

Revue hebdomadaire
sauf périodes de congés

40 n° annuels
Distribution par courriel

Diffusion par Localjuris
Formation
5, rue Henry Chambellan
21000 DIJON
SARL au capital social de
7 500 euros –
n° SIRET
447 717 943 00016 R.C.S.
Dijon
Fax : 03.80.56.87.76,
Téléphone 06.30.43.87.69
Site internet :
<http://www.localjuris.com.fr>

Gérant et directeur de
publication
Dominique Fausser

Abonnement annuel
- individuel : 120 €TTC
- pour les personnes morales
avec libre droit de
reproduction interne à leurs
personnels et dirigeants :
250 €TTC par tranche
commencée de 250 salariés
en effectif total de
l'établissement ou de
l'organisme public
ordonnateur.
- vente au n° 15 €TTC

Sommaire

Décisions	Thème traité	Pages
Tribunal administratif de Bordeaux, 5 décembre 2006, n° 0601563 et 0602050, <i>Assemblée permanente des chambres de métiers et chambres régional et préfet de la Gironde contre Commune de Bègles</i>	Critère de choix des offres et critères sociaux des marchés publics. <i>Commentaires élargis aux contrats de l'ord. n° 2005-649 du 6 juin 2005</i>	2 à 4
Conseil d'État, 29 décembre 2006, n° 273783, <i>SOCIETE BERTELE SNC</i> , Mentionné aux Tables du Recueil Lebon	Critère de sélection des candidatures et de choix des offres des marchés publics. Indemnisation du candidat irrégulièrement évincé. <i>Commentaires élargis aux contrats de l'ord. n° 2005-649 du 6 juin 2005</i>	5 à 8
Conseil d'État, n° 286107, 9 août 2006, Compagnie Générale des Eaux contre Société AGUR et	Négociation, remise d'offre finale, et confidentialité dans les marchés publics et les délégations de service public (deux arrêts). <i>Commentaires élargis aux contrats de l'ord. n° 2005-649 du 6 juin 2005</i>	9 à 16
Cour Administrative d'Appel de Bordeaux, 14 février 2006, n° 04BX02064, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable du Confolentais	Délais de signature et référé précontractuel (arrêt CAA et <i>commentaires élargis aux DSP</i>)	
Auteur Dominique Fausser		
Bon de commande de l'abonnement		17

Ce premier n° est gratuit

► **Références**

Tribunal administratif de Bordeaux, 5 décembre 2006, n° 0601563 et 0602050, Assemblée permanente des chambres de métiers et chambres régional et préfet de la Gironde contre Commune de Bègles

► **Thème**

Critère de choix des offres – critères sociaux

► **Résumé**

Une délibération du conseil municipal d'une commune qui demande expressément aux services de la ville et à la société anonyme d'économie mixte de construction immobilière, dont le maire assure la présidence, de faire figurer dans les documents des marchés publics une clause dite de « mieux disant social » destinée à permettre à la commission d'appel d'offres d'évincer les entreprises soumissionnaires qui auraient recours aux « contrats nouvelle embauche » ou aux « contrats première embauche » :

- eu égard à son contenu et nonobstant son intitulé de « motion marchés publics possède une portée décisive. En tout état de cause, le préfet, représentant de l'Etat dans le département, est recevable à déférer à la censure du juge administratif toute délibération, quel qu'en soit l'objet, émanant de l'organe délibérant d'une collectivité placée sous son contrôle ;

Elle est annulée car :

- elle méconnaît le principe d'égalité de traitement des candidats aux marchés publics rappelé par l'article 1er précité du code des marchés publics de 2004 en excluant de la commande publique certaines entreprises qui emploieraient du personnel dans le cadre des contrats en cause, lesquels ont été d'ailleurs institués par la loi,
- elle enfreint également les dispositions susmentionnées de l'article 53 du code des marchés publics de 2004, lesquelles limitent la prise en compte d'autres critères à l'objet du marché.

► **Décision**

M. Monge, Rapporteur
M. Naves, Commissaire du gouvernement

Audience du 7 novembre 2006
Lecture du 5 décembre 2006

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS
Le Tribunal administratif de Bordeaux
1ère Chambre

Vu, I, sous le n° 061563, la requête enregistrée le 27 avril 2006, présentée pour l'ASSEMBLEE PERMANENTE DES CHAMBRES DE METIERS, dont le siège est 12 avenue Marceau à Paris (75008), représentée par son président en exercice, la CHAMBRE REGIONALE DE METIERS ET DE L'ARTISANAT D'AQUITAINE, dont le siège est 35 boulevard du président Wilson à Bordeaux (33200) et la CHAMBRE DE METIERS ET DE L'ARTISANAT DE GIRONDE, dont le siège est 46 avenue du Général de Larminat à Bordeaux (33074), par Me Haas ; l'ASSEMBLEE PERMANENTE DES CHAMBRES DE METIERS et autres demandent que le tribunal administratif annule pour excès de pouvoir la délibération en date du 6 avril 2006 par laquelle le conseil municipal de la commune de Bègles a demandé aux services de la ville et à la société anonyme d'économie mixte de construction immobilière de Bègles (SAEMCIB) de faire figurer dans les documents des marchés publics une clause dite de « mieux disant social » destinée à permettre à la commission d'appel d'offres d'évincer les entreprises soumissionnaires qui auraient recours aux « contrats nouvelle embauche » ou aux « contrats première embauche », et condamne la commune de Bègles à leur verser la somme de 1.500 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire en défense enregistré le 30 mai 2006, présenté pour la commune de Bègles, représentée par son maire en exercice, par Me Dirou, qui conclut au rejet de la requête et à la condamnation de chacune des requérantes à lui verser la somme de 2.000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Vu l'ordonnance en date du 31 mai 2006 fixant la clôture d'instruction au 4 juillet 2006, en application des articles R. 613-1 et R. 613-3 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire enregistré le 30 juin 2006, présenté pour l'ASSEMBLEE PERMANENTE DES

Le Maire de Bègles a soumis au Conseil municipal qui l'a adoptée, une délibération lui demandant de faire échec à une disposition nationale donnant la possibilité d'écarter les entreprises ayant recours à des « contrats nouvelle embauche » ou « des contrats première embauche », au titre de la clause « du mieux-disant social ».

En premier lieu, on pourra remarquer que la rédaction de la délibération ne brille guère au titre de sa qualité rédactionnelle, car le concept de " clause de « mieux disant social » " est fort ambigu. Le terme de clause paraît s'attacher à une disposition contractuelle, donc à l'article 14 du Code des marchés publics de 2004 : « La définition des conditions d'exécution d'un marché dans les cahiers des charges peut viser à promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, à lutter contre le chômage ou à protéger l'environnement. Ces conditions d'exécution ne doivent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels. ».

Les termes de « mieux disant social » paraissent se rattacher à une disposition réglementaire de la procédure qui organise le choix de l'offre par la personne publique au titre de l'article 53-II du Code des marchés publics de 2004 : « Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, la personne publique se fonde sur divers critères variables selon l'objet du marché, notamment le coût d'utilisation, la valeur technique de l'offre, son caractère innovant, ses performances en matière de protection de l'environnement, ses performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le délai d'exécution, les qualités esthétiques et fonctionnelles, le service après-vente et l'assistance technique, la date et le délai de livraison, le prix des prestations. D'autres critères peuvent être pris en compte, s'ils sont justifiés par l'objet du marché. Si, compte tenu de l'objet du marché, la personne publique ne retient qu'un seul critère, ce critère doit être le prix [...] »

Sans surprise, le tribunal reprend dans la procédure d'annulation, l'argumentaire développé par

CHAMBRES DE METIERS, la CHAMBRE REGIONALE DE METIERS ET DE L'ARTISANAT D'AQUITAINE et la CHAMBRE DE METIERS ET DE L'ARTISANAT DE GIRONDE, qui concluent aux mêmes fins par les mêmes moyens et demandent que la commune de Bègles soit condamnée à leur verser chacune la somme de 3.000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Vu, II, sous le n° 062050, le déféré du **PREFET DE LA GIRONDE** enregistré le 2 juin 2006 ; le PREFET DE LA GIRONDE demande que le tribunal administratif annule la délibération en date du 6 avril 2006 par laquelle le conseil municipal de la commune de Bègles a demandé aux services de la ville et à la société anonyme d'économie mixte de construction immobilière de Bègles (SAEMCIB) de faire figurer dans les documents des marchés publics une clause dite de « mieux disant social » destinée à permettre à la commission d'appel d'offres d'évincer les entreprises soumissionnaires qui auraient recours aux « contrats nouvelle embauche » ou aux « contrats première embauche » ;

Vu le mémoire en défense enregistré le 11 juillet 2006, présenté pour la **commune de Bègles**, représentée par son maire en exercice, par Me Dirou, qui conclut au rejet de la requête et à la condamnation de l'Etat à lui verser la somme de 3.000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire enregistré le 3 août 2006, présenté par le PREFET DE LA GIRONDE, qui maintient ses précédentes écritures ;

Vu la décision attaquée ;
Vu les autres pièces des dossiers ;
Vu le code des marchés publics ;
Vu le code général des collectivités territoriales ;
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 7 novembre 2006 ;

- le rapport de M. Monge ;
- les observations de M. Seyrac, pour le préfet de la Gironde et de Me Dirou, pour la commune de Bègles ;
- et les conclusions de M. Naves, commissaire du gouvernement ;

Considérant que la requête susvisée n° 061563, présentée pour l'ASSEMBLEE PERMANENTE DES CHAMBRES DE METIERS, la CHAMBRE REGIONALE DE METIERS ET DE L'ARTISANAT D'AQUITAINE et la CHAMBRE DE METIERS ET DE L'ARTISANAT DE GIRONDE, d'une part, et le déféré du PREFET DE LA GIRONDE n° 062050, d'autre part, sont dirigés contre la même délibération et ont fait l'objet d'une instruction commune ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par un seul jugement ;

Sur les fins de non-recevoir opposées par la commune de Bègles :

Considérant, d'une part, qu'il résulte de l'article 8 du règlement intérieur de l'ASSEMBLEE PERMANENTE DES CHAMBRES DE METIERS (APCM) que son président est habilité à agir en justice au nom de celle-ci, que l'article 18 du règlement intérieur de la CHAMBRE REGIONALE DE METIERS ET DE L'ARTISANAT D'AQUITAINE dispose que son président la représente en justice et que celui-ci a été autorisé à le faire dans la présente instance par décision du bureau de la chambre du 6 juin 2006, et que, par délibération de son bureau du 15 mai 2006, la CHAMBRE DE METIERS ET DE L'ARTISANAT DE GIRONDE a expressément donné mandat à son président pour la représenter, en application de l'article 19 de son règlement intérieur ; qu'ainsi, les présidents de ces trois établissements publics administratifs justifient d'un pouvoir leur donnant qualité pour agir ;

