

Thèmes :

- Marché passé à procédure adaptée, négociée et restreinte (art. 28 du CMP).
- Déclaration sans suite n'ayant pas à être motivée et fondée sur un motif d'intérêt général et qui n'a pas lésé les intérêts du candidat requérant classé en deuxième position.
- Candidat requérant de disposant pas d'intérêt à agir.

Résumé :

1. Conformément aux articles R. 741-7 et R. 751-2 du code de justice administrative, la **minute du jugement a été signée** par le président de la formation de jugement, le rapporteur et le greffier d'audience et **l'expédition** de ce jugement adressée aux requérants est régulièrement revêtue de la seule **signature du greffier** du tribunal administratif.

2. Le moyen tiré de la **dénaturation des faits** par le juge relève non de l'appel, mais de la **cassation**. Le moyen tiré de ce qu'au vu des informations dont les premiers juges disposaient à la date du jugement, ils auraient dû **admettre l'intérêt** de la société à agir relève de l'examen au **fond du litige** et non de la régularité du jugement.

3. Le marché de travaux passé selon une procédure adaptée, négociée et restreinte avait été attribué, le directeur de l'office public de l'habitat a décidé de **déclarer sans suite la procédure**, eu égard aux incertitudes ayant affecté la consultation des entreprises.

Cette décision, qui **n'avait pas à être motivée** et qui est fondée sur un **motif d'intérêt général**, n'a **pas lésé les intérêts** de la société requérante, dont l'offre, classée deuxième position, n'avait pas été retenue, et qui n'était pas empêchée de se porter de nouveau candidate à l'attribution du marché au cas où une nouvelle procédure serait lancée. Au demeurant, cela a été effectivement le cas.

La société requérante soutient, mais **n'établit pas**, que l'OPH aurait en réalité voulu prévenir un recours en contestation de validité du contrat de sa part qui aurait, selon elle, nécessairement amené le juge à enjoindre à l'OPH de reprendre la procédure au stade de l'examen des offres et dont il aurait résulté **que**

son offre aurait dû être retenue, sauf pour l'OPH à renoncer définitivement à passer le contrat litigieux

La Société n'a donc **pas d'intérêt à agir** et elle ne peut obtenir l'annulation de la décision de la commission d'appel d'offres et de la décision d'attribution du contrat en conséquence du rejet des conclusions à fin d'annulation de la décision du directeur général de ne pas donner suite à la procédure litigieuse.

► **Commentaire de Dominique Fausser :**

Ce marché avait été lancé le 18 mai 2010 par un OPH sous l'égide du Code des marchés publics, avant que la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 *dé simplification et d'amélioration de la qualité du droit*, ne fasse basculer leurs contrats sous le régime des pouvoirs adjudicateurs de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005.

Dans cette affaire, le candidat dont l'offre était placée en deuxième position critique la décision du directeur de l'OPH de déclarer la procédure sans suite, alors que ce candidat estimait que si le marché avait été signé avec son concurrent qui avait déjà été choisi, il aurait pu obtenir du juge que la négociation soit reprise à son profit.

L'attaque ne manque pas d'originalité, mais sera vaine, car si l'entreprise qui est victime du classement sans suite de son offre sur un « motif d'intérêt général » irrégulier, est en droit d'être indemnisée de son manque à gagner (CAA de Marseille, 25 mai 2007, n° 04MA00093, *Département de la Haute-Corse*, cf. mon commentaire sous E-RJCP n° 45 du 18 février 2008), reste à prouver d'une part, la qualité de victime et d'autre part, le caractère irrégulier de la décision de classement sans suite. En l'espèce, ni l'une, ni l'autre des ces deux conditions cumulatives n'étaient réunies.

Déjà, il ressort des circonstances de cette affaire, que le juge du référé s'était au préalable prononcé en rejetant une requête de cette même société plaignante, mais rien n'est dit sur l'existence d'une éventuelle cassation de cette ordonnance ou sur d'autres motifs d'annulation ne relevant du juge du référé, mais d'une action de fond, action dont le candidat a été privé du fait de la décision de l'OPH de ne pas donner suite au contrat litigieux.

