

E-RJCP - mise en ligne le 30 mars 2014

**Thèmes :**

- Pouvoir adjudicateur soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et au décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005.
- Procédure adaptée.
- Application des principes de la commande publique.
- Respect de la date limite de remise des offres.

**Résumé :**

1. Tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant le juge du contrat un **recours de pleine juridiction** contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires, indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat.

Ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi.

Lorsque le juge est saisi de conclusions dirigées contre un contrat par un concurrent évincé, il lui appartient, lorsqu'il constate l'existence d'un vice entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences.

Il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise :

- soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses,
- soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante,
- soit d'accorder des indemnités en réparation des droits lésés,
- soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat.

2. En vertu des dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 et du décret du 30 décembre 2005, s'il appartient au pouvoir adjudicateur de fixer librement les modalités de la procédure de passation d'un marché à **procédure adaptée**, il doit le faire dans le respect des **principes fondamentaux** de la commande publique, selon lesquels les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

En particulier, le pouvoir adjudicateur ne peut **attribuer** le marché qu'à une entreprise ayant **présenté son offre avant l'expiration de la date limite de dépôt** des offres fixée par l'avis d'appel public à la concurrence.

La société requérante soutient que l'offre de la société retenue n'aurait pas été adressée au pouvoir adjudicateur antérieurement à l'expiration de la date limite de dépôt des offres fixée par l'avis d'appel public à la concurrence.

Cependant, il résulte de l'instruction, et notamment de l'examen des enveloppes et du rapport d'ouverture des plis, que la société retenue a respecté le délai qui était imparti aux soumissionnaires pour la communication de leurs offres et que son offre était complète.

La seule circonstance que l'acte d'engagement, qui comporte notamment un prix identique à celui proposé dans cette offre, ait été signé par le maître d'ouvrage quelques jours après l'attribution du marché n'indique pas que les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures auraient été méconnus.

Le marché en litige n'est donc pas entaché d'irrégularité.

► **Commentaire de Dominique Fausser :**

Cet arrêt applique le recours « *Tropic* » (CE, assemblée, 16 juillet 2007, n° 291545, *Sté TROPIC travaux signalisation*, Recueil Lebon, commentaire sous E-RJCP n° 26 du 3 août 2007) à un pouvoir adjudicateur soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 *relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics* et au décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 *relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics*.

Le juge rappelle que les contrats passés en application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 sont soumis au

« respect des principes fondamentaux de la commande publique, selon lesquels les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ».

Il aurait pu citer directement l'article 6 de cette ordonnance qui, à l'équivalent du II de l'article 1er du Code des marchés publics, dispose que : « Les marchés et les accords-cadres 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. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. »

De tels principes supposent donc à l'évidence qu'aucune enveloppe de candidature ou de prix ne soit déposée après la date et heure limites imposées par le pouvoir adjudicateur, et inversement aussi qu'aucune d'elle ne soit ouverte par le pouvoir adjudicateur avant l'heure et la date limites de leur dépôt, y compris en procédure adaptée.

La Cour en tire logiquement la conclusion « qu'en particulier, le pouvoir adjudicateur ne peut attribuer le marché qu'à une entreprise ayant présenté son offre avant l'expiration de la date limite de dépôt des offres fixée par l'avis d'appel public à la concurrence », donc y compris en l'espèce en procédure adaptée.

Ce principe a naturellement vocation à s'appliquer également aux marchés régis par le Code des marchés publics.

Quoi qu'il en soit dans cette affaire, le juge a pu vérifier que le pli de l'offre retenue était bien parvenu dans les délais.

Un doute subsiste dans les éléments factuels de cette affaire au travers du libellé de l'arrêt quelque peu maladroit, et il semblerait que si une offre avait été transmise dans les temps, l'acte d'engagement aurait pu être rédigé et signé postérieurement : « la seule circonstance que l'acte d'engagement, qui comporte notamment un prix identique à celui proposé dans cette offre, ait été signé par le maître d'ouvrage quelques jours après l'attribution du marché n'indique pas que les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures auraient été méconnus ».

Or, comme je le précisais lors des formations que j'animais à l'époque, la notion d'acte d'engagement chez les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices de cette ordonnance du 6 juin 2005 n'existe que dans les marchés de conception-réalisation.