Considérant, d'autre part, qu'eu égard à son contenu et nonobstant son intitulé de « motion marchés publics », la délibération du conseil municipal de la commune de Bègles du 6 avril 2006 possède, contrairement à ce que soutient la commune, une portée décisive ; qu'en tout état de cause, le préfet, représentant de l'Etat dans le département, est recevable à déférer à la censure du juge administratif toute délibération, quel qu'en soit l'objet, émanant de l'organe délibérant d'une collectivité placée sous son contrôle ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les fins de non-recevoir opposées par la commune de Bègles doivent être écartées ;

Sur la légalité de la délibération du conseil municipal de Bègles du 6 avril 2006 :

Considérant qu'aux termes de l'article 1er du code des marchés publics, dans sa rédaction alors en vigueur : « ... Quel que soit leur montant, 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 ... » ; que l'article 53 du même code dispose que : « ... II. Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, la personne publique se fonde sur divers critères variables selon l'objet du marché, notamment le coût d'utilisation, la valeur technique de l'offre, son caractère innovant, ses performances en matière de protection de l'environnement, ses performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le délai d'exécution, les qualités esthétiques et fonctionnelles, le service après-vente et l'assistance technique, la date et le délai de livraison, le prix des prestations. D'autres critères peuvent être pris en compte, s'ils sont justifiés par l'objet du marché ... » ;

Considérant que, par la délibération attaquée, le conseil municipal de la commune de Bègles demande expressément aux services de la ville et à la SAEMCIB, dont le maire assure la présidence, de faire

l'ordonnance de référé rendu par le Président du même tribunal qui avait suspendu la délibération litigieuse (15 juin 2006, n° 0602049, préfet de la Gironde contre commune de Bègles.)

Comme au titre de l'ordonnance de référé, le juge estime que le débat se plaçait sous l'égide de l'article 53 du Code des marchés publics et donc, que l'intention de l'assemblée était de régir les critères de choix de l'offre. Or, les critères devant être liés à l'objet du marché, on conçoit mal comment un tel critère pourrait être imposé d'une manière générale quel que soit l'objet des marchés. Ce raisonnement tend également à restreindre les critères sociaux dans les seuls marchés d'insertion sociale.

Mais que le juge apprécie les conditions d'exécution du marché énoncées par l'article 14 du CMP ou les critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse de l'article 53, le résultat aurait été le même : il y a une atteinte manifeste aux principes de libre concurrence et d'égal accès des candidats à la commande publique, et une assemblée locale ne peut faire échec à la volonté du législateur.

Ce raisonnement tend à s'appliquer également aux contrats passés sous l'égide du Code des marchés publics de 2006 aux mêmes articles. En effet, si les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté sont désormais listées parmi la liste non exhaustive des critères de choix, cette liste doit être « liée à l'objet du marché.

Pour les ressortissants de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 (art. 6 et 14 de l'ord. – art. 29 du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 et 24 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005), on remarquera qu'il n'y a pas d'exigence que cette liste de critères soit liée à l'objet du marché. Seuls les critères additionnels doivent l'être. Une application plus souple pourrait être faite par le juge civil, sous réserve de non-discrimination (pas d'effets trop dissuasifs de la concurrence).

L'avocat de la commune a essayé de faire qualifier la délibération de simple vœu. En effet, le Conseil d'Etat estime qu'un vœu émis par une assemblée

figurer dans les documents des marchés publics une clause dite de « mieux disant social » destinée à permettre à la commission d'appel d'offres d'évincer les entreprises soumissionnaires qui auraient recours aux « contrats nouvelle embauche » ou aux « contrats première embauche » ; qu'en décidant ainsi d'exclure de la commande publique certaines entreprises qui emploieraient du personnel dans le cadre des contrats en cause, lesquels ont été d'ailleurs institués par la loi, le conseil municipal méconnaît le principe d'égalité de traitement des candidats aux marchés publics rappelé par l'article 1er précité du code des marchés publics, d'une part ; qu'en décidant la mise en oeuvre de cette clause pour l'ensemble des marchés publics de la commune et de la SAEMCIB, le conseil municipal enfreint également les dispositions susmentionnées de l'article 53 du code des marchés publics, lesquelles limitent la prise en compte d'autres critères à l'objet du marché, d'autre part ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête et du déféré, que l'ASSEMBLEE PERMANENTE DES CHAMBRES DE METIERS et autres et le PREFET DE LA GIRONDE sont fondés à demander l'annulation de la délibération du conseil municipal de la commune de Bègles du 6 avril 2006 ;

Sur les frais de procès non compris dans les dépens :

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions de l'ASSEMBLEE PERMANENTE DES CHAMBRES DE METIERS et autres présentées sur le fondement de l'article L.761-1 du code de justice administrative et de condamner la commune de Bègles à leur verser la somme de 1.000 euros ; qu'en revanche, les mêmes dispositions font obstacle à ce que l'ASSEMBLEE PERMANENTE DES CHAMBRES DE METIERS et autres et l'Etat, qui ne sont pas les parties perdantes dans la présente instance, soient condamnés à verser à la commune la somme qu'elle demande sur le même fondement ;

DECIDE :

Article 1er : La délibération du conseil municipal de la commune de Bègles du 6 avril 2006 est annulée.

Article 2 : La commune de Bègles est condamnée à verser à l'ASSEMBLEE PERMANENTE DES CHAMBRES DE METIERS, à la CHAMBRE REGIONALE DE METIERS ET DE L'ARTISANAT D'AQUITAINE et à la CHAMBRE DE METIERS ET DE L'ARTISANAT DE GIRONDE la somme de 1.000 euros sur le fondement de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête de l'ASSEMBLEE PERMANENTE DES CHAMBRES DE METIERS et autres est rejeté.

Article 4 : Le présent jugement sera notifié à l'ASSEMBLEE PERMANENTE DES CHAMBRES DE METIERS, à la CHAMBRE REGIONALE DE METIERS ET DE L'ARTISANAT D'AQUITAINE, à la CHAMBRE DE METIERS ET DE L'ARTISANAT DE GIRONDE, au PREFET DE LA GIRONDE et à la commune de Bègles.

locale n'est pas un acte faisant grief susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (Conseil d'État, 29 décembre 1997, n° 157623, *S.A.R.L. Enlem*). Le tribunal juge qu'en tout état de cause, le préfet, représentant de l'Etat dans le département, est recevable à déférer à la censure du juge administratif toute délibération, quel qu'en soit l'objet, émanant de l'organe délibérant d'une collectivité placée sous son contrôle. Implicitement, il admet qu'un simple vœu peut être déféré et qu'il reviendra au tribunal d'en statuer sur la portée réelle.

► **Références**

Conseil d'État, 29 décembre 2006, n° 273783, SOCIETE BERTELE SNC, Mentionné aux Tables du Recueil Lebon

► **Thème**

Critère de sélection des candidatures et de choix des offres des marchés publics.

Indemnisation du candidat irrégulièrement évincé.

► **Résumé**

Appel d'offres ouvert. Seules les offres des seules entreprises dont la qualification professionnelle a été jugée satisfaisante, doivent être examinées après ouverture de la seconde enveloppe, la sélection entre ces offres se faisant par application des critères de choix des offres éventuellement complétés par des critères additionnels énoncés par le règlement de la consultation et justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution.

Le règlement de consultation du marché qui retient comme premier critère de sélection des offres, la qualification professionnelle des entreprises est illégal. Il méconnaît les dispositions du code des marchés publics, la qualification professionnelle ne pouvant être utilisée comme un critère additionnel à ceux mentionnés par le code des marchés publics.

Lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce dernier, il appartient au juge de vérifier d'abord si l'entreprise était ou non dépourvue de toute chance de remporter ce marché.

- Dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité.

- Dans la négative, elle a droit, en principe, au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre.

Il convient ensuite de rechercher si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché et dans un tel cas, l'entreprise a droit à être indemnisée de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre qui n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique.

En raison de la fragilité des sièges proposés par le candidat évincé requérant compte tenu des conditions de leur utilisation par le public, la valeur technique de son offre était inférieure à celle de la société retenue. En conséquence, cette offre, bien que proposant le prix le plus bas, n'était pas la plus intéressante. C'est à bon droit que le tribunal administratif a rejeté sa demande d'indemnisation de son manque à gagner au motif qu'elle n'avait pas de chance sérieuse d'obtenir ce marché.

► **Décision**

Statuant au contentieux
7ème et 2ème sous-sections réunies

M. Jean-Pierre Jouguelet, Rapporteur
M. Boulouis, Commissaire du gouvernement
Mme Hagelsteen, Président

SCP DELAPORTE, BRIARD, TRICHET ; SCP PEIGNOT, GARREAU

Lecture du 29 décembre 2006

REPUBLIQUE FRANCAISE AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête, enregistrée le 2 novembre 2004 au secrétariat du contentieux du Conseil

Seule différence essentielle dans l'évolution des différents codes des marchés publics au titre de ce litige, les opérations matérielles d'ouverture des premières enveloppes ne se font plus en commission d'appel d'offres.

1. Critères de candidature ou d'offre

Le marché était irrégulier, car le règlement de consultation avait introduit la qualification professionnelle des entreprises parmi les critères de choix des offres. Or, la qualification professionnelle des entreprises fait partie des critères de sélection des candidats sur leur aptitude (art. 45 du CMP 2006), et de ce fait ne peut pas être utilisé au titre de l'examen du choix des offres.

Dans les procédures formalisées, il s'agit de deux phases distinctes à ne pas mélanger. Ce dispositif d'étanchéité entre les critères de sélection de candidats et de choix des offres, est conforme aux directives de marchés publics, anciennes comme de la nouvelle 2004/18/CE (cf. Conclusion de l'Avocat général M. M. Poiares Maduro dans la décision dze la CJCE C-226/04 et C-228/04 du 9 février 2006, *La Casina et Consorzio*, points 46 à 48 et annotations de renvoi et, de manière moins explicite, CJCE 24/10/2005, C-158/03, *Commission contre Royaume d'Espagne*, point 80).

Pour les procédures adaptées (art. 28 et 30 du CMP), l'article 28 dispose que « Quel que soit son choix, le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des opérateurs économiques plus de renseignements ou de documents que ceux prévus pour les procédures formalisées par les articles 45, 46 et 48. ». Le raisonnement du juge a donc vocation à s'appliquer à toute la commande régie par le Code des marchés publics.