Quoi qu'il en soit, la Cour administrative d'appel considère, comme le tribunal, que l'argument n'est que pure conjecture. Le candidat requérant ne pouvait donc prouver son état de victime.

Par ailleurs, l'une des finalités de la décision de ne pas donner suite à un marché est d'éviter au pouvoir adjudicateur de commettre des irrégularités irréparables. La relance complète du marché permet en principe de remettre les candidats sur un pied d'égalité, même si des éléments de confidentialité des offres premières ont pu être révélés du fait même de la procédure.

Il serait donc paradoxal que le juge administratif refuse un tel libre droit de relance des marchés susceptibles d'être irréguliers.

La CAA de Bordeaux, 31 décembre 2007, n° 05BX02211, Département de la Réunion, cf. mon commentaire sous E-RJCP n° 60 du 27 juin 2008, a par ailleurs reconnu comme motif valable de décision sans suite, le choix irrégulier d'un candidat :

« Considérant que les dispositions précitées permettaient à la commission permanente du DEPARTEMENT DE LA REUNION, personne responsable du marché, de renoncer à conduire à son terme la procédure de passation du marché pour un motif d'intérêt général ; qu'ainsi qu'il vient d'être dit, l'admission de la candidature de la société JM Transports constituait une irrégularité de nature à interdire la signature du marché ; que cette irrégularité constituait un motif d'intérêt général de nature à justifier la renonciation du DEPARTEMENT à poursuivre la procédure d'attribution des lots 7 et 20 ».

Le juge pénal estime lui-même que le délit pénal d'avantage injustifié dans l'attribution d'un marché public (délict réprimé par l'article 432-14 du Code pénal, dit délit de favoritisme) n'est pas constitué si le marché litigieux est complètement relancé, alors même que la tentative de commettre un délit est punissable, à une lecture a contrario de l'arrêt de la Cour de Cassation, Chambre criminelle, 19 septembre 2007, n° 06-85003, « affaire du centre d'appel et de traitement des alertes du SDIS de l'Indre », publié au bulletin, cf. mon commentaire sous E-RJCP

n° 36 du 19 novembre 2007 :

« En l'état de ces seuls motifs, la Cour d'appel en procédant de son pouvoir souverain d'appréciation, a pu juger que le président a participé personnellement aux faits, en signant ou faisant signer, sur ses instructions, les actes d'engagement litigieux. Peu importe à cet égard qu'il ait ou non valablement délégué sa signature, et dès lors que le retrait d'un marché impose de lancer une nouvelle procédure. »

La CAA estime dans cette affaire que « cette décision [de déclarer sans suite]...n'avait pas à être motivée ». Cette affirmation péremptoire, sans fondement

juridique explicite, laisse sur la faim et peut induire le lecteur à erreur.

En fait, la Cour lit le II de l'article 80 du Code des marchés dans le prolongement du I de cet article, donc comme n'imposant pas d'obligation à communiquer la motivation des décisions sans suite aux candidats des marchés à procédure adaptée, au contraire des marchés à procédure formalisés (de seuil européen) lorsqu'il sont soumis à concurrence :

« Article 80

I. - 1° Pour les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée autre que celle prévue au II de l'article 35, le pouvoir adjudicateur, dès qu'il a fait son choix pour une candidature ou une offre, notifiée à tous les autres candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de ce rejet.

(...)

II. - Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de ne pas attribuer le marché ou de recommencer la procédure, il informe, dans les plus brefs délais, les candidats des motifs de sa décision. Sur demande écrite des candidats, la réponse est écrite.(...) »

Mais, qu'il y ait obligation ou non de notifier les motifs de retrait de la procédure aux concurrents, sur le fond la décision doit être motivée par un intérêt général.

Le juge communautaire a lui-même dégagé le principe que la décision de retirer un appel d'offres puisse faire l'objet d'une procédure de recours et être annulée, le cas échéant, au motif qu'elle a violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit. (CJCE du 18 juin 2002, C-92/00, *Hospital Ingénieur-Krankenhaustechnik Planungs*, et CJCE, 2 juin 2005, aff. C-15/04, *Koppensteiner GmbH c/ Bundesimmobiliengesellschaft mbH*).

