

Séance du 19 septembre 2005
Lecture du

Conclusions

Didier Casas, commissaire du gouvernement.

La solution que vous retiendrez dans cette affaire, qui concerne les marchés publics passés selon la procédure adaptée, est d'une grande portée pratique pour les acheteurs publics. Elle est, pour cette raison, très attendue et sera lue avec attention.

En 2008, devrait ouvrir à Lens une antenne du musée du Louvre. Elle sera d'importance. Il est prévu qu'elle accueille 500 à 600 œuvres qui ne peuvent être exposées à Paris faute de place, sans compter les 2 à 3000 m² qui seront consacrés aux expositions temporaires, les 4000 m² voués à des activités pédagogiques, enfin les jardins extérieurs destinés à recevoir des sculptures. Le coût total du projet est évalué à 75 millions d'euros pour un budget de fonctionnement annuel estimé entre 10 et 12 millions.

Au début de cette année 2005, la région Nord-Pas-de-Calais, maître d'ouvrage, a pris les dispositions nécessaires au démarrage de cet important chantier. Il lui fallait pour cela s'attacher les services d'un architecte-programmiste. Le coût de la prestation, rapporté au montant global des travaux est relativement modeste : la région l'avait évalué à 35.000 euros.

Un avis d'appel à la concurrence a été rendu public le 7 janvier 2005. Toutefois, Mme Veronique Lancelin, qui est elle-même architecte-programmiste et présidente du syndicat des programmistes en architecture et en aménagement a saisi le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Lille d'une demande tendant à la suspension de la procédure d'attribution du marché. Par une ordonnance du 22 février 2005 contre laquelle se pourvoit la région, le juge des référés a, d'une part rejeté la requête en tant qu'elle émanait des 18

personnes au nom desquelles Mme Lancelin prétendait agir, mais d'autre part annulé les actes de la procédure de passation du marché.

*

Selon l'article R. 551-4 du code de justice administrative, on peut se pourvoir en cassation contre une ordonnance de référé précontractuel dans « la quinzaine de sa notification ». Vous ne vous êtes jamais prononcé sur la nature de ce délai. Cela n'est pas neutre en l'espèce puisque, notifiée le 2 mars, l'ordonnance n'a été attaquée devant vous que le 18 mars. Le pourvoi n'est donc recevable que si le délai est franc. Nous pensons que c'est bien le cas. Il n'y a pas de raison que vous reteniez une solution différente de la décision du **28 mai 2001 (Société Codiam, T. p. 1091)** s'agissant du délai de 15 jours pour les pourvois contre les ordonnances de référé des articles L. 521-1, L. 521-3, L. 521-4 et L. 522-3 du code de justice administrative.

On dira enfin que si Mme Lancelin n'était pas recevable à agir en sa qualité de présidente d'un syndicat d'architecte (**16 décembre 1996, Conseil régional de l'ordre des architectes, p. 493**), elle l'était tout à fait en tant qu'architecte, cela alors même qu'elle n'avait pas elle-même déposé d'offre. Elle était en effet susceptible d'être lésée par un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence (**3 novembre 1995, District de l'agglomération nancéienne, p. 391**).

*

Nous croyons que vous devrez faire droit au pourvoi de la région Nord-Pas-de-Calais. Pour annuler la procédure de passation, le juge des référés a en effet estimé que la région Nord-Pas-de-Calais qui avait, dans l'avis d'appel public à la concurrence, imposé que les candidatures soient présentées par lettre adressée au service compétent a, au cours de la consultation, modifié cette règle en admettant les candidatures adressées par télécopie.

La région soutient que cette appréciation procède d'une dénaturation des pièces du dossier. Elle avance aussi que l'ordonnance serait sur ce point insuffisamment motivée. Par ailleurs, à titre subsidiaire, il est soutenu que le juge aurait commis une erreur de droit.

De fait, nous pensons que le moyen de dénaturation est fondé.

