

statuant
au contentieux

Cette décision sera
publiée au Recueil LEBON

N° 346405

REPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIÉTÉ KONE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Frédéric Dieu
Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux
(Section du contentieux, 7ème et 2ème sous-sections réunies)

M. Bertrand Dacosta
Rapporteur public

Sur le rapport de la 7ème sous-section
de la Section du contentieux

Séance du 18 mai 2011
Lecture du 1er juin 2011

G 292

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 4 et 21 février 2011 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la SOCIETE KONE, dont le siège est 18 rue des Champs ZAC de la Pilaterie à Villeneuve-d'Ascq (59650) ; la SOCIETE KONE demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 1003556 du 19 janvier 2011 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif d'Amiens, statuant en application de l'article L. 551-13 du code de justice administrative, a rejeté sa demande tendant à l'annulation de trois contrats relatifs au dépannage et à l'entretien d'ascenseurs conclus le 8 décembre 2010 entre l'Office public de l'habitat d'Amiens et la société Otis ;

2°) statuant en référé, d'annuler ces contrats ;

3°) de mettre à la charge de l'Office public de l'habitat d'Amiens le versement de la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....
Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la directive 89/665/CEE du 21 décembre 1989, modifiée par la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Frédéric Dieu, Maître des Requêtes,
- les observations de la SCP Barthélemy, Matuchansky, Vexliard, avocat de la SOCIÉTÉ KONE et de la SCP Piwnica, Molinié, avocat de l'office public de l'habitat d'Amiens,
- les conclusions de M. Bertrand Dacosta, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Barthélemy, Matuchansky, Vexliard, avocat de la SOCIÉTÉ KONE et à la SCP Piwnica, Molinié, avocat de l'office public de l'habitat d'Amiens ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-13 du code de justice administrative : « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section » ; qu'aux termes de l'article L. 551-14 de ce code : « Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local. / Toutefois, le recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours » ; qu'aux termes de l'article L. 551-18 du même code : « Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. / La même annulation est prononcée lorsque ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique. / Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat. » ; qu'aux termes de l'article L. 551-19 : « Toutefois, dans les cas prévus à l'article L. 551-18, le juge peut sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général. / Cette raison ne peut être constituée par la prise en compte d'un intérêt économique que si la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées et que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat, ou si le contrat porte sur une délégation de service public. » ; qu'enfin, selon l'article L. 551-20 : « Dans le cas où le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une

candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9, le juge peut prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière. » ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que l'Office public de l'habitat d'Amiens a lancé le 15 octobre 2010 une procédure formalisée de passation d'un marché portant sur des prestations de dépannage et d'entretien des ascenseurs de l'ensemble de son patrimoine ; que ce marché comprenait trois lots correspondant à trois secteurs géographiques et concernant respectivement 98, 66 et 61 ascenseurs pour la période du 1^{er} janvier 2011 au 31 décembre 2014; que la société KONE a déposé une offre pour les lots 2 et 3 ; qu'elle a été informée, par lettre du 1^{er} décembre 2010, que son offre avait été rejetée par la commission d'appel d'offres comme irrégulière au motif qu'elle ne concernait que les lots 2 et 3 ; que les trois lots ont été attribués à la société Otis ; que, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, la SOCIETE KONE a saisi le juge des référés du tribunal administratif d'Amiens, le 14 décembre 2010, d'une demande d'annulation de la procédure de passation des contrats ; que, l'office ayant fait état, dans son mémoire en défense, de la signature, le 8 décembre 2010, des contrats portant sur les trois lots avec la société Otis, la SOCIETE KONE a alors demandé au juge des référés contractuels du tribunal administratif d'Amiens l'annulation de ces contrats, sur le fondement des dispositions des articles L. 551-13 et L. 551-18 du code de justice administrative relatives au référé contractuel ; qu'après avoir, par une ordonnance du 29 décembre 2010, rejeté les conclusions de la SOCIETE KONE fondées sur l'article L. 551-1 du code de justice administrative, le juge des référés du tribunal administratif d'Amiens a, par l'ordonnance attaquée du 19 janvier 2011, rejeté sa demande présentée sur le fondement des articles L. 551-13 et L. 551-18 du code de justice administrative ;

Considérant qu'aux termes de l'article 10 du code des marchés publics : « Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l'article 27. A cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions. Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. Si plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est toutefois possible de ne signer avec ce titulaire qu'un seul marché regroupant tous ces lots. / Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination (...) » ; qu'il résulte de ces dispositions, destinées à favoriser une plus large concurrence, que lorsqu'il décide de passer le marché en lots séparés sur le fondement de l'article 10 du code des marchés publics, le pouvoir adjudicateur ne peut, dans les documents de la consultation, contraindre les candidats à présenter une offre pour chacun des lots du marché ;