Pour les pouvoirs adjudicateurs régis par le décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 (ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005),

- les marchés sous les seuils de procédures « sont passés selon des modalités librement définies par l'entité adjudicatrice » (art. 10)
- les services allégés (art. 9) ne sont soumis qu'aux articles 2 et 3 (spécifications techniques), 45 (avis d'attributions au dessus des seuils)
- tous les marchés sont soumis aux principes fondamentaux régis par l'ordonnance (art. 6) : liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

La séparation entre les critères de sélection des candidatures et des offres ont de bonnes chances d'intégrer le niveau de ces principes. Il est donc conseillé de l'appliquer

d'Etat, présentée pour la SOCIETE BERTELE SNC, dont le siège est Via A. Manzoni 23 à Lugaro D'erba (22040) ; la SOCIETE BERTELE SNC demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'arrêt du 29 juin 2004 par lequel la cour administrative d'appel de Douai a rejeté sa demande tendant à la réformation du jugement du 4 décembre 2002 du tribunal administratif de Lille en tant qu'il a condamné la ville de Lens à lui verser une indemnité de 5 530,87 euros qu'elle estime insuffisante ;

2°) statuant au fond, de condamner la ville de Lens à lui verser la somme de 292 843,89 euros hors taxes, augmentée des intérêts aux taux légal capitalisés à compter du 19 février 2001 ;

3°) de mettre à la charge de la ville de Lens la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics dans sa rédaction issue du décret n° 64-629 du 17 juillet 1964 modifié ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Jean-Pierre Jouguelet, Conseiller d'Etat,

- les observations de la SCP Delaporte, Briard, Trichet, avocat de la SOCIETE BERTELE et de la SCP Peignot, Garreau, avocat de la commune de Lens,

- les conclusions de M. Nicolas Boulouis, Commissaire du gouvernement ;

Considérant que la ville de Lens a lancé en mars 1997 un appel d'offres ouvert en vue de l'attribution du lot n° 19, mobilier de gradins, des travaux de rénovation et de réhabilitation du stade Felix Bollaert ; que l'offre de la SOCIETE BERTELE, dont le siège est en Italie, a été rejetée par une décision du 7 mai 1997 de la commission d'appel d'offres ; que, par un jugement du 11 décembre 1997 devenu définitif, le tribunal administratif de Lille a annulé cette décision au motif que la commission qui avait demandé à la société de fournir dans un délai bref des procès verbaux d'essais de résistance et de conformité aux normes provenant d'un laboratoire français, s'était fondée sur un critère de nationalité de nature à rompre l'égalité entre les candidats ; que la SOCIETE BERTELE a introduit devant le même tribunal un recours de plein contentieux tendant à la condamnation de la ville de Lens à lui verser une indemnité de 297 430 euros HT en réparation des préjudices que lui a causés son éviction illégale de ce marché ; que, par un jugement du 4 décembre 2002, le tribunal a condamné la ville au paiement d'une somme de 4 586,12 euros au titre des frais exposés par la société pour l'établissement de son offre, mais a rejeté ses conclusions tendant à être indemnisée du manque à gagner, de l'atteinte à son image ainsi que des frais de déplacement et d'interprète qu'elle avait engagés dans la précédente instance ; que l'appel de la société tendant à la réformation de ce jugement a été rejeté par un arrêt de la cour administrative d'appel de Douai du 29 juin 2004 aux motifs que la société, qui était dépourvue de chances sérieuses d'obtenir le marché, ne pouvait être indemnisée de son manque à gagner, que le préjudice lié à l'atteinte à son image n'était pas établi et que le dernier préjudice allégué était sans lien avec l'éviction de la société ; que la SOCIETE BERTELE se pourvoit en cassation contre cet arrêt ;

Considérant que lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce dernier, il appartient au juge de vérifier d'abord si l'entreprise était ou non dépourvue de toute chance de remporter ce marché ; que, dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité ; que, dans la négative, elle a droit, en principe, au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre ; qu'il convient ensuite de rechercher si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché ; que, dans un tel cas, l'entreprise a droit à être indemnisée de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre qui n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique ;

Considérant qu'aux termes de l'article 297 du code des marchés publics dans sa rédaction applicable à la date de passation du marché litigieux : I. - *La commission ouvre la première enveloppe intérieure. Elle en enregistre le contenu dans toutes les parties essentielles, y compris les pièces jointes./ Elle élimine par décision prise avant l'ouverture de l'enveloppe contenant l'offre, les candidats () dont les capacités paraissent insuffisantes. II. - La commission procède ensuite à l'ouverture de la seconde enveloppe contenant les offres des candidats admis.()/ Elle élimine les offres non conformes à l'objet du marché et choisit librement l'offre qu'elle juge la plus intéressante en tenant compte notamment du prix des prestations, de leur coût d'utilisation, de leur valeur technique et du délai d'exécution./ Le représentant légal de la collectivité peut avoir décidé que d'autres critères entrent en ligne de compte ; dans ce cas, ils doivent avoir été spécifiés dans le règlement de la consultation. Sont toutefois prohibés les critères qui ne seraient pas justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution ;* qu'aux termes de l'article 296 bis du même code *La première enveloppe intérieure contient les justifications visées au 5 de l'article 38, la seconde contient l'offre ;* que le 5 de l'article 38 mentionne les justifications à produire quant

Pour les entités adjudicatrices, la directive 2004/17/CE permet au stade de la candidature de demander des essais ou justifications (art. 52). La procédure de système de qualification a, de plus, la particularité d'étendre à la vérification des candidatures, une vérification de l'aptitude des candidats à respecter des spécifications techniques (art. 53), notamment en termes de compatibilité et de sécurité (considérant 51). C'est une quasi-analyse d'un mémoire technique que l'acheteur public serait susceptible d'exiger dès le stade de la candidature, alors que ce document relève de la phase de l'analyse de l'offre pour les pouvoirs adjudicateurs.

Cependant, on notera la grande maladresse de rédaction du Code des marchés publics. L'arrêt *NOR: ECOM0620008A* du 28 août 2006, par son titre même « *fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs* » (JO du 29) ne vise pas les entités adjudicatrices. Par contre, l'article 142 du CMP de 2006 qui liste les exclusions d'application des articles qui ne s'appliquent pas aux entités adjudicatrices, a omis d'exclure l'article 45 et par conséquent, son arrêt d'application.

Le décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux marchés passés par les entités adjudicatrices de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, n'a pas cette contrainte, car il ne renvoie pas à une liste de renseignements ou de documents fixée par arrêt et il n'est pas visé dans l'arrêt du 28 août 2006.

Dans la présente affaire, le pouvoir adjudicateur avait demandé la production d'une « **cotation Banque de France** maximum H-4-8 ». Alors que le Code des marchés publics d'avant 2001 ne listait pas limitativement les renseignements et documents de candidature, les Codes de 2001 et 2004 ne permettaient plus de solliciter ce type de document (arrêtés *NOR: ECOM0110563A* du 28 août 2001 et *NOR: ECOM0420001A* du 26 février 2004).

Le Code de 2006 le permet désormais, conformément au droit européen. L'arrêt *NOR: ECOM0620008A* du 28 août 2006 inclut une « déclaration appropriée de banques ». Pour les contrats régis par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, le dispositif s'applique également aux pouvoirs adjudicateurs (le décret d'application n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 est visé par l'arrêt) et aux entités adjudicatrices (l'art. 18 du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 ne renvoie pas à un arrêt fixant une liste limitative).

aux qualités et capacités du candidat dans les conditions fixées à l'article 50 et que l'article 50 dispose que *À l'appui des candidatures ou des offres, il ne peut être exigé que : 1° Des renseignements ou pièces relatives à la nature et aux conditions générales d'exploitation de l'entreprise, à ses moyens techniques, à ses références* ; qu'il résulte de ces dispositions que les capacités du candidat, établies notamment par ses références professionnelles, doivent être examinées par la commission d'appel d'offres au moment de l'ouverture de la première enveloppe et que les offres des seules entreprises dont la qualification professionnelle a été jugée satisfaisante, doivent être ensuite examinées après ouverture de la seconde enveloppe, la sélection entre ces offres se faisant par application des critères fixés par le II de l'article 297, éventuellement complétés par des critères additionnels énoncés par le règlement de la consultation et justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que le règlement de la consultation relatif à la passation du marché litigieux prévoyait, en son article 4, que le jugement des offres devait être effectué dans les conditions prévues à l'article 300 du code des marchés publics en appliquant les critères suivants classés par ordre d'importance : qualification professionnelle, prix, présentation d'un planning professionnel conforme aux prescriptions des délais repris à l'article 2.6, cotation Banque de France maximum H-4-8 ; qu'il résulte de ce qui précède que ce règlement est illégal en ce qu'il retient, en méconnaissance des dispositions du code des marchés publics, comme premier critère de sélection des offres, la qualification professionnelle des entreprises, cette dernière ne pouvant être utilisée contrairement à ce que soutient la commune de Lens comme un critère additionnel à ceux mentionnés par le code des marchés publics ; que, par suite, la cour a commis une erreur de droit en jugeant qu'en application de ce règlement, la commission d'appel d'offres aurait pu à bon droit se fonder sur le critère de la qualification professionnelle pour rejeter l'offre de la SOCIETE BERTELE, et que, par suite, cette dernière ne pouvait être indemnisée de son manque à gagner en l'absence d'une chance sérieuse d'obtenir le marché ; que cette société est, dès lors, fondée à demander l'annulation de l'arrêt de la cour en tant qu'il a rejeté ses conclusions relatives à ce chef de préjudice ; qu'en revanche, en l'absence de toute argumentation de sa part relative aux deux autres chefs de préjudice dont l'indemnisation a été refusée par cet arrêt, ses conclusions tendant à son annulation totale ne peuvent qu'être rejetées ;

Considérant qu'en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, il y a lieu pour le Conseil d'Etat, dans les circonstances de l'espèce, de statuer sur les conclusions de la SOCIETE BERTELE présentées devant la cour administrative d'appel de Douai en tant qu'elles portent sur l'indemnisation de son manque à gagner ;

Considérant qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, le règlement de la consultation disposait que le choix par la commission d'appel d'offres de l'offre la plus intéressante devait se faire par application des critères de sélection mentionnés à l'article 300 du code des marchés publics, complétés par les critères ajoutés par ce règlement ; que si à la date de passation du marché en cause, les critères de sélection des offres étaient fixés non par l'article 300 mais par l'article 297, ce règlement doit être regardé comme ayant eu pour objet et pour effet de rendre applicables les critères de sélection énumérés par cet article 297 au nombre desquels se trouve notamment la valeur technique de l'offre ; qu'ainsi, et contrairement à ce que soutient la SOCIETE BERTELE, la commission pouvait se fonder non seulement sur le prix proposé par les entreprises, mais également sur la valeur technique des offres ;

Considérant, d'une part, que le jugement du 11 décembre 1997 devenu définitif par lequel le tribunal administratif de Lille a annulé la décision de la commission d'appel d'offres, ne s'est pas prononcé sur la valeur technique de l'offre de la société requérante ; que, d'autre part, il résulte de l'instruction, et notamment du rapport d'examen des offres par la commission, que cette dernière a pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, considérer qu'en raison de la fragilité des sièges proposés par la SOCIETE BERTELE compte tenu des conditions de leur utilisation par le public, la valeur technique de son offre était inférieure à celle de la société retenue et qu'en conséquence cette offre, bien que proposant le prix le plus bas, n'était pas la plus intéressante ; que, par suite, la SOCIETE BERTELE n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Lille a rejeté sa demande d'indemnisation de son manque à gagner au motif qu'elle n'avait pas de chance sérieuse d'obtenir ce marché ; que, dès lors, ses conclusions tendant à la réformation de ce jugement doivent être rejetées ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de la commune de Lens qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que demande la SOCIETE BERTELE au titre des frais qu'elle a supportés et non compris dans les dépens ;

Considérant qu'il y a lieu de mettre à la charge de la SOCIETE BERTELE la somme de

On remarquera néanmoins que ce type de demande ne doit pas s'arrêter aux seules cotations Banque de France, mais ouvrir à tout document équivalent pour les entreprises étrangères, si tant qu'ils existent. Le point n'a pas été soulevé dans le cas d'espèce concernant une entreprise italienne, mais celle-ci n'a pas été refoulée au stade de la candidature.

