

Sanction à géométrie variable de la rupture d'égalité entre les candidats !

CE 12 septembre 2018, Syndicat mixte des ordures ménagères de la vallée de Chevreuse, req.n°420454

La sanction de la rupture d'égalité entre les candidats n'est pas sanctionnée de la même manière selon qu'elle résulte du comportement de l'acheteur public ou d'un candidat

L'acheteur public qui met en œuvre une procédure de mise en concurrence afin d'attribuer un contrat doit assurer le respect du principe d'égalité entre les candidats. Le juge du référé précontractuel doit annuler la procédure s'il relève une cause affectant l'impartialité de l'acheteur ou s'il constate une rupture d'égalité entre les candidats du fait des informations privilégiées dont a bénéficié l'un d'entre eux. **Dans le premier cas, le doute est suffisant pour emporter l'annulation tandis que dans le second, la rupture d'égalité doit être établie.**

Hypothèse n°1 : En cas de manquement de l'acheteur public au principe d'impartialité des procédures, l'irrégularité de la procédure n'est pas subordonnée à la preuve de ce qu'un candidat a été avantagé ou désavantagé

Le principe d'impartialité de l'acheteur public et un principe général du droit (CE 14 octobre 2015, Région Nord Pas de Calais, req.n°390968). Il implique que l'acheteur public reste neutre vis à vis des candidats à l'obtention du marché, c'est à dire qu'il n'ait aucun intérêt à privilégier l'un d'eux dans des conditions de nature à caractériser une situation de conflits d'intérêts.

L'article 48-I-5 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics définit le conflit d'intérêts de la manière suivante: *"Constitue une situation de conflit d'intérêts toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché public ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché public."* Il résulte de cette définition que l'obligation d'impartialité ne pèse que sur l'acheteur public qui doit veiller à ce qu'aucune des personnes qui concourent à l'exécution de ses missions dans la préparation et la conduite de la procédure de sélection n'aient un intérêt particulier à son issue.

Dans une telle hypothèse, le Conseil d'Etat rappelle que le juge administratif doit retenir une interprétation objective de la notion d'impartialité : **il n'est pas nécessaire de démontrer** que l'égalité entre les candidats a été rompue par la présence d'une personne en situation de potentiel conflit d'intérêts **mais simplement de constater que la présence de celle-ci est de nature « à faire naître un doute » légitime quant à l'impartialité de la procédure.**

Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a considéré qu'était illégale la procédure de passation d'un marché ayant pour objet la mise en place d'une carté dématérialisée dès lors que l'assistant à maîtrise d'ouvrage de l'acheteur public avait par le passé exercé des fonctions au sein de la société désignée comme attributaire du marché. Bien que cette personne ait quitté ladite société depuis près de deux ans, le Conseil d'Etat a considéré que *« s'il ne résulte pas de l'instruction que l'intéressé détiendrait encore des intérêts au sein de l'entreprise, le caractère encore très récent de leur collaboration, à un haut niveau de responsabilité, pouvait légitimement faire naître un doute sur la persistance de tels intérêts et par voie de conséquence sur l'impartialité de la procédure suivie par la région Nord-Pas-de-Calais »*.

Dans son arrêt, le Conseil d'Etat souligne que les liens professionnels ou d'affaires, y compris passés, n'excluent pas le risque de conflits d'intérêts dans la mesure où ils peuvent perdurer au-delà des liens matériels qui les ont fait naître, de sorte que la seule circonstance que le lien soit rompu ne suffit pas à écarter tout risque d'intéressement.

L'acheteur public doit veiller à ce qu'aucune des personnes qui concourent à l'exécution de ses missions dans la préparation et la conduite de la procédure de sélection n'aient un intérêt particulier à son issue en faveur d'un candidat. Un manquement au principe d'impartialité résulte de ce qu'une personne participant au processus de désignation de l'attributaire peut être raisonnablement soupçonnée d'avoir un intérêt particulier à ce que l'un des candidats obtienne le marché.

Dans ses conclusions sur cet arrêt, le Rapporteur public Gilles Pelissier rappelle que : **« L'irrégularité de la procédure n'est donc pas subordonnée à la preuve de ce qu'un candidat a été avantagé ou désavantagé, mais de ce que la participation d'une personne ayant un intérêt particulier à l'issue de la procédure avec la possibilité de l'influencer permette légitimement de penser qu'il en a peut-être été ainsi [...] Cet intérêt n'a pas à être démontré. Il doit seulement exister des éléments suffisants pour qu'il apparaisse possible »**.

Et de conclure que : *Un mot pour clore cet exposé de la méthode sur les conséquences quant à la régularité de la procédure d'un conflit*

d'intérêts au sein du pouvoir adjudicateur. **Quelles que soient les possibilités qu'avait le pouvoir adjudicateur de l'éviter, il entache toujours d'irrégularité la procédure**, comme toute atteinte aux principes d'égalité, de transparence et de mise en concurrence. Si la définition du conflit d'intérêt et les modalités de son identification doivent être réalistes afin d'aboutir à des solutions proportionnées qui permettent aux pouvoirs adjudicateurs de prendre des mesures utiles pour prévenir les conflits d'intérêts, comme ils doivent le faire en tant que responsables de la procédure de passation (CJUE, arrêt précité, § 42-43), **ils ont à cet égard une obligation de résultat : la circonstance que le pouvoir adjudicateur ait ignoré, même légitimement, l'existence d'un conflit d'intérêts qui a pu affecter la neutralité de la procédure est sans incidence sur l'irrégularité de cette dernière**».

Hypothèse n°2 : Dans l'hypothèse d'une irrégularité qui n'affecte pas la neutralité de l'acheteur dans le choix de l'attributaire, le doute ne suffit pas pour emporter l'annulation de la procédure

La seule circonstance qu'une personne ayant assisté un acheteur public dans une procédure de mise en concurrence rejoigne un candidat n'est pas susceptible de créer une situation de conflit d'intérêts au sein de l'acheteur sauf si comme le souligne le Rapporteur public Gilles Pelissier « *anticipant sa mutation, il a exercé les missions qui lui ont été confiées par l'acheteur public de manière à avantager son futur employeur, par exemple en insérant des conditions d'exécution ou des critères de sélection qu'il serait plus facile à ce dernier de satisfaire* ». Hormis cette hypothèse, le fait pour un candidat de bénéficier d'informations susceptibles de lui conférer un avantage dans la procédure de mise en concurrence, y compris s'il les a obtenues grâce à la collaboration antérieure de l'un de ses salariés avec l'acheteur public, s'il est susceptible de rompre l'égalité entre les candidats, ne constitue pas un manquement de l'acheteur public au principe d'impartialité. La personne qui aurait pu ainsi influencer le choix de l'attributaire a en effet quitté l'acheteur public avant que le processus de décision ne soit engagé.

Dans cette seconde hypothèse, comme l'indique le Rapporteur public Gilles Pelissier « *le juge du référé ne doit pas, comme il l'a fait, se contenter de relever que les informations auxquelles a eu accès un candidat sont susceptibles de créer une distorsion de concurrence, c'est-à-dire se placer au niveau du doute qui suffit à entacher l'impartialité de l'acheteur public, mais rechercher si effectivement elles ont conféré à leur détenteur un avantage sur son concurrent* ».

Au cas présent, en avril 2017, l'acheteur public avait conclu un marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage avec une société pour l'assister dans le lancement d'un marché de collecte de déchets ménagers. En décembre 2017, postérieurement à la date limite de remise des offres, le chef de projet affecté par cette société à la mission d'assistance avait rejoint un des candidats à l'attribution du marché de collecte qui a été déclaré in fine attributaire du contrat. Selon le juge des référés du tribunal administratif, l'acheteur public avait, dans ces circonstances, porté atteinte au principe d'impartialité du SIOM.

Ce raisonnement n'est pas suivi par le Conseil d'Etat qui considère qu'en « *retenant un manquement à l'obligation d'impartialité de l'acheteur public du seul fait qu'il existait un risque que la société Sepur, attributaire du marché, ait pu obtenir des informations confidentielles à l'occasion de la participation de l'un de ses salariés à la mission d'assistance à la maîtrise d'ouvrage* », alors que « *cette circonstance était en elle-même insusceptible d'affecter l'impartialité de l'acheteur public* », le juge a commis une erreur de droit.

La personne en question n'avait travaillé pour l'assistant à maîtrise d'ouvrage qu'au cours des mois d'avril à juin 2017 et avait quitté ses fonctions avant que n'ait commencé l'élaboration du dossier de consultation des entreprises. En outre, durant cette période, l'ancien titulaire du lot avait refusé de transmettre à l'assistant à maîtrise d'ouvrage les données générales sur le marché, estimant que celles-ci étaient couvertes par le secret industriel et commercial. Dans ces circonstances, le Conseil d'Etat considère qu'*il ne résulte pas de l'instruction que les informations détenues cette personne étaient de nature à avantager un des candidats* » de nature à rompre l'égalité entre les candidats.

Conseil d'État

N°420454

Lecture du lundi 22 janvier 2018

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

1. Considérant que les pourvois du syndicat intercommunal des ordures ménagères (SIOM) de la vallée de Chevreuse et de la société Sepur sont dirigés contre la même ordonnance ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;
2. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : " Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en

concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public (...) " ;

3. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que, le 16 novembre 2017, le SIOM de la vallée de Chevreuse a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché ayant pour objet la collecte des déchets ménagers et assimilés ; que la société Otus, titulaire d'un précédent marché ayant le même objet, s'est portée candidate pour le lot n° 1 " collecte en porte-à-porte, transport, pesée et déchargement des déchets ménagers et assimilés " ; que le 26 mars 2018, le président du SIOM de la vallée de Chevreuse l'a informée du rejet de son offre et de l'attribution du lot n° 1 du marché à la société Sepur ; que la société Otus a saisi le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Versailles, qui a annulé la procédure par ordonnance du 25 avril 2018 contre laquelle se sont pourvus le SIOM de la vallée de Chevreuse et la société Sepur ;
4. Considérant qu'au nombre des principes généraux du droit qui s'imposent au pouvoir adjudicateur comme à toute autorité administrative figure le principe d'impartialité, dont la méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ;
5. Considérant que pour annuler la procédure au motif qu'un doute était né sur l'impartialité de la procédure suivie par le SIOM de la vallée de Chevreuse, le juge du référé précontractuel a relevé que pour l'accompagner dans la rédaction et la passation du marché litigieux, le SIOM de la vallée de Chevreuse avait confié au début du mois d'avril 2017 une mission d'assistance à maîtrise d'ouvrage à la société Naldéo et que le chef de projet affecté par cette société au projet du SIOM de la vallée de Chevreuse avait rejoint en décembre 2017, préalablement à la remise des offres fixée au 10 janvier 2018, la société Sepur, désignée attributaire du lot n° 1 du marché ; que le juge des référés s'est fondé sur cette seule circonstance pour conclure à l'existence d'un doute sur l'impartialité de la procédure suivie par le SIOM de la vallée de Chevreuse, tout en relevant par ailleurs que lorsqu'il était chef de projet de la mission d'assistance à maîtrise d'ouvrage, M. A...n'avait pas participé à la rédaction du dossier de consultation des entreprises, que sa mission était cantonnée à la collecte des informations préalables à l'élaboration de ce dossier, qu'il avait quitté cette société à la mi-juin 2017 et n'avait rejoint la société Sepur qu'en décembre 2017 ;
6. Considérant, d'une part, qu'en retenant l'existence d'un doute sur l'impartialité de l'acheteur public alors qu'il n'avait relevé aucun élément de nature à établir que son mandataire, la société Naldéo, avait manqué d'impartialité dans l'établissement des documents de la consultation pendant la période où M. A...était son salarié, le juge des référés a inexactement qualifié les faits dont il était saisi ;
7. Considérant, d'autre part, que si les informations confidentielles que M. A... aurait éventuellement pu obtenir à l'occasion de sa mission d'assistant à maîtrise d'ouvrage pouvaient, le cas échéant, conférer à son nouvel employeur, la société Sepur, un avantage de nature à rompre l'égalité entre les concurrents et obliger l'acheteur public à prendre les mesures propres à la rétablir, cette circonstance était en elle-même insusceptible d'affecter l'impartialité de l'acheteur public ; que, par suite, le juge des référés a également commis une erreur de droit en retenant un manquement à l'obligation d'impartialité de l'acheteur public du seul fait qu'il existait un risque que la société Sepur, attributaire du marché, ait pu obtenir des informations confidentielles à l'occasion de la participation de l'un de ses salariés à la mission d'assistance à la maîtrise d'ouvrage lorsque celui-ci travaillait antérieurement pour la société Naldéo, mandataire du syndicat ;
8. Considérant qu'il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens des pourvois, que l'ordonnance attaquée doit être annulée ;
9. 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 ;
10. Considérant qu'aux termes de l'article 1 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : " I. - Les marchés publics soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures " ; qu'aux termes de l'article 48 de la même ordonnance : " Les acheteurs peuvent exclure de la procédure de passation du marché public : (...) 3° Les personnes qui, par leur participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché public, ont eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence par rapport aux autres candidats, lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens " ; qu'aux termes de l'article 5 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : " L'acheteur prend les mesures appropriées pour que la concurrence ne soit pas faussée par la participation à la procédure de passation du marché public d'un opérateur économique qui aurait eu accès, du fait de sa participation préalable directe ou indirecte à la préparation de cette procédure, à des informations ignorées des autres candidats ou soumissionnaires. Cet opérateur n'est exclu de la procédure de passation que lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens, conformément aux dispositions du 3° de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée " ;
11. Considérant, en premier lieu, que la société Otus ne peut utilement soutenir que le SIOM de la vallée de Chevreuse aurait commis un manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence dans le cadre de la procédure litigieuse de passation d'un marché de collecte de déchets, en n'imposant pas, dans le marché distinct d'assistance à la maîtrise d'ouvrage, des exigences spécifiques, telles qu'une clause de non concurrence ou la signature d'engagements de confidentialité ;
12. Considérant, en second lieu, qu'il résulte des dispositions de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et de l'article 5

du décret du 25 mars 2016 citées au point 10 que le pouvoir adjudicateur n'est tenu d'exclure un candidat que si celui-ci a eu accès à des informations ignorées des autres candidats ou soumissionnaires et susceptibles de créer une distorsion de concurrence ;

