

N° 314499

REPUBLIQUE FRANÇAISE

UNION DES GROUPEMENTS
D'ACHATS PUBLICS - UGAP

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Alban de Nervaux
Rapporteur

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

M. Bertrand Dacosta
Commissaire du gouvernement

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

Séance du 17 septembre 2008
Lecture du 24 octobre 2008

Vu le pourvoi, enregistré le 21 mars 2008 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présenté pour L'UNION DES GROUPEMENTS D'ACHATS PUBLICS - UGAP, dont le siège est 1 boulevard Archimède, Champs-sur-Marne, à Marne-la-Vallée (77444) Cedex 2 ; l'UNION DES GROUPEMENTS D'ACHATS PUBLICS - UGAP demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance du 6 mars 2008 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Melun, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a, à la demande de la société Brescia Antincendi International (BAI) annulé la procédure de passation du marché de fourniture de véhicules de lutte contre les incendies des aéronefs ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande présentée par la société BAI devant le tribunal administratif de Melun ;

3°) de mettre la somme de 3500 euros à la charge de la société BAI au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

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

Vu la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 ;

Vu le règlement (CE) n° 1564/2005 du 7 septembre 2005;

Vu le code des marchés publics ;

Vu l'arrêté du 28 août 2006 pris en application du code des marchés publics et fixant les modèles d'avis pour la passation et l'attribution des marchés publics et des accords-cadres ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Alban de Nervaux, Auditeur,
- les observations de la SCP Coutard, Mayer, Munier-Apaire, avocat de l'UNION DES GROUPEMENTS D'ACHATS PUBLICS - UGAP et Me Odent, avocat de la société Brescia Antincendi International,
- les conclusions de M. Bertrand Dacosta, Commissaire du gouvernement ;

Considérant que l'UNION DES GROUPEMENTS D'ACHATS PUBLICS (UGAP) se pourvoit en cassation contre l'ordonnance du 6 mars 2008 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Melun, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a, à la demande de la société Brescia Antincendi International (BAI), dont l'offre avait été rejetée, annulé la procédure de passation d'un marché à bons de commande portant sur la fourniture de véhicules de lutte contre les incendies des aéronefs ;

Considérant qu'aux termes de l'article 77 du code des marchés publics : « I. