

Cour administrative d'appel de Bordeaux, n° 11BX03387, 18 mars 2014, Groupe d'architecture Ellipse **** Décision commentée
E-RJCP - mise en ligne le 18 octobre 2014

Thèmes :

- Concours d'architecture et d'ingénierie lancé par un groupement de commandes coordonné par une commune.
- Recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses (Conseil d'État, assemblée, n° 291545, 16 juillet 2007, *Société TROPIC travaux signalisation*)
- Recevabilité à présenter un recours pour excès de pouvoir dirigé contre les actes détachables du contrat si, à la date d'enregistrement du recours, le contrat n'a pas été conclu.
- Demandeur devant diriger ses conclusions contre le contrat lui-même si le contrat est signé en cours d'instance.
- Procédure de passation du marché ne pouvant pas en elle-même, être entachée d'irrégularité au motif que la convention de groupement de commandes ne définirait pas avec suffisamment de précision les besoins propres à chaque membre du groupement.
- Pouvoir adjudicateur devant définir ses besoins avec suffisamment de précision (art. 5 du CMP), pour permettre aux candidats de présenter une offre adaptée aux prestations attendues, condition ici réunie dans le programme joint aux documents de la consultation.
- Présence de la communauté d'agglomération communauté au sein du groupement de commandes n'étant pas de nature à constituer une irrégularité susceptible d'entacher la régularité de la procédure de passation du marché vu l'objet de l'opération, même si elle n'a signé aucun acte d'engagement avec le lauréat à l'issue de la procédure de sélection des candidats.
- Compatibilité entre le recours à un groupement de commandes et l'attribution d'un marché de maîtrise d'oeuvre suite à un concours, le coordonnateur d'un groupement de commandes étant apte à procéder à l'ensemble des opérations de sélection d'un ou plusieurs cocontractants lors d'une procédure du concours et l'assemblée délibérante du coordonnateur, collectivité territoriale, étant compétente pour attribuer le marché (II de l'art. 8 du CMP pouvant déroger aux dispositions des articles 70 et 74 de ce code).
- Disposition critiquée de la convention de groupement prévoyant que les membres du groupement devraient " se coordonner pour la

négociation et l'attribution afin d'aboutir au choix d'un seul concepteur "si plusieurs lauréats étaient désignés, susceptible de conduire les assemblées délibérantes à méconnaître leur propre compétence n'ayant pas trouvé à s'appliquer en raison de l'attribution du marché par le conseil municipal du coordonnateur.

- Juge devant vérifier en demande de la réparation du préjudice du concurrent évincé, que l'irrégularité invoquée de la procédure est la cause directe de l'éviction du candidat.

- Irrégularité éventuelle de la composition du jury n'ayant pu causer le moindre préjudice aux sociétés requérantes, le jury ayant classé l'offre des requérants en première position.

- Offre des requérants n'étant pas été considérée comme la plus avantageuse économiquement en application du I de l'article 53 du Code des marchés publics.

- Information suffisante délivrée aux membres des assemblées délibérantes (conseillers municipaux et membres du conseil d'administration de l'OPH)

Résumé :

1. Une commune, l'office public de l'habitat communal et une communauté d'agglomération, réunis en un **groupement de commandes** coordonné par la commune d'Agen, ont lancé un avis d'appel à candidature pour un **concours d'architecture et d'ingénierie** organisé en vue de la rénovation urbaine du quartier de la commune.

Quatre candidats ont été admis à concourir. Le jury a classé en premier l'offre du groupe d'architecture requérant.

Par une délibération, le conseil municipal de la commune a finalement porté son choix sur le projet du cabinet qui était arrivé en deuxième position et a autorisé son maire à signer le marché de maîtrise d'oeuvre avec ce candidat.

Le conseil d'administration de l'office public de l'habitat, à son tour, a approuvé ce choix par délibération et autorisé son président à signer le contrat avec ce même cabinet.

La commune d'Agen, en sa qualité de coordonnateur du groupement a avisé le groupe d'Architecture du rejet de son offre et par un autre courrier l'a informé des motifs du rejet de son offre.

2. **Tout concurrent évincé** de la conclusion d'un contrat administratif dont la procédure de passation a été engagée postérieurement au 16 juillet 2007, est recevable à former un **recours de pleine juridiction** contestant la validité de ce **contrat** ou de certaines de ses **clauses**.

Cependant, **rien ne s'oppose** à ce qu'il soit recevable à présenter un **recours pour excès de pouvoir** dirigé **contre les actes détachables** du contrat **si, à la date d'enregistrement du recours, le contrat n'a pas été conclu**.

Dans cette hypothèse, ledit recours **perd son objet si le contrat est signé** en cours d'instance, le demandeur devant alors diriger ses conclusions **contre le contrat lui-même**.

3. Si, à la date d'introduction des demandes présentées par les membres du groupement d'architecture devant le tribunal administratif, aucun contrat n'avait encore été conclu, **un premier contrat de maîtrise d'oeuvre a été signé en cours d'instance** entre la commune et le cabinet choisi

A partir de la conclusion de ce contrat, et compte tenu de la possibilité ouverte aux requérants d'en contester la validité par un recours de pleine juridiction, les conclusions d'**excès de pouvoir** dirigées contre les actes détachables étaient devenues **sans objet**.

4. La circonstance, invoquée par les requérants membres du groupement de maîtrise d'oeuvre, que la **convention de groupement** de commandes signée entre la commune, la communauté d'agglomération et l'office public d'habitat ne définirait **pas avec suffisamment de précision**, en méconnaissance de **l'article 8 du code des marchés publics**, les **besoins** propres à chaque membre du groupement n'a pas pu, par elle-même, **entacher d'irrégularité la procédure de passation** du marché.

5. En revanche, le **pouvoir adjudicateur** doit, en vertu des dispositions de **l'article 5** dudit code, **définir ses besoins avec suffisamment de précision** pour permettre aux candidats de présenter une offre adaptée aux prestations attendues compte tenu des moyens nécessaires pour les réaliser, **le programme architectural et technique** qui faisait partie des **documents de la consultation** définissait **avec suffisamment de précisions les besoins propres à chacun des membres** du groupement de commandes, et en particulier, ceux de la communauté d'agglomération.

6. L'opération de **rénovation urbaine** projetée se situe sur le **territoire de la communauté**

d'agglomération et rejoint son objet qui vise le développement urbain et l'aménagement du territoire. Par suite, et alors même que cette communauté **n'a signé aucun acte d'engagement** avec le lauréat à l'issue de la procédure de sélection des candidats, **la présence** de cette dernière **au sein du groupement de commandes** n'est pas de nature à constituer une **irrégularité susceptible d'entacher** la régularité de la **procédure de passation** du marché.