La cotation Banque de France qui est automatique, ne concerne actuellement que les entreprises dont le chiffre d'affaires est supérieur à 0,75 million d'euros ou le montant des crédits bancaires supérieur à 0,38 million d'euros (<http://www.banque-france.fr/>).

Encore faut-il au titre que cette demande soit « objectivement rendue nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser » comme tout document à produire à l'appui de la candidature - CE, n° 290712, 17 novembre 2006, Agence nationale pour l'emploi (ANPE).

2. Indemnisation du candidat irrégulièrement évincé.

L'éviction étant irrégulière, le Conseil d'Etat rappelle dans quelles conditions les candidats peuvent être indemnisés, sans en restreindre l'application à une forme de procédure, dans des termes conformes à sa jurisprudence désormais traditionnelle (CE, 11 septembre 2006, n° 257545, commune de Saran)

Si le candidat avait une chance sérieuse d'emporter le marché, il a droit à l'indemnisation totale de son manque à gagner, sauf les frais de présentation de l'offre.

Si le candidat avait une chance de remporter le marché, mais non sérieuse, il n'a droit qu'au remboursement des frais engagés pour présenter son offre (implicitement : frais de conception et de transmission). Ces frais peuvent parfois s'avérer très onéreux dans des procédures qui exigent un fort investissement des candidats (CAA de Paris, 2 mars 2006, ministre de la Défense contre Société anonyme Alizée : 2,5 millions de Francs dans le cadre d'un appel d'offres sur performance). L'article 49 du Code des marchés de 2006 prévoit de primer les candidats lorsque la remise d'une offre (échantillons, maquettes, prototype, devis descriptif et estimatif détaillé) représente un investissement significatif des candidats.

Correctement appliquée par les acheteurs publics, cette indemnisation va restreindre les ardeurs d'annulation des procédures par les entreprises illégalement évincées. Faute de pouvoir prouver leur chance sérieuse, la prime

3 000 euros que demande la commune de Lens au titre des frais qu'elle a supportés et non compris dans les dépens ;

DECIDE :

Article 1er : L'arrêt du 29 juin 2004 de la cour administrative d'appel de Douai est annulé en tant qu'il a statué sur les conclusions de la SOCIETE BERTELE tendant à la condamnation de la commune de Lens à l'indemniser de son manque à gagner.

Article 2 : Le surplus des conclusions de la requête et les conclusions présentées par la SOCIETE BERTELE devant la cour administrative d'appel de Douai tendant à être indemnisée de son manque à gagner sont rejetés.

Article 3 : La SOCIETE BERTELE versera à la commune de Lens une somme de 3 000 euros au titre de dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à SOCIETE BERTELE SNC et à la commune de Lens.

les aura déjà indemnisés. C'est la raison pour laquelle déjà depuis de nombreuses années, les contentieux d'annulation des concours de maîtrise d'œuvre qui sont primés, ont rarement fait l'objet de contentieux en annulation.

Pour les contrats relevant de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, la jurisprudence du juge civil reste à construire

Dans le cas d'espèce, le Conseil d'État a estimé que le candidat n'avait pas de chance sérieuse de remporter le marché du fait de la fragilité des sièges proposés et des conditions de leur utilisation par le public (stade sportif). Il n'a pas réformé l'arrêt de la Cour d'appel qui ne l'avait indemnisé que de ses frais de présentation de l'offre pour 4 586,12 €.

3. Et l'offre inappropriée ?

Si l'offre n'est pas seule l'offre économiquement la plus avantageuse, mais que le matériel proposé n'est pas techniquement conforme et est rejeté comme tel, on peut supposer que le juge considérera que le candidat n'a aucune chance de remporter le marché. Le Code des marchés publics de 2006, art. 35-II-3°, emploie le terme « d'offres inappropriées ». « Est inappropriée une offre qui apporte une réponse sans rapport avec le besoin du pouvoir adjudicateur ».

N'oublions pas que la pose d'un matériel conforme à la réglementation, mais qui n'est pas approprié à leurs usagers spécifiques, engage la responsabilité du maître d'ouvrage (blessure grave au bras d'une écolière à la suite d'une rupture de la partie vitrée d'une porte à battant d'une école. (CAA de Lyon, n° 99LY02785, *Mme Danielle P*)

► Références

Conseil d'État, n° 286107, 9 août 2006, *Compagnie Générale des Eaux contre Société AGUR*

et

Cour Administrative d'Appel de Bordeaux, 14 février 2006, n° 04BX02064, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable du Confolentais*

► Thème

Négociation, remise d'offre finale, et confidentialité dans les marchés publics et les délégations de service public.

Délais de signature et référé précontractuel

► Résumé CE, n° 286107, 9 août 2006, *Compagnie Générale des Eaux contre Société AGUR*

Lorsqu'à l'issue d'une négociation d'une délégation de service public, un candidat présente des offres dont le montant était très inférieur au montant de ses offres initiales ; le juge du référé précontractuel, ne peut juger que de telles offres devaient être regardées comme des offres nouvelles et non comme des aménagements des offres initiales et traduisaient de ce fait un manquement du délégant à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, sans rechercher si la possibilité donnée par le délégant au cours de la négociation de présenter de nouvelles offres avait méconnu le principe d'égalité entre les candidats.

N'est pas révélatrice d'une rupture d'égalité entre les candidats la baisse du montant des offres du candidat retenu dont il ne ressort pas des pièces du dossier ;

- qu'il ait bénéficié d'informations privilégiées pour formuler deux nouvelles offres dont le montant était très inférieur au montant de ses offres initiales,
- qui a justifié la réduction du montant de ses offres.

Il ne ressort pas non plus des pièces du dossier que l'assemblée délibérante du délégant ait jugé les offres du candidat non retenues moins intéressantes que celles, délégataire sortant et retenu, uniquement sur des critères étrangers au contenu de ses offres.

Les dispositions du dernier alinéa de l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales ne font pas obstacle à ce que l'assemblée délibérante, saisie de la proposition de l'autorité exécutive, invite celle-ci à poursuivre les discussions qu'elle avait engagées avec les entreprises de son choix. Il ne ressort pas des pièces du dossier que la réouverture des négociations avec les quatre entreprises candidates à laquelle a procédé le président du délégant à la demande de l'assemblée délibérante ait revêtu un caractère discriminatoire.

► Résumé CAA de Bordeaux, 14 février 2006, n° 04BX02064, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable du Confolentais*

: Le syndicat intercommunal a lancé, en vertu des articles 82 et suivants du code des marchés publics de 2004, une procédure de marché négocié en vue de confier les prestations de services de la gérance du service public d'alimentation en eau potable.

Son comité a procédé à l'audition des candidats. Par la suite, le candidat requérant a réduit les recettes annuelles et l'autre candidat finalement retenu a fait connaître qu'il ne pouvait maintenir son offre de base et qu'il n'était pas en mesure de la minorer sans modification substantielle du cahier des charges,

Le comité syndical a ainsi permis à chaque candidat de modifier son offre, a mené la négociation avec les candidats dans les mêmes conditions, et n'a pas méconnu le principe d'égalité dans la conduite de la procédure.

Grâce à la Société AGUR, la jurisprudence administrative évolue sur l'analyse des possibilités de négociation dans les marchés publics et délégations de services publics.

Dans les deux affaires, la société a tenté de faire casser l'attribution du nouveau contrat de service public dans le domaine de l'eau (marché public de gérance du service public d'alimentation en eau potable et affermage du service public de l'assainissement et de la distribution d'eau potable)

Dans les deux cas, les candidats retenus, anciens titulaires des contrats, avaient formulé des offres finales qui par un heureux hasard, étaient à un niveau très inférieur aux offres initiales, coiffant au poteau le candidat qui souhaitait se faire une place au soleil.

A. Négociation, remise d'offre finale, et confidentialité dans les marchés publics et les délégations de service public.

1. Une analyse très proche des juges laissant un large pouvoir de négociation entre les parties

L'arrêt CAA de Bordeaux, 14 février 2006, n° 04BX02064, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable du Confolentais (**marché public**) qui concerne ce que l'on nommerait aujourd'hui une entité adjudicatrice (partie II du Code des marchés publics de 2006), comporte des avancées jurisprudentielles majeures.

Dans le cadre de la négociation du marché, le juge estime déjà qu'un candidat peut formuler des prestations complémentaires à sa première offre. Il estime qu'elles ne peuvent être assimilées à une non-conformité, surtout à la lecture du règlement de consultation qui admet les modifications non substantielles du contenu du marché et n'induisaient, aucun changement dans les prestations soumises à la négociation.

Il ne s'agit pas d'un procédé

En dehors du cas d'une offre devant être jugée anormalement basse, aucune disposition, ni aucun principe du droit des marchés publics ne permet d'exiger du candidat à un marché négocié présentant l'offre la plus intéressante qu'il justifie les réductions de prix qu'il a consenties en cours de négociation.

Si le candidat dont l'offre sera retenue a présenté une nouvelle offre qui lui a permis d'obtenir l'attribution du marché, l'autre candidat requérant n'établit pas et il ne ressort pas des pièces du dossier que cette nouvelle offre résulterait d'une demande nouvelle adressée à ce seul candidat.

La circonstance que le candidat dont l'offre a été retenue ait finalement accepté de réduire sa rémunération d'environ 7, 6 p cent, après avoir renoncé aux services supplémentaires qu'il avait proposés par rapport à son offre initiale ne suffit pas à établir, alors même que le montant de sa dernière offre n'était que de peu inférieur à celui de l'autre candidat, une violation du principe de confidentialité des offres.

