

statuant
au contentieux

Cette décision sera
mentionnée dans les
tables du Recueil LEBON

N^{os} 346665, 346746

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

OFFICE PUBLIC DE L'HABITAT
INTERDEPARTEMENTAL DE
L'ESSONNE, DU VAL D'OISE ET DES
YVELINES et SOCIETE SENI

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

M. Frédéric Dieu
Rapporteur

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

M. Nicolas Boulouis
Rapporteur public

Séance du 15 juin 2011
Lecture du 24 juin 2011

Vu, 1° sous le numéro 346665, le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 14 février et 1^{er} mars 2011 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour l'OFFICE PUBLIC DE L'HABITAT INTERDEPARTEMENTAL DE L'ESSONNE, DU VAL D'OISE ET DES YVELINES, dont le siège est au 145-147 rue Yves le Coz BP 1124 à Versailles Cedex (78011) ; l'office demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 1008355 du 28 janvier 2011 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Versailles, statuant en application de l'article L. 551-13 du code de justice administrative, a, à la demande de la société Agence Propreté Service (APS), annulé le contrat conclu le 15 décembre 2010 avec la société Seni, constituant le lot n° 8 du marché ayant pour objet le nettoyage des parties communes et espaces extérieurs, la gestion des rejets et le traitement des encombrants des résidences de l'établissement et d'Orly-Parc situées en Ile-de-France ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande présentée par la société APS devant le juge des référés du tribunal administratif de Versailles ;

3°) de mettre à la charge de la société APS le versement de la somme de 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....

Vu, 2° sous le numéro 346746, le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 15 et 28 février 2011 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la SOCIETE SENI, dont le siège est 18 rue Lech Walesa au Kremlin Bicêtre (94270) ; la société demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler la même ordonnance du 28 janvier 2011 du juge des référés du tribunal administratif de Versailles ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande présentée par la société APS devant le juge des référés du tribunal administratif de Versailles ;

3°) de mettre à la charge de la société APS le versement de la somme de 3 000 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 ;

Vu décret n° 2009-1456 du 27 novembre 2009 ;

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 Coutard, Mayer, Munier-Apaire, avocat de l'OFFICE PUBLIC DE L'HABITAT INTERDEPARTEMENTAL DE L'ESSONNE, DU VAL D'OISE ET DES YVELINES, de la SCP Le Bret-Desaché, avocat de la société Agence Propreté Service (APS) et de Maître Spinosi, avocat de la SOCIETE SENI,

- les conclusions de M. Nicolas Boulouis, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Coutard, Mayer, Munier-Apaire, avocat de l'OFFICE PUBLIC DE L'HABITAT INTERDEPARTEMENTAL DE L'ESSONNE, DU VAL D'OISE ET DES YVELINES, à la SCP Le Bret-Desaché, avocat de la société Agence Propreté Service (APS) et à Maître Spinosi avocat de la SOCIETE SENI ;

Considérant que les pourvois de l'OFFICE PUBLIC DE L'HABITAT INTERDEPARTEMENTAL DE L'ESSONNE, DU VAL D'OISE ET DES YVELINES et de la SOCIETE SENI sont dirigés contre la même ordonnance ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