7. L'**information** délivrée aux **membres des assemblées délibérantes** telle qu'elle ressort de l'exposé des motifs des délibérations du conseil municipal et du conseil d'administration de l'office public de l'habitat et du conseil de la communauté d'agglomération approuvant la **convention-cadre du groupement de commandes et le mandat** qui lui a été confié, a été **suffisante** pour leur permettre d'exercer leurs attributions et a satisfait aux exigences de l'article **L. 2121-13** du code général des collectivités territoriales reprises à l'article **L. 5211-1** du code général des collectivités territoriales;

8. Le recours à un **groupement de commandes** est prévu par **l'article 8** du code des marchés publics, lequel a pu **déroger** aux dispositions des articles 70 et 74 de ce code. En vertu du II de l'article 8, le **coordonnateur désigné** par les membres d'un groupement de commandes dans la convention constitutive de ce groupement est chargé de procéder dans le respect des règles prévues par le code des marchés publics à **l'ensemble des opérations de sélection** d'un ou plusieurs cocontractants. **L'article 8 du code des marchés publics** ne fait **aucune réserve de la procédure du concours**.

Il résulte ainsi de la combinaison des dispositions des articles 8, 70 et 74 précités du code des marchés publics que dès lors que la procédure du **concours** est mise en oeuvre **par le coordonnateur d'un groupement de commandes** et que, comme en l'espèce, ce coordonnateur est une **collectivité territoriale, l'assemblée délibérante** qui attribue le marché est celle du **coordonnateur**.

Le moyen tiré d'une **incompatibilité** entre le recours à un groupement de commandes et les dispositions des articles 70 et 74 précités ne peut, dès lors, qu'être **écarté**.

9. La **convention de groupement** prévoyait que dans le cas où plusieurs lauréats seraient désignés, les membres du groupement devraient " se **coordonner pour la négociation et l'attribution** afin d'aboutir au choix d'un seul concepteur ".

Le conseil municipal, agissant au nom de la commune, coordonnateur du groupement de

commandes, a, par sa délibération, choisi le groupement comme seul lauréat du concours.

Le moyen des requérants visant à considérer que ces stipulations **conduiraient** les assemblées délibérantes à **méconnaître leur propre compétence est à écarter**, dès lors, les stipulations litigieuses n'ont **pas trouvé à s'appliquer**.

10. Les requérants soutiennent que le jury du concours était irrégulièrement composé en ce que des élus et des agents de la communauté d'agglomération y ont pris part alors que cette collectivité publique n'a pas contracté de marché avec le cabinet retenu à l'issue de la procédure.

Ils ajoutent qu'il n'est pas établi que tous les membres du jury disposaient de la compétence requise dans le domaine de la consultation, en particulier les représentants des collectivités territoriales membres du groupement de commandes siégeant comme personnalités compétentes.

Toutefois, lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la **réparation du préjudice** qu'il estime avoir subi du fait de l'irrégularité ayant, selon lui, affecté la procédure ayant conduit à son éviction, il appartient au juge, si cette **irrégularité** est établie, de **vérifier qu'elle est la cause directe de l'éviction du candidat** et, par suite, qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute en résultant et le préjudice dont le candidat demande l'indemnisation.

En l'espèce, **le jury du concours** a classé l'offre du groupement d'architecture requérant en **première position** devant l'offre du cabinet auquel le marché a finalement été attribué. Par suite, **l'irrégularité éventuelle de la composition du jury n'a pu causer le moindre préjudice** aux sociétés requérantes. Pour le même motif, le moyen tiré de ce que la qualité, le nom et le prénom des signataires des procès-verbaux du jury du concours ne pouvaient être identifiés avec certitude doit être écarté.

12. Les conseillers municipaux ont reçu toutes les informations utiles pour apprécier la nature et l'étendue de leur décision d'attribution du marché.

13. Il résulte des dispositions du II de l'article 52 et du II de l'article 53 du code des marchés publics que les critères de sélection des candidatures et des offres retenus par le pouvoir adjudicateur dans le cadre d'une procédure de concours restreint de maîtrise d'oeuvre passée en application des articles 70 et 74 du code des marchés publics n'ont pas obligatoirement à être pondérés.

14. Le règlement de la consultation précisait que les projets seraient appréciés en fonction de **deux critères**, la qualité de la réponse au programme et la compatibilité de l'enveloppe financière affectée aux travaux.

La décision de choisir l'offre du cabinet classé en seconde position par le jury a été prise à partir de ces deux critères combinés et non, comme le soutiennent les requérants, que le pouvoir adjudicateur aurait privilégié le critère de la compatibilité des projets avec l'enveloppe financière au détriment du critère de la qualité de la réponse apportée au programme architectural et technique.

L'offre présentée par les requérants n'a pas été rejetée en raison d'une méconnaissance des spécifications techniques définies dans le règlement de la consultation, mais parce qu'elle n'a **pas** été considérée comme **la plus avantageuse économiquement** en application du I de l'article 53 du Code des marchés publics.

L'offre finalement retenue n'a pas méconnu les spécifications techniques du marché, notamment en ce qui concerne les exigences environnementales.

15. Le **concours** de maîtrise d'oeuvre lancé par la commune, la communauté d'agglomération et l'office public d'habitat **ne prévoyait pas** que les candidats après diffusion des résultats du concours puissent faire une **nouvelle proposition**.

Le pouvoir adjudicateur n'avait **pas la possibilité**, sauf à violer le principe d'égalité des candidats, de **prendre en compte la nouvelle proposition** des membres du groupement **requérant** qui, en abaissant le niveau de coefficient environnemental et en évitant de démolir le groupe scolaire, était moins onéreuse que son offre initiale.

La circonstance que les deux candidats arrivés en tête à l'issue de la procédure de sélection conduite par le jury aient été auditionnés à nouveau par ce même jury pour clarifier certains éléments de leur offre conformément à la procédure **prévus par le VI de l'article 70** du code des marchés publics ne saurait constituer un début de négociation.

16. La Cour administrative d'appel confirme le rejet des conclusions indemnitaires des requérants.

► **Commentaire de Dominique Fausser :**

1. La Cour administrative d'appel met en œuvre la solution dégagée par le Conseil d'État, dans son arrêt du 10 juillet 2013, n° 362777, *Compagnie martiniquaise de transports*, aux tables du recueil Lebon (mon

commentaire sous E-RJCP - mise en ligne le 18 octobre 2014). Le Conseil d'Etat pose le principe que l'attribution d'une indemnisation au candidat qui évoque une irrégularité de procédure comme motif de son éviction, n'est possible que si ce candidat démontre l'existence d'un lien direct de causalité entre le préjudice qu'il a subi du fait de son éviction et cette irrégularité ayant affectée la procédure :

« 1. Considérant que lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice qu'il estime avoir subi du fait de l'irrégularité ayant, selon lui, affecté la procédure ayant conduit à son éviction, il appartient au juge, si cette irrégularité est établie, de vérifier qu'elle est la cause directe de l'éviction du candidat et, par suite, qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute en résultant et le préjudice dont le candidat demande l'indemnisation ».

