurisprudence DECAUX du 4 novembre 2005 (req. n° 247.298) à l'occasion de laquelle le Conseil d'Etat avait jugé que l'exonération de redevances pour occupation du domaine public constituait un avantage consenti à titre onéreux par la personne publique en contrepartie des prestations fournies par la société alors même que ces avantages ne se traduisent par aucune dépense effective pour la collectivité.

Telle n'a pas été l'approche du Conseil d'Etat, qui a considéré par l'arrêt du 15 mai 2013, que le contrat ne répondait pas aux besoins d'une activité assurée par les services municipaux mais également que le contrat n'était pas conclu à titre onéreux en l'absence de renonciation de la personne publique à percevoir des redevances.

En faisant dépendre le caractère onéreux du contrat - et donc sa qualification de marché public - du versement d'une rémunération au cocontractant par la personne publique, l'arrêt du Conseil d'Etat du 7 mars 2014 s'inscrit dans cette logique et amène à s'interroger sur la qualification que le Conseil d'Etat pourrait à l'avenir poser sur les contrats de mobiliers urbains pour lesquels aucune rémunération n'est versée par la personne publique au cocontractant.

De plus, dans l'arrêt du 7 mars 2014, le Conseil d'Etat ne se prononce pas sur un autre élément essentiel de la délégation de service public : celui du transfert du risque d'exploitation. On se rappelle que, par l'arrêt du 10 septembre 2009 WAZV Gotha (Aff. C-2006-08), la CJCE a souligné qu'il était nécessaire pour conclure à l'existence d'une délégation de service public que la personne publique transfère au concessionnaire l'intégralité ou, au moins, une part significative du risque d'exploitation qu'il encourt.

Le juge administratif, dans la lignée de cet arrêt, procède à une analyse économique du risque d'exploitation (voir en ce sens arrêt du

CE du 5 juin 2009 « Société Avenance Enseignement et santé », n°298641).

Rien de tel dans l'arrêt du 7 mars 2014 qui n'examine ni le transfert du risque d'exploitation ni ne procède à une recherche de l'existence même de ce risque...

L'arrêt du 7 mars 2014 en tranchant enfin la qualification des contrats de mise à disposition d'abonnements de télévision, de téléphone, d'accès internet dans les hôpitaux offre une solution salubre mais soulève de nouvelles questions.

---

## Délai raisonnable et information des candidats évincés dans les Mapa

Tribunal administratif de Versailles, 20 décembre 2013 req. n° 0906065



A l'issue d'une procédure adaptée, un OPHLM a notifié une lettre de rejet au candidat dont l'offre n'a pas été retenue le 5 mai par télécopie puis a signé le marché le 12 mai. Le candidat soutenait ne pas avoir eu le temps matériel d'exercer un référé précontractuel et a donc saisi le Tribunal administratif au fond dans le cadre d'un recours en annulation « Tropic Travaux ». Le Tribunal administratif a jugé que l'article 80 du Code des marchés publics qui oblige le pouvoir adjudicateur a respecté un délai de suspension ne s'applique qu'aux procédures formalisées mais que le « pouvoir adjudicateur ne peut, sans porter atteinte à la garantie substantielle que constitue la faculté de saisir le juge du référé précontractuel (...) procéder à la signature du contrat sans respecter un délai raisonnable (...) en l'espèce sept jours ont séparé l'envoi de la télécopie et la signature du marché (...) un tel délai bien qu'incluant un week-end et un jour férié, garantissait raisonnablement la possibilité à la société requérante de former un référé précontractuel ».

### Règle n° 1 :

L'article 80 du Code des marchés publics qui fixe un délai de suspension de 16 jours (en cas d'envoi par lettre) ou de 11 jours (en cas d'envoi par télécopie ou courrier électronique) ne s'applique pas aux marchés passés selon une procédure adaptée.

### Règle n° 2 :

En matière de MAPA et contrairement à la position du Conseil d'Etat (C.E. 19 janvier 2011, Grand Port Maritime du Havre), de plus en plus de juridictions du fond (Cours administratives d'appel et Tribunaux administratifs) jugent qu'un « délai raisonnable » doit être respecté entre l'envoi de la lettre de rejet et la signature du marché afin de permettre aux candidats dont l'offre est rejetée de former un référé précontractuel.

### Règle n° 3 :

Ce « délai raisonnable » est apprécié in concreto en fonction des circonstances : période, présence de week-end, de jours fériés, montant du marché, etc... 7 jours a été considéré comme un délai raisonnable malgré un week-end et un jour férié inclus par le jugement du Tribunal administratif de Versailles du 20 décembre 2013.

## Règle n° 4 :

En matière de MAPA la prudence doit inciter les acheteurs à respecter un délai minimum entre l'envoi de la lettre de rejet et la signature du marché afin d'éviter que le Tribunal administratif compétent constate une irrégularité et censure la procédure de passation.

# Dossier information des candidats évincés avant la signature du marché



## L'information des candidats évincés avant la signature des marchés soumis au Code des marchés publics et à l'ordonnance du 6 juin 2005

I- L'information des candidats évincés avant la signature du marché est obligatoire pour les marchés passés selon une procédure formalisée

### I-1 S'agissant des marchés soumis au Code des marchés publics

L'article 80 du code des marchés publics et la jurisprudence administrative rappellent que pour les marchés passés selon une des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur doit respecter deux obligations : d'une part, il doit informer les candidats évincés du rejet de leur candidature ou de leur offre en indiquant les motifs de ce rejet; d'autre part, il doit respecter un délai minimum avant la date de signature du marché. Ce délai minimum qui court à compter de la date d'envoi du courrier de rejet est de 16 jours si la notification se fait par courrier AR et de 11 jours si la notification se fait par voie électronique (CE 2 août 2011, Sté Clean Garden, req.n°347526).