13. Considérant, d'une part, qu'il résulte de l'instruction que le SIOM de la vallée de Chevreuse a invité les candidats à fournir une lettre de candidature de type DC1, comportant une déclaration sur l'honneur qu'ils ne rentraient dans aucun des cas d'interdiction de soumissionner prévus aux articles 45 et 48 de l'ordonnance de 2015 et qu'en l'absence de tout indice, dont il aurait alors eu connaissance, de l'existence d'une situation de nature à créer une distorsion de concurrence entre les candidats, il ne peut être reproché au SIOM de la vallée de Chevreuse de ne pas avoir pris de mesures supplémentaires pour prévenir la survenance d'une telle situation ;
14. Considérant, d'autre part, qu'il résulte de l'instruction que M. A...n'a travaillé pour la société Naldéo qu'au début de la mission d'assistance à maîtrise d'ouvrage, entre le 4 avril 2017, date d'attribution de cette mission, et le 16 juin 2017, date de son départ de la société ; qu'il a quitté la société avant qu'ait commencé l'élaboration du dossier de consultation des entreprises ; qu'il n'a rejoint la société Sepur qu'en décembre 2017 ; que le SIOM de la vallée de Chevreuse soutient, sans être contredit sur ce point, que dans le cadre de la phase préliminaire de collecte de données générales sur le marché en cours à laquelle M. A...devait procéder pour son ancien employeur, la société Naldéo, la société Otus, alors titulaire du marché, a refusé de transmettre les " données détaillées " au motif qu'elles relevaient du secret industriel et commercial ; que, dans ces conditions, il ne résulte pas de l'instruction que les informations détenues par M. A...étaient de nature à avantager la société Sepur par rapport aux autres candidats à l'attribution du marché litigieux ; que, par suite, le moyen tiré de ce que le SIOM de la vallée de Chevreuse aurait porté atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats en attribuant le marché à la société Sepur doit être écarté ; qu'en tout état de cause, il va de même pour le moyen tiré du manquement au principe d'impartialité ;
15. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la demande de la société Otus doit être rejetée, y compris ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
16. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Otus le versement d'une somme de 3 000 euros respectivement à la société Sepur et au SIOM de la vallée de Chevreuse, au titre des frais exposés au cours de la procédure ;

DECIDE :

Article 1er : L'ordonnance du 25 avril 2018 du tribunal administratif de Versailles est annulée.

Article 2 : La demande présentée par la société Otus devant le juge des référés du tribunal administratif de Versailles et ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative devant le Conseil d'Etat sont rejetées.

Article 3 : La société Otus versera au syndicat intercommunal des ordures ménagères de la vallée de Chevreuse une somme de 3 000 euros et à la société Sepur une même 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 au syndicat intercommunal des ordures ménagères de la vallée de Chevreuse, à la société Sepur et à la société Otus.

Résumé : Chef de projet au sein d'une société à laquelle a été confiée une mission d'assistance à maîtrise d'ouvrage en avril 2017 par une personne publique, ayant rejoint en décembre 2017, préalablement à la remise des offres, la société désignée attributaire n° 1 du marché correspondant... „Si les informations confidentielles que l'intéressé aurait éventuellement pu obtenir à l'occasion de sa mission d'assistant à maîtrise d'ouvrage pouvaient, le cas échéant, conférer à son nouvel employeur un avantage de nature à rompre l'égalité entre les concurrents et obliger l'acheteur public à prendre les mesures propres à la rétablir, cette circonstance était en elle-même insusceptible d'affecter l'impartialité de l'acheteur public. Par suite, erreur de droit du juge des référés à avoir retenu un manquement à l'obligation d'impartialité de l'acheteur public du seul fait qu'il existait un risque que la société, attributaire du marché, ait pu obtenir des informations confidentielles à l'occasion de la participation de l'un de ses salariés à la mission d'assistance à la maîtrise d'ouvrage lorsque celui-ci travaillait antérieurement pour la société mandataire du syndicat.

Irrégularité d'un critère de la localisation géographique ayant des effets discriminatoires !

CE 12 septembre 2018, Département de la Haute-Garonne, req.n°420585

Cette affaire donne l'occasion de rappeler les conditions dans lesquelles un acheteur public peut régulièrement retenir comme critère

de jugement des offres le critère de localisation géographique.

Le département de la Haute-Garonne a lancé une consultation en vue de la passation d'un accord-cadre de 18 lots portant sur l'acquisition de documents sur tous supports et prestations de services associées, au bénéfice de la médiathèque départementale. Le règlement de la consultation prévoyait trois critères de jugement des offres, pondérés sur un total de 100 points, soit 70 points attribués à la qualité de la prestation, 20 points attribués au taux de remise sur prix public et 10 points attribués aux frais engendrés par l'exécution de l'accord-cadre et supportés par la médiathèque départementale pour les déplacements de ses représentants auprès des titulaires.

Le cahier des clauses particulières prévoyait l'obligation pour le titulaire de permettre, au moins une fois par mois, la consultation des fonds dans ses locaux par les bibliothécaires.

Le Conseil d'Etat rappelle que si cette obligation, qui est de nature à assurer la bonne exécution du marché, peut être posée comme condition nécessaire à l'exécution de la prestation, elle ne peut en revanche conduire à privilégier les prestataires implantés à proximité de la médiathèque au détriment de tout candidat plus éloigné.

Or, tel était le cas du critère du jugement relatif aux frais supportés par la médiathèque départementale pour les déplacements de ses représentants auprès des titulaires qui favorisent nécessairement et systématiquement les candidats les plus proches, et restreignent abusivement la possibilité pour un candidat plus éloigné d'être retenu.

Règle n°1 : Les conditions d'utilisation du critère de la localisation géographique

Pour rappel, l'article 52 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics rappelle qu'un marché public est attribué au soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution. L'article 62 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics reprend cette exigence en posant comme condition que les critères ne doivent pas être discriminatoires et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution.

Ces dispositions permettent au pouvoir adjudicateur de retenir un critère reposant sur la proximité géographique du candidat lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser.....mais à la seule condition que les modalités d'appréciation dudit critère n'aient pas d'effet discriminatoire entre les candidats.

Or, dans cette affaire, le juge des référés a considéré que les modalités d'appréciation du critère de la localisation géographique qui étaient basées exclusivement sur la distance entre l'implantation géographique des librairies candidates et la médiathèque départementale avait nécessairement pour effet de favoriser les candidats les plus proches, et restreignaient de ce fait la possibilité pour les candidats plus éloignés d'être retenus. Partant, le juge des référés a pu considérer que la méthode de sélection des offres était irrégulière.

Règle n°2 : L'appréciation de l'impact d'un critère illégal par le juge du référé précontractuel

La méconnaissance des dispositions de l'article 62 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, plus précisément le choix d'un critère illégal ou ayant des effets discriminatoires, relève des manquements qu'il appartient au juge des référés précontractuels de connaître, dès lors qu'elle a été susceptible de fausser les conditions de la concurrence.

S'agissant de l'appréciation de la lésion, l'arrêt du Conseil d'Etat s'inscrit dans la droite ligne des conclusions de son Rapporteur public DACOSTA sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 11 avril 2014 Ministre de la Défense, req.n°375245 qui observait déjà que le choix d'un critère irrégulier est toujours susceptible de léser le requérant : « *Ce manquement a été susceptible de léser la société. Vous n'entrez pas dans la logique consistant à neutraliser un critère irrégulier, car une illégalité affectant les règles du jeu est toujours regardée comme susceptible d'avoir pu exercer une influence sur les résultats* ».

Au cas présent, on remarquera que le juge du référé précontractuel ne s'est pas contenté de relever l'irrégularité du critère de jugement des offres mais est allé un peu plus loin en relevant que le critère irrégulier a été déterminant dans le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse sans, heureusement, aller jusqu'à vérifier si le manquement a pu affecter le classement de la requérante placée en 4^{ème} position.

L'arrêt du Conseil d'Etat permet donc de valider la règle selon laquelle l'utilisation d'un critère illégal est de nature à léser un candidat évincé quel que soit son classement.

1. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : " Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique (...) / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat " ; qu'aux termes du I de l'article L. 551-2 du même code : " Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. / Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations " ;
2. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du référé précontractuel que le département de la Haute-Garonne a lancé une consultation en vue de la passation d'un accord-cadre portant sur l'acquisition de documents sur tous supports et sur des prestations de services associées, au bénéfice de la médiathèque départementale ; que la société La Préface a présenté une offre pour le lot n° 1 relatif à des " romans adultes en langue française, imprimés (y compris gros caractères) ou enregistrés sauf science-fiction, fantastique, fantasy, romans policier " ; que, par un courrier du 4 avril 2018, le conseil départemental de la Haute-Garonne l'a informée de ce que son offre n'avait pas été retenue ; que, par une ordonnance du 27 avril 2018, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Toulouse a, à la demande de la société La Préface, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, annulé la procédure de passation litigieuse ; que le département de la Haute-Garonne se pourvoit en cassation contre cette ordonnance ;
3. Considérant, en premier lieu, que le juge du référé précontractuel a relevé, par une appréciation non contestée, que le cahier des clauses particulières relatives à l'exécution de l'accord-cadre impose au titulaire du marché de permettre, au moins une fois par mois, aux bibliothécaires de la médiathèque de venir consulter ses fonds d'ouvrages dans ses locaux ; qu'il a également relevé, sans dénaturer les stipulations dont il était saisi, que le règlement de consultation prévoit, parmi les critères de sélection des offres, un critère relatif aux frais de déplacement engendrés, pour la médiathèque, par l'exécution de ce marché et que les modalités de calcul des frais engagés étaient basées exclusivement sur la distance entre l'implantation géographique des librairies candidates et la médiathèque départementale ; que le juge a pu en déduire, par une appréciation souveraine exempte de dénaturer, sans s'abstenir de tirer les conséquences de ses propres constatations, que ce critère de sélection des offres était de nature à favoriser les candidats les plus proches et à restreindre la possibilité pour les candidats plus éloignés d'être retenus par le pouvoir adjudicateur ;
4. Considérant, en second lieu, que le juge des référés du tribunal administratif de Toulouse a estimé, sans dénaturer les pièces du dossier et, ce faisant, sans commettre d'erreur de droit, que s'il était loisible au département de la Haute-Garonne de prévoir une consultation mensuelle, par les agents de la médiathèque, des fonds dans les locaux du titulaire du marché et, par suite, de retenir un critère de sélection des offres prenant en compte le coût de ces déplacements, le critère fixé en l'espèce, ne permettait pas de valoriser effectivement l'offre représentant le moindre coût de déplacements ;
5. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que le département de la Haute-Garonne n'est pas fondé à demander l'annulation de l'ordonnance qu'il attaque ;
6. 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 de la société La Préface, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; qu'il y a lieu de condamner le département de la Haute-Garonne à verser à la société La Préface une somme de 3 500 euros au titre des mêmes dispositions ;

DECIDE :

Article 1er : Le pourvoi du département de la Haute-Garonne est rejeté.

Article 2 : Le département de la Haute-Garonne versera à la société La Préface une somme de 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Contrat de mobilier urbain : confirmation de la qualification de concession de service !