En l'espèce, la Cour administrative d'appel estime que l'irrégularité éventuelle de la composition du jury n'a pu causer le moindre préjudice aux sociétés requérantes du groupement ayant candidaté, puisque le jury du concours a classé l'offre du groupe d'architecture requérant en première position devant l'offre du cabinet qui sera finalement retenu par le pouvoir adjudicateur.

L'argument me paraît trop expéditif. En effet, même si le pouvoir adjudicateur s'est prononcé en ne suivant pas le choix exprimé par le jury qui avait classé l'offre des requérantes en première position, il n'en résulte pas moins que l'avis motivé jury comporte nécessairement des éléments d'appréciation sur les prestations remises par l'ensemble des candidats et donc y compris des éléments sur le candidat que le jury avait classé en second, candidat qui dans cette affaire sera retenu en final par le pouvoir adjudicateur.

Un vice de composition d'un jury (personnes incompétentes à y siéger ou un défaut de personnes compétentes), a donc potentiellement un effet certain sur le choix du pouvoir adjudicateur d'arrêter la liste du ou des lauréats du concours avec lesquels il peut négocier, sinon à quoi servirait la nécessaire motivation du choix du jury sensé éclairer le choix du pouvoir adjudicateur ?

Article 70 du Code des marchés publics : v [...] *Le jury dresse un procès-verbal de l'examen des prestations, dans lequel il consigne ses observations et tout point nécessitant des éclaircissements, et formule un avis motivé [...]*

Ces éléments d'appréciation communiqués par le jury ont donc bien participé au choix qui a été opéré par ce pouvoir adjudicateur de retenir le candidat initialement placé en seconde position. Une composition irrégulière de ce jury paraît alors avoir pu exercer une influence certaine sur le rejet de la candidature des requérantes, restant ensuite à savoir « in concreto » le lien direct

entre cette irrégularité et le choix du candidat opéré en final par le pouvoir adjudicateur.

En l'espèce caractère direct ou non du lien pourrait se déduire de la réponse à la question suivante : les membres supposés en surnombre au sein du jury ont-ils apporté des arguments favorables au candidat initialement classé second qui ont été déterminant dans le choix final de ce candidat par le pouvoir adjudicateur ?

Mais dans la pratique, les procès-verbaux de jury sont souvent rédigés de manière trop succincte pour qu'à leur seule lecture il puisse déterminer les processus individuels qui ont concouru à un avis exprimé collectivement par un jury ; la faiblesse du pouvoir d'instruction du juge administratif rend alors difficile la démonstration d'une telle matérialité des faits.

2. La Cour administrative d'appel affirme que recours à un groupement de commandes (article 8 du Code des marchés publics) est compatible avec l'attribution d'un marché de maîtrise d'oeuvre suite à un concours.

Les juges estiment ainsi que le coordonnateur d'un groupement de commandes est apte à procéder à l'ensemble des opérations de sélection d'un ou plusieurs cocontractants lors d'une procédure du concours et que l'assemblée délibérante du coordonnateur, collectivité territoriale, est compétente pour attribuer le marché.

Selon lui, le II de l'art. 8 du Code des marchés publics qui organise le choix du titulaire du marché par le coordonnateur (« Chaque membre du groupement s'engage, dans la convention, à signer avec le cocontractant retenu un marché à hauteur de ses besoins propres, tels qu'il les a préalablement déterminés ») déroge aux dispositions des articles 70 et 74 de ce code, et notamment au VIII de l'article 70 qui n'aurait donc pas à s'appliquer et qui dispose que : « Pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux à l'exception des établissements publics sociaux ou médico-sociaux, c'est l'assemblée délibérante qui attribue le marché ».

Là aussi, le raisonnement de la Cour est un peu court, et on notera hélas un grand absent des débats : la loi modifiée n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée (dite loi « MOP ») qui n'a pas été invoquée par les requérants, loi qui n'est pas visée à l'arrêt.

Or, s'agissant de désigner du groupement de maîtrise d'oeuvre par concours pour la rénovation urbaine d'un quartier d'Agen, on ne voit pas a priori ce qui justifierait que cette opération, qui ne semble pas concerner de l'infrastructure en ZAC, ou en lotissement, soit écartée de l'application de cette loi selon son article 1^{er} :

« Les dispositions de la présente loi sont applicables à la **réalisation de tous ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure** ainsi qu'aux équipements industriels destinés à leur exploitation dont les maîtres d'ouvrage sont :

- 1° L'Etat et ses établissements publics ;
- 2° Les collectivités territoriales, leurs établissements publics, les établissements publics d'aménagement de ville nouvelle créés en application de l'article L. 321-1 du code de l'urbanisme, leurs groupements ainsi que les syndicats mixtes visés à l'article L. 166-1 du code des communes ;
- 3° Les organismes privés mentionnés à l'article L. 124-4 du code de la sécurité sociale, ainsi que leurs unions ou fédérations ;
- 4° Les organismes privés d'habitations à loyer modéré, mentionnés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation, ainsi que les sociétés d'économie mixte, pour les logements à usage locatifs aidés par l'Etat et réalisés par ces organismes et sociétés.

Toutefois, les dispositions de la présente loi ne sont pas applicables :

- aux ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure destinés à une activité industrielle dont la conception est déterminée par le processus d'exploitation. Un décret en Conseil d'Etat détermine les catégories d'ouvrages mentionnés au présent alinéa ;
- aux ouvrages d'infrastructure réalisés dans le cadre d'une zone d'aménagement concerté ou d'un lotissement au sens du titre premier du livre III du code de l'urbanisme ;
- aux ouvrages de bâtiment acquis par les organismes énumérés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation et les sociétés d'économie mixte par un contrat de vente d'immeuble à construire prévu par les articles 1601-1, 1601-2 et 1601-3 du code civil.

Lorsqu'ils sont destinés à s'intégrer à des constructions relevant d'autres régimes juridiques, les ouvrages édifiés par les organismes énumérés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation peuvent être dispensés de tout ou partie de l'application de la présente loi. Cette dispense est accordée par décision du représentant de l'Etat dans le département. »

Or, si le groupement de commandes n'est pas en lui-même incompatible avec l'organisation d'un concours, ce que d'ailleurs confirme cet arrêt, cette formule d'achat ne paraît être appropriée dans le cadre de missions de maîtrise d'œuvre relevant de la « MOP » du 12 juillet 1985.