### I-2 S'agissant des marchés soumis à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005

L'article 46-I du décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005 prévoit la même obligation pour les marchés passés selon une procédure formalisée qui sont soumis à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 (TGI Marseille, Ord.14 décembre 2011, GIE Habitations à Loyer Modéré UNICIL, n°11/1248, TGI Nancy, 2 novembre 2010, SA BANCEL, n°10/00525)

II- L'information des candidats évincés avant la signature du marché est également recommandée pour les marchés passés selon une procédure adaptée

### II-1 La position du Conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat considère que pour les marchés passés selon une procédure adaptée, aucune disposition du code des marchés publics, ni aucun principe général n'impose au pouvoir adjudicateur d'informer les candidats évincés avant la signature du contrat: « Considérant que, s'agissant des marchés passés selon une procédure adaptée, qui ne sont pas soumis à l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, de notifier aux opérateurs économiques ayant présenté une offre, avant la signature du contrat, la décision d'attribution » (CE 19 janvier 2011, Grand Port Maritime du Havre, req.n°343435 - Plus récemment CE 17 juillet 2013, Département de la Guadeloupe, req.n°366864)

En d'autres termes, le pouvoir adjudicateur peut donc signer le marché avec l'entreprise retenue et informer ensuite les candidats évincés du rejet de leurs offres. Une telle manœuvre a naturellement pour effet de rendre irrecevable tout référé précontractuel puisque la signature du marché a pour effet de rendre irrecevable le référé précontractuel (CE 3 novembre 1995 Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes et des Hautes Pyrénées, req.n°157304).

### II-2 Les positions divergentes des Cours administratives d'appel de Bordeaux, de Marseille, de

## Nantes et de Nancy

**(i)** Dans un arrêt du 7 juin 2011, Association Collectif des Citoyens du Breuil-Coiffault, la Cour administrative de Bordeaux a décidé d'adopter une position diamétralement opposée à celle du Conseil d'Etat au nom des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures affirmés par l'article 1er du Code des marchés publics. Pour la Cour administrative de Bordeaux, l'information des candidats évincés présente un caractère substantiel et sa méconnaissance entache de nullité le marché qu'il s'agisse d'une procédure formalisée ou d'une procédure adaptée :

*« Considérant que les marchés passés selon la procédure adaptée prévue par les articles 26 et 28 du code des marchés publics en leur rédaction en vigueur du 1er septembre 2006 au 1er janvier 2008 sont soumis, et ce, quel que soit leur montant, aux principes généraux posés au deuxième alinéa du I de l'article 1er du même code, selon lesquels " les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures (...) le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence (...). " ; que si la personne publique est libre, lorsqu'elle décide de recourir à la procédure adaptée, de déterminer, sous le contrôle du juge administratif, les modalités de publicité et de mise en concurrence appropriées aux caractéristiques de ce marché, ce choix, toutefois, doit lui permettre de respecter les principes généraux précités qui s'imposent à elle ;*

*Considérant que par un moyen nouveau recevable en cause d'appel, l'ASSOCIATION COLLECTIF DES CITOYENS DU BREUIL-COIFFAULT, M. Marcel ROSSOLIN et M. John THORNE soutiennent que la décision du maire de Hanc doit être annulée comme n'ayant pas été précédée d'une information des candidats évincés ; qu'il résulte des pièces du dossier que les candidats évincés n'ont pas été informés du rejet de leur candidature et de l'identité ou de la raison sociale des deux entreprises retenues par le maire de la commune de Hanc ; que cette formalité, qui relève des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, présente un caractère substantiel et trouve également à s'appliquer, y compris aux marchés passés selon la procédure prévue par les dispositions précitées de l'article 26 du code des marchés publics » (CAA Bordeaux 7 juin 2011, Association Collectif des Citoyens du Breuil-Coiffault, req.n°09BX02775)*

**(ii)** Dans un arrêt du 19 décembre 2011, Sté Hexagone 2000, la Cour administrative de Marseille a décidé d'adopter la même solution que la Cour administrative d'appel de Bordeaux toujours au nom des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures :

*« Considérant qu'il résulte des dispositions précitées de l'article 80 du code des marchés publics qu'elles ne sont pas applicables aux marchés passés selon une procédure adaptée ; que, par suite, le SOCIETE HEXAGONE 2000 ne peut utilement invoquer la violation des dispositions précitées ; que toutefois, les marchés passés en application du code des marchés publics sont soumis aux principes qui découlent de l'exigence d'égal accès à la commande publique, rappelés par le II de l'article 1er de ce code, selon lequel : « Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. (...) » ; qu'à ce titre, il incombe notamment à la personne responsable du marché d'informer les candidats évincés du rejet de leur candidature ou de leur offre afin de permettre aux intéressés, éventuellement, de contester le rejet qui leur est opposé » (CAA Marseille 19 décembre 2011, Sté Hexagone 2000, req.n°09MA02011).*

**(iii)** Dans un arrêt du 28 mars 2013, SAS Gueble, la Cour administrative de Nantes va plus loin en précisant que l'information des candidats évincés avant la signature du marché dans une procédure adaptée représente une « garantie substantielle » du principe du droit à un recours juridictionnel efficace qui est seule de nature à permettre la saisine du juge du référé précontractuel. Dans cette affaire, la Cour a considéré que le respect d'un délai de 12 jours entre la date de notification du courrier de rejet et la date de signature du marché constituait un délai raisonnable :