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 du troisième alinéa de l'article L. 551-18 du même code : « 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. » ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 8 septembre 2010, L'OFFICE PUBLIC DE L'HABITAT INTERDEPARTEMENTAL DE L'ESSONNE, DU VAL D'OISE ET DES YVELINES a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution de onze lots portant sur des prestations de nettoyage de parties communes et des espaces extérieurs, de gestion des rejets et de traitement des encombrants pour l'ensemble des résidences de l'établissement situées en Ile-de-France ; que la société Agence Propreté Service (APS), qui a soumissionné pour les lots n^{os} 8, 9 et 10, a vu sa candidature admise pour le lot n^o 8 et a présenté une offre pour ce lot ; que, par deux courriers des 26 et 29 novembre 2010, l'office l'a informée, d'une part, de l'attribution du lot n^o 8 à la SOCIETE SENI et, d'autre part, du rejet de son offre au motif qu'elle avait été déclarée économiquement inacceptable ; qu'ayant présenté une demande en référé précontractuel le 23 décembre 2010 auprès du tribunal administratif de Versailles, la société APS s'est désistée de cette instance le 28 décembre 2010 après avoir appris que la signature du marché était intervenue le 15 décembre 2010 ; qu'elle a formé le 29 décembre 2010 une demande en référé contractuel auprès du même tribunal ; que, par l'ordonnance attaquée du 28 janvier 2011, le juge des référés du tribunal administratif de Versailles a, en application des dispositions de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, annulé le contrat relatif au lot n^o 8 du marché attribué à la SOCIETE SENI ;

Sur la recevabilité des conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative :

Considérant qu'aux termes du 1^o du I de l'article 80 du code des marchés publics, dans sa rédaction issue du décret du 27 novembre 2009 pris pour l'introduction en droit interne de la directive du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics : « Pour les marchés et

accords-cadres passés selon une procédure formalisée (...), 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. / La notification de l'attribution du marché ou de l'accord-cadre comporte l'indication de la durée du délai de suspension que le pouvoir adjudicateur s'impose, eu égard notamment au mode de transmission retenu. » ;

Considérant que les dispositions de l'article L. 551-14 du code de justice administrative, qui prévoient que le recours contractuel n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du référé précontractuel dès lors que le pouvoir adjudicateur a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours, n'ont pas pour effet de rendre irrecevable un recours contractuel introduit par un concurrent évincé qui avait antérieurement présenté un recours précontractuel alors qu'il était dans l'ignorance du rejet de son offre et de la signature du marché par suite d'un manquement du pouvoir adjudicateur au respect des dispositions de l'article 80 du code des marchés publics qui prévoient l'obligation de notifier aux candidats le rejet de leurs offres et fixe un délai minimum de seize jours, réduit à onze jours dans le cas d'une transmission électronique, entre la date d'envoi de cette notification et la conclusion du marché ; que les dispositions de l'article L. 551-14 du code de justice administrative ne sauraient non plus avoir pour effet de rendre irrecevable le recours contractuel du concurrent évincé ayant antérieurement présenté un recours précontractuel qui, bien qu'informé du rejet de son offre par le pouvoir adjudicateur, ne l'a pas été, contrairement à ce qu'exige le dernier alinéa du 1^o du I de l'article 80 du code des marchés publics, du délai de suspension que ce dernier s'imposait entre la date d'envoi de la notification du rejet de l'offre et la conclusion du marché ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Versailles que les courriers des 26 et 29 novembre 2010, par lesquels L'OFFICE PUBLIC DE L'HABITAT INTERDEPARTEMENTAL DE L'ESSONNE, DU VAL D'OISE ET DES YVELINES a informé la société APS de l'attribution du lot n^o 8 à la SOCIETE SENI et du rejet de son offre, ne mentionnaient pas le délai de suspension que l'Office s'imposait avant la conclusion du marché ; qu'ainsi, les dispositions de l'article L. 551-4 ne faisaient pas obstacle à ce que la société APS forme un référé contractuel ; que, dès lors, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit ni méconnu son office en jugeant qu'à défaut pour elle d'avoir été informée de ce délai lors de la notification du rejet de son offre, la société APS, qui était de ce fait dans l'ignorance de la signature du marché lorsqu'elle a présenté un référé précontractuel, était recevable à former un référé contractuel, sur le fondement de l'article L. 551-13 de ce code, après avoir été informée, par le mémoire en défense de l'office dans le cadre de l'instance en référé précontractuel, que le contrat avait été signé pour le lot litigieux le 15 décembre 2010 ;

Sur l'application des dispositions de l'article L. 551-18 du code de justice administrative :