Le juge administratif français en dégage un principe général de recours pour toutes les procédures de marchés, y compris en procédure adaptée comme dans le cas de la présente affaire.

Le motif invoqué par le directeur de l'OPH pour classer sans suite est « les incertitudes ayant affecté la consultation des entreprises », formulation plutôt vague, mais l'existence d'un contentieux engagé par l'un des concurrents, en l'espèce la société requérante déjà en référé précontractuel, suffisait à établir que l'attribution de ce marché était sujette à litige.

Le juge comme à son habitude se contente d'un contrôle restreint (contrôle minimum) sur ce type de décision et admet une large gamme de motifs, sauf à

suspecter un détournement de la procédure, comme la volonté de nuire à un candidat retenu par pure opportunité.

Le juge pénal a ainsi estimé que le classement sans suite d'une consultation pour des raisons illégitimes, telle la volonté d'éliminer le candidat retenu en imposant par la suite des critères de sélection plus stricts afin d'exclure ce candidat lors des relances de la consultation, relève du délit dit de favoritisme (Cour de cassation, chambre criminelle, 12 décembre 2007, n° 07-80177, « maire de Cazères », cf. mon commentaire sous E-RJCP n° 49 du 28 mars 2008).

Ainsi en dehors de ce type de détournement de procédure, un motif général n'a pas besoin d'être particulièrement précis et peuvent suffire comme en l'espèce la crainte suffisamment raisonnable d'un contentieux, voire un simple changement de politique du pouvoir adjudicateur rendant l'objet du marché inopportun.

Enfin, notons qu'il est curieux que le requérant ait sollicité l'annulation de la décision de décision de la commission d'appel d'offres, puisqu'en procédure adaptée, ce type de commission n'a aucun pouvoir décisionnel.

*

**

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000028656884>

Cour administrative d'appel de Paris

N° 13PA03151

Inédit au recueil Lebon

4ème chambre

Mme SANSON, président, Mme Cécile VRIGNON-VILLALBA, rapporteur, M. ROUSSET, rapporteur public HORUS AVOCATS, avocat

lecture du mardi 11 février 2014

REPUBLIQUE FRANCAISE - AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête, enregistrée le 5 août 2013, présentée pour la **SA Valladon**, dont le siège est 134 rue Maurice Arnoux à Montrouge (92120), représentée par son président directeur général, par Horus avocats ; la société Valladon demande à la Cour :

1°) à titre principal, d'annuler ou, à titre subsidiaire, de réformer le jugement n° 1108292/8 du 5 juin 2013 par lequel le Tribunal administratif de Melun a rejeté sa demande tendant à l'annulation, en premier lieu, de la décision du directeur général de l'Office public de l'habitat d'Arcueil-Gentilly (Opaly) de déclarer sans suite, pour motif d'intérêt général, la procédure de passation relative au marché de réhabilitation lourde d'un immeuble situé au 34 rue Cauchy à Arcueil qui avait fait l'objet d'un avis d'appel public à concurrence publié au bulletin officiel des annonces des marchés publics le 18 mai 2010, en deuxième lieu, de la décision de la commission d'appel d'offre de retenir l'offre de la société EBPS et, en troisième lieu, de la décision du

directeur général de l'Opaly d'attribuer le marché à cette société ;

2°) d'annuler, pour excès de pouvoir, ces décisions ;

3°) d'enjoindre à l'Opaly de reprendre la procédure au stade de l'analyse des offres, dans le délai d'un mois à compter de l'arrêt à intervenir, sous astreinte de 500 euros par jour de retard ;

4°) de mettre à la charge de la société Valladon le versement de la somme de 3 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

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 14 janvier 2014 :

- le rapport de Mme Vrignon, premier conseiller,

- les conclusions de M. Rousset, rapporteur public,

- et les observations de Me Bineteau, avocat de la société Valladon et de MeA..., substituant Me Gauch, avocat de l'Office public de l'habitat d'Arcueil-Gentilly (Opaly) ;