*« Considérant, en troisième lieu, que les marchés passés selon une procédure adaptée ne sont pas soumis à l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur, de notifier aux opérateurs économiques ayant présenté une offre la décision d'attribution avant la signature du contrat ; que toutefois le pouvoir adjudicateur ne peut, sans porter atteinte à la garantie substantielle que constitue la faculté de saisir le juge du référé précontractuel et d'exercer, ainsi, le droit à un recours rapide et efficace reconnu aux intéressés, procéder à la signature du contrat sans respecter un délai raisonnable aux fins de permettre notamment aux candidats dont l'offre a été écartée d'engager, s'ils s'y croient fondés, l'action prévue par l'article L. 551-1 du code de justice administrative ; qu'en l'espèce, et alors que la société Guèble a été informée du rejet de son offre par un courrier du 24 janvier 2011 reçu le 25, l'établissement public, qui n'était pas tenu en l'espèce de respecter un délai réglementairement déterminé, doit être regardé, en signant le 4 février 2011 le marché passé avec la société Lefèvre, comme ayant respecté un délai raisonnable ménageant à la requérante la possibilité de former un référé précontractuel » (CAA Nantes, 28 mars 2013, SAS Gueble, req.n°11NT03159)*

**(iv)** Dans un arrêt du 18 novembre 2013, Communauté de communes de Vesle Montagne de Reims, la Cour administrative de Nancy confirme l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de respecter un délai « raisonnable » entre la notification du rejet des candidats évincés et la signature du marché :

*« Considérant qu'il résulte des dispositions précitées de l'article 80 du code des marchés publics qu'elles ne sont pas applicables aux marchés passés selon la procédure adaptée prévue par les articles 26 et 28 du code des marchés publics ; que toutefois, lesdits marchés sont soumis aux principes généraux posés au II de l'article 1er du même code, selon lesquels " les marchés publics [...] soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures (...) " ; qu'à ce titre, il incombe notamment à la personne responsable du marché d'informer les candidats évincés du rejet de leur candidature ou de leur offre et de respecter un délai raisonnable avant de signer le marché afin de permettre aux intéressés, éventuellement, de contester le rejet qui leur est opposé ; qu'ainsi qu'il a été dit, la société Sade a été informée du rejet*



de son offre par un courrier du 6 novembre 2009 alors que le contrat a été signé par la CCVMR le 29 octobre 2009 ; que, par suite, la CCVMR n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que les premiers juges ont considéré que la circonstance qu'elle ait informé la société Sade du rejet de son offre après la signature du marché était constitutive d'une irrégularité de nature à affecter la validité de la procédure de passation » (CAA Nancy, 18 novembre 2013, Communauté de communes de Vesle Montagne de Reims, req.n°12NC01181)

### III- Analyse de la jurisprudence du Conseil d'État

La solution dégagée par le Conseil d'État est critiquable pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, parce qu'il est permis de s'interroger sur l'absence réelle de principe général qui dispenserait un pouvoir adjudicateur d'informer les candidats évincés avant la signature d'un marché passé selon la procédure adaptée. Bien au contraire puisque les différentes Cours administratives d'appel fondent leurs solutions sur les principes fondamentaux de la commande publique. Le principe de transparence des procédures qui a valeur constitutionnelle s'applique bien pour ces marchés en amont de la procédure au stade de la publicité (CE 30 janvier 2009 ANPE, req.n°290236- CE 24 février 2010, Communauté de communes de l'Enclave des Papes, req.n°333569).

Dans ces conditions, on ne voit pas très bien les raisons pour lesquelles ce principe qui s'applique en amont de la procédure ne s'appliquerait pas en aval de la procédure avant la signature du marché pour faire connaître la décision qui a été prise par le pouvoir adjudicateur. Il y a là un maillon manquant que les opérateurs économiques et les praticiens du droit ont bien du mal à comprendre. Le Conseil d'Etat n'explique pas sa position qui va d'ailleurs à l'encontre d'une sécurisation des procédures puisque l'absence d'information des candidats évincés préalablement à la signature a tendance à multiplier les contentieux au fond et à jeter un climat de suspicion sur les conditions dans lesquelles les marchés sont attribués.

Ensuite, la solution est également sinon surprenante du moins très décevante car les marchés à procédure adaptée ne sont pas soumis au contrôle de légalité et n'ont pas à faire l'objet d'un rapport de présentation. En d'autres termes, aucune traçabilité ni aucune justification n'est finalement exigée avant et après la signature d'un marché à procédure adaptée alors que ce type de contrat représente pourtant l'essentiel de la commande publique : de quoi s'inquiéter pour la bonne utilisation des deniers publics et l'égalité entre les candidats, un autre principe à valeur constitutionnelle. C'est donc tout un pan de l'économie publique qui se retrouve paré d'un manteau particulièrement obscur....

Par ailleurs, elle n'est tout simplement pas respectueuse des opérateurs économiques qui ont pris la peine de passer plusieurs jours pour élaborer un offre, pour participer parfois à des négociations et qui au final ne seront jamais informés des résultats de la mise en concurrence ou l'apprendront par des voies détournées.

Enfin, l'absence d'information des candidats évincés avant la signature du marché permet de réduire à néant l'effectivité du référé précontractuel voulue par le législateur et le pouvoir réglementaire depuis l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000 sur les procédures d'urgence puisque les candidats n'auront pas connaissance de l'existence de telles voies de recours et des délais à respecter pour saisir la juridiction compétente. Partant, elle prive tous les candidats évincés du droit à un recours juridictionnel efficace et rapide. En effet, une voie de recours est utile et efficace si elle permet véritablement que la cause du requérant soit entendue équitablement dans un délai raisonnable et de façon effective.

### IV Recommandations pour les pouvoirs adjudicateurs

#### IV-1 Recommandations aux pouvoirs adjudicateurs soumis au Code des marchés publics

Afin de sécuriser leur procédure de passation de marché, les pouvoirs adjudicateurs ont tout intérêt à ne pas adopter la solution dégagée par le Conseil d'Etat et cela d'autant plus s'ils dépendent du ressort territorial des Cours administratives d'appel de Bordeaux, de Marseille, de Nantes et de Nancy.

##### **Option n°1 :**

Le pouvoir adjudicateur décide de ne pas informer les candidats évincés avant la signature du marché. Cette solution paraît la plus risquée au regard de l'évolution de la jurisprudence : il convient donc de l'abandonner purement et simplement.