Considérant que, pour rejeter les conclusions de la SOCIETE KONE tendant à l'annulation des marchés correspondant aux lots n°s 1, 2 et 3 sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, le juge des référés du tribunal administratif d'Amiens a relevé que, si l'Office public de l'habitat d'Amiens avait signé ces marchés avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs

économiques ayant présenté une offre et s'il avait en outre méconnu les dispositions de l'article 10 du code des marchés publics en prévoyant à l'article 2.2 du règlement de consultation que les candidats devraient obligatoirement répondre aux trois lots, à peine de rejet de leur offre, cette méconnaissance par le pouvoir adjudicateur de ses obligations de mise en concurrence n'avait pas affecté les chances de la SOCIETE KONE d'obtenir le contrat ; que, toutefois, il ressort des pièces du dossier qui lui était soumis que le rejet des offres présentées par cette société au titre des lots n° 2 et 3 comme étant irrégulières n'a été motivé que par la circonstance qu'elle n'avait pas présenté d'offre pour l'ensemble des trois lots et ne s'était ainsi pas conformée à l'exigence posée par l'article 2.2 du règlement de consultation, dont le juge des référés a relevé l'illégalité ; que, par suite, en jugeant que le manquement de l'office à ses obligations de mise en concurrence, tenant à la méconnaissance des dispositions de l'article 10 du code des marchés publics et à l'absence d'examen lot par lot des offres qui lui avaient été remises, n'avait pas affecté les chances de la SOCIETE KONE d'obtenir les contrats, le juge des référés du tribunal administratif d'Amiens a inexactement qualifié les faits ; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, la SOCIETE KONE est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ;

Considérant que dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par la SOCIETE KONE ;

Sur les conclusions tendant à l'annulation du contrat relatif au lot n° 1 :

Considérant que, la SOCIETE KONE n'ayant présenté aucune offre en vue de l'attribution de ce lot, elle n'est pas susceptible d'être lésée par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumis ce contrat ; que, par suite et en application des dispositions de l'article L. 551-14 du code de justice administrative, elle n'est pas habilitée à agir à son encontre ; que, dès lors, ses conclusions tendant à l'annulation du contrat relatif au lot n° 1, présentées sur le fondement de l'article L. 551-18 du même code, ne peuvent qu'être rejetées ;

Sur les conclusions tendant à l'annulation des contrats relatifs aux lots n° 2 et 3 :

Considérant, d'une part, qu'aux termes du I de l'article 80 du code des marchés publics : « 1° Pour les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée autre que celle prévue au II de l'article 35, le pouvoir adjudicateur, dès qu'il a fait son choix pour une candidature ou une offre, notifie à tous les autres candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de ce rejet. / Cette notification précise le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre aux candidats ayant soumis une offre et à ceux n'ayant pas encore eu communication du rejet de leur candidature. / Un délai d'au moins seize jours est respecté entre la date d'envoi de la notification prévue aux alinéas précédents et la date de conclusion du marché. Ce délai est réduit à au moins onze jours en cas de transmission électronique de la notification à l'ensemble des candidats intéressés (...) / 2° Le respect des délais mentionnés au 1° n'est pas exigé : a) Dans le cas des appels d'offres ou des marchés négociés, lorsque le marché est attribué au seul candidat ayant présenté une offre répondant aux exigences indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation (...) » ;

Considérant que l'Office public de l'habitat d'Amiens se prévaut de l'exception ainsi prévue par le a) du 2°) du I de cet article pour justifier l'absence de respect d'un délai de suspension minimum entre la date d'envoi de la notification à la SOCIETE KONE du rejet de son offre et la date de conclusion des contrats, dès lors que ces contrats ont été attribués au seul candidat ayant présenté une offre répondant à l'obligation, indiquée dans le règlement de la consultation, de présenter une offre pour l'ensemble des trois lots objet de la consultation ;

Considérant, toutefois, qu'après avoir défini, à l'article 2 bis inséré dans la directive du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux par la directive du 11 décembre 2007, les délais que le pouvoir adjudicateur est tenu de respecter entre la date d'envoi de la notification, aux candidats concernés, du rejet de leur candidature ou de leur offre et la date de conclusion du contrat, le 2 de l'article 2 ter de la même directive énumère limitativement les cas dans lesquels Les États membres peuvent prévoir que ces délais ne s'appliquent pas et énonce, au b) que tel est le cas « si le seul soumissionnaire concerné au sens de l'article 2 bis, paragraphe 2, de la présente directive est celui auquel le marché est attribué et en l'absence de candidats concernés » ; que, selon l'article 2 bis, les candidats sont réputés concernés « si le pouvoir adjudicateur n'a pas communiqué les informations relatives au rejet de leur candidature avant que la décision d'attribution du marché soit notifiée aux soumissionnaires concernés. » ; qu'en prévoyant ainsi une dispense de respect du délai de suspension lorsque, en l'absence de candidats concernés, le marché a été attribué au seul soumissionnaire concerné, les dispositions des articles 2 bis et 2 ter de la directive du 21 décembre 1989 résultant de la directive du 11 décembre 2007 n'ont pas entendu permettre au pouvoir adjudicateur de s'affranchir du respect de ce délai de suspension dans d'autres cas, notamment dans celui où le contrat a été attribué au seul candidat s'étant conformé aux documents de la consultation, en faisant échec à l'annulation du contrat par le juge du référé contractuel ; qu'ainsi, les dispositions du a) du 2°) du I de l'article 80 du code des marchés publics, en ouvrant une telle faculté au pouvoir adjudicateur, méconnaissent les objectifs des articles 2 bis et 2 ter de la directive du 21 décembre 1989 modifiée et sont par suite incompatibles avec cette directive ;