Précisons au passage que le délai laissé aux entreprises doit être suffisant, et le Conseil d'État a déjà eu l'occasion de valider une ordonnance de référé précontractuel annulant un marché passé en procédure adaptée en estimant en l'espèce pour un délai de 18 jours laissé entre la date de publication au BOAMP et la date de remise des offres que ce «délai ouvert entre la date de publication de

l'avis d'appel public à concurrence et la date limite de remise des offres était insuffisant compte tenu du montant du marché, de 160 000 euros, quand bien même il [le juge] a retenu un montant hors taxes au lieu de retenir un montant toutes taxes comprises» (CE, 5 août 2009, n° 307117, Région Centre).

Précisons aussi que la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services régit les règles de confidentialité et d'ouvertures des plis de candidatures ou d'offres.

En effet, l'article 42 « **Règles applicables aux communications** » de cette directive dispose que :

« 1. Toutes les communications ainsi que tous les échanges d'informations visés dans le présent titre peuvent, au choix du pouvoir adjudicateur, être faits par courrier, par télécopieur, par moyens électroniques conformément aux paragraphes 4 et 5, par téléphone dans les cas et aux conditions visés au paragraphe 6, ou par une combinaison de ces moyens.

2. Les moyens de communication choisis doivent être généralement disponibles et ne peuvent donc avoir pour effet de restreindre l'accès des opérateurs économiques à la procédure d'attribution.

3. Les communications, les échanges et le stockage d'informations sont faits de manière à assurer que l'intégrité des données et la confidentialité des offres et des demandes de participation soient préservées et que les pouvoirs adjudicateurs ne prennent connaissance du contenu des offres et des demandes de participation qu'à l'expiration du délai prévu pour la présentation de celles-ci.  
[...]

Cette directive pose ainsi le principe général que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent prendre connaissance du contenu des offres et des demandes de participation (candidatures) qu'à l'expiration du délai prévu pour la présentation de celles-ci et doivent s'assurer de leur confidentialité jusqu'à cette expiration, et quel que soient les modalités de leur transmission, électroniques ou non.

Or, le ministère chargé de l'Economie n'a transposé qu'imparfaitement ce texte européen au décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 (la problématique est d'ailleurs la même pour les entités adjudicatrices : directive 2004/17/CE et article 13 du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005) en ne s'occupant que des transmissions électroniques et sans, contrairement au Code des marchés publics, apporter des précisions au titre de chacune des procédures formalisées :

#### « Article 14

II. - Les règles ci-après sont applicables aux dispositifs de transmission et de réception électroniques des candidatures et des offres :

1° Les informations relatives aux modalités de présentation des candidatures et des offres par voie

électronique, y compris le cryptage, sont à la disposition des parties intéressées ;

2° Les candidatures et les offres transmises par voie électronique ou sur support physique électronique sont présentées dans des conditions qui permettent d'authentifier la signature du candidat selon les exigences posées aux articles 1316, 1316-1 à 1316-4 du code civil ;

3° La transmission des candidatures et des offres fait l'objet d'une date certaine de réception ;

4° Toutes les mesures techniques nécessaires, notamment de cryptage et de sécurité, sont prises pour que personne ne puisse avoir accès aux données transmises par les candidats avant les dates limites de réception des candidatures et des offres, et que toute violation de cette interdiction soit facilement détectable. »

\*

\*\*

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000028600480>

### Cour administrative d'appel de Paris

N° 11PA02676

Inédit au recueil Lebon

6ème Chambre

Mme HERBELIN, président, Mme Valérie PETIT, rapporteur, M. DEWAILLY, rapporteur public, EL HAYEK, avocat

Lecture du lundi 10 février 2014

REPUBLIQUE FRANCAISE - AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête, enregistrée le 13 juin 2011, présentée pour la société Léo Services, dont le siège est 93 rue Gabriel Péri à Massy (91300), par MeC... ; la société Léo Services demande à la cour :

1°) d'annuler le jugement n° 0909632/3-2 du 6 avril 2011 par lequel le Tribunal administratif de Paris a rejeté sa demande tendant à l'annulation du marché public conclu le 7 avril 2009 par l'Etablissement public du Grand Palais des Champs-Elysées avec la société Mosaïques Sarl et à ce que cet établissement public soit condamné à lui payer une somme 362 930 euros en réparation du préjudice subi ;