En effet, en application de l'article 2 de cette loi dispose que : « I. Le maître de l'ouvrage est la personne morale, mentionnée à l'article premier, pour laquelle l'ouvrage est construit. Responsable principal de l'ouvrage, il

remplit dans ce rôle une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre. »

On pourra déjà noter que le groupement de commandes n'est pas une personne morale. Seul chacun de ces membres peuvent l'être et aucun d'eux « ne peut se démettre » de sa mission de maîtrise d'ouvrage. Donc à la lecture de cette loi, un groupement de commandes n'a pas compétence à lui-seul pour contracter des contrats de maîtrise d'œuvres entrant dans le champ de cette loi.

La mission du maître d'œuvre dont le maître de l'ouvrage ne peut se démettre, est la suivante selon cet article 2 de cette loi :

« Il lui appartient, après s'être assuré de la faisabilité et de l'opportunité de l'opération envisagée, d'en déterminer la localisation, d'en définir le programme, d'en arrêter l'enveloppe financière prévisionnelle, d'en assurer le financement, de choisir le processus selon lequel l'ouvrage sera réalisé et de conclure, avec les maîtres d'œuvre et entrepreneurs qu'il choisit, les contrats ayant pour objet les études et l'exécution des travaux.

Lorsqu'une telle procédure n'est pas déjà prévue par d'autres dispositions législatives ou réglementaires, il appartient au maître de l'ouvrage de déterminer, eu égard à la nature de l'ouvrage et aux personnes concernées, les modalités de consultation qui lui paraissent nécessaires.

Le maître de l'ouvrage définit dans le programme les objectifs de l'opération et les besoins qu'elle doit satisfaire ainsi que les contraintes et exigences de qualité sociale, urbanistique, architecturale, fonctionnelle, technique et économique, d'insertion dans le paysage et de protection de l'environnement, relatives à la réalisation et à l'utilisation de l'ouvrage. »

Pour être compatible avec cette mission légale et obligatoire que les maîtres d'ouvrage se doivent d'assumer, il faudrait alors que la convention de groupement de commandes signées par les pouvoirs adjudicateurs, maîtres d'ouvrage, définisse dès sa conception l'ensemble des éléments de cette mission pour chaque maître d'ouvrages, où qu'elle organise un processus d'approbation par chacun de ces membres de l'ensemble des éléments du programme qui les concerne respectivement, selon le délai fixé par la loi MOP (donc en pratique, le contenu programme qui les concerne qui est joint au dossier de consultation du concours de maîtrise d'œuvre) avant que le groupement ne lance le concours.

Or dans la présente affaire, la convention de groupement de commandes paraît bien insuffisante au regard de ces obligations, insuffisance que malheureusement les requérants n'ont pas mise en lumière au regard de la loi « MOP », mais seulement au regard des seules dispositions du Code des marchés publics ce qui était insuffisant.

Depuis for longtemps j'avais rendu public l'écueil que constituait le groupement de commandes pour coordonner des missions de maîtrise d'ouvrage sur un argumentaire partagé aussi par quelques autres auteurs et praticiens bien au fait du mécanisme de la loi « MOP ».

La Direction des affaires juridiques du ministère chargé des finances et le ministère chargé de l'Équipement n'y avaient pas été insensibles à l'époque, en faisant modifier la loi MOP à son article 2 par une ordonnance du 17 juin 2004 pour créer la seule formule fiable de coordination, la maîtrise d'ouvrage désignée :

« II. - Lorsque la réalisation, la réutilisation ou la réhabilitation d'un ouvrage ou d'un ensemble d'ouvrages relèvent simultanément de la compétence de plusieurs maîtres d'ouvrage, ces derniers peuvent désigner, par convention, celui d'entre eux qui assurera la maîtrise d'ouvrage de l'opération. Cette convention précise les conditions d'organisation de la maîtrise d'ouvrage exercée et en fixe le terme. »

Certes, la réponse de Bercy à la QE n° 17255 de M. Jean-Claude Carle JO Sénat du 14/07/2005 - page 1899 n'exclut pas le groupement de commandes en indiquant dans ce cas que " la mission du coordonnateur ne doit pas être incompatible avec l'article 3 de la loi qui prévoit que tout contrat conclu par le mandataire d'un maître d'ouvrage doit être approuvé par celui-ci. Dès lors, dans ce cas, le choix du titulaire doit être effectué par la commission d'appel d'offres du groupement de commandes, et non par celle du coordonnateur."

Mais cette réponse n'est aucunement entrée dans l'ensemble de la problématique de la loi MOP (Bercy n'est pas le ministère chargé de l'Équipement, ni le ministère de la Culture). En outre, elle assimile le groupement à un "mandataire" sans en tirer les conséquences. Or, le groupement comme mandataire au sens de l'article 4 de la loi MOP est "soumis à l'obligation d'exécution personnelle du contrat de mandat" et cela exige que "Les règles de passation et d'exécution des contrats signés par le mandataire sont celles applicables au maître de l'ouvrage, sous réserve d'adaptations éventuelles prévues par décret pour tenir compte de l'intervention du mandataire", ce qui est difficile en cas de mandataire ayant des régimes juridiques distincts de passation de leur contrat, chaque membre devant alors donner son acceptation à la signature de chaque contrat de maîtrise d'œuvre et de travaux et selon ses propres modalités (dotées ou non de commission d'appel d'offres), ce qui est la négation même de l'unicité de la mission de maîtrise d'ouvrage.

Depuis la Direction des affaires juridiques du ministère chargé des finances s'est montré plus circonspect dans sa fiche-conseil aux acheteurs « GROUPEMENT DE COMMANDES OU COMAITRISE D'OUVRAGE :

ORGANE COMPETENT POUR ATTRIBUER LE MARCHE DE MAITRISE D'ŒUVRE » :

« L'article 8 du code des marchés publics pose les règles applicables en cas de groupement de commandes.

Une convention constitutive doit être établie entre les membres du groupement afin d'en définir les modalités de fonctionnement et un coordonnateur doit être désigné parmi ses membres.

La convention constitutive du groupement peut prévoir que le coordonnateur sera chargé de procéder à l'organisation de l'ensemble des opérations de sélection des cocontractants, chaque membre signant et exécutant le marché (article 8VI)

ou de sélectionner, de signer et de notifier le marché, chaque membre du groupement en assurant l'exécution, en ce qui le concerne (article 8VII 1°). Le coordonnateur peut encore passer et signer le marché, et l'exécuter pour le compte de l'ensemble des membres du groupement (article 8VII 2°).