Le premier juge s'est manifestement fondé sur une lettre adressée par le directeur général adjoint de la région à Mme Lancelin, où il était indiqué que « suite aux sollicitations de plusieurs sociétés, nous avons accepté les candidatures par télécopie ». Cette phrase est pour le moins malheureuse en ce qu'elle donne en effet l'impression d'un changement dans les règles d'admission des candidatures. Mais rien ne vient confirmer dans la réalité du dossier soumis au premier juge que cette affirmation un peu rapide se soit trouvée mise en œuvre dans la réalité.

Au contraire, il est difficile d'admettre à la lecture du dossier que les règles de consultation ont été changées par la région pendant la procédure. S'il est exact que l'un des candidats a, de sa propre initiative, adressé sa candidature par télécopie, il l'a confirmée et donc régularisée par courrier. Son courrier est arrivé dans les délais prescrits par l'avis d'appel à la concurrence.

Nous pensons que vous pourrez annuler l'ordonnance.

*

Pour une bonne administration de la justice, vous réglerez l'affaire au titre de la procédure de référé.

Outre le moyen ayant donné lieu au motif que nous avons proposé de censurer, la requérante présentait en première instance trois moyens : l'avis d'appel public à la concurrence ne faisait pas mention des modalités essentielles de financement ; les délais étaient trop brefs eu égard à la complexité du marché ; enfin les modalités de publicité et de mise en concurrence choisies par la région, s'agissant d'un marché passé selon la procédure dite adaptée, étaient inadéquates.

On peut écarter d'emblée le moyen relatif aux modalités essentielles de financement. Vous avez jugé récemment que cette obligation n'existait pas pour les marchés inférieurs aux seuils communautaires (*18 mai 2005, Département de la Loire*, à mentionner aux Tables).

Pour examiner les deux autres moyens, qui font tout l'intérêt de cette affaire, il est nécessaire de rappeler les traits distinctifs de la procédure dite « adaptée ». On verra ensuite comment elle a été appliquée en l'espèce.

Cette procédure particulière est celle prévue par le code des marchés publics dans sa rédaction issue du décret du 7 janvier 2004 pour les marchés de montant modeste. Elle en constitue une véritable originalité.

Elle n'est définie qu'en des termes très généraux par le 1^{er} alinéa du I de l'article 28 du code des marchés publics : « *Les marchés selon la procédure adaptée sont des marchés passés selon des modalités de publicité et de mise en concurrence déterminées par la personne responsable du marché en fonction de leur objet et de leurs caractéristiques.* ». Elle peut être utilisée pour des marchés de travaux, de fournitures ou de services, à la condition que leur montant demeure inférieur à des seuils, précisés à l'article 28.¹

La principale originalité de cette procédure est de ne pas fixer de règles précises en termes d'obligation de publicité et de mise en concurrence. Ainsi, autant le droit des marchés publics peut être d'une précision extrême lorsqu'il s'agit de prévoir les procédures applicables pour les appels d'offres, autant il peut faire montre d'une réelle souplesse lorsqu'il s'agit de passer des marchés selon cette procédure adaptée. Toute l'idée des auteurs du code à travers cette procédure adaptée est de donner une plus grande liberté d'action aux acheteurs publics à qui il revient d'ajuster lui-même le degré de publicité qui est nécessaire au marché qu'il souhaite passer. Cet ajustement doit tenir compte, ainsi que le dit l'article 28 du code, de « l'objet » du marché et de ses « caractéristiques ».