Les services supplémentaires par rapport aux prestations prévues par le cahier des charges :

- ne pouvait conduire le comité syndical à écarter la société de la négociation, au motif du défaut de conformité de son projet, alors surtout que l'article 5. 2 du règlement de la consultation admettait la soumission de modifications du contrat, pourvu qu'elles n'aient pas pour conséquence d'en modifier substantiellement le contenu.

- n'induisaient, aucun changement dans les prestations soumises à la négociation par l'établissement public, et ne peuvent être assimilés à une « solution variante », qui aurait dû faire l'objet d'un compte prévisionnel spécifique.

Si le candidat retenu n'a pas assorti son offre finale d'un nouvel acte d'engagement, cette circonstance ne faisait pas obstacle à ce que le comité syndical délibère sur cette offre et autorise le président de cette assemblée à signer le contrat proposé avec celui-ci.

Les dispositions de l'article 76 font obligation à la personne responsable du marché d'informer les candidats du rejet de leur offre et celles du 2ème alinéa du même article prévoient que ces candidats doivent être informés des motifs de ce rejet. Ces dispositions de l'époque n'imposaient pas de délai entre l'information du rejet des offres non retenues et la signature du contrat.

La personne responsable du marché ne peut, sans porter atteinte à la garantie substantielle que constitue la faculté de saisir ce juge des référés et d'exercer, ainsi, le droit à un recours rapide et efficace reconnu aux intéressés, procéder à la signature du contrat sans respecter un délai raisonnable aux fins de permettre notamment aux candidats dont l'offre a été écartée d'engager, s'ils s'y croient fondés, l'action prévue par l'article L. 551 -1 du code de justice administrative du code de justice administrative.

En signant le contrat litigieux dès le 20 octobre 2003, alors que la société AGUR a été informée du rejet de son offre seulement par une lettre du 17 octobre, dont il n'est pas contesté qu'elle ne l'a reçue que le 20 octobre, le président du syndicat a entaché d'irrégularité sa décision de signer ledit marché.

Ces circonstances ont fait obstacle à la saisine du juge des référés précontractuels et, ainsi, a porté atteinte à la garantie substantielle que constitue la faculté de déférer à ce juge les actes préalables à la conclusion du contrat.

Eu égard à la nature de ce vice, qui est relatif à la conclusion même du contrat, l'annulation de la décision du président du syndicat de signer le marché implique nécessairement la nullité du contrat.

La seule circonstance que le constat de la nullité de ce contrat aurait des

substitutif telle une « solution variante », qui aurait dû faire l'objet d'un compte prévisionnel spécifique.

Il est vrai qu'une négociation implique également un pouvoir de proposition technique de la part de chaque candidat, faute à réduire la négociation à un simple marchandage de tapis. Une lecture restrictive propre au Code des marchés de 2004 et non reprise au Code de 2006 pouvait restreindre la variante aux seules procédures d'appel d'offres (Article 50 « *En cas d'appel d'offres, sauf disposition expresse contraire figurant dans l'avis d'appel public à la concurrence, les candidats peuvent présenter une offre comportant des variantes par rapport aux spécifications des cahiers des charges qui ne sont pas désignées comme des exigences minimales à respecter dans le règlement de la consultation. Les variantes doivent être proposées avec l'offre de base.* »)

La négociation est également un droit des entreprises. Le juge dans les procédures de négociation peut utilement s'inspirer de la solution qu'il a déjà dégagée au titre d'une procédure d'appel d'offre sur performances ex-dialogue compétitif). Il a censuré sévèrement le fait que l'administration ait écarté un candidat alors qu'une insuffisance mineure de l'offre aurait pu être aisément corrigée si elle en avait informé le candidat (CAA de Lyon du 24 juillet 2003 n° 00LY01669 - *Commune de Saint Benin d'Azy*)

Le juge n'exige pas que le candidat retenu ait remis un acte d'engagement final pour que l'assemblée délibérante autorise la signature du contrat.

Dans l'affaire Conseil d'État, n° 286107, 9 août 2006, *Compagnie Générale des Eaux contre Société AGUR*, la même société attaque sur le même type d'argumentaire, mais cette fois-ci, dans le cadre d'une **délégation de service public**.

La remise en négociation des offres n'a pas choqué la Haute juridiction. Cependant, dans cette affaire,

conséquences financières importantes, qui pèseraient en définitive sur les usagers, à la supposer établie, n'est pas de nature à démontrer une atteinte excessive à l'intérêt général, qui ne peut être déduite non plus des craintes alléguées par le syndicat sur la continuité du service et le risque de ne pouvoir obtenir à l'avenir les conditions avantageuses qui lui ont été faites par le candidat dont l'offre a été retenue.

Le requérant est fondé à demander au juge de l'exécution du jugement du Tribunal administratif d'ordonner au syndicat de saisir le juge du contrat afin de faire constater la nullité du contrat en cause. Si le syndicat n'obtient pas amiablement la résolution du marché litigieux, il est condamné à une astreinte de 300 euros par jour de retard, à défaut pour lui de justifier de la saisine du juge du contrat dans un délai de trois mois à compter de la notification du présent arrêt.

► **Décision** CE, n° 286107, 9 août 2006, *Compagnie Générale des Eaux contre Société AGUR*

Statuant au contentieux
N° 286107

Inédit au Recueil Lebon

7ème et 2ème sous-sections réunies

Mlle Sibyle Petitjean, Rapporteur

M. Casas, Commissaire du gouvernement

M. Martin, Président

SCP VIER, BARTHELEMY, MATUCHANSKY ; SCP PIWNICA, MOLINIE

Lecture du 9 août 2006

REPUBLIQUE FRANCAISE AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu, 1°) sous le n° 286107, la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 12 et 27 octobre 2005 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la **COMPAGNIE GENERALE DES EAUX**, dont le siège est 52, rue d'Anjou à Paris (75008) ; la COMPAGNIE GENERALE DES EAUX demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 0503373-3 du 26 septembre 2005 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a annulé tous les actes de procédure effectués postérieurement au 9 mai 2005 par le Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable et d'assainissement de Castelnau-de-Médoc en vue de l'affermage du service public de l'assainissement dans l'aire de sa compétence ;

2°) de mettre à la charge de la société aquitaine gestion urbaine et rurale (AGUR) la somme de 2 500 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu, 2°) sous le n° 286108, la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 12 et 27 octobre 2005 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la COMPAGNIE GENERALE DES EAUX, dont le siège est 52, rue d'Anjou à Paris (75008) ; la COMPAGNIE GENERALE DES EAUX demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 0503374-3 du 26 septembre 2005 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a annulé tous les actes de procédure effectués postérieurement au 9 mai 2005 par le syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable et d'assainissement de Castelnau-de-Médoc en vue de l'affermage du service public de la distribution d'eau potable dans l'aire de sa compétence ;

2°) de mettre à la charge de la société AGUR la somme de 2 500 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu les notes en délibéré présentées le 5 juillet 2006 pour la société AGUR et le 6 juillet 2006 pour la COMPAGNIE GENERALE DES EAUX ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Marianne Brun, chargée des fonctions de Maître des Requêtes,

- les observations de la SCP Vier, Barthélemy, Matuchansky, avocat de la COMPAGNIE GENERALE DES EAUX et de la SCP Piwnica, Molinié, avocat de la société Aquitaine gestion urbaine et rurale (AGUR),

- les conclusions de M. Didier Casas, Commissaire du gouvernement ;

Considérant que les requêtes susvisées présentent à juger des questions semblables ou connexes ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics, des marchés mentionnés au 2° de l'article 24 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005*

l'ancien titulaire n'a pas remis d'offre finale de sa propre initiative, mais le délégant avait reconulté l'ensemble des candidats, procédure plus respectueuse de l'égalité de traitement.

Il faut dire que les délégations de services publics, comme par ailleurs les marchés passés par les entités et pouvoirs relevant de l'ordonnance du 6 juin 2005, ne sont pas soumises à un acte d'engagement et donc à la formalisation d'une date limite des offres. Sauf disposition particulière introduite dans les documents de la consultation, la négociation peut se poursuivre jusqu'à son achèvement. Reste qu'en l'absence d'acte d'engagement, les candidats ne seront pas liés jusqu'à l'accord final.

Ici, c'est l'assemblée délibérante qui avait invité à la reprise des négociations à l'issue de laquelle le titulaire sortant a pu faire valoir une nouvelle offre définitive.

2. Les réductions en cours de négociation doivent-elles être justifiées ?

Dans l'affaire du 9 août 2006, le Conseil d'État juge au titre de la délégation, que le candidat retenu « a justifié la réduction du montant de ses offres. », alors que dans l'affaire du 14 février 2006, la Cour d'appel juge affirme qu'« aucune disposition, ni aucun principe du droit des marchés publics ne permet d'exiger du candidat à un marché négocié présentant l'offre la plus intéressante qu'il justifie les réductions de prix qu'il a consenties en cours de négociation. »

À première lecture, la position du Conseil d'État pourrait surprendre. Elle suppose un contrôle de la justification, alors que le choix du délégataire de service public est pourtant réputé plus libre que celui d'un titulaire de marché public du fait du choix intuitu personae du délégataire (en fonction de la personne), précepte néanmoins de plus en plus moribond du fait de l'application des principes du traité CE.