Considérant, d'une part, qu'ainsi qu'il a été dit, le juge des référés du tribunal administratif de Versailles a relevé que la notification à la société APS du rejet de son offre ne mentionnait pas le délai de suspension que l'office s'imposait avant la conclusion du contrat relatif au lot n° 8 ; que, dès lors que ce délai n'a pu courir à son encontre et qu'ainsi, la signature du contrat le 15 décembre 2010 est intervenue avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre, au sens de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit ni dénaturé les pièces du dossier en jugeant que l'absence d'indication de ce délai avait privé la société APS, qui était de ce fait dans l'ignorance de la date de signature du contrat, de son droit d'exercer utilement un recours en référé précontractuel à l'encontre du marché en cause ;

Considérant, d'autre part, qu'aux termes du III de l'article 53 du code des marchés publics : « Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées (...) » et qu'aux termes de l'article 35 du même code : « une offre est inacceptable si les conditions qui sont prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur, ou si les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de la financer. » ; qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que l'offre de la société APS a été rejetée sans classement au motif qu'elle était supérieure de 25 % à l'estimation des services de l'office et par suite, « économiquement inacceptable » ; qu'en jugeant, après avoir souverainement relevé qu'il ne résultait pas de l'instruction que l'offre de la société APS n'aurait pas pu être financée par l'office, que cette offre ne pouvait être qualifiée d'inacceptable, au sens de ces dispositions, et qu'en conséquence l'office avait manqué à ses obligations de mise en concurrence en s'abstenant de la classer, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit et n'a ni dénaturé les pièces du dossier ni entaché son ordonnance d'une insuffisance de motivation ; qu'il a également suffisamment motivé son ordonnance et exactement qualifié les faits en retenant que cette irrégularité avait affecté les chances de la société APS d'obtenir le contrat relatif au lot n° 8, dès lors que son offre n'avait pas été examinée au regard des critères de sélection posés par le règlement de la consultation, notamment celui de la valeur technique ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le juge des référés du tribunal administratif de Versailles n'a pas méconnu les dispositions du troisième alinéa de l'article de L. 551-18 du code de justice administrative en jugeant que les conditions qu'elles posent à l'annulation du contrat par ces dispositions étaient en l'espèce remplies et en annulant, pour ce motif, le contrat litigieux ; que, par suite, les pourvois de L'OFFICE PUBLIC DE L'HABITAT INTERDEPARTEMENTAL DE L'ESSONNE, DU VAL D'OISE ET DES YVELINES et de la SOCIETE SENI ne peuvent qu'être rejetés ;

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

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que soit mis à la charge de la société APS qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, le versement d'une somme au titre des frais exposés par l'OFFICE PUBLIC DE L'HABITAT INTERDEPARTEMENTAL DE L'ESSONNE, DU VAL D'OISE ET DES YVELINES et la SOCIETE SENI et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge tant de L'OFFICE PUBLIC DE L'HABITAT

INTERDEPARTEMENTAL DE L'ESSONNE, DU VAL D'OISE ET DES YVELINES que de la SOCIETE SENI le versement à la société APS de la somme de 2 000 euros ;

DECIDE :

Article 1^{er} : Les pourvois de l'OFFICE PUBLIC DE L'HABITAT INTERDEPARTEMENTAL DE L'ESSONNE, DU VAL D'OISE ET DES YVELINES et de la SOCIETE SENI sont rejetés.

Article 2 : L'OFFICE PUBLIC DE L'HABITAT INTERDEPARTEMENTAL DE L'ESSONNE, DU VAL D'OISE ET DES YVELINES et la SOCIETE SENI verseront chacun à la société APS une somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à l'OFFICE PUBLIC DE L'HABITAT INTERDEPARTEMENTAL DE L'ESSONNE, DU VAL D'OISE ET DES YVELINES, à la SOCIETE SENI et à la société Agence Propreté Service (APS).