Considérant que l'office ne saurait, dès lors, invoquer ces dispositions pour soutenir que les contrats relatifs aux lots n° 2 et 3 pouvaient valablement être conclus avant l'expiration d'un délai de seize jours minimum entre la date d'envoi de la notification à la SOCIETE KONE du rejet de son offre et la date de leur conclusion, au motif que cette société n'aurait pas présenté une offre conforme au règlement de la consultation ; que le juge des référés peut ainsi exercer les pouvoirs d'annulation du contrat que lui attribuent les dispositions de l'article L. 551-18 du code de justice administrative ;

Considérant, d'autre part, qu'ainsi qu'il a été dit, l'Office public de l'habitat d'Amiens a décidé de passer en trois lots séparés le marché portant sur des prestations de dépannage et d'entretien des ascenseurs de l'ensemble de son patrimoine ; qu'il résulte de l'instruction que ces trois lots ont fait l'objet de trois avis d'appel public à la concurrence et de trois actes d'engagements distincts ; que, toutefois, l'article 2.2 du règlement de la consultation imposait aux candidats de répondre obligatoirement aux trois lots objet de la consultation, à peine de rejet de leur offre, tandis que l'article 7.4 de ce règlement prévoyait que l'analyse des offres « se fera lot par lot et sera également appréhendée de manière globale pour la détermination de l'offre la plus économiquement avantageuse » ; qu'en imposant aux candidats

de répondre obligatoirement aux trois lots objet de la consultation à peine de rejet de leur offre, l'office a méconnu les dispositions de l'article 10 du code des marchés publics et l'objectif qu'elles poursuivent de susciter la plus large concurrence ; qu'en s'abstenant par la suite d'examiner les offres que lui avait remises la SOCIETE KONE au titre des lots n° 2 et 3 et en rejetant ces offres au motif que la société n'avait pas présenté une offre au titre du lot n° 1, l'office a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence d'une manière ayant affecté les chances de la SOCIETE KONE d'obtenir les marchés correspondant aux lots n° 2 et 3 ;

Considérant que la société requérante est dès lors fondée à demander l'annulation de ces contrats sur le fondement de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, aucune raison impérieuse d'intérêt général ne justifiant le prononcé de l'une des mesures alternatives à l'annulation prévues par l'article L. 551-19 du même code ; que, cependant, compte tenu de la nécessité d'assurer la continuité des prestations de dépannage et d'entretien des ascenseurs durant le délai nécessaire au lancement d'une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence et à l'attribution des nouveaux marchés correspondant aux lots en cause et de l'intérêt général qui s'attache à ce que cette continuité soit préservée, il y a lieu de ne prononcer l'annulation de ces deux marchés qu'à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de la date de la présente décision ;

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce qu'il soit fait droit aux conclusions présentées à ce titre par l'Office public de l'habitat d'Amiens ; qu'en revanche, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à sa charge la somme de 4 500 euros au titre des frais exposés par la SOCIETE KONE devant le tribunal administratif d'Amiens et le Conseil d'Etat ;

DECIDE :

Article 1er : L'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif d'Amiens du 19 janvier 2011 est annulée.

Article 2 : Les contrats correspondant aux lots n° 2 et 3 du marché de dépannage et d'entretien d'ascenseurs conclus le 8 décembre 2010 par l'Office public de l'habitat d'Amiens et la société Otis sont annulés. Cette annulation prendra effet à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de la date de la présente décision.

Article 3 : L'Office public de l'habitat d'Amiens versera une somme de 4 500 euros à la SOCIETE KONE au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions de la demande de la SOCIETE KONE devant le tribunal administratif d'Amiens est rejeté.

Article 5 : Les conclusions présentées par l'Office public de l'habitat d'Amiens au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 6 : La présente décision sera notifiée à la SOCIETE KONE, à l'Office public de l'habitat d'Amiens et à la société Otis.