2°) d'annuler ce marché et de condamner l'Etablissement public du Grand Palais des Champs Elysées à lui payer la somme de 50 000 euros ;

3°) de mettre à la charge de l'Etablissement public du Grand Palais des Champs Elysées la somme de 5000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 ;

Vu le décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 ;

Vu le code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 20 janvier 2014 :

- le rapport de Mme Petit, premier conseiller,
- les conclusions de M. Dewailly, rapporteur public ;

- et les observations de Me A...substituant MeB..., pour le Grand Palais des Champs Elysées ;

1. Considérant que, par un avis d'appel public à la concurrence publié au bulletin officiel des annonces des marchés publics le 30 décembre 2008, l'Etablissement public du Grand Palais des Champs-Elysées, aux droits duquel vient l'Etablissement public de la Réunion des musées nationaux et du Grand Palais des Champs-Elysées, a lancé un appel d'offres relatif à la passation d'un marché public, selon une procédure adaptée et conformément à l'ordonnance du 6 juin 2005, en vue de l'exécution de travaux de restauration des rotondes sud et du passage charretier sud du Grand Palais ; que, par un courrier du 20 mars 2009, la société Léo services, dont le nom d'enseigne est " Sienna Mosaïca ", s'est vu notifier le rejet de son offre relative au lot n° 4 du marché ; que le marché a été attribué à la société Mosaïques Sarl et que l'acte d'engagement a été signé le 7 avril 2009 ; que la société Léo services a formé devant le Tribunal administratif de Paris un recours par lequel elle a, notamment, contesté la validité du marché conclu entre l'établissement public et la société Mosaïques Sarl et demandé l'indemnisation des préjudices qu'elle estime avoir subis du fait de l'irrégularité de la procédure de passation ; que, par un jugement du 6 avril 2011, le Tribunal administratif de Paris a rejeté cette demande ; que la société Léo Services fait appel de ce jugement ;

2. Considérant que, indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ; que, lorsque le juge est saisi de conclusions dirigées contre un contrat par un concurrent évincé, il lui appartient, lorsqu'il constate l'existence d'un vice entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnités en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat ;

3. Considérant qu'en vertu des dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 et du décret du 30 décembre 2005, s'il appartient au pouvoir adjudicateur de fixer librement les modalités de la procédure de passation, il doit le faire dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique, selon lesquels les marchés

publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ; qu'en particulier, le pouvoir adjudicateur ne peut attribuer le marché qu'à une entreprise ayant présenté son offre avant l'expiration de la date limite de dépôt des offres fixée par l'avis d'appel public à la concurrence ; que, si la société requérante soutient que l'offre de la société Mosaiques Sarl n'aurait pas été adressée à l'Etablissement public du Grand Palais des Champs-Élysées antérieurement à l'expiration de la date limite de dépôt des offres fixée par l'avis d'appel public à la concurrence, soit le 13 février 2009, il résulte de l'instruction, et notamment de l'examen des enveloppes et du rapport d'ouverture des plis, que cette entreprise a respecté le délai qui était imparti aux soumissionnaires pour la communication de leurs offres et que son offre était complète ; que la seule circonstance que l'acte d'engagement, qui comporte notamment un prix identique à celui proposé dans cette offre, ait été signé par le maître d'ouvrage quelques jours après l'attribution du marché n'indique pas que les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures auraient été méconnus ; qu'ainsi, comme l'ont estimé à bon droit les premiers juges, le marché en litige n'est pas entaché d'irrégularité ;

4. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que, sans qu'il soit besoin d'examiner les fins de non-recevoir opposées par l'Etablissement public de la Réunion des musées nationaux et du Grand Palais des Champs Élysées, la société Léo Services n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif a rejeté sa demande ; que ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative doivent, par voie de conséquence, être rejetées ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Léo Services le versement à l'Etablissement public de la Réunion des musées nationaux et du Grand Palais des Champs Élysées de la somme de 2 000 euros au titre des mêmes dispositions ;

#### **DÉCIDE :**

**Article 1er :** La requête de la société Léo Services est rejetée.

**Article 2 :** La société Léo services versera à l'Etablissement public de la Réunion des musées nationaux et du Grand Palais des Champs Élysées la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.