##### **Option n°2 :**

Le pouvoir adjudicateur décide d'informer les candidats évincés avant la signature du marché et de respecter un délai de 16 ou de 11 jours entre la date d'envoi de la notification et la date de signature du marché. Cette solution est la plus sécurisante et permet de s'affranchir de toute critique tant en cas de référé précontractuel qu'en cas de recours au fond : il convient de l'adopter à minima pour les marchés considérés comme « stratégiques » par le pouvoir adjudicateur.

##### **Option n°3 :**

Le pouvoir adjudicateur décide d'informer les candidats évincés avant la signature du marché et de respecter un délai de « raisonnable » de quelques jours entre la date d'envoi de la notification et la date de signature du marché. Cette solution la plus courante.

#### IV-2 Recommandations aux pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005

Il convient de rappeler que les règles de publicité et de mise en concurrence prévues par l'ordonnance du 6 juin 2005 sont interprétées de manière identique par le juge administratif et par le juge judiciaire (Cass. Com, 10 juillet 2009, Sté GRDF, pourvoi n° 08-13871; CA Paris, 25 octobre 2007, Sté ETDE, n° 05/02543).

Dans son commentaire sur un jugement rendu par le Tribunal de Grande instance de Paris le 5 novembre 1998, le Rapporteur public près le Conseil d'Etat, Catherine BERGEAL profitait de cette occasion pour préciser que « Les règles sont identiques devant les deux ordres de juridictions. Le juge civil a la même conception de ses pouvoirs dans le cadre du référé précontractuel que le juge administratif. Le juge civil fait des mêmes textes la même interprétation » (BJCP n° 12 p. 320).

Ainsi, les règles de publicité et de mise en concurrence découlant des textes nationaux et communautaires sont interprétées de manière identique par le juge administratif et par le juge judiciaire. Il en est de même des principes fondamentaux de la Commande publique énumérés par l'article 1er du Code des marchés publics et par l'article 6 de l'ordonnance du 6 juin 2005 (CE 30 janvier 2009, ANPE, n°290236 avec les conclusions du Commissaire du gouvernement DACOSTA).

Dans ces conditions, afin de sécuriser juridiquement au maximum les procédures adaptées lancées par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices qui sont soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005, il est conseillé de suivre les mêmes recommandations que celles préconisées pour les marchés publics.

**Dossier réalisé par Me Sébastien PALMIER, avocat au Barreau de Paris, titulaire du Certificat de spécialisation en droit public**

---

## Conséquences pour les élus locaux de la loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique



La loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique a pour objet de prévenir les conflits d'intérêt. Elle dispose ainsi en son article 1er que « les membres du Gouvernement, les personnes titulaires d'un mandat électif local ainsi que celles chargées d'une mission de service public exercent leurs fonctions avec dignité, probité et intégrité et veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts. ».

### Les mesures relatives à la prévention des conflits d'intérêt

Le conflit d'intérêt est défini comme « toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction. »

Afin de prévenir les conflits d'intérêts, les personnes titulaires de fonctions exécutives locales qui estiment se trouver dans une situation répondant à cette définition « sont supplées par leur délégataire, auquel elles s'abstiennent d'adresser des instructions ». Il convient de préciser que la loi du 11 octobre 2013 ne remet pas en cause les dérogations aux situations de prise illégale d'intérêt prévues par l'article 432-12 du code pénal pour les communes comptant 3500 habitants au plus.

Un décret en Conseil d'Etat est en cours de rédaction pour préciser l'articulation des dispositions de la loi du 11 octobre 2013 en matière de suppléance des élus en situation de conflit d'intérêt avec celles du code général des collectivités territoriales (CGCT) relatives aux délégations.

### La répression des situations de prise illégale d'intérêt après la cessation des fonctions

Les élus locaux étaient auparavant exclus du champ d'application de l'article 432-13 du code pénal réprimant « le fait, par une personne ayant été chargée, en tant que fonctionnaire ou agent d'une administration publique, dans le cadre des fonctions qu'elle a effectivement exercées, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur de tels contrats, soit de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ces fonctions. ».

Cette situation créait une asymétrie avec le champ d'application de la répression de la prise illégale d'intérêt pendant l'exercice des fonctions (l'article 432-12 du code pénal étant applicable aux élus).

La modification de l'article 432-13 du code pénal par la loi du 11 octobre 2013 (article 28) a pour effet d'étendre au titulaire d'une fonction exécutive locale le champ d'application du délit dit de « pantouflage » dans les trois ans suivant la cessation des fonctions.

## Les mesures relatives à la transparence de la vie publique

Les chefs des exécutifs des collectivités territoriales et les élus titulaires d'une délégation de ces derniers devront adresser au président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (autorité administrative indépendante), d'une part, une déclaration de situation patrimoniale, d'autre part, une déclaration d'intérêts.

En ce qui concerne plus particulièrement les communes et les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI), la loi du 11 octobre 2013 (article 11) limite le champ d'application de cette obligation :

- aux maires des communes de plus de 20 000 habitants ;
- aux présidents d'EPCI à fiscalité propre dont la population excède 20 000 habitants ou dont le montant des recettes de fonctionnement figurant au dernier compte administratif est supérieur à 5 millions d'euros ;
- aux présidents d'EPCI sans fiscalité propre ou dont le montant des recettes de fonctionnement figurant au dernier compte administratif est supérieur à 5 millions d'euros;
- aux adjoints aux maires des communes de plus de 100 000 habitants titulaires d'une délégation de signature ;
- aux vice-présidents d'EPCI à fiscalité propre de plus de 100 000 habitants titulaires d'une délégation de signature.

Le modèle et le contenu des déclarations de situation patrimoniale et des déclarations d'intérêt, ainsi que les conditions dans lesquelles les déclarations d'intérêts seront rendues publiques, seront précisés par décret en Conseil d'Etat.