TA Amiens, 13 septembre 2018, Sté DECAUX France, n°1603075

Dans cette affaire remportée par le Cabinet Palmier-Brault Associés pour le compte de la société Philippe Védiaud Publicité, le Tribunal administratif d'Amiens confirme la solution rendue par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 25 mai 2018, Sté Philippe Védiaud Publicité, req.n°416825, selon laquelle la rémunération du titulaire d'un contrat de mobiliers urbains via la seule perception de recettes publicitaires est suffisante pour qualifier un contrat de concession de service.

Enseignement n°1 : Un contrat de mobilier urbain qui ne comporte aucun mécanisme de compensation du risque d'exploitation est une concession de service

Un contrat qui a pour objet l'installation, l'exploitation, la maintenance et l'entretien de mobiliers urbains qui prévoit que le titulaire du contrat assure ces prestations à titre gratuit en contrepartie de la perception des recettes publicitaires tirées de la vente d'espaces à des annonceurs publicitaires est une concession de service dès lors qu'il ne comporte aucune stipulation prévoyant le versement d'un prix à son titulaire couvrant les investissements ou éliminant tout risque réel d'exploitation.

Pour le Tribunal administratif d'Amiens, la rémunération du contrat par les seules recettes publicitaires tirées de l'exploitation des mobiliers urbains permet de considérer que l'opérateur économique supporte un risque non négligeable dès lors qu'il est exposé aux aléas de toute nature qui peuvent affecter le volume et la valeur de la demande d'espaces de mobilier urbain par les annonceurs publicitaires sur le territoire de la commune, sans qu'aucune stipulation du contrat ne prévoie la prise en charge, totale ou partielle, par la commune des pertes qui pourraient en résulter.

Le contrat prévoyait que des prestations complémentaires liées à l'installation éventuelle de mobiliers supplémentaires en cours d'exécution du contrat seraient rémunérées sous forme de prix. Cela étant, le Tribunal relève que ces prestations présentent un caractère accessoire et en tout état de cause inférieure à la valeur des services objet de la concession.

Enseignement n°2 : Les moyens tirés de la méconnaissance de la réglementation des marchés publics deviennent inopérants

Le Tribunal administratif d'Amiens profite de l'occasion pour rappeler que du fait de la requalification du contrat en concession de service, tous les moyens tirés de la méconnaissance de la réglementation des marchés publics deviennent inopérants.

TRIBUNAL ADMINISTRATIF D'AMIENS

13 septembre 2018

1. Par un avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication le 23 mai 2016, la commune de Beauvais a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de la conclusion d'un contrat d'une durée de 15 ans ayant pour objet la fourniture, l'installation, l'exploitation, l'entretien et la maintenance de mobiliers urbains publicitaires et non publicitaires. La société JCDecaux, candidate à l'attribution de ce contrat, a été informée du rejet de son offre par un courrier du 12 juillet 2016. La commune a conclu le contrat avec la société Philippe Védiaud Publicité par un acte d'engagement signé le 26 juillet 2016. La société JCDecaux demande au tribunal, d'une part, d'annuler ce contrat ou, à défaut, de le résilier et, d'autre part, de condamner la commune de Beauvais au paiement d'une somme en réparation du préjudice résultant de la perte d'une chance sérieuse de remporter le contrat.

Sur la contestation de la validité du contrat :

2. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. Cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité. Si le représentant

de l'Etat dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, peuvent invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini, les autres tiers ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office. Le tiers agissant en qualité de concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif ne peut ainsi, à l'appui d'un recours contestant la validité de ce contrat, utilement invoquer, outre les vices d'ordre public, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction.

En ce qui concerne la qualification du contrat :

3. Aux termes de l'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : « *Les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service* ». Aux termes de l'article 21 de la même ordonnance : « *Lorsque les autorités concédantes décident de conclure un contrat unique destiné à satisfaire à la fois des besoins qui relèvent de la présente ordonnance et des besoins qui n'en relèvent pas et qui couvre soit une ou plusieurs activités, dont aucune ne constitue une activité d'opérateur de réseau, soit exclusivement une ou plusieurs activités d'opérateur de réseau, les dispositions de l'article 22 s'appliquent./.../* ». Et aux termes de l'article 22 de cette ordonnance : « *Lorsque le contrat comporte des éléments objectivement indissociables et couvre soit une ou plusieurs activités, dont aucune ne constitue une activité d'opérateur de réseau, soit exclusivement une ou plusieurs activités d'opérateur de réseau, il est soumis aux dispositions applicables à son objet principal. / Lorsque le contrat porte sur des prestations qui relèvent à la fois du contrat de concession de service et des marchés publics de fournitures, son objet principal est déterminé en fonction de la valeur estimée la plus élevée de ces services ou fournitures respectifs.* »
4. Il résulte de l'instruction que le contrat litigieux a pour objet la fourniture, l'installation, l'exploitation, l'entretien et la maintenance de mobiliers urbains destinés notamment à l'information municipale sur le territoire de la commune de Beauvais. Les stipulations de l'article 9 du cahier des clauses administratives particulières prévoient que le titulaire est rémunéré par la perception des recettes de l'exploitation publicitaire du mobilier urbain et verse à la commune une redevance dont le montant est déterminé par son offre. En outre, le titulaire est exposé aux aléas de toute nature qui peuvent affecter le volume et la valeur de la demande d'espaces de mobilier urbain par les annonceurs publicitaires sur le territoire de la commune et aucune stipulation du contrat ne prévoit la prise en charge, totale ou partielle, par la commune des pertes qui pourraient résulter de l'exploitation. S'il ressort des stipulations de l'article 9 du cahier des clauses administratives particulières que des prestations complémentaires relatives à l'installation d'abribus ou de panneaux supplémentaires, le déplacement d'équipements et l'impression et la pose d'affiches supplémentaires, font l'objet d'un bordereau des prix unitaires, ces prestations, qui portent sur les équipements, objet du contrat, en sont indissociables, présentent un caractère accessoire et, s'agissant des fournitures, leur valeur estimée est inférieure à celle des services objet de la concession. Il suit de là que ce contrat constitue un contrat de concession soumis aux dispositions de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et du décret du 1^{er} février 2016 relatif aux concessions.

En ce qui concerne les moyens soulevés par la société requérante :

5. En premier lieu, le moyen tiré de ce que la commune de Beauvais aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en attribuant une note identique à l'offre de la société JCDecaux France et à celle de la société Philippe Védiaud Publicité sur les critères relatifs à la qualité technique des prestations et aux modalités d'entretien et de maintenance n'est pas assorti des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé.
6. En second lieu, il résulte de ce qui est dit au point 4 que les moyens tirés de la composition irrégulière de la commission d'appel d'offres, de la méconnaissance des dispositions de l'article 62 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, de la méconnaissance des articles 53 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et 60 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, de la méconnaissance de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et des articles 51 et 55 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, de la méconnaissance de l'article 99 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics doivent être écartés comme inopérants.
7. Il résulte de ce qui précède que les conclusions de la société JCDecaux France tendant à l'annulation ou, à défaut, la résiliation du contrat conclu entre la commune de Beauvais et la société Philippe Védiaud Publicité doivent être rejetées.

Sur les conclusions indemnitaires :

8. La société JCDecaux France n'ayant pas été irrégulièrement évincée de la procédure d'attribution du contrat en litige, les conclusions indemnitaires de cette société tendant à la réparation du préjudice qui en aurait résulté, pour elle, doivent être rejetées.

Sur les conclusions présentées sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

9. Ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de la commune de Beauvais, qui n'est pas la partie perdante, la somme que la société JCDecaux France demande au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Par ailleurs, dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de faire droit aux conclusions présentées sur le fondement des dispositions de l'article L. 7611 du code de justice administrative par la commune de Beauvais, qui ne justifie pas avoir exposé des frais. Il y a lieu, en revanche, de mettre à la charge de la société JCDecaux France une somme de 1 500 euros à verser à la société Philippe Védiaud Publicité sur le fondement de ces dispositions.

DECIDE:

Article 1 : La requête de la société JCDecaux France est rejetée.

Article 2 : Les conclusions de la commune de Beauvais présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 La société JCDecaux France versera à la société Philippe Védiaud Publicité une somme de 1 500 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

L'absence d'indication du personnel affecté à une prestation rend l'offre irrégulière !

TA Versailles Ordo 29 août 2018, Société TFN Propreté Ile de France, req.n°1805542

Cette affaire défendue par le cabinet Palmier-Brault- Associés donne l'occasion de rappeler l'obligation pour les candidats de préciser dans leur offre technique les qualifications et les profils des intervenants chargés de l'exécution des prestations du marché pour éviter que leur offre ne soit déclarée irrégulière.

L'Etablissement Public du Château, du Musée et du Domaine National de Versailles a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert sur le fondement des dispositions de l'articles 25 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics en vue d'assurer des prestations de nettoyage des locaux et des sanitaires publics de l'établissement

Par une requête enregistrée du 31 juillet 2018, la société TFN Propreté Ile de France a décidé de saisir le juge des référés précontractuels sur le fondement de l'article L. 55 1-1 du code de justice administrative en vue de demander l'annulation la procédure d'attribution par l'Etablissement public du Château, du Musée et du Domaine national de Versailles du marché et la décision par laquelle l'Etablissement public a rejeté son offre.

Le cabinet Palmier-Brault- Associés a défendu l'Etablissement public du Château, du Musée et du Domaine national de Versailles dans cette affaire et a obtenu le rejet du référé.

Règle n°1 : l'absence d'indication du personnel affecté à une prestation rend l'offre irrégulière

Dans un arrêt du 21 mars 2018, Département des Bouches-du-Rhône, le Conseil d'Etat a déjà eu l'occasion de rappeler que le pouvoir adjudicateur peut utiliser comme critère de jugement des offres, les profils des intervenants chargés de l'exécution des prestations du marché de sorte qu'une offre incomplète ou lacunaire sur ce point peut être considérée comme irrégulière et rejetée sans obligation de demander sa régularisation (CE 21 mars 2018, Département des Bouches-du-Rhône, req.n°415929).

Dans son ordonnance du 29 août 2018, le juge du référé précontractuel du Tribunal administratif de Versailles fait application de cette solution en considérant qu'une offre qui ne précise pas l'absence de toute précision sur le personnel encadrant affecté à l'exécution d'une prestation déterminée comme exigé par les cahiers des charges doit être considérée comme irrégulière et rejetée sans obligation de demander sa régularisation

L'article 4. 4 du cahier des clauses techniques particulières applicable au marché en litige, et relatif à l'encadrement du personnel, exigeait en effet que : « Le titulaire doit obligatoirement désigner un responsable et un adjoint (non œuvrant) exclusivement chargés de l'encadrement et de l'exécution des prestations de permanences et nettoyages de l'ensemble des sanitaires, de la discipline du personnel et d'une manière générale de l'application des clauses du présent marché. La présence physique d'un responsable est obligatoire de l'ouverture à la fermeture des sanitaires publics du lundi au dimanche y compris les jours fériés (13), avec pour mission principale le contrôle permanent de la propreté des lieux et de l'approvisionnement en consommables de l'ensemble des sanitaires de l'EPV. Il devra disposer d'un portable pour répondre aux demandes des différents services ou du correspondant de l'administration, ainsi que d'un véhicule en raison de la situation géographique des blocs très éloignés les uns des autres. Il devra par ailleurs signaler quotidiennement au correspondant de l'administration toutes dégradations, ou dysfonctionnements (désordres) constatés au cours de la journée dans les blocs sanitaires (sanitaires bouchés, accessoires défectueux etc ...). (...) Une pénalité forfaitaire pour désordre non signalé dans l'un des blocs sanitaires peut être appliquée conformément à l'article 10.2 du CCAP. (...) ».

Or, l'offre de la société requérante ne contenait aucune précision sur le personnel encadrant spécifiquement affecté aux sanitaires de sorte qu'elle ne répondait pas aux exigences des prescriptions de l'article 4.4 du CCTP. L'Etablissement Public du Château, du Musée et du Domaine National de Versailles était donc en droit de la rejeter comme incomplète et donc irrégulière sans qu'il soit dans l'obligation de demander sa régularisation.

Règle n°2 : l'irrégularité de l'offre peut être soulevée pour la première fois devant le juge du référé précontractuel

L'ordonnance de référé précontractuel du Tribunal administratif de Versailles est également intéressante en ce qu'elle rappelle le principe selon lequel l'irrégularité de l'offre peut être soulevée pour la première fois devant le juge du référé précontractuel dès lors que le motif de l'irrégularité est rappelé dans le rapport d'analyse des offres.