Toutefois, les obligations de chaque maître d'ouvrage, même coordonnées, restent séparées. La loi relative à la maîtrise d'ouvrage public (MOP) interdit en effet au maître de l'ouvrage, qui est la personne morale pour qui l'ouvrage est construit, de se dessaisir de ses missions. Si l'article 3 de cette loi autorise le maître d'ouvrage à confier, dans certaines limites, certaines de ses attributions à un mandataire, les missions qui peuvent lui être dévolues sont énumérées de façon exhaustive à cet article.

Ainsi, en vertu du 2° de l'article 3 de la loi MOP, le mandataire peut signer le contrat de maîtrise d'oeuvre, mais il doit recueillir préalablement l'approbation du maître d'ouvrage sur le choix de l'attributaire. Les contrats que le coordonnateur-mandataire conclut doivent donc être approuvés par chaque membre du groupement, en sa qualité de maître d'ouvrage.

Le marché de maîtrise d'oeuvre passé par une collectivité territoriale selon la procédure de concours est attribué par son assemblée délibérante (article 70VIII du code des marchés publics). En l'espèce, l'assemblée délibérante de chaque collectivité membre du groupement de commandes devra attribuer le marché. Le coordonnateur-mandataire pourra ensuite signer le marché et le notifier.

Faute de pouvoir déléguer la maîtrise d'ouvrage au coordonnateur, le recours au groupement de commandes s'avère complexe ; il n'est pas adapté à la réalisation d'une opération unique. Les personnes publiques préféreront recourir à la co-maîtrise d'ouvrage (article 2II de la loi MOP). Un maître d'ouvrage unique est alors chargé d'exercer les compétences relevant de la maîtrise d'ouvrage. Les organes de ce maître d'ouvrage sont alors exclusivement compétents. »

Pour ma part, je continue donc à considérer que le groupement de commandes est un mode de

fonctionnement très douteux en loi « MOP » et en l'absence de jurisprudence et vu les risques financiers inhérents à la maîtrise d'ouvrage, mon conseil est de ne pas utiliser le groupement de commandes, mais uniquement le cadre spécifique de la co-maîtrise d'ouvrage désignée qui a été intégrée à l'article 2 de loi « MOP », ou que les maîtres d'ouvrage passent par une formule créant une personne morale spécifiquement dédiée à la réalisation de telles opérations, telles que :

- la société publique locale (SPL) créée par la loi n°2010-559 du 28 mai 2010, s'il n'y a que des actionnaires (maîtres d'ouvrages destinataires) collectivités locales et leurs groupements,
- la société d'économie mixte à opération unique (SEMOP) créée par la loi du 1er juillet 2014, s'il y a un actionariat de maîtres d'ouvrage d'horizon plus large.

Enfin, il ne faut pas voir dans la loi « MOP » une contrainte inutile et tatillonne, mais bien un outil de performance de la qualité de l'acte de construire en raison de la rigueur intellectuelle qu'elle impose aux maîtres d'ouvrages publics. De ma longue expérience de la pratique de l'achat et du contentieux, j'ai pu ainsi constater que lorsque des opérations de construction dérapent, de tels dysfonctionnements dans la très grande majorité des cas tirent leur origine d'un manque de respect de cette loi par les maîtres d'ouvrage.

Le juge administratif dont la vocation est de préserver le bon fonctionnement du service public, se devraient d'être le gardien attentif du respect de cette loi.

*
**

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000028750382>

Cour administrative d'appel de Bordeaux N° 11BX03387

Inédit au recueil Lebon

3ème chambre (formation à 3)

M. DE MALAFOSSE, président, M. Philippe CRISTILLE, rapporteur, M. de la TAILLE LOLAINVILLE, rapporteur public QUENNEHEN, avocat

Lecture du mardi 18 mars 2014

REPUBLIQUE FRANCAISE - AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Vu la requête, enregistrée au greffe de la Cour le 23 décembre 2011 par télécopie, régularisée par la production de l'original le 26 décembre 2011, présentée pour le **Groupe d'architecture Ellipse** dont le siège est 27 rue Etienne Dolet à Paris (75020), la société Urbatec Ingénierie dont le siège est la Croix Saint Georges à Bussy Saint-Georges (77600) et la société Morel CMB Associés dont le siège est 121 rue du Temple du Blossne à Saint-Jacques de la Lande (35136), par Me Quennehen, avocat ;

Le Groupe d'architecture Ellipse, la société Urbatec Ingenierie, et la société Morel CMB Associés demandent à la cour :

- 1°) d'annuler le jugement n°1001765-1001766 du 27 octobre 2011 du tribunal administratif de Bordeaux rejetant leur demande ;

2°) d'annuler la procédure de concours de maîtrise d'oeuvre organisée en vue de la rénovation urbaine du quartier Tapie Mondésir à Agen ;

3°) d'annuler la convention de groupement de commande ainsi que la délibération qui en autorisait la signature ;

4°) d'annuler les procès-verbaux du jury du concours ;

5°) d'annuler la décision en date du 8 février 2010 du maire d'Agen rejetant son offre ;

6°) d'ordonner à la commune d'Agen d'obtenir la résolution amiable du marché et à défaut de l'obtenir dans un délai de un mois à compter de l'arrêt à intervenir, de saisir le juge pour ce faire sous astreinte de 500 € par jour de retard ;

7°) de condamner la commune d'Agen à lui verser la somme de 25 000 € HT au titre de la perte de la chance réelle qui était la leur d'obtenir le marché ;

8°) de condamner la commune d'Agen à leur verser à titre principal la somme de 184 615,94 € HT et à titre subsidiaire la somme de 52 228,44 € HT à raison de la chance sérieuse d'obtenir le marché dont ils ont été privés ;

9°) de mettre à la charge de la commune d'Agen une somme de 3 000 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

10°) de dire que ces sommes porteront intérêts au-delà du délai réglementaire et que ces intérêts seront capitalisés ;

11°) d'ordonner la restitution de la somme de 600 euros à laquelle le tribunal administratif les a condamnés sur le fondement de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ;

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 18 février 2014 :

- le rapport de M. Philippe Cristille, premier-conseiller ;

- les conclusions de M. Guillaume de La Taille Lolainville, rapporteur public ;

- les observations de Me Cognet, avocat de la commune d'Agen, de l'Office public de l'Habitat Agen Habitat et de la communauté d'agglomération d'Agen ;