---

## Les pièges du formulaire DC 2 : le juge tranche le débat lancé il y a un an !



Me Sébastien PALMIER, avocat spécialiste en marchés publics, avait déjà alerté le gouvernement sur les lacunes du formulaire DC 2 dans un article publié le 16 février 2012 sur [Achatpublic.com](http://Achatpublic.com). La Direction des Affaires Juridiques avait alors usé de son droit de réponse en estimant que ce formulaire ne fragilisait pas la procédure, la preuve étant qu'aucune procédure n'avait été annulée pour ce motif. Le juge des référés précontractuel du Tribunal administratif de Bordeaux vient enfin trancher le débat doctrinal en donnant raison aux mises en garde de Me PALMIER.

### L'acheteur public doit contrôler les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats.

Pour pouvoir participer à une procédure de publicité et de mise en concurrence, chaque candidat doit remplir les conditions de participation fixées par l'acheteur public. L'article 45 du Code des marchés publics prévoit à cet égard qu'il ne peut être exigé des candidats que des renseignements et des documents permettant d'évaluer leurs capacités professionnelles, techniques et financières. La liste de ces renseignements et de ces documents est fixée par l'arrêté du 28 août 2006 et fait l'objet d'une interprétation très stricte du juge administratif dès lors qu'elle participe à la liberté d'accès à la commande publique (CE 13 novembre 2002, OPHLM de la Communauté urbaine du Mans, req. n° 245303). Ce sont donc les différents documents et renseignements de cette liste que l'acheteur public peut utiliser pour contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats. Ce contrôle est obligatoire et s'impose à peine d'irrégularité de la procédure (CE 29 avril 2011, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice et des Libertés, req.n°344617- CE 26 mars 2008, Communauté urbaine de Lyon, req.n°303779). En d'autres termes, la personne publique ne peut pas limiter son contrôle à la simple production matérielle des documents réclamés mais il doit également vérifier leur contenu.

### L'acheteur public doit annoncer les conditions de participation des candidats et leurs modalités de mise en œuvre.

Dès lors que le pouvoir adjudicateur est tenu de contrôler les capacités financières, techniques et professionnelles des candidats, il lui appartient de préciser dans les cahiers des charges, les documents et renseignements qui doivent être produits par les candidats pour démontrer lesdites capacités. C'est la raison pour laquelle l'acheteur public est tenu d'indiquer dès l'engagement de la procédure les différents documents et renseignements permettant de contrôler les capacités financières, techniques et professionnelles des concurrents afin d'éviter toute liberté de choix discrétionnaire dans le choix des candidats admis à participer à la procédure (CE 24 février 2010, Communauté de Communes de l'Enclave des Papes, req.n°333569). En d'autres termes, pour pouvoir participer à la

procédure, chaque candidat doit donc connaître très précisément les renseignements et les documents à fournir. L'article 52 du Code des marchés publics rappelle d'ailleurs que les candidatures sont examinées au regard des conditions de capacités professionnelles, techniques et financières mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation en précisant que celles qui ne satisfont pas à ces exigences doivent être éliminées. Il en résulte donc une obligation pour l'acheteur public d'annoncer aux candidats les différents documents et renseignements qui lui permettront de contrôler leurs garanties professionnelles, techniques et financières. En cas de contentieux, le contrôle du juge sera double : il devra tout d'abord s'assurer que le pouvoir adjudicateur a clairement indiqué dans les documents de la consultation les conditions de participations des candidats. Il devra ensuite vérifier si le pouvoir adjudicateur a également informé les candidats sur les documents et les renseignements à fournir pour apprécier leurs capacités professionnelles, techniques et financières.

Se pose alors la question de savoir concrètement si l'utilisation du formulaire DC 2 permet de respecter ces différentes obligations dans le cadre des procédures formalisées ou non. La réponse est affirmative à la condition de respecter certaines conditions à défaut de quoi la procédure pourra être annulée par n'importe quel requérant.

## Les pièges du nouveau formulaire DC 2 (ancien formulaire DC 5)

Dans un arrêt en date du 21 novembre 2007, le Conseil d'Etat a déjà eu l'occasion de rappeler que le pouvoir adjudicateur peut exiger des candidats qu'ils utilisent, à peine d'irrecevabilité, le formulaire DC 5 pour présenter leur candidature mais également renvoyer à ce formulaire dans l'avis d'appel public à la concurrence pour faire connaître aux entreprises les documents renseignements exigés (CE 21 novembre 2007, Département du Var, req.n°300992-Egalement- CE 10 mai 2006, Syndicat des services de l'agglomération valentinoise, req.n°286644).

Mais cette jurisprudence qui a été rendue sous l'empire de l'ancien formulaire DC 5, ne vaut plus pour le nouveau formulaire DC 2. En effet, l'ancien formulaire DC 5 se bornait à reprendre la liste des documents et renseignements figurant dans l'arrêté du 28 août 2006 : il constituait un simple support type destinés à faciliter la présentation des documents et renseignements exigés. Contrairement au formulaire DC 5, le formulaire DC 2 ne permet plus à l'acheteur public de vérifier les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats puisqu'il ne reprend pas la liste de l'arrêté du 28 août 2006. En effet, le cadre G du nouveau formulaire indique désormais que le candidat doit produire la liste des documents et des renseignements qui figurent dans l'avis de publicité ou le règlement de la consultation. Or, si dans l'avis ou le règlement de la consultation, l'acheteur n'énumère pas ces différents éléments mais se borne à renvoyer au formulaire DC 2, comme il avait pris l'habitude de le faire sous l'empire de l'ancien formulaire DC 5, le candidat restera dans l'ignorance des conditions de participation à la procédure et la procédure sera irrégulière. C'est le serpent qui se mord la queue! L'ancien formulaire DC 5 a été adapté, son contenu modifié ainsi que sa codification pour devenir le formulaire DC2 en passant de 6 à 3 pages. Pour autant, cette simplification est de nature à fragiliser les procédures si le pouvoir adjudicateur n'y pas prend garde. Le nouveau formulaire type ne contient pas en effet l'ensemble des renseignements et documents prévus par l'arrêté du 28 août 2006 pris pour l'application de l'article 45 du Code des marchés publics. Le pouvoir adjudicateur ne peut donc plus se contenter de renvoyer les candidats au formulaire DC 2 pour connaître les conditions de participation à la procédure. Il doit absolument lister les conditions de participation des candidats soit dans l'avis de publicité, soit dans le règlement de la consultation.