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE VERSAILLES

N°1805542

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Société TFN Propreté Ile-de-France

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme Marc Juge des référés

Le tribunal administratif de Versailles Le juge des référés

Ordonnance du 29 août 2018

39-08-015-01

1. Par un avis d'appel public à la concurrence publié le 27 avril 2018, l'établissement public du château, du musée et du domaine national de Versailles a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché de prestation de nettoyage des locaux et des sanitaires La société TFN Propreté Ile-de-France a déposé une offre. Par un courrier du 20 juillet 2018, cette dernière a été informée du rejet de son offre et de son classement en troisième position. Par un second courrier en date du 14 août 2018, l'établissement public du château, du musée et du domaine national de Versailles a indiqué à la société TFN Propreté les motifs détaillés du rejet de son offre. Sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, la société TFN Propreté Ile-de-France conteste devant le juge des référés la régularité de la procédure de passation du marché en cause.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 551-1 du code de justice administrative

2

Aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative:« Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat». L'article L. 551-2 du même code dispose que « Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du

contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations»

3.

D'une part, en vertu de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles qui sont susceptibles d'être lésées par de tels manquements. Il appartient au juge administratif, saisi en application de cet article, de se prononcer sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'administration et de rechercher si l'opérateur économique qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésé ou risquent de le léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant un opérateur économique

4.

D'autre part, en vertu de l'article 59 du décret du 25 mars 2016 visé ci-dessus:« / L'acheteur vérifie que les offres qui n'ont pas été éliminées en application du IV de l'article 43 sont régulières, acceptables et appropriées. Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation notamment parce qu'elle est incomplète (. ..). (...) II - Dans les procédures d'appel d'offres et les procédures adaptées sans négociation, les offres irrégulières, inappropriées ou inacceptables sont éliminées. Toutefois, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. (...) IV - La régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet de modifier des caractéristiques substantielles des offres. ».

5.

Il résulte de l'instruction que l'article 4. 4 du cahier des clauses techniques particulières applicable au marché en litige, et relatif à l'encadrement du personnel, stipule : « Le titulaire doit obligatoirement désigner un responsable et un adjoint (non œuvrant) exclusivement chargés de l'encadrement et de l'exécution des prestations de permanences et nettoyages de l'ensemble des sanitaires, de la discipline du personnel et d'une manière générale de l'application des clauses du présent marché. La présence physique d'un responsable est obligatoire de l'ouverture à la fermeture des sanitaires publics du lundi au dimanche y compris les jours fériés (13), avec pour mission principale le contrôle permanent de la propreté des lieux et de l'approvisionnement en consommables de l'ensemble des sanitaires de l'EPV. Il devra disposer d'un portable pour répondre aux demandes des différents services ou du correspondant de l'administration, ainsi que d'un véhicule en raison de la situation géographique des blocs très éloignés les uns des autres. Il devra par ailleurs signaler quotidiennement au correspondant de l'administration toutes dégradations, ou dysfonctionnements (désordres) constatés au cours de la journée dans les blocs sanitaires (sanitaires bouchés, accessoires défectueux etc ...). (...) Une pénalité forfaitaire pour désordre non signalé dans l'un des blocs sanitaires peut être appliquée conformément à l'article 10.2 du CCAP. (...) ».

6.

Il résulte des mentions portées en page 9 du mémoire technique de la société requérante s'agissant des informations demandées en matière de planning prévisionnel annuel des encadrants, qu'aucun personnel encadrant n'est affecté aux blocs sanitaires le lundi entre 18 heures et 20 heures et le dimanche entre 13 heures et 16 heures. Si la société requérante a reconnu lors des débats à l'audience ainsi que dans ses dernières écritures une telle absence s'agissant du dimanche entre 13 heures et 16 heures, elle fait cependant valoir que le chef d'équipe présent au niveau du « Grand Commun» est susceptible d'intervenir sur l'ensemble du périmètre des prestations objet du marché, de sorte qu'il peut aussi intervenir au niveau des blocs sanitaires le lundi entre 18 heures et 20. Néanmoins, il résulte clairement des stipulations précitées de l'article 4. 4 du cahier des clauses techniques particulières que la présence physique d'un responsable est obligatoire de l'ouverture à la fermeture des sanitaires publics du lundi au dimanche avec pour mission principale le contrôle permanent de la propreté des lieux, en sorte que toute absence du personnel encadrant spécifiquement affecté aux sanitaires doit en l'espèce être regardée comme une méconnaissance des exigences formulées dans les documents de la consultation, au sens des dispositions précitées de l'article 59 du décret du 25 mars 2016. Une telle absence a d'ailleurs été relevée dès le rapport d'analyse des offres. L'offre de la société TFN Propreté est, par suite, irrégulière.

7.

Or, un candidat dont l'offre est irrégulière n'est pas susceptible d'être lésé par les manquements qu'il invoque, sauf si cette irrégularité est le résultat du manquement qu'il dénonce, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Le motif de rejet invoqué par l'établissement public, tiré de l'irrégularité de l'offre en raison de la méconnaissance des stipulations précitées de l'article 4.4 du cahier des clauses techniques particulières, ne résulte pas d'un nouvel examen de l'offre. Ainsi, l'établissement public peut se prévaloir pour la première fois devant le juge du référé précontractuel du caractère irrégulier de l'offre de la société TFN Propreté. Dès lors, alors même que son offre a été classée à l'issue de la procédure de passation du marché, la société TFN Propreté, qui n'a pu être lésée par les manquements qu'elle invoque, n'est pas fondée à demander la communication de l'ensemble des informations qu'elle sollicite ni davantage l'annulation dans son ensemble de la procédure de passation du marché en

Sur l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative:

8.

Aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : « Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée.

Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation ».

9.

Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de l'établissement public du château, du musée et du domaine national de Versailles, qui n'est pas dans la présente instance la partie perdante, la somme que demande la société TFN Propreté sur le fondement de ces dispositions. Il y a en revanche lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société TFN Propreté le versement de la somme de 1 000 (mille) euros d'une part à l'établissement public du château, du musée et du domaine national de Versailles et le versement d'autre part de la même somme à la société Europ Net II, sur le fondement de ces mêmes

ORDONNE:

Article 1er : La requête de la société TFN Propreté Ile-de-France est rejetée.

Article 2 : Sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, la société TFN Propreté Ile-de-France versera d'une part à l'établissement public du château, du musée et du domaine national de Versailles et d'autre part à la société Europ Net II la somme de 1 000 (mille) euros, soit en tout une somme de 2 000 (deux mille) euros.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société TFN Propreté Ile-de-France, à l'établissement public du château, du musée et du domaine national de Versailles et à la société Europ Net II.

Appel d'offres ouvert : la régularisation d'une offre irrégulière est une simple faculté !

CE 26 avril 2018, Département des Bouches-du-Rhône, req.n°417072

Règle n°1 : la régularisation d'une offre irrégulière est une faculté et non une obligation

Aux termes de l'article 59 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation notamment parce qu'elle est incomplète. Contrairement à l'ancienne réglementation qui prohibait toute possibilité de régulariser une offre irrégulière, la nouvelle réglementation issue du décret du 25 mars 2016 a mis en place un dispositif de régularisation des offres irrégulières dans les procédures d'appel d'offres et les procédures adaptées sans négociation.

L'article 59 indique que l'acheteur « *peut autoriser* » tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses et que la régularisation n'ait pas pour effet de modifier les caractéristiques substantielles des offres.

Lorsque l'acheteur public décide d'utiliser le dispositif de régularisation des offres irrégulières de l'article 59 du décret du 25 mars 2016 il est tenu d'en faire bénéficier tous les soumissionnaires qui ont remis une offre irrégulière dans un délai approprié dont il n'est pas précisé si il doit être identique selon les irrégularités constatées et pour tous les candidats. on peut imaginer que oui mais rien n'est précisé par les textes. En outre, l'acheteur public n'est pas tenu d'informer les autres soumissionnaires qui ont remis une offre régulière de la mise en place du dispositif.

Dans cette affaire, le Conseil d'Etat rappelle que dans les procédures d'appel d'offres et les procédures adaptées sans négociation, la régularisation d'une offre irrégulière reste une simple faculté et non une obligation.

Règle n°2 : Les modalités d'appréciation de l'irrégularité d'une offre

Dans cette affaire, le règlement de la consultation précisait que le critère de jugement des offres relatif au nombre des personnels qualifiés spécifiquement affectés au marché serait jugé au regard des éléments remis dans le mémoire technique. Le règlement indiquait également que le candidat devait apporter tout élément justificatif permettant de s'assurer qu'il disposera des personnels nécessaires à l'exécution du marché (promesse d'embauche, sous-traitance, interim...) et que l'absence de ces justifications pourra entraîner la non-conformité de l'offre.

Ces exigences visaient à s'assurer que les entreprises candidates disposeraient effectivement des personnels dont elles se prévalaient. Or, si la société requérante a bien communiqué dans son offre la liste nominative des différents personnels qui seraient affectés au marché, elle n'a produit aucun élément justificatif à l'appui de cette déclaration conformément aux exigences du règlement de la consultation de sorte que son offre a été considérée comme irrégulière sans que l'acheteur public ne soit tenu de la régulariser.

Conseil d'État
26 avril 2018
n°417072

1. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que le département des Bouches-du-Rhône a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution de marchés ayant pour objet l'exécution de travaux d'entretien, de rénovation, de réparation et d'amélioration des bâtiments de son patrimoine immobilier ; qu'il a rejeté comme irrégulière l'offre que la société Inéo Provence et Côte d'Azur avait présentée pour le lot n°10, " électricité " ; qu'il se pourvoit en cassation contre l'ordonnance du 20 décembre 2017 par laquelle le juge du référé précontractuel a annulé, à la demande de la société Inéo Provence et Côte d'Azur et sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, la procédure de passation du marché au stade de l'analyse des offres ;
2. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : " Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public (...) " ;
3. Considérant qu'aux termes de l'article 59 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : " I. L'acheteur vérifie que les offres (...) sont régulières, acceptables et appropriées. / Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation notamment parce qu'elle est incomplète (...) / II. Dans les procédures d'appel d'offres et les procédures adaptées sans négociation, les offres irrégulières, inappropriées ou inacceptables sont éliminées. Toutefois, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses (...) / IV. La régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet de modifier les caractéristiques substantielles des offres (...) " ; qu'il résulte de ces dispositions que si, dans les procédures d'appel d'offre, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires dont l'offre est irrégulière à la régulariser, dès lors qu'elle n'est pas anormalement basse et que la régularisation n'a pas pour effet d'en modifier des caractéristiques substantielles, il ne s'agit toutefois que d'une simple faculté qui lui est offerte, non d'une obligation ;
4. Considérant, par suite, que, quels qu'aient été les motifs ayant conduit le département des Bouches-du-Rhône à ne pas inviter la société Inéo Provence et Côte d'Azur à régulariser son offre, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Marseille a commis une erreur de droit en estimant que le département ne pouvait l'éliminer sans inviter au préalable cette société à la régulariser ; qu'il suit de là que le département des Bouches-du-Rhône est fondé, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen de son pourvoi, à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée
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'aux termes de l'article 6.2 du règlement de la consultation : " (...) En application de l'article 62 II du décret relatif aux marchés publics, les critères de jugement des offres sont les suivants : (...) 2- Le nombre des personnels qualifiés spécifiquement affectés au marché, jugé au regard des éléments remis dans le mémoire technique. Il est rappelé que le candidat devra apporter tout élément justificatif permettant de s'assurer qu'il disposera des personnels nécessaires à l'exécution du marché (promesse d'embauche, sous-traitance, interim...). L'absence de ces justifications pourra entraîner la non-conformité de l'offre. Ce critère sera noté de 0 à 5 puis rétabli en base 100 puis pondéré (10 %). L'attention du candidat est attirée sur le fait qu'il devra préciser dans son mémoire les profils des exécutants qu'il envisage d'affecter à l'exécution du marché. A cet effet, il devra préciser pour chaque profil ses qualifications et ses références (...) " ;
7. Considérant que les exigences fixées par le règlement de la consultation au stade de l'examen des offres ne sauraient être regardées comme ne s'adressant qu'aux entreprises de petite taille ou à celles nouvellement créées et comme ne s'appliquant pas à la société requérante ; que ces exigences visaient à s'assurer que les entreprises candidates disposaient effectivement des personnels dont elles se prévalaient, compte tenu des difficultés rencontrées par le département lors d'une précédente procédure de passation de marchés portant sur les mêmes prestations, et étaient donc en rapport avec l'objet du marché ; qu'il résulte de l'instruction que, si la société Inéo Provence et Côte d'Azur a communiqué la liste nominative des différents personnels qui seraient affectés au marché, elle n'a produit aucun élément justificatif à l'appui de cette déclaration ; qu'à supposer même que le département ait insuffisamment motivé le rejet de l'offre de la société, les éléments d'information utiles ont été apportés à la requérante dans le cadre de la présente procédure de référé précontractuel ; que, par suite, la société, qui ne critique pas utilement les dispositions précitées du règlement de la consultation, n'est pas fondée à soutenir que le département des Bouches-du-Rhône aurait manqué à ses

- obligations de publicité et de mise en concurrence en rejetant son offre comme irrégulière sans l'inviter à la régulariser ;
8. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la demande de la société Inéo Provence et Côte d'Azur doit être rejetée, y compris ses conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 761 du code de justice administrative ;
 9. 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 la charge du département des Bouches-du-Rhône qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; qu'il y a en revanche lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Inéo Provence et Côte d'Azur le versement d'une somme de 4 500 euros au département des Bouches-du-Rhône au titre des frais exposés tant devant le tribunal administratif que devant le Conseil d'Etat ;

DECIDE :

Article 1er : L'ordonnance du 20 décembre 2017 du juge du référé du tribunal administratif de Marseille est annulée.