1. Considérant que la commune d'Agen, l'office public de l'habitat Agen Habitat et la communauté d'agglomération d'Agen, réunis en un **groupement de commande coordonné par la commune** d'Agen, ont lancé en mai 2009 un **avis d'appel à candidature** pour un **concours d'architecture et d'ingénierie** organisé en vue de la **rénovation urbaine** du quartier Tapie-Mondésir à Agen ; que quatre candidats, dont un groupement de maîtrise d'oeuvre ayant pour mandataire le groupe d'architecture Ellipse, ont été admis à concourir ; que le jury réuni le 6 novembre 2009 a classé en premier l'offre du **groupe d'architecture Ellipse** ; que, par une délibération du 6 février 2010, le conseil municipal d'Agen a finalement porté son choix sur le projet du cabinet Brassié Architecture - Atelier la Serre qui était arrivé en deuxième position et a autorisé son maire à signer le marché de maîtrise d'oeuvre avec ce candidat ; que, par une délibération du 16 mars 2010, le conseil d'administration de l'office public de l'habitat Agen Habitat, à son tour, a approuvé ce choix et autorisé son président à signer le contrat avec le cabinet Brassié Architecture et l'Atelier de la Serre ; que la commune d'Agen, en sa qualité de coordonnateur du groupement a, le 8 février 2010, avisé le groupe d'Architecture Ellipse du rejet de son offre et par courrier du 11 mars 2010 l'a informé des motifs du rejet de son offre ; que le groupe d'architecture Ellipse, la société Urbatec Ingénierie et la société Morel CMB ont saisi le

tribunal administratif de Bordeaux de deux requêtes, le 17 mai 2010 ; que, par la première requête enregistrée sous le n°1001765, ont été présentées, d'une part, des conclusions à fin d'annulation des délibérations autorisant la signature de la convention de groupement de commande, de cette convention, des procès-verbaux du jury du concours, de la délibération du conseil municipal d'Agen en date du 6 février 2010 désignant le lauréat du concours et des courriers du maire d'Agen l'informant du rejet de son offre et des motifs de ce rejet, d'autre part, des conclusions tendant à ce qu'il soit ordonné à la commune d'Agen la résolution amiable du marché ou à défaut de saisir le juge du contrat afin qu'il constate la nullité du marché, enfin, des conclusions indemnitaires au titre de la perte de chance d'obtenir le marché ; que, par la requête enregistrée sous le n°1001766, ont été reprises les mêmes conclusions et ont été en outre présentées des conclusions contestant la validité du contrat et demandant sa résiliation ; que, par son jugement n°1001765-1001766 du 27 octobre 2011, le tribunal administratif a rejeté ces demandes après les avoir jointes ; que le groupe d'architecture Ellipse, la société Urbatec Ingénierie et la société Morel CMB ont fait appel de ce jugement ; que, par la présente requête, ne sont reprises que les conclusions tendant, d'une part, à l'annulation des actes de la procédure de passation et à ce qu'il soit ordonné à la commune d'obtenir la résolution amiable du marché ou à défaut de saisir le juge du contrat, d'autre part, à ce que la commune soit condamnée à réparer la perte de chance d'obtenir le marché ;

Sur les conclusions aux fins d'annulation et d'injonction :

2. Considérant que tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif dont la procédure de passation a été engagée postérieurement au 16 juillet 2007, est recevable à former un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses ; que, cependant, rien ne s'oppose à ce qu'il soit recevable à présenter un recours pour excès de pouvoir dirigé contre les actes détachables du contrat si, à la date d'enregistrement du recours, le contrat n'a pas été conclu ; que, dans cette hypothèse, ledit recours perd son objet si le contrat est signé en cours d'instance, le demandeur devant alors diriger ses conclusions contre le contrat lui-même ;

3. Considérant qu'il résulte de l'instruction que si, à la date d'introduction des demandes présentées, par le groupe d'architecture Ellipse et autres devant le tribunal administratif, aucun contrat n'avait encore été conclu, un premier contrat de maîtrise d'oeuvre a été signé en cours d'instance entre la ville d'Agen et le cabinet Brassié Architecture ; qu'à partir de la conclusion de ce contrat, et compte tenu de la possibilité ouverte aux requérants d'en contester la validité par un recours de pleine juridiction, les conclusions d'excès de pouvoir dirigées contre les actes détachables étaient devenues sans objet ; que, par suite, c'est à tort que le tribunal administratif a statué sur ces conclusions ; qu'il y a lieu pour la cour d'annuler sur ce point le jugement attaqué, de statuer par voie d'évocation sur lesdites conclusions et de décider qu'il n'y a pas lieu d'y statuer ; que le non-lieu ainsi prononcé entraîne, par voie de conséquence, le non-lieu sur les conclusions à fin d'injonction dont étaient assorties les conclusions d'excès de pouvoir dirigées contre les actes détachables ;

Sur les conclusions indemnitaires :

En ce qui concerne la régularité du jugement attaqué :

4. Considérant que le jugement attaqué, qui n'avait pas à répondre à tous les arguments des requérants, a répondu, par une motivation suffisante, à l'ensemble des moyens qui ont été invoqués devant lui à l'appui des conclusions indemnitaires ; que le jugement n'est donc pas entaché des irrégularités invoquées ;

Au fond :

5. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 5 du code des marchés publics dans sa rédaction applicable en l'espèce : " I. La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable. Le ou les marchés ou accords-cadres conclus par le pouvoir adjudicateur ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins. (...) " ; que l'article 8 du même code dispose que : " I. Des groupements de commandes peuvent être constitués (...) 2° Entre des collectivités territoriales, entre des établissements publics locaux ou entre des collectivités territoriales et des établissements publics locaux (...) ; II. Une convention constitutive est signée par les membres du groupement. / Elle définit les modalités de fonctionnement du groupement. / Elle désigne un coordonnateur parmi les membres du groupement, ayant la qualité de pouvoir adjudicateur soumis au présent code ou à l'ordonnance du 6 juin 2005 susmentionnée. / Celui-ci est chargé de procéder, dans le respect des règles prévues par le présent code, à l'organisation de l'ensemble des opérations de sélection d'un ou de plusieurs cocontractants / Chaque membre du groupement s'engage, dans la convention, à signer avec le cocontractant retenu un marché à hauteur de ses besoins propres, tels qu'il les a préalablement déterminés (...) " ;

6. Considérant que la circonstance, invoquée par les requérants, que la convention de groupement de commande signée le 20 mars 2009 entre la commune d'Agen, la communauté d'agglomération d'Agen et l'office public d'habitat Agen Habitat ne définirait pas avec suffisamment de précision, en méconnaissance de l'article 8 précité du code des marchés publics, les besoins propres à chaque membre du groupement n'a pu, par elle-même, entacher d'irrégularité la procédure de passation du marché ; que si, en revanche, le pouvoir adjudicateur doit, en vertu des dispositions précitées de l'article 5 dudit code, définir ses besoins avec suffisamment de précision pour permettre aux candidats de présenter une offre adaptée aux prestations attendues compte tenu des moyens nécessaires pour les réaliser, le programme architectural et technique qui faisait partie des documents de la consultation définissait avec suffisamment de précision les besoins propres à chacun des membres du groupement de commande, et en particulier, en page 30 de ce programme, ceux de la communauté d'agglomération d'Agen ; que les moyens tirés de la méconnaissance des articles 5 et 8 du code des marchés publics doivent, dès lors, être écartés ;