## Le juge des référés précontractuels sanctionne l'utilisation obligatoire du formulaire DC 2 sans préciser aux candidats les conditions de participation à la procédure

Dans une ordonnance en date du 16 octobre 2013, Sté HEBRAS GARCIA, le Juge du référé précontractuel du Tribunal administratif de Bordeaux vient en effet d'annuler une procédure de publicité et de mise en concurrence au motif pris que le pouvoir adjudicateur s'est contenté de renvoyer les candidats au formulaire DC 2 pour leur faire connaître les conditions de participation à la procédure sans que les documents de la consultation ne précisent la liste des documents et des renseignements utilisés pour contrôler leurs capacités financières, techniques et professionnelles.

Dans cette affaire, les cahiers des charges n'indiquaient pas la liste des documents et renseignements qui étaient exigés des candidats pour participer à la procédure conformément à l'arrêté du 28 août 2006 pris pour l'application de l'article 45 du Code des marchés publics. Il était simplement indiqué que l'appréciation des capacités financières, techniques et professionnelles des candidats serait appréciée en fonction des indications fournies dans le formulaire DC 2. Or, contrairement à l'ancien formulaire DC 5, le formulaire DC 2 ne précise pas les documents et renseignements permettant d'apprécier les capacités financières, techniques et professionnelles des candidats. En se contentant de renvoyer au formulaire DC 2 pour faire connaître aux candidats les conditions de participation à la procédure sans autre précision sur les documents et renseignements qui seraient utilisés pour contrôler les capacités financières, techniques et professionnelles, le juge des référés précontractuels a considéré que le pouvoir adjudicateur a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence et a annulé la procédure. Pour le juge, la lésion résulte de l'absence d'indication des documents et renseignements permettant de vérifier les capacités des différents attributaires des candidats. Pour le juge, le fait de noter une offre qui n'aurait jamais du être examinée dès lors que la candidature aurait pu être préalablement écartée est de nature à fausser le jeu de la concurrence et l'égalité de traitement entre les candidats quelque soit le stade de la procédure.

### **Ce qu'il faut retenir :**

- L'acheteur public doit annoncer les conditions de participation des candidats et leurs modalités de mise en œuvre dans

l'avis de publicité ou dans le règlement de la consultation.

- Le simple renvoi au formulaire DC 2 pour faire connaître aux candidats les conditions de participation à la procédure est insuffisant.
- L'acheteur public peut imposer l'utilisation du formulaire DC 2 à l'appui de la candidature mais il doit absolument lister les conditions de participation des candidats soit dans l'avis de publicité, soit dans le règlement de la consultation

Dossier réalisé par Me Sébastien PALMIER-Spécialiste en Droit Public- Cet article a été publié sur le site ACHATPUBLIC.COM le 14 novembre 2013

## Urbanisme : de nouvelles règles pour le contentieux !



Un groupe de travail a remis au Ministre de l'Égalité des territoires et du logement un rapport le 25 avril 2013 afin de proposer des réformes en contentieux de l'urbanisme visant à encadrer l'intérêt à agir des requérants, prévenir les recours malveillants et modifier le régime des transactions dans les cas de désistements de recours. Une ordonnance du 18 juillet 2013 a modifié le code de l'urbanisme mais également le code de justice administrative en reprenant la plupart de ces recommandations.

Les modifications essentielles sont au nombre de 7 :

### Règle n°1

Article L. 600-1-2 du code de l'urbanisme : l'opération contre laquelle un recours peut être exercé doit avoir un effet direct sur les conditions d'occupation, d'utilisation ou de jouissance du bien lequel doit être détenu ou occupé régulièrement.

L'intérêt à agir est ainsi encadré de façon plus restrictive.

### Règle n°2

Article L. 600-1-3 du code de l'urbanisme : L'intérêt à agir contre un permis de construire s'apprécie désormais à la date d'affichage du permis de construire en mairie et non pas nécessairement à l'installation des panneaux d'affichage sur le terrain qui est parfois postérieure.

### Règle n°3

Article L. 600-5 du code de l'urbanisme : le juge administratif a désormais la possibilité de prononcer une annulation partielle en cours d'instance pour permettre la régularisation du permis par un permis modificatif et même fixer un délai dans lequel le titulaire du permis pourra régulariser sa situation.

A l'initiative du juge, un permis modificatif peut désormais s'incorporer en cours d'instance au permis initial dont les irrégularités sont ainsi effacées et ne peuvent plus être invoquées.

### Règle n°4

Article L. 600-7 du code de l'urbanisme : l'auteur d'un recours abusif peut être condamné à verser des dommages-intérêts au bénéficiaire du permis de construire si la requête a entraîné pour ce dernier un préjudice anormal. La condamnation de l'auteur du recours à des dommages-intérêts doit être demandée par un mémoire distinct. Il s'agit de dommages-intérêts attribués au bénéficiaire du permis de construire qui doivent donc être distingués de l'amende pour recours abusif qui n'est pas versée au défendeur.

Cet article vise à dissuader les auteurs de recours abusifs qui bloquent une construction ; il permet au bénéficiaire du permis de construire de ne plus avoir à effectuer un recours distinct auprès d'une juridiction civile en vue d'obtenir une réparation.