Article 2 : La demande présentée par la société Inéo Provence et Côte d'Azur est rejetée.

Article 3 : La société Inéo Provence et Côte d'Azur versera au département des Bouches-du-Rhône une somme de 4 500 euros, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions présentées par la société Inéo Provence et Côte d'Azur au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente décision sera notifiée au département des Bouches-du-Rhône et à la société Inéo Provence et Côte d'Azur.

Le cabinet obtient le rejet du référé précontractuel contre la procédure d'attribution du marché d'audioguide du Château de Versailles !

TA Ordo 1^{er} mars 2018, Société SYCOMORE, req.n°1800896

L'Etablissement Public du Château, du Musée et du Domaine National de Versailles a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert sur le fondement des dispositions de l'articles 25 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics pour couvrir ses besoins en matière de distribution d'audioguides et de création/production de parcours audioguidés à destination de ses visiteurs.

Par une requête enregistrée du 7 février 2018, la société Sycomore a décidé de saisir le juge des référés précontractuels sur le fondement de l'article L. 55 1-1 du code de justice administrative en vue de demander l'annulation la procédure d'attribution par l'Etablissement public du Château, du Musée et du Domaine national de Versailles du lot n° 1 du marché de mise à disposition d'audioguides et de création et production de parcours audio/vidéo LSF et la décision du 29 janvier 2018 par laquelle l'Etablissement public a rejeté son offre.

Le cabinet Palmier-Brault- Associés a défendu l'Etablissement public du Château, du Musée et du Domaine national de Versailles dans cette affaire et a obtenu le rejet du référé.

Un des aspects intéressant de cette affaire réside dans le débat autour de la pertinence de l'utilisation du critère de jugement des offres relatif aux performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté.

La société requérante critiquait notamment la procédure au motif pris que L'Etablissement Public du Château, du Musée et du Domaine National de Versailles ne pouvait pas légalement analyser les offres des soumissionnaires sur le fondement de ce critère eu égard à l'objet du marché et ses conditions d'exécution .

Rappel de la réglementation

L'article 62-II 2° du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, rappelle en effet que pour attribuer le marché public au soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur peut se fonder :

« Sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution au sens de l'article 38 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou **sociaux**. Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants:a) La qualité, y compris la valeur technique et les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles, l'accessibilité, l'apprentissage, la diversité, les conditions de production et de commercialisation, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, le caractère innovant, les

performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, **d'insertion professionnelle des publics en difficulté**, la biodiversité, le bien-être animal».

L'article 52-I de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics indique dans le même sens que le marché public est attribué au soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse par application de critères d'attribution qui doivent être liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution en précisant que « **le lien avec l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution s'apprécie conformément à l'article 38** ».

L'article 38-I de l'ordonnance précise que « *les conditions d'exécution d'un marché public peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, **au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du marché public*** ».

Le juge du référé précontractuel est effectivement compétent pour vérifier le bien-fondé de l'utilisation d'un critère ou d'un sous-critère de jugement des offres au regard de l'objet du marché uniquement sur la base de l'erreur manifeste d'appréciation autrement dit en cas d'erreur grossière (CE 15 février 2013, Société Derichebourg Polyurbaine, req.n°363921).

Apport de l'ordonnance de référé précontractuel du Tribunal administratif de Versailles

L'ordonnance de référé précontractuel du Tribunal administratif de Versailles est intéressante en ce qu'elle rappelle le principe selon lequel, dans le cadre d'une procédure d'attribution d'un marché qui, eu égard à son objet, est susceptible d'être exécuté, au moins en partie, par des personnels engagés dans une démarche d'insertion, le pouvoir adjudicateur peut légalement prévoir d'apprécier les offres au regard du critère d'insertion professionnelle des publics en difficulté mentionné au a) du 2° du II de l'article 62 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, dès lors que ce critère n'est pas discriminatoire et lui permet d'apprécier objectivement ces offres.

Mais surtout, le juge du référé précontractuel va plus loin en considérant qu'il résulte des dispositions du I de l'article 38 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics que sont réputées liées à l'objet du marché public les conditions d'exécution qui se rapportent aux fournitures et services à fournir en application du marché public, à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie pour considérer qu'en l'espèce, les conditions d'exécution du marché en litige, qui consistent en la mise à disposition d'audioguides, comportent nécessairement des étapes relatives à la production, au transport, à la maintenance et à la fin d'utilisation des appareils et que ces différentes étapes du cycle de vie, qui sont réputées liées à l'objet du marché, sont susceptibles d'être exécutées par des personnels engagés dans une démarche d'insertion de sorte que l'Etablissement public du Château, du Musée et du Domaine national de Versailles pouvait légalement prévoir d'apprécier les offres au regard du critère d'insertion professionnelle des publics en difficulté.

Cette motivation est donc fort intéressante pour justifier la légalité du recours au critère relatif aux performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté

Irrégularité de procédure en l'absence de production d'une attestation d'assurance de responsabilité décennale !

CE 22 janvier 2018, Communauté de communes Caux Estuaire, req.n°414337

Dans cette affaire, le Conseil d'Etat considère que dans le cadre d'un marché public de travaux, le défaut de production par l'attributaire pressenti d'un marché public de travaux d'une attestation d'assurance de responsabilité décennale dans les délais prescrits par le règlement de la consultation constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence qui justifie l'annulation de la procédure d'attribution.

Enseignement n°1 :

Pour que la procédure d'attribution d'un marché public de travaux puisse être considérée comme régulière, l'attributaire pressenti est tenu de produire une attestation d'assurance de responsabilité décennale

Selon l'article 1792 du code civil tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de

l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui est susceptible de compromettre la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rend impropre à sa destination. L'article 1792-2 du même code rappelle que la présomption de responsabilité établie par l'article 1792 s'étend également aux dommages qui affectent la solidité des éléments d'équipement d'un ouvrage, mais seulement lorsque ceux-ci font indissociablement corps avec les ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert. Un élément d'équipement est considéré comme formant indissociablement corps avec l'un des ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert lorsque sa dépose, son démontage ou son remplacement ne peut s'effectuer sans détérioration ou enlèvement de matière de cet ouvrage.

Selon l'article L. 241-1 du code des assurances tout candidat à l'obtention d'un marché public doit être en mesure de justifier qu'il a souscrit un contrat d'assurance le couvrant pour cette responsabilité.

Dès lors que le marché public vise un ouvrage ou un équipement susceptible de rentrer dans le champ d'application de l'article 1792 du Code civil, alors chaque candidat doit pouvoir justifier d'une attestation d'assurance de responsabilité décennale avant d'être déclaré attributaire du contrat.

Enseignement n°2 :

Ce document doit être produit (i) dans les délais prescrits par le règlement de la consultation et (ii) avant l'information des candidats évincés

L'autre intérêt de l'arrêt consiste dans la précision apportée par le Conseil d'Etat sur le stade de la procédure où la production des documents exigés par le règlement de la consultation doit intervenir. En effet, cette affaire donne l'occasion au Conseil d'Etat de préciser deux points d'une importance capitale qui n'étaient jamais respectés par le juge du référé précontractuel :

En premier lieu, le Conseil d'Etat rappelle que le titulaire pressenti du marché public doit produire une copie de l'attestation d'assurance de responsabilité décennale **dans les délais prescrits par le règlement de la consultation.**

En deuxième lieu, la Haute Juridiction précise que le titulaire pressenti du marché public doit produire une copie de l'attestation d'assurance de responsabilité décennale dans les délais prescrits par le règlement de la consultation et « **avant l'information des candidats évincés** » avant que puisse éventuellement jouer le dispositif de l'article 55-IV du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

Cette précision est la bienvenue ! **Elle a vocation à s'appliquer à tous les documents exigés par le règlement de la consultation à l'égard de l'attributaire pressentie y compris donc en ce qui concerne les attestations fiscales et sociales** qui doivent désormais être produits non seulement dans les délais impartis par le règlement de la consultation mais aussi avant l'information des candidats évincés !

Conseil d'État

N° 414337

Lecture du vendredi 26 janvier 2018

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu la procédure suivante :

La société Futura Play a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Rouen, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la procédure de passation du lot n° 4 du marché public de construction d'un équipement aquatique lancée par la communauté de communes Caux Estuaire, ainsi que toutes les décisions qui s'y rapportent, et d'enjoindre à la communauté de communes de lui communiquer les motifs du rejet de son offre ainsi que les caractéristiques et avantages de l'offre retenue.

Par une ordonnance n° 1702471 du 29 août 2017, le juge des référés du tribunal administratif de Rouen a annulé la procédure de passation du lot en litige et rejeté le surplus des conclusions de la demande.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 15 septembre 2017, 2 octobre 2017 et 11 janvier 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la communauté de communes Caux Estuaire et la société Variopool BV demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) statuant en référé, de rejeter les demandes de la société Futura Play ;

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

1. Considérant que la société Futura Play, qui s'était portée candidate dans le cadre de la procédure d'appel public à la concurrence lancée le 10 mai 2017 par la communauté de communes Caux Estuaire pour le lot n°4 - couverture thermique - du marché public relatif aux travaux de construction d'un équipement aquatique, a été informée le 1er août 2017 du rejet de sa candidature ; que, sur sa demande, par une ordonnance du 29 août 2017, contre laquelle la communauté de communes et la société Variopool BV, attributaire de ce lot, se pourvoient en cassation, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Rouen a annulé la procédure de passation en tant qu'elle concernait ce lot, au motif que le défaut de production par l'attributaire pressenti d'une attestation d'assurance de responsabilité décennale constituait un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence fixées par le pouvoir adjudicateur à l'article 7.4 du règlement de la consultation ;
2. Considérant que l'article 1792 du code civil dispose que : " Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination. (...) " ; : qu'aux termes de l'article 1792-2 du même code : " La présomption de responsabilité établie par l'article 1792 s'étend également aux dommages qui affectent la solidité des éléments d'équipement d'un ouvrage, mais seulement lorsque ceux-ci font indissociablement corps avec les ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert. / Un élément d'équipement est considéré comme formant indissociablement corps avec l'un des ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert lorsque sa dépose, son démontage ou son remplacement ne peut s'effectuer sans détérioration ou enlèvement de matière de cet ouvrage. " ;
3. Considérant que l'article L. 241-1 du code des assurances dispose que : " Toute personne physique ou morale, dont la responsabilité décennale peut être engagée sur le fondement de la présomption établie par les articles 1792 et suivants du code civil, doit être couverte par une assurance. / (...) Tout candidat à l'obtention d'un marché public doit être en mesure de justifier qu'il a souscrit un contrat d'assurance le couvrant pour cette responsabilité. (...) " ; qu'aux termes du second alinéa du I de l'article L. 243-1-1 du même code, les ouvrages sportifs non couverts ne sont pas soumis aux obligations édictées par l'article L. 241-1, " sauf si l'ouvrage ou l'élément d'équipement est accessoire à un ouvrage soumis à ces obligations d'assurance " ;
4. Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que le lot n° 4 porte sur la couverture thermique d'un " bassin nordique " extérieur de 200 mètres carrés et d'une profondeur d'1,25 mètre, dans le cadre d'un marché public relatif aux travaux de construction d'une " piscine sports loisirs ", équipement aquatique comprenant en outre deux bassins de natation et une lagune de jeux ; que ces trois bassins sont destinés à s'insérer dans un bâtiment couvert, autour d'une cour dans laquelle serait installé le " bassin nordique " ; qu'en estimant, après avoir relevé que la couverture thermique dont il s'agit s'enroule autour d'un axe qui est fixé au gros-oeuvre de la piscine, dont la mise en place est susceptible de porter atteinte à la solidité de l'ouvrage, que le lot n° 4 était soumis à l'obligation d'assurance de responsabilité décennale en application des dispositions citées au point 3, le juge des référés n'a pas dénaturé les pièces du dossier qui lui était soumis ni commis d'erreur de droit ;
5. Considérant, en deuxième lieu, que le moyen tiré de ce que les dispositions de l'article L. 241-1 du code des assurances, en application desquelles tout candidat à un marché public doit pouvoir justifier qu'il a souscrit un contrat d'assurance de responsabilité décennale, constitueraient une entrave indirecte à la libre prestation de services au sein de l'Union Européenne, qui n'est pas d'ordre public, est nouveau en cassation et, par suite, inopérant ;
6. *Considérant, en dernier lieu, qu'aux termes de l'article 7.4 du règlement de la consultation : " L'attributaire pressenti ne saurait être désigné définitivement comme titulaire du marché qu'à la condition de produire dans un délai de sept (7) jours calendaires à compter de la réception par courriel, les documents suivants : (...) - Les attestations d'assurance en cours de validité (article 44 III du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016). (...) / Si le candidat dont l'offre a été retenue ne peut produire les attestations et certificats demandés, son offre est rejetée et le candidat éliminé " ; **que le juge des référés n'a pas dénaturé ces stipulations en estimant qu'elles imposaient la production par le candidat pressenti d'une attestation d'assurance de responsabilité décennale avant l'information des candidats évincés** ; que le moyen tiré de ce que le juge des référés aurait dénaturé les stipulations de l'article 6.2 du cahier des clauses administratives particulières est inopérant dès lors que le juge ne s'est pas fondé sur ces stipulations pour annuler la procédure de passation du lot en litige ;*
7. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la communauté de communes Caux Estuaire et la société Variopool BV ne sont pas fondées à demander l'annulation de l'ordonnance qu'elles attaquent ; que leurs conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ne peuvent, en conséquence, qu'être rejetées ; qu'il y a lieu, en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à leur charge la somme de 1 500 euros chacune à verser à la société Futura Play sur le fondement des mêmes dispositions ;

DECIDE :

Article 1er : Le pourvoi de la communauté de communes Caux Estuaire et de la société Variopool BV est rejeté.