1. Considérant que, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 18 mai 2010 au bulletin officiel des annonces des marchés public, l'Office public de l'habitat d'Arcueil-Gentilly (Opaly) a lancé une procédure en vue de la passation d'un **marché public de travaux de réhabilitation lourde** d'un immeuble situé à Arcueil, selon une **procédure adaptée, négociée et restreinte** ; que la candidature de la société Valladon a été retenue et cette société invitée à **participer aux négociations** et à remettre une offre ; que, par courrier du 5 juillet 2011, elle a été informée du rejet de son offre et de l'attribution du marché à la société EBPS ; que la société Valladon a **saisi le juge du référé précontractuel** d'une demande tendant à l'annulation de la décision d'attribution et de la procédure de passation du marché ; que, par ordonnance du 12 août 2011, le juge du référé a **rejeté cette demande** ; que, par lettre en date du 29 septembre 2011, la société Valladon a été informée de la décision du directeur général de l'Opaly de déclarer sans suite cette procédure ; que la société Valladon fait appel du jugement du 5 juin 2013 par lequel le Tribunal administratif de Melun a rejeté sa demande tendant à l'annulation de cette décision, ensemble la décision de la commission d'appel d'offre retenant la candidature de la société EBPS et celle du directeur général de l'office d'attribuer le marché à cette société ;

Sur les conclusions à fin d'annulation :

2. Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de l'instruction que **la minute du jugement** attaqué a été, conformément aux prescriptions de **l'article R. 741-7 du code de justice administrative, signée par le président** de la formation de jugement, **le rapporteur et le greffier d'audience** ; que l'expédition de ce jugement adressée aux requérants est régulièrement revêtue de la seule signature du greffier du tribunal administratif, conformément aux dispositions de **l'article R. 751-2** de ce code ; que, dès lors, le moyen tiré de l'irrégularité du jugement attaqué, faute pour celui-ci de

comporter les signatures prévues par le code de justice administrative, manque en fait ;

3. Considérant, en deuxième lieu, que le moyen tiré de la dénaturation des faits par le juge relève non de l'appel, mais de la cassation ; que le moyen tiré de ce qu'au vu des informations dont ils disposaient à la date du jugement, les premiers juges auraient dû admettre l'intérêt de la société Valladon à agir relève de l'examen au fond du litige et non de la régularité du jugement ;

4. Considérant, en troisième lieu, qu'il résulte de l'instruction qu'alors que le marché avait été attribué à la société EBPS, le directeur de l'Opaly a décidé, eu égard aux incertitudes ayant affecté la consultation des entreprises, de déclarer sans suite la procédure lancée le 18 mai 2010 ; que cette décision, qui n'avait pas à être motivée et qui est fondée sur un motif d'intérêt général, n'a pas lésé les intérêts de la société Valladon, dont l'offre, classé deuxième, n'avait pas été retenue, et qui n'était pas empêchée de se porter de nouveau candidate à l'attribution du marché au cas où une nouvelle procédure serait lancée, ce qui a au demeurant effectivement été le cas ; que si la société Valladon soutient que l'Opaly a en réalité voulu prévenir un recours en contestation de validité du contrat de sa part qui aurait, selon elle, nécessairement amené le juge à enjoindre à l'Opaly de reprendre la procédure au stade de l'examen des offres et dont il aurait résulté que son offre aurait dû être retenue, sauf pour l'Opaly à renoncer définitivement à passer le contrat litigieux, elle ne l'établit pas ; que, par suite, c'est à bon droit que le Tribunal administratif de Melun a accueilli la fin de non recevoir opposée par l'Opaly et tirée du défaut d'intérêt à agir de la société Valladon ;

5. Considérant, en quatrième lieu, que c'est à bon droit que les premiers juges ont rejeté les conclusions tendant à l'annulation de la décision de la commission d'appel d'offre et de la décision d'attribution du contrat en conséquence du rejet des conclusions à fin d'annulation de la décision du directeur général de l'Opaly de ne pas donner suite à la procédure litigieuse ;

6. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société Valladon n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Melun a rejeté sa demande ;

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

7. 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 l'Opaly, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, le versement d'une quelconque somme à la société Valladon au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; que, dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de faire droit aux conclusions de l'Opaly présentées sur le fondement de ces mêmes dispositions ;

DÉCIDE :

Article 1er : La requête de la société Valladon est rejetée.

Article 2 : Les conclusions de l'Opaly tendant au bénéfice de de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.