Y a-t-il une différence réelle de

relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, des contrats de partenariat, des contrats visés au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du code de la santé publique et des conventions de délégation de service public./Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement / Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Bordeaux que le syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable et d'assainissement de Castelnau-de-Médoc a lancé un appel public à la concurrence le 17 septembre 2004, en vue de l'affermage du service public de l'assainissement et de la distribution d'eau potable dans l'aire de sa compétence ; que le comité du syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable et d'assainissement de Castelnau-de-Médoc a rejeté à deux reprises, le 26 mai 2005, puis le 1er juillet 2005, la proposition du président du syndicat de retenir l'offre de la société AGUR et s'est prononcé en faveur de l'offre de la COMPAGNIE GENERALE DES EAUX ; que, saisi sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative par la société AGUR, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Bordeaux a, par deux ordonnances du 26 septembre 2005, annulé tous les actes de procédure effectués par le syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable et d'assainissement de Castelnau-de-Médoc en vue de l'affermage du service public de l'assainissement et de la distribution d'eau potable postérieurement à la transmission du rapport du président du syndicat en date du 9 mai 2005 proposant de prendre la société AGUR comme délégataire et enjoint au syndicat de reprendre la procédure à ce stade dans des conditions propres à assurer l'égalité de traitement des candidats ; que la COMPAGNIE GENERALE DES EAUX se pourvoit en cassation contre ces deux ordonnances ;

Considérant qu'à l'issue des négociations engagées par le président du syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable et d'assainissement de Castelnau-de-Médoc avec les quatre entreprises candidates sur le fondement des dispositions de l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales, la COMPAGNIE GENERALE DES EAUX a présenté des offres dont le montant était très inférieur au montant de ses offres initiales ; qu'en jugeant que de telles offres devaient être regardées comme des offres nouvelles et non comme des aménagements des offres initiales et traduisaient de ce fait un manquement par le syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable et d'assainissement de Castelnau-de-Médoc à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, sans rechercher si la possibilité donnée par le syndicat au cours de la négociation de présenter de nouvelles offres avait méconnu le principe d'égalité entre les candidats, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Bordeaux a commis une erreur de droit ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de ses requêtes, la COMPAGNIE GENERALE DES EAUX est fondée à demander, pour ce motif, l'annulation des ordonnances attaquées ;

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de régler l'affaire au titre des procédures de référé engagées par la société AGUR devant le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Bordeaux ;

Considérant qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que la COMPAGNIE GENERALE DES EAUX ait bénéficié d'informations privilégiées pour formuler deux nouvelles offres dont le montant était très inférieur au montant de ses offres initiales ; que contrairement à ce que soutient la société AGUR, la COMPAGNIE GENERALE DES EAUX a justifié la réduction du montant de ses offres ; que, par suite, le moyen tiré de ce que la baisse du montant des offres de la COMPAGNIE GENERALE DES EAUX serait révélatrice d'une rupture d'égalité entre les candidats doit être écarté ;

Considérant qu'aux termes du dernier alinéa de l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales : () l'autorité habilitée à signer la convention engage librement toute discussion utile avec une ou des entreprises ayant présenté une offre. Elle saisit l'assemblée délibérante du choix de l'entreprise auquel elle a procédé. Elle lui transmet le rapport de la commission présentant notamment la liste des entreprises admises à présenter une offre et l'analyse des propositions de celles-ci, ainsi que les motifs du choix de la candidate et l'économie générale du contrat ; que ces dispositions ne font pas obstacle à ce que l'assemblée délibérante, saisie de la proposition de l'autorité exécutive, invite celle-ci à poursuivre les discussions qu'elle avait engagées avec les entreprises de son choix ; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que la réouverture des négociations avec les quatre entreprises candidates à laquelle a procédé le président du syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable et d'assainissement de Castelnau-de-Médoc à la demande du comité syndical ait revêtu un caractère discriminatoire comme le soutient la société AGUR ;

Considérant qu'il ne ressort pas non plus des pièces du dossier que le comité du syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable et d'assainissement de Castelnau-de-Médoc ait jugé les offres de la société AGUR moins intéressantes que celles de la COMPAGNIE GENERALE DES EAUX, délégataire sortant, uniquement sur des critères étrangers au contenu de ses offres ; que par suite le moyen tiré de ce que ce comité souhaitait conclure les nouveaux contrats uniquement avec la COMPAGNIE GENERALE DES EAUX, indépendamment des résultats de la consultation engagée, doit être écarté ;

Considérant qu'il n'appartient pas au juge statuant sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative d'examiner les autres moyens que ceux relatifs à des manquements à des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la

régime juridique entre la DSP et le marché public quant à la justification des réductions de prix ? Peut-être pas, car le Conseil d'État ne nomme pas expressément qui vérifie à quel stade. Dans les deux affaires, il peut être interprété que si la justification de la réduction n'a pas à être apportée à la personne publique qui négocie le contrat, le juge peut être amené à en procéder à la vérification, notamment lorsque les circonstances peuvent laisser supposer un risque d'irrégularité de la procédure.

3. Confidentialité des négociations : des particularités ou perspectives non évoquées dans les deux affaires et le risque de dérive vers des contentieux pénaux

Dans l'affaire du 14 février 2006, le Comité a procédé à l'audition des candidats, sans qu'aucune précision n'ait filtré sur les conditions de son déroulement. Certes l'audition des candidats par le comité syndical n'est guère propice à la confidentialité des offres, bien qu'apparemment non réuni au cours d'une séance publique. L'offre formulée « spontanément » au diable vauvert par l'ancien titulaire du contrat, de quelques euros inférieurs à celle de l'autre candidat trublion, n'est pas sans susciter quelques suspicions.

Cependant, le candidat écarté n'apporte aucune preuve que le principe de confidentialité ait été atteint et l'instruction ouverte devant le juge administratif ne les établit pas.

Dans l'affaire du 9 août 2006, Le Conseil d'État valide l'invitation compétence du conseil syndical (assemblée délibérante) à relancer les négociations. Mais on peut regretter qu'aucun argumentaire n'ait été échangé sur le caractère public de la décision de l'assemblée délibérante. En effet, l'assemblée est dépositaire du « rapport de la commission présentant notamment la liste des entreprises admises à présenter une offre et l'analyse des propositions de celles-ci, ainsi que les motifs du choix de la candidate et l'économie générale du contrat » article L. 1411-5 du CGCT. Or, seule une séance à

passation des conventions de délégation de service public ; qu'ainsi la société AGUR ne peut utilement soulever le moyen tiré de l'incompétence du comité syndical pour choisir, au terme de la négociation, le futur cocontractant de ce syndicat ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les demandes de la société AGUR présentées devant le tribunal administratif de Bordeaux doivent être rejetées ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge la COMPAGNIE GENERALE DES EAUX, qui n'est pas, dans les présentes instances, la partie perdante, la somme que la société AGUR demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des mêmes dispositions et de mettre à la charge de la société AGUR, au titre des mêmes frais, une somme de 3 000 euros ;

DECIDE:

Article 1er : Les ordonnances du juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Bordeaux en date du 26 septembre 2005 sont annulées.

Article 2 : Les demandes présentées par la société AGUR devant le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Bordeaux sont rejetées.

Article 3 : La société AGUR versera à la COMPAGNIE GENERALE DES EAUX une somme de 3000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les autres conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente décision sera notifiée à la COMPAGNIE GENERALE DES EAUX, à la société AGUR et au syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable de Castelnau-de-Médoc.

► **Décision CAA de Bordeaux, 14 février 2006, n° 04BX02064, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable du Confolentais**
2ème chambre (formation à 3)

M. Jean-Michel BAYLE, Rapporteur
M. PEANO, Commissaire du gouvernement
M. LEPLAT, Président
CABINET D'AVOCATS DDG

Lecture du 14 février 2006

REPUBLIQUE FRANCAISE AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu, I, sous le n° 04BX02064, la requête enregistrée le 8 décembre 2004, présentée pour le SYNDICAT INTERCOMMUNAL D'ALIMENTATION EN EAU POTABLE DU CONFOLENTAIS, dont le siège social est situé 7 rue des Recollets à Confolens (16500), représenté par son président en exercice, par le cabinet Cabanes et associés, avocat ;

Le SYNDICAT INTERCOMMUNAL D'ALIMENTATION EN EAU POTABLE DU CONFOLENTAIS demande à la Cour :

1° d'annuler le jugement en date du 29 septembre 2004 par lequel le Tribunal administratif de Poitiers a, à la demande de la société Aquitaine gestion urbaine et rurale (AGUR), annulé la délibération du comité syndical du 16 octobre 2003 autorisant le président à signer le contrat de prestation pour la gérance du service public d'alimentation en eau potable avec la société d'aménagement urbain et rural (SAUR France), la décision du président du 17 octobre 2003 rejetant l'offre de la société AGUR et la décision du président de signer ledit contrat, en date du 20 octobre 2003 ;

2° de rejeter la demande présentée par la société AGUR au Tribunal administratif de Poitiers ;

3° de condamner la société AGUR à lui payer une somme de 2 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu, II, sous le n° 04BX02085, la requête et le mémoire complémentaire enregistrés au greffe de la Cour respectivement le 13 décembre 2004 et le 4 mars 2005, présentés pour la SOCIETE D'AMENAGEMENT URBAIN ET RURAL (SAUR France), par la SCP Avoconseil, avocat ;

La SOCIETE D'AMENAGEMENT URBAIN ET RURAL demande à la Cour :

1° d'annuler le jugement du 29 septembre 2004 par lequel le Tribunal administratif de Poitiers a, à la demande de la société Aquitaine gestion urbaine et rurale (AGUR), annulé la délibération du comité syndical du 16 octobre 2003 autorisant le président à signer le contrat de prestation pour la gérance du service public d'alimentation en eau potable avec la société d'aménagement urbain et rural (SAUR France), la décision du président du 17 octobre 2003 rejetant l'offre de la société AGUR et la décision du président de signer ledit contrat, en date du 20 octobre 2003 ;

huis clos est susceptible de garantir la confidentialité des offres ainsi communiquées, l'égalité de traitement des candidats et le secret des affaires qui paraissent indispensables à la réouverture des négociations.

Il convient désormais dans les procédures de marché public négocié de niveau européen, d'éviter la négociation verbale, telle qu'elle a été pratiquée dans l'affaire CAA du 14 février 2006,

En effet, les nouvelles directives 2004/17/CE, (entités adjudicatrices) 2004/18/CE (pouvoirs adjudicateurs), à leurs articles respectifs 48 et 42, disposent que « 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 ..., par téléphone dans les cas et aux conditions visés au paragraphe 6 [demande de participation], ou par une combinaison de ces moyens. »

Les échanges par contact physique ne sont pas prévus. Or, si des dispositions dérogatoires s'appliquent en dialogue compétitif ou en concours (après la levée de l'anonymat), tel n'est pas le cas en marché négocié, ni de surcroît procédure d'appel d'offres, où la négociation est expressément prohibée.

Cette précaution de démarche écrite vaut également pour la passation des contrats régis par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, mais non pour les délégations de service public.