7. Considérant, en deuxième lieu, que l'opération de rénovation urbaine projetée se situe sur le territoire de la communauté d'agglomération d'Agen et rejoint son objet qui vise le développement urbain et l'aménagement du territoire ; que, par suite, et alors même que cette communauté n'a signé aucun acte d'engagement avec le lauréat à l'issue de la procédure de sélection des candidats, la présence de cette dernière au sein du groupement de commande n'est pas de nature à constituer une irrégularité susceptible d'entacher la régularité de la procédure de passation du marché ;

8. Considérant, en troisième lieu, qu'aux termes de l'article L. 5211-1 du code général des collectivités territoriales : " Les dispositions du chapitre Ier du titre II du livre Ier de la deuxième partie relatives au fonctionnement du conseil municipal sont applicables au fonctionnement de l'organe délibérant des établissements publics de coopération intercommunale, en tant qu'elles ne sont pas contraires aux dispositions du présent titre (...) " ; qu'aux termes de l'article L. 2121-13 du même code : " Tout membre du conseil municipal a le droit, dans le cadre de sa fonction, d'être informé des affaires de la commune qui font l'objet d'une délibération " ; que l'information délivrée aux membres des assemblées délibérantes telle qu'elle ressort de

l'exposé des motifs des délibérations du conseil municipal d'Agen en date du 7 février 2009, du conseil d'administration de l'office public de l'habitat Agen Habitat du 24 février 2009 et du conseil de la communauté d'agglomération agenaise du 5 mars 2009 approuvant la convention-cadre du groupement de commande et le mandat qui lui a été confié, a été suffisante pour leur permettre d'exercer leurs attributions et a satisfait aux exigences de l'article L. 2121-13 du code général des collectivités territoriales ;

9. Considérant, en quatrième lieu, qu'aux termes de l'article 70 du code des marchés publics : " (...) VIII - Le ou les lauréats sont invités à négocier et le marché qui fait suite au concours est attribué. Pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux à l'exception des établissements publics de santé et des établissements publics sociaux ou médico-sociaux, c'est l'assemblée délibérante qui attribue le marché. (...) " ; que le V de l'article 74 dudit code dispose que : " Pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux à l'exception des établissements publics de santé et des établissements publics sociaux ou médico-sociaux, c'est l'assemblée délibérante qui attribue le ou les marchés de maîtrise d'oeuvre " ; que les sociétés requérantes font valoir que le recours à un groupement de commande, en privant les assemblées délibérantes des collectivités membres de leur pouvoir d'attribution du marché, est incompatible avec ces dispositions ; que, toutefois, d'une part, le recours à un groupement de commande est prévu par l'article 8 du code des marchés publics, lequel a pu déroger aux dispositions des articles 70 et 74, d'autre part, en vertu du II dudit article 8, le coordonnateur désigné par les membres d'un groupement de commandes dans la convention constitutive de ce groupement est chargé de procéder dans le respect des règles prévues par le code des marchés publics à l'ensemble des opérations de sélection d'un ou plusieurs cocontractants ; que l'article 8 dudit code ne fait aucune réserve de la procédure du concours ; qu'il résulte ainsi de la combinaison des dispositions des articles 8, 70 et 74 précités du code des marchés publics que dès lors que la procédure du concours est mise en oeuvre par le coordonnateur d'un groupement de commande et que, comme en l'espèce, ce coordonnateur est une collectivité territoriale, l'assemblée délibérante qui attribue le marché est celle du coordonnateur ; que le moyen tiré d'une incompatibilité entre le recours à un groupement de commande et les dispositions des articles 70 et 74 précités ne peut, dès lors, qu'être écarté ;

10. Considérant, en cinquième lieu, que les sociétés appelantes font valoir que l'article 5.2 de la convention de groupement du 20 mars 2009 prévoyait que dans le cas où plusieurs lauréats seraient désignés, les membres du groupement devraient " se coordonner pour la négociation et l'attribution afin d'aboutir au choix d'un seul concepteur " et que ces stipulations conduisaient les assemblées délibérantes à reconnaître leur propre compétence ; que, toutefois, le conseil municipal d'Agen, agissant au nom de la commune, coordonnateur du groupement de commandes, a, par sa délibération du 6 février 2010, choisi le groupement cabinet Brassié Architectes - Atelier de la Serre comme seul lauréat du concours ; que, dès lors, les stipulations litigieuses n'ont pas trouvé à s'appliquer ; qu'il en résulte que le moyen sus-analysé doit être écarté ;

11. Considérant, en sixième lieu, qu'aux termes de l'article 24 du code des marchés publics : " I. Le jury de concours est composé exclusivement de personnes indépendantes des participants au concours. (...) - c) Pour les groupements de commandes mentionnés à l'article 8, les membres du jury sont les membres de la commission d'appel d'offres prévue au III de l'article 8 (...) / d) Le président du jury peut en outre désigner comme membres du jury des personnalités (...) sans que le nombre de ces personnalités puisse excéder cinq. (...) / Tous les membres du jury ont voix délibérative. (...) / III. - Le président du jury peut, en outre, faire appel au concours d'agents du pouvoir adjudicateur compétents dans la matière qui fait l'objet de la consultation ou

en matière de marchés publics. Ces agents ont voix consultative. " ;

12. Considérant que les requérants soutiennent que le jury du concours était irrégulièrement composé en ce que des élus et des agents de la communauté d'agglomération d'Agen y ont pris part alors que cette collectivité publique n'a pas contracté de marché avec le cabinet Brassié à l'issue de la procédure ; qu'ils ajoutent qu'il n'est pas établi que tous les membres du jury disposaient de la compétence requise dans le domaine de la consultation, en particulier les représentants des collectivités territoriales membres du groupement de commande siégeant comme personnalités compétentes ;

13. Considérant, toutefois, que lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice qu'il estime avoir subi du fait de l'irrégularité ayant, selon lui, affecté la procédure ayant conduit à son éviction, il appartient au juge, si cette irrégularité est établie, de vérifier qu'elle est la cause directe de l'éviction du candidat et, par suite, qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute en résultant et le préjudice dont le candidat demande l'indemnisation ; qu'en l'espèce, le jury du concours a classé l'offre du groupe d'architecture Ellipse en première position devant l'offre du cabinet Brassié Architectes - Atelier de la Serre auquel le marché a finalement été attribué ; que, par suite, l'irrégularité éventuelle de la composition du jury n'a pu causer le moindre préjudice aux sociétés requérantes ; que, pour le même motif, le moyen tiré de ce que la qualité, le nom et le prénom des signataires des procès-verbaux du jury du concours ne pouvaient être identifiés avec certitude doit être écarté ;