Toutefois, la marge d'action dont disposent les acheteurs publics dans l'organisation des mesures de publicité, si elle est réelle, n'est pas sans limite. Il faut toujours qu'il y ait une publicité minimale. Cette idée résulte tant de la jurisprudence de la Cour de justice (cf. l'arrêt du **7 décembre 2000 Telaustria**, aff. C-234/98 AJDA 2001.106 et l'ordonnance du **3 décembre 2001 Bent Moustén Vestergaard**, aff C-59/00), que de la vôtre (cf. l'avis contentieux du **29**

¹ Pour les marchés de fournitures et de services, 150.000 € HT pour l'Etat et 230.000 € HT pour les collectivités locales ; pour les marchés de travaux, 230.000 € HT, pour les marchés de fournitures, de services ou de travaux des opérateurs de réseaux, 400.000 € HT.

juillet 2002, Société MAJ Blanchisserie de Pantin, p. 297, concl D. Piveteau) et elle a été reprise à son compte par les auteurs du code en son article 1^{er}.

La logique de cette procédure implique que le juge, lorsqu'il est saisi, s'interroge, au cas par cas, sur la pertinence du choix opéré en l'espèce, pour le marché déterminé qui lui est soumis. De fait, c'est sous votre contrôle que les acheteurs publics sont conduits à déterminer la nature des procédures à mettre en œuvre. Or il nous apparaît qu'en la matière, s'il doit être rigoureux, votre contrôle ne saurait conduire à rendre trop rigide la procédure adaptée.

Il doit être rigoureux car il s'agit de faire respecter les principes fondamentaux de la commande publique tels qu'énoncés à l'article 1^{er} du code, principes qui sont garants d'une mise en concurrence effective et auxquels sont soumis les marchés passés selon la procédure adaptée.

Votre contrôle ne doit cependant pas conduire à introduire de la rigidité dans cette procédure. Si certains attendent de vous que vous leur disiez précisément la nature exacte de la publicité et de la mise en concurrence qui doit être mise en œuvre pour tous les marchés compris entre tel et tel montant, ils se trompent. En créant la procédure adaptée, les auteurs du code ont entendu consacrer une liberté. Votre rôle n'est pas de la supprimer, mais simplement de contrôler l'usage qui en est fait.

Venons-en à l'espèce : Comment a procédé la région ?

Le marché étant estimé à 35.000 euros, c'est-à-dire d'un montant inférieur au seuil de 150.000 euros applicables pour les marchés de services, la région a décidé de passer un marché selon la procédure adaptée. Pour aviser les éventuels candidats, elle a recouru à deux techniques : dès le 7 janvier 2005, elle a mis en ligne l'avis d'appel public à la concurrence sur son site internet. Le même jour, elle a adressé l'avis à « La Voix du Nord », pour publication. L'avis a été publié dans ce quotidien, qui est diffusé dans le Nord, le Pas-de-Calais et l'Aisne, le 11 janvier. L'avis indiquait que les candidatures devaient être déposées avant le 21 janvier 2005. Il s'agit là, des mesures qui ont été décidées et mises en œuvre par la région elle-même. Il faut y ajouter une publication réalisée le 18 janvier sur le site internet du « Moniteur ». Cette mise en ligne s'est faite à la seule initiative de ce journal qui assure une

forme de veille des sites des collectivités publiques et constitue de la sorte un relais de publicité.

Nous observons que la région a procédé ainsi en application d'une règle générale qu'elle s'était elle-même fixée par voie de délibération, comme l'ont fait beaucoup de collectivités.² Selon cette délibération, il était prévu que pour les marchés d'un montant inférieur à 10.000 euros, une simple consultation d'au moins trois candidats est suffisante ; pour les marchés compris, comme celui de l'espèce, entre 10.000 et 50.000 euros, une mise en ligne sur le site de la région pendant au moins 10 jours ; pour les marchés compris entre 50.000 et 90.000 euros, outre la diffusion sur le site internet, une publication dans un journal d'annonces légales pendant au moins 15 jours.

Vous le constatez, la commune est allée un peu au-delà de ce que cette délibération prévoyait en ajoutant à la mise en ligne, la publication dans la « Voix du Nord ».