Dans les deux affaires, on pourra remarquer que face à des suspicions de fuites d'information, un candidat évincé est relativement démuné devant le juge administratif : jugement essentiellement rendu sur les pièces ou en audition devant le tribunal dans la tradition administrative et l'arrêt CAA du 14 février 2006 fait reposer la charge de la preuve au requérant évincé du

2° de rejeter la demande présentée par la société AGUR au Tribunal administratif de Poitiers ;

Vu, III, enregistrée au greffe de la Cour le 8 février 2005 sous le n° 05BX00690, la lettre en date du 8 février 2005 par laquelle la **SOCIETE AQUITAINE GESTION URBAINE ET RURALE (AGUR)** a saisi la Cour d'une demande tendant à obtenir l'exécution du jugement n° 0302070 du 29 septembre 2004 rendu par le Tribunal administratif de Poitiers ;

La société AGUR demande à la Cour :

1° d'enjoindre au syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable du Confolentais de saisir le juge du contrat en vue de la résiliation du contrat conclu le 20 octobre 2003 confiant à la société SAUR France, sous forme de gérance, le service d'alimentation en eau potable, et ce dans un délai de quinze jours à compter de la notification de l'arrêt à intervenir, sous astreinte de 1 000 euros par jour de retard ;
2° de condamner le syndicat à lui payer une somme de 1 500 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du 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 17 janvier 2006 :

- le rapport de M. Bayle, premier-conseiller,
- les observations de Me Gravier du cabinet d'avocats DDG pour le Syndicat Intercommunal d'alimentation en eau potable du Confolentais, de Me Cuenot de la SCP Coulombie Gras Crétin Becquevort pour la société Aquitaine de Gestion Urbaine et Rurale (AGUR) et de Me Hugel du cabinet d'avocats Avoconseil pour la société d'Aménagement Urbain et Rural (SAUR France)
- et les conclusions de M. Péano, commissaire du gouvernement ;

Vu, enregistrée le 17 janvier 2006, la note en délibéré présentée pour la société SAUR France ;

Considérant que les requêtes du SYNDICAT INTERCOMMUNAL D'ALIMENTATION EN EAU POTABLE (SIAEP) DU CONFOLENTAIS et de la SOCIETE D'AMENAGEMENT URBAIN ET RURAL (SAUR France) sont dirigées contre le même jugement, à l'exécution duquel tend la requête de la SOCIETE AQUITAINE GESTION URBAINE ET RURALE (AGUR) ; qu'il y a lieu de joindre ces requêtes pour statuer par un même arrêt ;

Considérant que le SIAEP DU CONFOLENTAIS a lancé, en vertu des articles 82 et suivants du code des marchés publics alors applicable, **une procédure de marché négocié** en vue de confier les prestations de services de la gérance du service public d'alimentation en eau potable, par des avis de pré-information et d'information, publiés au journal officiel des communautés européennes, puis par un avis d'appel public à candidature publié au bulletin officiel des annonces des marchés publics du 24 avril 2003, auquel ont répondu, notamment, la société SAUR France et la société AGUR ; que, **par délibération du 16 octobre 2003, le comité syndical a décidé d'accepter l'offre présentée par la société SAUR France** ; que la société AGUR a été informée de ce que son offre n'était pas retenue par lettre du président du syndicat du 17 octobre 2003 ; que **le marché en cause a été signé le 20 octobre** suivant ; que la société AGUR, qui s'est désistée de son recours auprès du juge des référés précontractuels tendant à l'annulation des actes pris par le syndicat pour l'attribution du marché, a demandé au Tribunal administratif de Poitiers, d'une part, l'annulation de la délibération du comité syndical du 16 octobre 2003, de la décision d'écarter sa candidature, communiquée par la lettre du 17 octobre 2003, et de la décision de cette autorité de signer le contrat, en date du 20 octobre 2003, d'autre part, d'enjoindre audit syndicat, s'il ne pouvait obtenir la résolution amiable du contrat, de saisir le juge du contrat aux fins qu'il prononce la résolution de cet acte ; que, par jugement du 29 septembre 2004, le Tribunal administratif a annulé les décisions précitées et a enjoint au SIAEP DU CONFOLENTAIS de saisir le juge du contrat aux fins éventuelles de résiliation du contrat conclu le 20 octobre 2003 ; que le syndicat et la société SAUR France interjetent appel de ce jugement tandis que la société AGUR demande à la Cour d'en assurer l'exécution, sous astreinte ;

Sur la recevabilité de la requête présentée par la société SAUR France :

Considérant que, si la société SAUR France n'a pas présenté sa requête par le ministère d'un avocat, cette omission a été régularisée en cours d'instance, par le mémoire de cette société enregistré au greffe de la Cour le 4 mars 2005 ; qu'ainsi, la fin de non-recevoir opposée par la société AGUR à la requête de la société SAUR France ne peut être retenue ;

Sur la régularité du jugement :

Considérant qu'en indiquant que, si la baisse substantielle du montant de l'offre que la société SAUR France a consentie au cours de la négociation avait permis à cette société d'emporter le marché, elle n'était justifiée ni sur le plan technique, ni sur le plan financier et qu'elle révélait une rupture de l'égalité entre les candidats dans les conditions dans lesquelles cette négociation avait été conduite, **les premiers juges ont suffisamment motivé leur jugement** ; que, par suite, le moyen tiré de l'insuffisance de motivation du jugement ne peut qu'être écarté ;

Sur le bien fondé du jugement :

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que la société **SAUR France**, à qui le SIAEP DU CONFOLENTAIS avait délégué précédemment le service public d'alimentation en eau potable, a soumis à cet établissement, pour l'exécution de ce nouveau marché, une offre présentant un compte d'exploitation qui comportait un montant de recettes servant de base à la détermination de la

marché.

Nous ne sommes pas en droit pénal où la procédure d'instruction est beaucoup plus inquisitoriale reposant sur les pouvoirs d'un juge d'instruction. Ces pouvoirs plus retréints du juge administratif, ainsi que l'usage qu'il fait de la procédure, ont également leurs revers pour les acheteurs publics : pousser les candidats évincés à prendre la voie de procédure pénale du délit de favoritisme aux conséquences plus sévères (article 432-14 du Code pénal relatif aux atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public).

B. Délais de signature et référé précontractuel

Dans l'affaire du 14 février 2006, c'est surtout au titre du non-respect du délai de carence entre l'information du candidat et la signature du marché, que l'avancée jurisprudentielle est la plus notable. Sous le Code des marchés publics de 2001, aucun délai n'était prévu. Depuis le code de 2004, un délai de 10 jours doit être respecté, le code de 2006 apportant des aménagements notamment en cas d'urgence

Si le Conseil d'État a affirmé que le non-respect du délai de carence n'avait pas pour effet de remettre en cause l'extinction de la procédure de référé du fait de la signature du marché (CE, n° 270778, 7 mars 2005, *Société Grandjouan-Saco*), la partie n'est pour autant pas gagnée pour la personne publique.

Car c'est en recours pour excès de pouvoir que le juge affirme ici le caractère de garantie substantielle que constitue la faculté de déférer le contrat auquel l'acheteur public ne peut faire échec par une course à la signature. Il rejoint l'obligation de conférer à ces procédures un effet utile, tel que l'affirme la jurisprudence européenne (conclusion de l'avocat général dans son point 51 dans l'affaire CJCE, 3 mars 2005, affaires C-21/03 et C-34/03 *Fabricom SA contre État belge* et surtout, l'arrêt du 19 juin 2003, C

rémunération des prestations de services du cocontractant, de 800 655 euros par an et qui était assortie de diverses propositions tendant à la réalisation de services supplémentaires ; qu'il est constant que la société AGUR a présenté, le 23 juillet 2003, une offre évaluant les recettes à un montant annuel de 671 147 euros, sans proposition de prestations complémentaires ; qu'à la suite de l'audition des candidats par le comité syndical, le 10 septembre 2003, la société SAUR France a adressé au SIAEP DU CONFOLENTAIS une nouvelle offre, par lettre du 19 septembre 2003, réduisant les recettes annuelles à la somme de 661 553 euros, tandis que la société AGUR a fait connaître, dès le 15 septembre précédent, qu'elle ne pouvait que maintenir son offre de base et qu'elle n'était pas en mesure de la minorer sans modification substantielle du cahier des charges ; que le comité syndical, qui a ainsi permis à chaque candidat de modifier son offre et a mené la négociation avec ces derniers dans les mêmes conditions, n'a pas méconnu le principe d'égalité dans la conduite de la procédure ; que la circonstance que la société SAUR France a finalement accepté de réduire sa rémunération d'environ 7,6 p cent, après avoir renoncé aux services supplémentaires qu'elle avait proposés, par rapport à son offre initiale ne suffit pas à établir, alors même, qu'ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus, le montant de sa dernière offre n'était que de peu inférieur à celui de la société AGUR, une violation du principe de confidentialité des offres ; qu'en dehors du cas d'une offre devant être jugée anormalement basse, aucune disposition, ni aucun principe du droit des marchés publics ne permet d'exiger du candidat à un marché négocié présentant l'offre la plus intéressante qu'il justifie les réductions de prix qu'il a consenties en cours de négociation ; que, dès lors, c'est à tort que le Tribunal administratif de Poitiers s'est fondé sur une rupture de la règle de l'égalité entre les candidats au cours de la procédure de négociation pour annuler la délibération du comité du SIAEP DU CONFOLENTAIS du 16 octobre 2003 retenant la candidature de la société SAUR France, la décision d'écarter celle de la société AGUR et la décision du président de cet établissement public du 20 octobre 2003 de signer ledit contrat avec la société SAUR France ;

Considérant, toutefois, qu'en application du 1er alinéa de l'article 76 du code des marchés publics alors applicable : « Dès qu'elle a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, la personne responsable du marché avise tous les candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres » ; que ces dispositions de l'article 76 font obligation à la personne responsable du marché d'informer les candidats du rejet de leur offre et celles du 2ème alinéa du même article prévoient que ces candidats doivent être informés des motifs de ce rejet ; que, s'il est vrai que ni ces dispositions, ni aucune autre disposition alors applicable n'imposait un délai entre l'information du rejet des offres non retenues et la signature du contrat, cette information a notamment pour objet de permettre aux personnes intéressées de saisir, sur le fondement de l'article L. 551 -1 du code de justice administrative, le juge des référés, qui peut ordonner à l'auteur d'un manquement aux dispositions auxquelles ce texte se réfère de se conformer à ses obligations, suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte, annuler ces décisions et supprimer des clauses ou des prescriptions destinées à figurer dans le contrat ; que, dès lors, la personne responsable du marché ne peut, sans porter atteinte à la garantie substantielle que constitue la faculté de saisir ce juge des référés et d'exercer, ainsi, le droit à un recours rapide et efficace reconnu aux intéressés, procéder à la signature du contrat sans respecter un délai raisonnable aux fins de permettre notamment aux candidats dont l'offre a été écartée d'engager, s'ils s'y croient fondés, l'action prévue par l'article susmentionné du code de justice administrative ; qu'en l'espèce, en signant le contrat litigieux dès le 20 octobre 2003, alors que la société AGUR a été informée du rejet de son offre seulement par une lettre du 17 octobre, dont il n'est pas contesté qu'elle ne l'a reçue que le 20 octobre, le président du SIAEP DU CONFOLENTAIS a entaché d'irrégularité sa décision de signer ledit marché ; qu'il suit de là que le SIAEP DU CONFOLENTAIS et la société SAUR France ne sont pas fondés à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Poitiers a annulé la décision du président du syndicat de signer le contrat en cause du 20 octobre 2003 ;

Considérant que le moyen tiré de la violation des dispositions de l'article 76 du code des marchés publics est inopérant à l'encontre de la délibération du comité syndical du 16 octobre 2003 et de la décision corrélative d'écarter l'offre de la société AGUR ; que, dès lors, il appartient à la Cour, saisie du litige portant sur ces actes par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner les autres moyens soulevés par la société AGUR devant le Tribunal administratif de Poitiers ;