### Règle n°5

Article L. 600-8 du code de l'urbanisme : Toute transaction par laquelle une personne ayant demandé au juge administratif l'annulation d'un permis de construire, de démolir ou d'aménager s'engage à se désister de ce recours en contrepartie du versement d'une somme d'argent ou de l'octroi d'un avantage en nature doit être enregistrée auprès de l'administration fiscale.

Cette obligation vise à dissuader les auteurs de recours « malveillants » - ceux qui engagent des procédures puis les interrompent en contrepartie du versement d'une somme d'argent - par la publication auprès du fisc des sommes versées par le bénéficiaire du permis de construire ce qui pourra attirer l'attention des services fiscaux en cas de déclaration régulière.

### Règle n°6

Par ailleurs, par un décret n° 2013-879 du 1er octobre 2013 le Code de justice administrative s'est vu ajouter un article R. 811-1-1 qui prévoit que les tribunaux administratifs statuent en premier et dernier ressort contre les permis de construire ou de démolir un bâtiment à usage principal d'habitation ou contre les permis d'aménager un lotissement.

La possibilité d'appel est supprimée dans ce cas et seule la voie du recours en cassation sera possible contre les jugements prononcés.

#### Règle n°7

Le décret du 1er octobre 2013 a également inséré un article R. 600-4 dans le code de l'urbanisme qui prévoit que le juge administratif, à la demande des défendeurs, dans les contentieux du permis de construire, de démolir ou d'aménager, peut fixer une date au-delà de laquelle des moyens nouveaux ne peuvent plus être invoqués.

Le requérant qui attaque un permis de construire a souvent intérêt à ce que la procédure soit la plus longue possible pour bloquer l'opération de travaux. Pour allonger l'instruction du recours il peut soulever de nouveaux moyens en cours de procédure.

Par conséquent, les défendeurs pourront demander au juge de fixer une date au-delà de laquelle aucun moyen nouveau, quelle que soit la cause juridique à laquelle il se rattache, ne pourra plus être soulevé permettant ainsi une « cristallisation » des moyens.

Dossier réalisé par Me Laurent FRÖLICH, avocat associé.

---

## MAPA : peut-on négocier avec une candidature irrecevable ou insuffisante ?



Une ordonnance de référé précontractuel relance le débat sur le libre choix des candidats qui peuvent être admis à la négociation et notamment la question de savoir si, en MAPA, on peut engager des négociations avec un opérateur économique qui a déposé une candidature irrecevable ou insuffisante ?

Le code des marchés publics ne prévoit aucune règle particulière pour la passation des marchés à procédure adaptée y compris lorsqu'elle intègre une phase de négociation avec les candidats. L'article 28 du code indique simplement qu'il appartient à la personne publique de déterminer librement les modalités de publicité et de mise en concurrence de sa procédure en tenant compte des certains paramètres: objet et caractéristiques du marché, montant du marché, conditions dans lesquelles l'achat est réalisé, degré de concurrence entre les opérateurs économiques potentiellement intéressés, sachant qu'il convient bien évidemment de respecter les principes fondamentaux définis à l'article 1er qui sont la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures. De la même façon, la jurisprudence ne prévoit aucune règle particulière à respecter en cas de négociation alors même qu'elle considère qu'elle constitue une des caractéristiques principales de ce type de procédure et du choix de l'offre (voir CAA Nantes, 7 juin 2013, Sté Phytorem SA). Le contexte réglementaire et jurisprudentiel reste donc relativement pauvre en la matière de sorte que toute nouvelle jurisprudence est toujours la bienvenue pour analyser les marges de manœuvre qui sont ouvertes aux acheteurs, aux opérateurs et aux praticiens. C'est le cas avec une nouvelle ordonnance de référé précontractuel rendue par le TA d'Orléans qui relance le débat sur le libre choix des candidats qui peuvent être admis à la négociation (voir TA Orléans 26 août 2013, Sté ISS ESPACES VERTS).

### La possibilité d'engager des négociations avec les candidats ayant remis une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable.

Dans son arrêt du 30 novembre 2011, Ministre de la Défense et des Anciens Combattants (voir CE 30 novembre 2011, Ministre de la Défense et des Anciens Combattants), le Conseil d'Etat a posé la règle suivante : dans le cadre des dispositions de l'article 28 du code des marchés publics, le pouvoir adjudicateur peut décider de négocier avec les candidats ayant remis des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables au sens du III de l'article 53 du code. Cette solution est intéressante par rapport à ce qu'il est possible de faire dans le cadre de la procédure de marché négociée envisagée au 1° du I de l'article 35 du code. Dans cette procédure, en effet, le pouvoir adjudicateur est tenu d'éliminer les offres inappropriées, c'est-à-dire, selon la définition de l'article 35, celles qui apportent une réponse sans rapport avec son besoin et qui peuvent donc être assimilées à une absence d'offre. Tel n'est pas le cas en matière de procédure adaptée : le pouvoir adjudicateur peut engager des négociations avec tous les candidats y compris ceux qui ont déposé une offre inappropriée. Il s'agit là de la première différence. Ensuite, en procédure formalisée, à l'exception de ceux qui ont déposé une

offre inappropriée, le pouvoir adjudicateur est tenu d'engager des négociations avec tous les candidats. Tel n'est pas le cas en matière de procédure adaptée : sauf stipulations particulières du règlement de la consultation, les négociations peuvent être engagées avec les candidats de son choix tout en gardant à l'esprit qu'il devra être capable de justifier son choix et qu'il devra aussi à l'issue des négociations rejeter sans les classer les offres qui sont demeurées inappropriées, irrégulières ou inacceptables afin de respecter l'égalité de traitement entre les candidats. Le pouvoir adjudicateur peut donc demander aux candidats ayant remis une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable de les régulariser à posteriori dans le cadre des négociations tout en sachant que dans un souci d'égalité, il devra s'adresser à la catégorie des candidats concernés (ceux ayant remis une offre inappropriée et /ou irrégulière et /ou inacceptable) et pas uniquement l'un d'entre eux.