Mme Lancelin soutient que les délais étaient trop brefs. Elle fait valoir que les candidats ayant eu connaissance de l'avis par le site de la région n'ont disposé, compte tenu des délais d'acheminement du courrier que de 14 jours, ceux en ayant eu connaissance par « la Voix du Nord », 10 jours. Elle expose qu'eu égard à la complexité du projet, c'est bien trop court.

Cette argumentation peut faire hésiter car il est vrai que les délais paraissent bien courts. Si vous deviez vous prononcer sur ce point, nous vous proposerions néanmoins de considérer qu'ils sont acceptables. La région vous expose que ces délais ne lui ont pas paru trop courts pour réunir les documents administratifs demandés aux candidats, ce qui nous semble exact.

L'autre moyen est bien plus délicat. La requérante exposait devant le tribunal administratif et reprend devant vous, une argumentation toute entière fondée sur le caractère inadapté de la publicité et de la mise en concurrence mise en œuvre par la région.

² cf le dossier paru au BJDPC, n°35 : pour la ville de Paris, P.E. Spitz et A. Pustetto, « La mise en œuvre du nouveau code des marchés publics » ; pour la région Midi-Pyrénées, A. Debord « La pratique de la procédure adaptée au conseil régional Midi-Pyrénées » ; pour le département de l'Allier, B. Hadjab, « Procédures internes de passation des marchés publics » et même à l'Assemblée nationale, X. Pinon, « la mise en œuvre des procédures adaptées à l'Assemblée nationale »)

Elle fait valoir que la nature du projet appelait une publicité plus large que celle décidée par la région. Elle veut pour preuve du caractère insuffisant de cette publicité le fait que, malgré le prestige incontestable qui serait attaché à l'obtention d'un tel marché pour des professionnels de la programmation, assez peu de candidatures ont été enregistrées : 6 candidats alors que selon la requérante – qui est rappelons-le présidente du syndicat des architectes programmistes – les cabinets français compétents en programmation sont au nombre de 116, dont 68 ont une expérience en matière d'équipements culturels et de musées. Elle fait également valoir que le mode de publicité choisi conduisait à en limiter le champ géographique. « La voix du Nord » n'est diffusée que dans trois départements du nord de la France et la mise en ligne sur le site de la région n'étant pas susceptible de pallier cette carence. Sur ce dernier point, elle vous expose que, sauf à maintenir une veille quotidienne sur les sites internet des principaux acheteurs publics, il est impossible de se tenir au courant en temps réel de l'ensemble des avis d'appel public à la concurrence susceptible d'intéresser.

Nous sommes parvenu à la conclusion qu'en l'espèce la procédure suivie par la région était en effet inadaptée et que vous deviez la censurer. C'est après avoir soigneusement peser les conséquences d'une telle solution que nous vous engageons à la suivre.

Nous croyons que la procédure adaptée doit laisser place à une pratique raisonnée de la publicité et de la mise en concurrence. Des dispositions de l'article 28 du code selon lesquelles la publicité doit être fonction de « l'objet » et des « caractéristiques » du marché, nous tirons la conséquence que l'acheteur public ne doit pas seulement tenir compte du montant du marché, mais aussi de considérations qualitatives. Il lui incombe notamment de se demander, si la spécialité professionnelle dont il a besoin est courante, si elle est répandue dans son environnement géographique immédiat ou si, au contraire, elle est rare ou en tout cas dispersée sur une large zone géographique. Ces éléments, on le comprend, sont à la base d'une concurrence effective. Si on veut réellement mettre en concurrence les entreprises, il faut encore savoir où sont celles qui intéressent, de sorte à ajuster de façon adéquate les procédures de publicité.