Article 2 : La communauté de communes Caux Estuaire et la société Variopool BV verseront chacune la somme de 1 500 euros à la société Futura Play au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la communauté de communes Caux Estuaire et aux sociétés Variopool BV et Futura Play.

Un offre financière égale au prix d'achat des fournitures n'est pas suffisant pour caractériser une offre anormalement basse !

CE 22 janvier 2018, Commune de Vitry-Le-François, req.n°414860

Dans cette affaire, le Conseil d'Etat considère que le prix proposé par un candidat à l'acheteur public qui correspond très exactement au prix d'achat des matériels n'est pas suffisant pour caractériser une offre anormalement basse.

Enseignement n°1 :

Aux termes de l'article 60-I du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics l'acheteur public doit exiger que le soumissionnaire justifie le prix ou les coûts proposés dans son offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services, y compris pour la part du marché public qu'il envisage de sous-traiter.

Quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé. Si les précisions et les justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché, il lui appartient alors de rejeter son offre, sauf à porter atteinte à l'égalité entre les candidats à l'attribution d'un marché public » (CE 29 mai 2013, Ministre de l'intérieur, n°366606, CE 25 octobre 2013, Département de l'Isère, n°370573; CE 1er mars 2012, Département de la Corse du sud, n° 354159, Rec. CE).

En l'espèce, il est intéressant de constater que le Conseil d'Etat poursuit une politique jurisprudentielle qui vide progressivement de tout son sens la notion d'offre anormalement basse et qui se détourne tant de la lettre que de l'esprit de la réglementation en vigueur.

En effet, les derniers exemples de jurisprudences permettent de constater que le juge administratif n'applique pas la réglementation des marchés publics qui « impose » de demander des justificatifs à un candidat dont l'offre apparaît suspecte au regard de certains indices et cela grâce au contrôle extrêmement limité de l'erreur manifeste d'appréciation qui laisse finalement toute latitude pour placer le curseur au niveau que l'on souhaite selon chaque cas d'espèce.....

C'est ainsi qu'un écart de prix de plus de 50 % n'est plus considéré comme « **devant éveiller** » le doute de l'acheteur public afin qu'il réclame des éclaircissements (CE 4 mai 2016, ADILE de Vendée, req.n° 396590). Il ne faut donc pas s'étonner de voir des ordonnances de référé aussi étonnantes que celles qui considèrent désormais qu'un écart de prix de plus de 200 % n'est pas suffisant pour déclencher le dispositif de détection des offres anormalement basse (TA Nantes, ord., 11 avril 2017, Société ISL Informatique, n°1702581).

Enseignement n°2 :

Une entreprise qui décide de proposer une offre financière particulièrement compétitive en renonçant à toute marge bénéficiaire ne doit-elle pas être considérée comme présentant un risque pour la bonne exécution des prestations du marché ? D'un point de vue économique, l'absence de marge conduit à travailler à pertes....

Pour déterminer si l'acheteur public n'a pas commis un manquement à ses obligations de mise en concurrence en omettant de réclamer des justificatifs, ne devrait-on pas partir du postulat inverse qui consisterait à se poser la question de savoir si une telle offre peut être considérée comme rationnelle d'un point de vue économique. Autrement posée, une offre financière proposée sans la moindre préoccupation de toute rentabilité ne devrait pas être considérée comme suspecte ?

Un sacrifice financier considéré comme non rationnel d'un point de vue économique- ici l'absence de toute marge bénéficiaire- n'est finalement plus considéré par le Conseil d'Etat comme « imposant » l'obligation de déclencher le dispositif de détection des offres anormalement basses prévue par l'article 60 du décret du 25 mars 2016.

Conseil d'État

N° 414860

Lecture du lundi 22 janvier 2018

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du référé que par un avis d'appel public à la concurrence, la commune de Vitry-le-François a engagé une consultation selon une procédure adaptée ayant pour objet la fourniture de matériel d'éclairage public à leds pour la place d'Armes ; qu'à l'issue de cette consultation, la commune a, par deux courriers du 23 août 2017, informé la société Comptoir de négoce d'équipements du rejet de son offre et attribué le marché à la société CVELUM ; que par une ordonnance du 20 septembre 2017, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a annulé la procédure d'attribution du marché ;
2. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : " Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat " ; que l'article L. 551-2 du même code dispose que : " Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations " ;
3. Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : " Sont exclues de la procédure de passation des marchés publics : (...) 2° Les personnes qui n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale ou sociale (...) " ; qu'aux termes du I de l'article 48 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : " Le candidat produit à l'appui de sa candidature : / 1° Une déclaration sur l'honneur pour justifier qu'il n'entre dans aucun des cas mentionnés aux articles 45 et 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée et notamment qu'il est en règle au regard des articles L. 5212-1 à L. 5212-11 du code du travail concernant l'emploi des travailleurs handicapés " ; qu'aux termes du II de l'article 51 du même décret : " L'acheteur accepte comme preuve suffisante attestant que le candidat ne se trouve pas dans un cas d'interdiction de soumissionner mentionné au 2° de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, les certificats délivrés par les administrations et organismes compétents. Un arrêté des ministres intéressés fixe la liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales devant donner lieu à délivrance d'un certificat ainsi que la liste des administrations et organismes compétents " ; qu'aux termes de l'article 55 du même décret : " (...) II. - L'acheteur vérifie les informations qui figurent dans la candidature, y compris en ce qui concerne les opérateurs économiques sur les capacités desquels le candidat s'appuie. Cette vérification est effectuée dans les conditions suivantes : / 1° La vérification de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financières et des capacités techniques et professionnelles des candidats peut être effectuée à tout moment de la procédure et au plus tard avant l'attribution du marché public ; 2° L'acheteur ne peut exiger que du seul candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché public qu'il justifie ne pas être dans un cas d'interdiction de soumissionner ; / 3° Toutefois, lorsque l'acheteur limite le nombre de candidats admis à poursuivre la procédure, ces vérifications interviennent au plus tard avant l'envoi de l'invitation à soumissionner ou à participer au dialogue. /... / IV. - Si un candidat ou un soumissionnaire se trouve dans un cas d'interdiction de soumissionner, ne satisfait pas aux conditions de participation fixées par l'acheteur, produit, à l'appui de sa candidature, de faux renseignements ou documents, ou ne peut produire dans le délai imparti les documents justificatifs, les moyens de preuve, les compléments ou explications requis par l'acheteur, sa candidature est déclarée irrecevable et le candidat est éliminé. / Dans ce cas, lorsque la vérification des candidatures intervient après la sélection des candidats ou le classement des offres, le candidat ou le soumissionnaire dont la candidature ou l'offre a été classée immédiatement après la sienne est sollicité pour produire les documents nécessaires " ; qu'enfin, aux termes du IV de l'article 2 de l'arrêté du 25 mai 2016 fixant la liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales donnant lieu à la délivrance de certificats pour l'attribution de marchés publics et de contrats de concession : " L'Association de gestion du fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés, mentionnée à l'article L. 5214-1 du code du travail, délivre un certificat attestant la régularité de la situation de l'employeur au regard de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux articles L. 5212-2 à L. 5212-5 du

même code ” ;

4. Considérant, d'autre part, que l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés et l'obligation subséquente d'adresser une déclaration annuelle relative à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés, prévues respectivement par les articles L. 5212-2 et L. 5212-5 du code du travail, s'appliquent uniquement, en vertu de l'article L. 5212-1 de ce code, aux employeurs occupant au moins vingt salariés ;
5. Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit au point 4 qu'aucune disposition n'impose à un employeur occupant moins de vingt salariés d'employer des travailleurs handicapés ou de faire une déclaration annuelle d'emploi des travailleurs handicapés ; que, dès lors, la production du certificat attestant la régularité de la situation de l'employeur au regard de l'emploi des travailleurs handicapés mentionné dans l'arrêté du 25 mai 2016 cité au point 3 ne peut être exigée, lors de la passation d'un marché public, d'un candidat qui emploie moins de vingt salariés ; que, par suite, le juge des référés du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a commis une erreur de droit en estimant que la société attributaire du marché devait, alors même qu'elle n'était pas assujettie à l'obligation d'emploi de travailleurs handicapés, produire un certificat attestant de la régularité de sa situation au regard de l'emploi des travailleurs handicapés et que la commune a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en lui attribuant le marché en cause alors que son offre aurait dû être déclarée irrecevable ; que la commune de Vitry-le-François est fondée à demander, pour ce motif, et sans qu'il soit besoin de statuer sur l'autre moyen du pourvoi, l'annulation de l'ordonnance attaquée ;
6. Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée, en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;
7. Considérant, en premier lieu, que la société Comptoir de négoce d'équipements soutient que la commune s'est abstenue de vérifier les capacités financières, techniques et professionnelles des candidats et que la candidature de la société CVELUM était incomplète, et donc irrégulière, faute de comporter une déclaration appropriée de banques ou la preuve d'une assurance pour les risques professionnels, pièce qui, en vertu du règlement de consultation du marché, devait être fournie au titre des renseignements concernant la capacité économique et financière de l'entreprise ; qu'il résulte toutefois du rapport d'analyse des candidatures élaboré par la commune que celle-ci a procédé à une analyse des capacités techniques, financières et professionnelles des candidatures ; qu'il résulte de l'instruction que le dossier de la société CVELUM était complet et conforme au règlement de la consultation ; qu'ainsi, le moyen tiré de l'irrégularité de la candidature de la société attributaire du marché doit être écarté ;
8. Considérant, en deuxième lieu, qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, la société CVELUM, dont il ressort du dossier qu'elle occupait moins de vingt salariés, n'était pas assujettie à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés ; que, par suite, la commune de Vitry-le-François n'a pas méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence en n'exigeant pas de la société, pour qu'elle justifie ne pas être dans un cas d'interdiction de soumissionner, la production d'une attestation de conformité au regard de cette obligation ;
9. Considérant, en troisième lieu, que le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en oeuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics ; qu'il résulte de l'article 7.2 du règlement de la consultation que les critères d'attribution du marché litigieux étaient le prix des prestations, représentant 60 % de la note finale, et la valeur technique de l'offre, représentant 40 % de la note finale ; que le règlement de la consultation prévoyait que, pour la mise en oeuvre du critère de la valeur technique, chaque offre serait notée en fonction des caractéristiques et de la qualité des produits, représentant 70 % de la note du critère, et des conditions de livraison et de conditionnement, représentant 30 % de cette note ;
10. Considérant, d'une part, que contrairement à ce qui est soutenu par la société requérante, le sous-critère " conditions de livraison et de conditionnement " était en rapport avec l'objet du marché, alors même que les soumissionnaires n'étaient pas chargés de la fabrication des matériels ; que, par ailleurs, l'article 5.2 du cahier des clauses techniques particulières précisait que les fournitures devaient être " convenablement " emballées de manière à supporter sans dommage le transport et le stockage éventuel dans le magasin municipal ; que ce sous-critère était dès lors assorti de précisions suffisantes permettant son appréciation ; que, par suite, la société requérante n'est pas fondée à soutenir qu'eu égard à son imprécision, le sous-critère " conditions de livraison et conditionnement " conférait au pouvoir adjudicateur une liberté de choix discrétionnaire ;
11. Considérant, d'autre part, que les offres de la société requérante et de la société attributaire ont été toutes les deux jugées insuffisantes sur le sous-critère " conditions de livraison et de conditionnement " ; que la seule circonstance que, sur ce point, l'appréciation littérale de ces deux offres est identique alors que les notes attribuées sont différentes n'établit pas en soi que la méthode de notation serait irrégulière ;
12. Considérant, en quatrième lieu, qu'aux termes de l'article 60 du décret du 25 mars 2016 : " I. - L'acheteur exige que le soumissionnaire justifie le prix ou les coûts proposés dans son offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services, y compris pour la part du marché public qu'il envisage de sous-traiter. / (...) II. - L'acheteur rejette l'offre : / 1° Lorsque les éléments fournis par le soumissionnaire ne justifient pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés (...) " ;
13. **Considérant qu'il résulte des dispositions précitées que, quelle que soit la procédure de passation mise en oeuvre, il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé ; que si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit**

pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre ;

14. Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'offre de la société CVELUM était d'un montant de 79 090 euros HT alors que celle de la société requérante était d'un montant de 80 331,90 euros HT ; que pour établir que la commune a commis une erreur manifeste d'appréciation en retenant l'offre de la société CVELUM, dont il est allégué qu'elle est anormalement basse, la société Comptoir de négoce d'équipements se borne à soutenir que le montant de l'offre de la société CVELUM correspond au prix d'achat des matériels et ne lui permet pas de faire un bénéfice ; que cette seule circonstance n'est pas suffisante pour que le prix proposé soit regardé comme manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché ; que, par suite, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que la commune de Vitry-le-François aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en retenant une offre anormalement basse ;
15. Considérant, en dernier lieu, qu'aux termes du I de l'article 99 du décret du 25 mars 2016 précité : " 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. / Il communique aux candidats et aux soumissionnaires qui en font la demande écrite les motifs du rejet de leur candidature ou de leur offre dans un délai de quinze jours à compter de la réception de cette demande. Si le soumissionnaire a vu son offre écartée alors qu'elle n'était ni inappropriée ni irrégulière ni inacceptable l'acheteur lui communique, en outre, les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du marché " ; qu'il résulte de ces dispositions que pour les marchés passés selon une procédure adaptée, l'acheteur notifie au soumissionnaire le rejet de son offre et, s'il en fait la demande écrite, lui communique les motifs du rejet ; qu'il lui communique en outre, si son offre n'était ni appropriée ni irrégulière ni inacceptable, les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du marché ;
16. Considérant qu'il résulte de l'instruction que par un courrier du 23 août 2017, la commune de Vitry-le-François a informé la société Comptoir de négoce d'équipements du rejet de son offre et des motifs de ce rejet ; qu'à la suite d'une demande écrite de la société, la commune de Vitry-le-François a, par un courrier du 12 septembre 2017, indiqué les caractéristiques et avantages de l'offre de la société CVELUM qui avait été retenue ; que contrairement à ce qui est soutenu, les indications données sur ce point par la commune étaient suffisantes ; que, par suite, le moyen tiré de ce que la commune de Vitry-le-François aurait méconnu les dispositions du I de l'article 99 du décret du 25 mars 2016 précité en s'abstenant d'indiquer les caractéristiques et avantages de l'offre retenue doit être écarté ;
17. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société Comptoir de négoce d'équipements n'est pas fondée à demander l'annulation de la procédure d'attribution du marché de fourniture de matériel d'éclairage public à leds destiné à la place d'Armes de la commune de Vitry-le-François ;
18. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Comptoir de négoce d'équipements la somme de 4 000 euros à verser à la commune de Vitry-le-François au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

DECIDE :

Article 1er : L'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne du 20 septembre 2017 est annulée.

Article 2 : La demande présentée par la société Comptoir de négoce d'équipements devant le juge des référés du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne est rejetée.

Article 3 : La société Comptoir de négoce d'équipements versera la somme de 4 000 euros à la commune de Vitry-le-François au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la commune de Vitry-le-François et à la société Comptoir de négoce d'équipements.

Concession d'exploitation de lignes aériennes : l'obligation de respecter les grands principes de la commande publique

Rappel n°1 : un contrat d'exploitation de lignes aériennes peut être qualifié de DSP

Dans cette affaire, le Conseil d'Etat rappelle qu'un contrat qui a pour objet l'exploitation de lignes aériennes conclu entre une personne publique et un opérateur économique doit s'assimiler en un contrat de concession de service public au sens de l'ordonnance du 29 janvier 2016.

Conformément au règlement (CE) n° 1008/2008 du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté, les Etats membres peuvent concéder par contrat, après appel d'offres, l'exploitation de liaisons aériennes non rentables à un prestataire choisi après mise en concurrence et tenu à des obligations de service public.

Ces contrats, dès lors qu'ils répondent aux critères posés à l'article 5 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, doivent être qualifiés de contrats de concession au sens de cette ordonnance, alors même qu'en vertu de son article 13, ils ne sont pas soumis aux règles qu'elle fixe. De tels contrats, dès lors qu'ils sont conclus par des personnes morales de droit public relevant du code général des collectivités territoriales (CGCT), sont qualifiés, par les dispositions de l'article L. 1411-1 de ce code, de contrats de délégation de service public et sont soumis aux règles posées à ce titre par ce code.

Rappel n°2 : un tel contrat doit respecter les principes généraux de la commande publique

Dès lors qu'ils sont considérés comme des concessions de services publics, ces contrats doivent donc respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, principes généraux du droit de la commande publique.

Le Conseil d'Etat en tire la conséquence logique que pour assurer le respect de ces principes, la personne publique doit apporter aux candidats à l'attribution d'un tel contrat, avant le dépôt de leurs offres, ainsi que le prévoit d'ailleurs le paragraphe 5 de l'article 17 du règlement (CE) du 24 septembre 2008, l'ensemble des informations et/ou documents pertinents, lesquels doivent nécessairement inclure une information sur les critères de sélection des offres.

CE

Lecture du vendredi 15 décembre 2017

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la procédure suivante :

La société Twin Jet a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Rennes, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la procédure de passation, par le syndicat mixte de l'aéroport de Lannion - Côte de granit, du contrat d'exploitation de la liaison aérienne entre les aéroports de Lannion et de Paris-Orly.

Par une ordonnance n° 1702973 du 24 juillet 2017, le juge des référés a fait droit à cette demande.

Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 8 et 22 août 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, le syndicat mixte de l'aéroport de Lannion - Côte de granit demande au Conseil d'Etat :

- 1°) d'annuler cette ordonnance ;
- 2°) réglant l'affaire au titre de la procédure de référé, de rejeter la demande de la société Twin Jet ;
- 3°) de mettre à la charge de la société Twin Jet la somme de 4 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

1. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que le syndicat mixte de l'aéroport de Lannion - Côte de granit a lancé, sur le fondement du règlement (CE) du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté et du décret du 16 mai 2005 relatif aux règles d'attribution par l'Etat de compensations financières aux transporteurs aériens et aux exploitants d'aéroports pour leurs missions relatives

au sauvetage et à la lutte contre les incendies d'aéronefs, à la sûreté, à la lutte contre le péril aviaire et aux mesures effectuées dans le cadre des contrôles environnementaux, une procédure de passation en vue de la conclusion d'une convention entre l'Etat, le syndicat mixte et le transporteur aérien retenu ayant pour objet l'exploitation, en exclusivité, de la liaison aérienne entre Lannion et Paris (Orly) et comportant une compensation versée par l'Etat en contrepartie du respect des obligations de service public grevant cette ligne ; que, par l'ordonnance attaquée, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Rennes, saisi par la société Twin Jet et statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a annulé cette procédure ;

Sur la compétence du juge du référé précontractuel :

2. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : " Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public (...) " ;
3. Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : " Une délégation de service public est un contrat de concession au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (...) " ; qu'aux termes de l'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : " Les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix " ;
4. Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article 16 du règlement (CE) du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté : " 1. Un Etat membre peut (...) après en avoir informé la Commission (...) imposer une obligation de service public au titre de services aériens réguliers (...) sur une liaison à faible trafic à destination d'un aéroport situé sur son territoire, si cette liaison est considérée comme vitale pour le développement économique et social de la région desservie par l'aéroport (...) / 9. (...) si aucun transporteur aérien communautaire n'a commencé ou ne peut démontrer qu'il est sur le point de commencer des services aériens réguliers durables sur une liaison, conformément à l'obligation de service public qui a été imposée sur cette liaison, l'Etat membre concerné peut limiter l'accès des services aériens réguliers sur cette liaison à un seul transporteur aérien communautaire pour une période maximale de quatre ans, à l'issue de laquelle la situation est réexaminée (...) / 10. Le droit d'exploiter les services visés au paragraphe 9 est concédé après appel d'offres conformément à l'article 17, soit pour une seule liaison, soit, dans les cas où des raisons d'efficacité opérationnelle le justifient, pour un groupe de liaisons, à tout transporteur aérien communautaire autorisé à exploiter de tels services aériens (...) " ;
5. Considérant que, conformément aux dispositions du règlement (CE) du 24 septembre 2008, les Etats membres peuvent concéder par contrat, après appel d'offres, l'exploitation de liaisons aériennes non rentables à un prestataire choisi après mise en concurrence et tenu à des obligations de service public ; que ces contrats, dès lors qu'ils répondent aux critères posés à l'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, sont des contrats de concession au sens de cette ordonnance, alors même qu'en vertu de son article 13, les contrats de concession de service de transport aérien ne sont pas soumis aux règles qu'elle fixe ; que de tels contrats, lorsqu'ils sont conclus par des personnes morales de droit public relevant du code général des collectivités territoriales, sont qualifiés, par les dispositions de l'article L. 1411-1 de ce code, de contrats de délégation de service public et sont soumis aux règles posées à ce titre par ce code ;
6. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que la convention litigieuse confie à son cocontractant l'exploitation, à ses risques, d'une ligne aérienne dans le respect d'obligations de service public ; que, par suite, le syndicat mixte de l'aéroport de Lannion - Côte de granit n'est pas fondé à soutenir que le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Rennes aurait commis une erreur de droit en qualifiant la convention litigieuse, qui remplit les critères précités de l'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, de délégation de service public et en en déduisant que la contestation de sa passation relevait de sa compétence ;
7. Considérant que la circonstance, invoquée par le syndicat mixte de l'aéroport de Lannion - Côte de granit, que les contrats de concession de service de transport aérien soumis au règlement (CE) du 24 septembre 2008 sont susceptibles, le cas échéant, de donner lieu au versement d'une aide d'Etat et qu'il sont conclus à titre temporaire, est sans incidence sur cette qualification et cette compétence du juge des référés ; qu'enfin, contrairement à ce que soutient le syndicat mixte et en tout état de cause, l'article 8 du décret du 16 mai 2005 relatif aux règles d'attribution par l'Etat de compensations financières aux transporteurs aériens, qui qualifie explicitement de tels contrats de délégations de service public lorsque l'Etat y est partie, est demeuré applicable après l'entrée en vigueur du règlement (CE) du 24 septembre 2008 ;

Sur l'annulation de la procédure de passation :

8. **Considérant, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, que le contrat conclu par le syndicat mixte de l'aéroport de Lannion - Côte de granit pour l'exploitation, en exclusivité, de la liaison aérienne entre Lannion et Paris (Orly), est un contrat de concession de service de transport aérien conclu sur le fondement du règlement (CE) du 24 septembre 2008, répondant à la qualification de délégation de service public en application**

des dispositions combinées de l'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 et de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales ; que ce contrat est par suite soumis aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, principes généraux du droit de la commande publique ; que, pour assurer le respect de ces principes, la personne publique doit apporter aux candidats à l'attribution du contrat, avant le dépôt de leurs offres, ainsi que le prévoit d'ailleurs le paragraphe 5 de l'article 17 du règlement (CE) du 24 septembre 2008, l'ensemble des informations et/ou documents pertinents, lesquels doivent nécessairement inclure une information sur les critères de sélection des offres ; qu'au titre de cette information, le délégant ne peut se borner à rappeler les dispositions du paragraphe 7 de l'article 17 de ce règlement qui prévoient que " la sélection parmi les offres présentées est opérée le plus rapidement possible compte tenu de l'adéquation du service et notamment des prix et des conditions qui peuvent être proposés aux usagers ainsi que du coût de la compensation requise, le cas échéant, du ou des Etats membres concernés " ;

9. *Considérant qu'en relevant que ni l'avis de publicité, ni le dossier de la consultation adressé aux candidats admis à présenter une offre ne comportaient, au-delà du rappel des dispositions du paragraphe 7 de l'article 17, d'information suffisamment précise sur les critères de choix du délégataire et que ces critères n'avaient pas davantage été mentionnés au cours de la phase de négociation et ne pouvaient pas clairement se déduire des questions posées par le syndicat mixte, le juge du référé précontractuel s'est livré à une appréciation souveraine des faits exempte de dénaturation ;*
10. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le syndicat mixte de l'aéroport Lannion - Côte de granit n'est pas fondé à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ;
11. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge de la société Twin Jet, qui n'est pas la partie perdante, le versement des sommes que demande, à ce titre, le syndicat mixte de l'aéroport de Lannion - Côte de granit ; qu'en revanche, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge du syndicat mixte de l'aéroport de Lannion - Côte de granit le versement d'une somme de 3 000 euros à la société Twin Jet au titre des mêmes dispositions ;

DECIDE :

Article 1er : Le pourvoi du syndicat mixte de l'aéroport de Lannion - Côte de granit est rejeté.