Considérant qu'ainsi qu'il a été dit plus haut, la société AGUR, invitée comme son concurrent à faire de nouvelles propositions, a indiqué qu'elle ne pouvait présenter d'offre financièrement plus intéressante sans modifier substantiellement les prestations correspondantes ; que cette société n'établit pas et il ne ressort pas des pièces du dossier que ce serait à la suite d'une demande nouvelle adressée à elle seule que la société SAUR France aurait présenté l'offre qui lui a permis d'obtenir l'attribution du marché ;

Considérant qu'aux termes de l'article 67 du code des marchés publics alors applicable : « Après examen des offres, la personne responsable du marché engage les négociations avec les candidats de son choix ayant présenté une offre. Le nombre de candidats admis à négocier ne peut être inférieur à trois, sauf si le nombre des candidats n'est pas suffisant » ; que, si la société SAUR France a intégré, dans son offre initiale, des services supplémentaires par rapport aux prestations prévues par le cahier des charges, la proposition de ces services ne pouvait conduire le comité syndical à écarter la société de la négociation, au motif du défaut de conformité de son projet, alors surtout que l'article 5. 2 du règlement de la consultation admettait la soumission de modifications du contrat, pourvu qu'elles n'aient pas pour conséquence d'en modifier substantiellement le contenu ;

Considérant qu'en égard à leur objet, les services supplémentaires proposés par la société SAUR France, qui présentaient le caractère de prestations complémentaires et n'induisaient, en conséquence, aucun changement dans les prestations soumises à la négociation par l'établissement public, ne peuvent être assimilés à une « solution variante », qui aurait dû faire l'objet d'un compte prévisionnel spécifique ;

410/01, point 34 : « Il convient d'ajouter que le fait que l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 89/665 permet expressément aux États membres de déterminer les modalités selon lesquelles ils doivent rendre les procédures de recours prévues par ladite directive accessibles à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée ne les autorise toutefois pas à donner à la notion d'«intérêt à obtenir un marché public» une interprétation qui soit susceptible de porter atteinte à l'effet utile de ladite directive » (voir, en ce sens, arrêt *Universale-Bau, e.a.*, précité, point 72). »

Ainsi, si l'annulation ne peut être actuellement être obtenue au titre du référé, situation qui a vocation à être remise en cause à l'avenir par la refonte prévue des directives « recours », le candidat pourra encore agir au titre du recours pour excès de pouvoir avec obligation pour le juge du contrat de résilier le marché (procédure peu réparatrice pour le plaignant si le marché est déjà grandement réalisé compte tenu des délais de procédure d'annulation), voire au titre d'une action pénale pour délit de favoritisme si ce juge suit le même raisonnement.

Notons que le code de 2006 à son article 80 comporte des imprécisions sur le calcul du délai de dix jours entre la date de la notification de rejet et la date de signature. Par prudence, on appliquera la date de réception de la notification avec un respect de jours francs, donc en pratique, 14 jours de calendrier.

La réduction de ce délai pour urgence paraît devoir s'accompagner de l'utilisation d'une procédure d'urgence (marché négocié pour urgence impérieuse, réduction des délais de publicité pour urgence). Le Code ouvre aussi une non-application de ce délai en cas d'offre conforme unique.

On peut s'interroger sur le dispositif applicable aux délégations de service public. En effet, aucune disposition

Considérant que, si la société SAUR France n'a pas assortie son offre du 19 septembre 2003 d'un nouvel acte d'engagement, cette circonstance ne faisait pas obstacle à ce que le comité syndical délibère sur cette offre et autorise le président de cette assemblée à signer le contrat proposé avec cette dernière société ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que le SIAEP DU CONFOLENTAIS et la société SAUR France sont fondés à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Poitiers a annulé la délibération du comité syndical du 16 octobre 2003 et la décision d'écarter l'offre de la société AGUR ;

Sur les conclusions tendant à l'exécution du jugement :

Considérant que l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement la nullité dudit contrat ; qu'il appartient au juge de l'exécution, saisi d'une demande d'un tiers d'enjoindre à une partie au contrat de saisir le juge compétent afin d'en constater la nullité, de prendre en compte la nature de l'acte annulé ainsi que le vice dont il est entaché et de vérifier que la nullité du contrat ne portera pas, si elle est constatée, une atteinte excessive à l'intérêt général ;

Considérant qu'ainsi qu'il a été dit, la signature du marché de prestations de services de gérance du service public d'alimentation en eau potable est intervenue dans des circonstances faisant obstacle à la saisine du juge des référés précontractuels et, ainsi, a porté atteinte à la garantie substantielle que constitue la faculté de déférer à ce juge les actes préalables à la conclusion du contrat ; qu'eu égard à la nature de ce vice, qui est relatif à la conclusion même du contrat, l'annulation de la décision du président du SIAEP DU CONFOLENTAIS du 20 octobre 2003 implique nécessairement la nullité du contrat ; que, si cet établissement public fait valoir que le constat de la nullité de ce contrat aurait des conséquences financières importantes, qui pèseraient en définitive sur les usagers, cette seule circonstance, à la supposer établie, n'est pas de nature à démontrer une atteinte excessive à l'intérêt général, qui ne peut être déduite non plus des craintes alléguées par le syndicat sur la continuité du service et le risque de ne pouvoir obtenir dans l'avenir les conditions avantageuses qui lui ont été faites par la société SAUR France ; que, par suite, la société AGUR est fondée à demander au juge de l'exécution du jugement du Tribunal administratif de Poitiers du 29 décembre 2004 d'ordonner au SIAEP DU CONFOLENTAIS de saisir le juge du contrat afin de faire constater la nullité du contrat en cause ; qu'il y a lieu, dans cette affaire, de prononcer contre le SIAEP DU CONFOLENTAIS, si cet établissement public n'obtenait pas amiablement la résolution du marché litigieux, une astreinte de 300 euros par jour de retard, à défaut pour lui de justifier de la saisine du juge du contrat dans un délai de trois mois à compter de la notification du présent arrêt ;

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

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il n'a pas lieu de faire droit aux conclusions des parties tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

DECIDE :

Article 1er : Le jugement du Tribunal administratif de Poitiers du 29 septembre 2004, en tant qu'il a annulé la délibération du comité du SYNDICAT INTERCOMMUNAL D'ALIMENTATION EN EAU POTABLE (SIAEP) DU CONFOLENTAIS du 16 octobre 2003 et la décision d'écarter l'offre présentée par la société AGUR, est annulé.

Article 2 : Il est enjoint au SYNDICAT INTERCOMMUNAL D'ALIMENTATION EN EAU POTABLE (SIAEP) DU CONFOLENTAIS, s'il n'obtenait pas la résolution amiable du contrat conclu avec la société SAUR France le 20 octobre 2003 pour les prestations de services de la gérance du service public d'alimentation en eau potable, de saisir le juge du contrat afin de faire constater la nullité de ce marché.

Article 3 : Une astreinte est prononcée à l'encontre du SYNDICAT INTERCOMMUNAL D'ALIMENTATION EN EAU POTABLE (SIAEP) DU CONFOLENTAIS s'il ne justifie pas avoir saisi, à défaut de résolution amiable, le juge du contrat dans le délai de trois mois suivant la notification du présent arrêt. Le taux de cette astreinte est fixé à 300 euros par jour.

Article 4 : Le SYNDICAT INTERCOMMUNAL D'ALIMENTATION EN EAU POTABLE (SIAEP) DU CONFOLENTAIS informera immédiatement la Cour des mesures prises en exécution de l'article 2 .

Article 5 : Le surplus des requêtes du SYNDICAT INTERCOMMUNAL D'ALIMENTATION EN EAU POTABLE (SIAEP) DU CONFOLENTAIS, de la SOCIETE D'AMENAGEMENT URBAIN ET RURAL (SAUR France) et de la SOCIETE AQUITAINE GESTION URBAINE ET RURALE (AGUR) est rejeté.

de la loi Sapin ne vient régler ce point, ni le droit européen dont les directives recours ne s'applique qu'aux marchés régis par les directives de marchés publics et contrats des entités adjudicatrices 2004/17/CE et 2004/18/CE. Le juge n'a donc qu'à interpréter le droit interne.

Mais la solution dégagée par la CAA de Bordeaux qui tend à reconnaître « la garantie substantielle que constitue la faculté de saisir ce juge des référés et d'exercer, ainsi, le droit à un recours rapide et efficace reconnu aux intéressés » s'assied sur l'article L. 551-1 du Code de justice administrative. Si la jurisprudence suit ce mouvement, il n'y a aucune raison que les délégations de service public ne suivent pas le même sort.

Bon de commande de la Revue électronique - jurisprudence de la commande publique
À adresser à Localjuris Formation, 5, rue Henry Chambellan, 21000 DIJON
Fax : 03.80.56.87.76

Abonnement annuel (pas de renouvellement automatique), environ 40 n° selon l'actualité

- individuel : 120 €TTC (personne physique ou pour les personnes morales, 1 abonnement par mise en circulation d'un tirage papier et un seul archivage)

- pour les personnes morales avec libre droit de reproduction interne à leurs personnels et dirigeants : 250 €TTC par tranche commencée de 250 salariés en effectif total de l'établissement ou de l'organisme public ordonnateur (plafonné à 1.000 euros)

- Effectif
- Nombre de tranches commencées de 250 salariés (de 0 à 250, de 251 à 300, etc.)
- Prix : 250 €TTC x nombre de tranche
Plafond 1.000 €

- vente au n° 15 €TTC

- N° et date :

- Prix : nombre de n° x 15 €TTC

Adresse de courriel d'expédition de la revue (e-mail)
Attention de bien calligraphier notamment les points (.), les tirets (-), les soulignements (_)

Référence de facturation

Adresse de facturation

S'il y a lieu : mentions à faire porter sur la facture et nombre d'exemplaires

Nom et Prénom du signataire

Qualité du signataire pour les personnes morales

Signature

Payable d'avance : joindre un chèque ou un effectuer un virement. Pour les personnes morales de droit public, le paiement s'effectuera à réception de la facture.

Si pour une raison quelconque le diffuseur interrompt le service de distribution de cette revue, il indemniserà les clients au prorata du nombre de n° diffusé.

Compte de la SARL LOCALJURIS FORMATION ouvert auprès de la Banque Populaire Bourgogne Franche-Comté (BPBFC ROND POINT NATION) au n° - code banque : 10807 - code guichet : 00445 - n° de compte : 15021794589 - clé RIB : 25 - IBAN : FR76 1080 7004 4515 0217 9458 925 - Adresse SWIFT : CCBPFRPPDJN