En l'espèce, on voit bien que le montant du marché – en effet relativement modeste – ne donnait qu'une vue très partielle de ce qu'il signifiait réellement au plan économique. La spécialité professionnelle requise – la programmation en architecture pour des équipements

culturels d'importance – était relativement rare dans l'environnement immédiat de la région et en tout état de cause dans l'aire de diffusion de « la Voix du Nord ». A cet égard, la mise en ligne sur le site internet ne pouvait à notre sens pallier suffisamment cette carence de la publicité. On peut imaginer sans peine qu'un programmiste installé en région parisienne ou, même à Barcelone, Berlin ou Milan – ce qui ne serait pas inenvisageable s'agissant d'un chantier de cette nature - ne lit pas « La Voix du Nord » et n'effectue pas une veille régulière sur le site de la région Nord-Pas-de-Calais et sur celui de l'ensemble des autres collectivités importantes. C'est matériellement inenvisageable.

De tout cela, nous tirons la conclusion qu'en effet, la procédure de publicité n'était en l'espèce pas adaptée à l'objet et aux caractéristiques du marché en cause. Si vous nous suivez, vous ferez donc droit aux conclusions de Mme Lancelin.

Avant de terminer, nous voudrions vous faire part d'une dernière remarque qui, si elle n'est pas directement soulevée au travers d'un moyen est néanmoins illustrée par le dossier. Comme on l'a dit, la région a, en l'espèce, déterminé par délibération les règles de publicité qu'elle se fixait à elle-même pour les marchés passés selon la procédure adaptée. Nous comprenons fort bien que, pour de légitimes raisons d'organisation de leurs services, les acheteurs publics les plus importants aient recours à une réglementation générale, comme un mini code des marchés publics à usage interne, destiné à indiquer aux services la marche à suivre pour passer des marchés en procédure adaptée.

Mais nous croyons que cette façon de faire a des limites.

Sur le plan strictement juridique d'abord, il y a sans doute lieu de s'interroger sur la compétence d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public pour prendre de la sorte des dispositions de nature réglementaire qui ne sont pas prévues par le code lui-même. Nous avons des doutes sur ce premier point.

Par ailleurs, il est permis de se demander si les délibérations ainsi adoptées constituent la meilleure formule. Ces délibérations posent beaucoup de questions qui sont autant de points d'entrée à d'éventuels contentieux : sont-elles des actes détachables des marchés passés en application des règles qu'elles édictent ? Si oui, quel serait l'effet de leur illégalité éventuelle

sur le marché conclu ? Ont-elles une portée obligatoire ? Si oui, la collectivité peut-elle aisément s'en écarter comme elle l'a fait en l'espèce ?

En somme, nous pensons que les indications qui doivent sans doute être données aux services pour l'application de la procédure adaptée auraient grand avantage à se trouver rassemblées dans de simples circulaires des Directeurs généraux des services. Ces circulaires pourraient distinguer les procédures à appliquer en fonction du montant du marché, mais elles devraient absolument en outre inviter les services à déroger à la pure logique de seuil financier lorsqu'il apparaît que des circonstances particulières comme la nature de la prestation en cause, le nombre et la spécialité des opérateurs disponible invitent à une mise en concurrence plus large ou différente.

Telle est la logique, fidèle à l'esprit du code, que nous vous suggérons d'adopter. Il s'agit d'inviter les acheteurs publics, non plus à se couler dans des procédures rigides et prédéterminées, mais à perfectionner leur fonction achat, pour mieux connaître les marchés sur lesquels ils interviennent comme demandeurs. La nouvelle liberté dont ils jouissent par la procédure adaptée est à ce prix.

*

Les deux parties demandaient 3.500 euros chacune au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Nous vous proposons de les accorder à Mme Lancelin.

PCMNC

- à l'annulation de l'ordonnance du 22 février 2005 du juge des référés du tribunal administratif de Lille ;
- à l'annulation de la procédure de passation du marché relatif à la programmation de l'implantation d'une antenne du musée du Louvre à Lens ;
- à ce que vous mettiez les 3.500 euros demandés par Mme Lancelin au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative à la charge de la région Nord-Pas-de-Calais ;
- à ce que vous rejetiez le surplus des conclusions de la région Nord-Pas-de-Calais.