14. Considérant, en septième lieu, que les sociétés requérantes soutiennent que le choix final de l'attributaire du marché n'a pas été laissé aux assemblées délibérantes des membres du groupement ; que, toutefois, ainsi qu'il a été dit, la commune d'Agen était le coordonnateur du groupement de commandes et, par sa délibération du 6 février 2010 déjà mentionnée, le conseil municipal d'Agen en autorisant son maire à signer le marché de maîtrise d'oeuvre avec le Cabinet Brassié Architectes a attribué ce marché à cette société ; que l'assemblée délibérante compétente a ainsi attribué ledit marché conformément aux dispositions des articles 70 et 74 du code des marchés publics ;

15. Considérant, en huitième lieu, qu'il résulte de l'instruction, notamment du rapport communiqué aux conseillers municipaux en vue de la séance qui s'est tenue le 6 février 2010, que ces derniers avaient reçu toutes les informations utiles pour apprécier la nature et l'étendue de leur décision ; qu'en particulier, ils ont été précisément informés sur les différentes étapes de la procédure, sur le contenu des offres du cabinet Ellipse et du cabinet Brassié et sur les données financières de chacun de ces projets ; que, par suite, le moyen tiré de ce que les conseillers municipaux d'Agen n'ont pas reçu une information suffisante avant de faire le choix de l'attributaire du marché ne peut être accueilli ;

16. Considérant, en neuvième lieu, qu'aux termes du II de l'article 52 du code des marchés publics : " Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, il procède à la sélection de ces candidats en appliquant aux candidatures retenues conformément au I des critères de sélection non discriminatoires et liés à l'objet du marché relatifs à leurs capacités professionnelles, techniques et financières. Ces critères sont mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence..." ; que selon le II de l'article 53 du même code dans sa rédaction applicable à la date de signature du marché en litige : " Pour les marchés passés selon une procédure formalisée autre que le concours et lorsque plusieurs critères sont prévus, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération (...) " ; qu'il résulte de ces dispositions que les critères de sélection des candidatures et des offres retenus par le pouvoir adjudicateur

dans le cadre d'une procédure de concours restreint de maîtrise d'oeuvre passée en application des articles 70 et 74 du code des marchés publics n'ont pas obligatoirement à être pondérés ; que, par suite, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que la commune d'Agen a manqué à ses obligations de mise en concurrence en s'abstenant de pondérer ces critères ;

17. Considérant, en dixième lieu, qu'aux termes de l'article 6 du code des marchés publics : " I. - Les prestations qui font l'objet d'un marché ou d'un accord-cadre sont définies, dans les documents de la consultation, par des spécifications techniques formulées : 1° Soit par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats, notamment des agréments techniques ou d'autres référentiels techniques élaborés par les organismes de normalisation ; 2° Soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles. Celles-ci sont suffisamment précises pour permettre aux candidats de connaître exactement l'objet du marché et au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché. Elles peuvent inclure des caractéristiques environnementales(...) ; que le I de l'article 53 du même code dans sa rédaction applicable dispose que : " Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : 1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ; (...)" ;

18. Considérant que le règlement de la consultation précisait que les projets seraient appréciés en fonction de deux critères, la qualité de la réponse au programme et la compatibilité de l'enveloppe financière affectée aux travaux ; qu'il résulte de l'instruction, notamment des énonciations du rapport de présentation au conseil municipal d'Agen du 6 février 2010 et du courrier du 11 mars 2010 de la commune d'Agen informant les requérants des motifs du rejet de leur offre, que la décision de choisir l'offre du cabinet Brassié architecture a été prise à partir de ces deux critères combinés et non, comme le soutiennent les requérants, que le pouvoir adjudicateur aurait privilégié le critère de la compatibilité des projets avec l'enveloppe financière au détriment du critère de la qualité de la réponse apportée au programme architectural et technique ; qu'il ressort des termes de ce courrier du 11 mars 2010 que l'offre présentée par les requérants n'a pas été rejetée en raison d'une méconnaissance des spécifications techniques définies dans le règlement de la consultation, notamment en ce qui concerne le traitement des parkings, les démolitions envisagées et les exigences environnementales, mais parce qu'elle n'a pas été considérée comme la plus avantageuse économiquement ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que l'offre finalement retenue aurait méconnu les spécifications techniques du marché, notamment en ce qui concerne les exigences environnementales ;

19. Considérant, enfin, que le concours de maîtrise d'oeuvre lancé par la commune d'Agen, la communauté d'agglomération d'Agen et l'office public d'habitat Agen Habitat ne prévoyait pas que les candidats après diffusion des résultats du concours, puissent faire une nouvelle proposition ; qu'il suit de là que le pouvoir adjudicateur n'avait pas la possibilité, sauf à violer le principe d'égalité des candidats, de prendre en compte la nouvelle proposition du groupe d'architecture Ellipse, de la société Urbatec Ingénierie et de la société Morel CMB Associés qui, en abaissant le niveau de coefficient environnemental et en évitant de démolir le groupe scolaire, était moins onéreuse que son offre initiale ; que la circonstance que les deux candidats arrivés en tête à l'issue

de la procédure de sélection conduite par le jury ait été auditionnés à nouveau par ce même jury pour clarifier certains éléments de leur offre conformément à la procédure prévue par le VI de l'article 70 du code des marchés publics ne saurait constituer un début de négociation ;

20. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le Groupe d'architecture Ellipse, la société Urbatec Ingénierie et la société Morel CMB Associés ne sont pas fondés à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Bordeaux a rejeté leurs conclusions indemnitaires ;

Sur les frais exposés et non compris dans les dépens :

21. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la commune d'Agen, qui n'est pas dans la présente instance la partie perdante, quelque somme que ce soit au titre des frais exposés par le groupe d'architecture Ellipse, la société Urbatec Ingénierie et la société Morel CMB Associés, et non compris dans les dépens ;

DECIDE :

Article 1er : Le jugement du tribunal administratif de Bordeaux n°1001765-1001766 en date du 27 octobre 2011 est annulé en tant qu'il statue sur les conclusions du groupe d'architecture Ellipse, de la société Urbatec Ingénierie et de la société Morel CMB Associés tendant à l'annulation des actes détachables du contrat et des conclusions à fin d'injonction dont lesdites conclusions étaient assorties.

Article 2 : Il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions visées à l'article 1er ci-dessus.

Article 3 : Le surplus des conclusions du groupe d'architecture Ellipse, de la société Urbatec Ingénierie et de la société Morel CMB Associés est rejeté.