Article 2 : Le syndicat mixte de l'aéroport de Lannion - Côte de granit versera à la société Twin Jet une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée au syndicat mixte de l'aéroport de Lannion - Côte de granit et à la société Twin Jet.

Sanction du recours injustifié à la procédure de dialogue compétitif

CE 18 décembre 2017, Météo France, req.n°413527

I-Les conditions de régularité du recours à la procédure de dialogue compétitif sous l'empire de l'ancienne réglementation des marchés publics (article 36 du CMP)

Sous l'empire de l'ancienne réglementation, la procédure du dialogue compétitif a toujours été réservée à des marchés publics complexes lorsque que le pouvoir adjudicateur n'était pas en mesure soit de définir seul les moyens techniques pouvant répondre à ses

besoins, soit d'établir le montage juridique ou financier du projet envisagé du fait. La complexité d'un projet était alors décrite sous trois approches possibles : la complexité technique, juridique ou financière du projet envisagé. Une seule de ces approches suffit pour valider le recours à la procédure du dialogue compétitif.

L'article 36 du Code des marchés publics indiquait que le recours à la procédure du dialogue compétitif **est réservé à des marchés publics particulièrement complexes** : « *Le recours à la procédure de dialogue compétitif est possible lorsqu'un marché public est considéré comme complexe, c'est-à-dire lorsque l'une au moins des conditions suivantes est remplie : / 1° Le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins / 2° Le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet* ».

La jurisprudence administrative retenait alors une approche relativement stricte de la notion de complexité pouvant justifier le recours au contrat de partenariat selon la procédure du dialogue compétitif.

Il a ainsi été jugé que les difficultés tenant à la mise en place d'un dispositif national de couverture pour la prévoyance et les frais de santé des personnels des chambres de commerce et d'industrie se substituant progressivement aux multiples contrats de protection santé locaux souscrits par chaque chambre, dans un contexte de réforme profonde du réseau consulaire, rendaient objectivement possible le recours au dialogue compétitif. Dans cette affaire, le caractère complexe de l'opération a été admis de manière exceptionnelle uniquement parce que c'était la première fois qu'une opération d'une telle envergure était mise en œuvre au niveau national (CE 11 mars 2013, Assemblées des chambres françaises de commerce et d'industrie, req.n°364551 avec les conclusions du Rapporteur public Bertrand DA COSTA qui met en évidence le caractère unique de l'opération visée).

En sens contraire, il a été jugé que la condition de complexité technique n'était pas remplie pour le projet de la réalisation de la Cité du Surf et l'extension de l'Aquarium du Musée de la Mer alors même que la Commune tentait de justifier le recours à la procédure du dialogue compétitif au regard des dimensions exceptionnelles de l'ouvrage à réaliser, qui aura une surface de plus de 1300 m² et sera réalisé dans un espace souterrain mitoyen d'un tunnel routier et d'un ancien bunker impliquant la mise en place d'équipements de haute technologie ainsi que le maintien de l'ouverture au public des installations existantes pendant la durée des travaux (CE 30 juillet 2014, Commune de Biarritz, req.n°363007). Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a pris le soin de rappeler la règle selon laquelle « *la seule invocation de la complexité des procédés techniques à mettre en œuvre ne peut suffire à justifier légalement le recours au contrat de partenariat* » passé selon la procédure de dialogue compétitif.

Dans son arrêt du 18 décembre 2017, le Conseil d'Etat a également considéré que la condition de complexité technique n'était pas remplie pour la mise en place d'un dispositif d'observation du vent via la technologie Lidar Doppler dès lors justement que l'acheteur public avait déjà identifié avant le lancement de sa procédure la technologie la plus adaptée à ses besoins de sorte qu'il n'était plus besoin de solliciter les candidats sur des solutions innovantes. De même, le Conseil d'Etat a considéré que la seule indétermination du choix entre l'achat de l'appareil d'observation du vent via la technologie identifiée ou sa location avec option d'achat ou encore le simple achat de données ne révélait pas, à elle seule, l'incapacité objective du pouvoir adjudicateur d'établir le montage juridique ou financier du projet.

II-Les conditions de régularité du recours à la procédure de dialogue compétitif à l'aune de la nouvelle réglementation des marchés publics (article 25 du décret du 25 mars 2016)

Le dialogue compétitif contribue pourtant à l'efficacité de l'achat public en permettant à l'acheteur public de dialoguer en amont avec des opérateurs économiques spécialisés de manière à améliorer la définition des solutions répondant le mieux à ses besoins. C'est la raison pour laquelle la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics assouplit considérablement les différentes hypothèses qui permettront de recourir à cette procédure dérogatoire.

Ainsi, le considérant 42 de cette directive indique que : « *Il est absolument nécessaire que les pouvoirs adjudicateurs disposent de plus de souplesse pour choisir une procédure de passation de marchés prévoyant des négociations.[...] Les États membres devraient être en mesure de prévoir le recours à la procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif dans diverses situations où une procédure ouverte ou une procédure restreinte sans négociation ne sont pas susceptibles de donner des résultats satisfaisants* ».

L'utilité de la procédure de dialogue compétitif a plus particulièrement été affirmée par ce même considérant : « *Il y a lieu de rappeler qu'en termes de volume des marchés, le recours au dialogue compétitif s'est considérablement accru au cours des dernières années. Cette procédure s'est révélée utile dans les cas où les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas en mesure de définir les moyens permettant de satisfaire leurs besoins ou d'évaluer les solutions que le marché peut offrir sur les plans technique, financier ou juridique. Tel peut notamment être le cas de projets innovants, de la réalisation de projets importants d'infrastructures de transport intégrées, de grands réseaux informatiques ou de projets comportant un financement complexe et structuré. Le cas échéant, les pouvoirs adjudicateurs devraient être encouragés à désigner un chef de projet afin d'assurer une bonne coopération entre les opérateurs économiques et le pouvoir adjudicateur durant la procédure d'attribution* ».

L'article 25 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics indique les pouvoirs adjudicateurs peuvent désormais recourir à la procédure du dialogue compétitif », pour tous types de marchés dès lors qu'au moins une des cinq situations suivantes est remplie :

- Leurs besoins ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles ;
- Leurs besoins portent notamment sur de la conception ou des solutions innovantes ;
- Le marché ne peut être attribué sans négociations préalables du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent ;
- Le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou une référence technique (...);
- Lorsque seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées dans le cadre d'une procédure ouverte ou restreinte.

Ces différentes hypothèses consacrent un élargissement substantiel des conditions permettant de recourir à la procédure de dialogue compétitif en raison notamment du caractère très général des trois premières hypothèses même si l'exigence tenant à la justification de la complexité du projet persiste et devra toujours être motivée.

Il n'est donc pas certain que dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 18 décembre 2017, la procédure aurait été annulée par le Conseil d'Etat à l'aune de la nouvelle réglementation dès lors que l'établissement public n'aurait pas été tenu d'établir qu'il se trouvait objectivement dans l'incapacité de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins où encore qu'il n'était pas objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet. Il lui aurait suffi par exemple de se contenter de démontrer que le dispositif qu'il souhaite acquérir nécessite quelques adaptations eu égard au projet envisagé.....

En revanche, le Conseil d'Etat rappelle que le recours illégal à une procédure de mise en concurrence est de nature à léser n'importe quel candidat quand bien même il a participé à la procédure jusqu'à son terme. Ce rappel est nécessaire tant le contrôle laxiste de certains juges des référés précontractuel tend à se poser de plus en plus la question de l'efficacité et de donc de l'utilité d'une telle procédure de nos jours. La solution mérite donc d'être saluée ainsi que le travail du juge du référé dans cette affaire.

Conseil d'État

N° 413527

Lecture du lundi 18 décembre 2017

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la procédure suivante :

La société Leosphere a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Nice d'annuler la procédure de passation du marché public engagée par Météo-France pour la fourniture d'une capacité d'observation du vent par Lidar Doppler scannant à longue portée pour l'aéroport de Nice Côte d'Azur. Par une ordonnance n° 1702808 du 4 août 2017, le juge des référés du tribunal administratif de Nice a annulé cette procédure.

Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés le 21 août et 1er septembre 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, l'établissement public Météo-France demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance du 4 août 2017 du juge des référés du tribunal administratif de Nice ;

2°) statuant en référé, de rejeter la requête de la société Leosphere ;

3°) de mettre à la charge de la société Leosphere 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 des marchés publics ;

- le code de justice administrative ;

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Nice que Météo-France a lancé, en février 2016, une procédure de dialogue compétitif en vue de la conclusion d'un marché de fourniture

- d'une capacité d'observation du vent par Lidar Doppler pour l'aéroport de Nice Côte d'Azur ; qu'à l'issue de la procédure, l'offre de la société Mitsubishi Electric Europe a été retenue ; qu'après avoir remis une offre finale, la société Leosphere a saisi le juge des référés précontractuels d'une demande tendant à l'annulation de cette procédure de passation ; que, par une ordonnance du 4 août 2017, contre laquelle Météo-France se pourvoit en cassation, le juge des référés précontractuels a fait droit à cette demande
2. Considérant qu'aux termes de l'article 36 du code des marchés publics, alors applicable : " La procédure de dialogue compétitif est une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou de développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue seront invités à remettre une offre. / Le recours à la procédure de dialogue compétitif est possible lorsqu'un marché public est considéré comme complexe, c'est-à-dire lorsque l'une au moins des conditions suivantes est remplie : / 1° Le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins / 2° Le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet " ; qu'aux termes du VI de l'article 67 du même code, alors applicable : " Le dialogue s'ouvre avec les candidats sélectionnés. / L'objet du dialogue est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux les besoins. Tous les aspects du marché peuvent être discutés avec les candidats sélectionnés. "
 3. **Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que Météo-France a recouru à la procédure du dialogue compétitif en estimant ne pas être objectivement en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ; que l'établissement public avait, toutefois, identifié le Lidar Doppler comme étant la technologie la plus appropriée à ses besoins avant même le lancement de la procédure de passation ; qu'il n'est pas établi que, pour équiper l'aéroport de Nice de cette technologie, il serait nécessaire d'obtenir des sociétés présentes sur le marché le développement spécifique de techniques innovantes ; que, par suite, le juge des référés n'a pas entaché son ordonnance d'erreur de qualification juridique en jugeant que le projet en litige n'était pas d'une complexité technique telle que Météo-France pouvait légalement recourir à la procédure du dialogue compétitif, eu égard aux conditions alors posées par les dispositions de l'article 36 du code des marchés publics ;**
 4. **Considérant, en deuxième lieu, qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que Météo-France a également recouru à la procédure du dialogue compétitif en estimant n'être objectivement pas en mesure de choisir entre différents montages juridiques et financiers qu'elle avait identifiés avant de lancer la procédure de passation ; que, toutefois, la seule indétermination du choix entre un achat de l'appareil, une location de l'appareil avec option d'achat ou l'achat de données, qui ne constituent pas des montages juridiques et financiers complexes, ne révélait pas, à elle seule, l'incapacité objective du pouvoir adjudicateur d'établir le montage juridique ou financier du projet ; que, dès lors, le juge des référés n'a pas non plus entaché son ordonnance d'erreur de qualification juridique en jugeant que le projet en litige n'était pas d'une complexité juridique ou financière telle que Météo-France pouvait légalement recourir à la procédure du dialogue compétitif ;**
 5. Considérant, enfin, qu'il appartient au juge des référés, saisi en vertu des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice, de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ; qu'ainsi, le juge des référés du tribunal administratif de Nice, n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que le recours illégal par Météo-France à la procédure de dialogue compétitif était susceptible d'avoir lésé la société requérante, bien qu'elle ait participé à la procédure jusqu'à son terme, dès lors que l'établissement public avait effectivement dialogué avec les candidats sélectionnés à propos de l'identification et de la définition des moyens propres à satisfaire au mieux ses besoins et qu'il n'établissait pas qu'il aurait été à même de le faire dans les mêmes conditions s'il avait recouru à un appel d'offres ;
 6. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le pourvoi de Météo-France doit être rejeté, y compris ses conclusions présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de Météo France le versement à la société Leosphere d'une somme de 3 000 euros au même titre ;

DECIDE :

Article 1er : Le pourvoi de Météo-France est rejeté.

Article 2 : Météo-France versera à la société Leosphere une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice

administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à Météo-France, à la société Leosphere et à la société Mitsubishi Electric Europe.