## La possibilité d'engager des négociations avec les candidats qui ont remis un dossier de candidature incomplet ou insuffisant ?

Dans une ordonnance du 26 août 2013 (voir TA Orléans 26 août 2013, Sté ISS ESPACES VERTS), le juge des référés précontractuels vient de poser une nouvelle règle inédite jusqu'alors qui touche au choix des candidats admis à la négociation: de la même façon qu'il est possible à un pouvoir adjudicateur d'engager des négociations avec des candidats qui ont déposé une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable, il lui est également possible de le faire avec ceux qui ont déposé un dossier de candidature incomplet ou insuffisant. Dans cette affaire, le juge des référés a en effet admis qu'un candidat qui n'avait pas produit les certificats que qualification professionnelle exigés par le règlement de la consultation ainsi que des références professionnelles suffisantes puissent compléter ses garanties techniques et professionnelles en cours de négociation.

Une solution qui pose de nouvelles interrogations au regard de la réglementation en vigueur et du principe d'égalité

Tout d'abord, cette solution bouscule quelque peu la chronologie habituelle du travail d'analyse du pouvoir adjudicateur : comme on le sait, dans un premier temps, celui-ci est censé vérifier le caractère complet des dossiers de candidature, avant d'analyser dans un deuxième temps les capacités des candidats puis dans un troisième temps les offres et éventuellement, dans un quatrième temps, d'engager ou non des négociations avec certains d'entre eux. Or, une fois le stade d'analyse des candidatures effectuée, on a du mal à légitimer juridiquement la solution qui consisterait à revenir en cours de négociation à la première phase d'analyse alors que celle-ci est censée être définitivement définitive au moment où les négociations débutent. Une fois de plus, la justification d'un tel choix risque de devenir un véritable casse-tête chinois pour le pouvoir adjudicateur sauf à admettre que s'agissant d'une procédure adaptée, il est libre d'organiser le déroulement sa procédure comme il l'entend. Ensuite, cette solution bouscule aussi la logique qui s'attache au sort des candidatures insuffisantes ou incomplètes. En effet, il convient de rappeler que le dispositif de régularisation des candidatures incomplètes ou insuffisantes prévue par l'article 52 du CMP « impose » au pouvoir adjudicateur, lorsqu'il décide de le mettre en œuvre, de s'adresser à tous les candidats y compris ceux qui ont déjà remis un dossier complet. Cet article ne fait pas de distinction selon qu'il s'agit d'une procédure formalisée ou d'une procédure adaptée. Partant, sauf à méconnaître le principe d'égalité qui sous-tend le mécanisme de régularisation des candidatures, la négociation devrait être engagée avec « tous » les candidats qui ont remis un dossier de candidature qu'il soit complet ou pas sauf à méconnaître l'article 52 du code dans des conditions de nature l'égalité entre les candidats. Vue sous cet angle, la solution rendue par le juge des référés pourrait ruiner la solution jurisprudentielle dégagée par le Conseil d'Etat et ne présenter plus aucun intérêt pour les acheteurs publics. Car engager une négociation avec un opérateur qui a remis une candidature incomplète ou insuffisante revient ni plus ni moins à actionner à posteriori le dispositif de régularisation mais dans ce cas, le pouvoir adjudicateur est tenu de le faire avec tous les candidats....ce qui revient à supprimer toute liberté de choix des candidats admis à la négociation.... Il pourrait y avoir là un véritable piège à retardement pour l'acheteur dont il devrait se méfier...

En outre, la solution rendue par le juge ne va pas non plus sans poser un problème de compatibilité entre d'une part les dispositions du règlement de la consultation qui peuvent limiter le nombre de candidats admis aux négociations et d'autre part, le mécanisme de l'article 52 du code des marchés publics qui comme on l'a vu, s'il est mis en œuvre, impose de repêcher tous les candidats sans exception : comment dans ce cas décider d'engager des négociations seulement avec un ou deux d'entre eux qui ont remis une candidature incomplète? Cela ne paraît pas envisageable et dans tous les cas difficilement justifiable. Par ailleurs, le respect du principe d'égalité entre les candidats ne manquera pas de se poser au stade de l'admission aux négociations entre ceux qui sont admis alors même qu'ils ont remis une candidature ou une offre à priori irrecevables et ceux dont la candidature ou l'offre a été considérée comme parfaitement régulières : il y a là une multitude de combinaisons bien aléatoires que le pouvoir adjudicateur a tout intérêt à manier avec précaution.

## Que faire pour éviter toute contestation ?

Dans tous les cas, pour que la négociation ne soit pas sujette à contestation, la rédaction du règlement de la consultation devrait prévoir ce nouveau cas d'admission. Enfin, il semblerait que la solution dégagée par le juge des référés ne soit pas viable ou alors uniquement en présence de deux candidats, le pouvoir adjudicateur pouvant alors prendre la liberté d'admettre aux négociations un candidat qui a déposé une candidature incomplète ou insuffisante et lui demander de bien vouloir produire les garanties nécessaires en cours de négociation si le règlement de la consultation le prévoit. En tout état de cause, l'acheteur devra à l'issue de la négociation, rejeter les candidatures qui sont demeurées incomplètes ou irrecevables en raison d'un défaut de capacités suffisantes toujours afin de respecter l'égalité de traitement entre les candidats.

Si la jurisprudence ouvre désormais la faculté de négociation non seulement avec les candidats qui ont remis une candidature

incomplète ou insuffisante mais également avec ceux qui ont déposé une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable sous réserve du respect du principe d'égalité, il appartiendra au juge d'apprécier au cas par cas la régularité des pratiques mises en œuvre par les pouvoirs adjudicateurs tant les combinaisons possibles risquent de générer des critiques de la part des candidats.

Sébastien Palmier

Référence : TA Orléans 26 août 2013, Sté ISS ESPACES VERTS, n°1302265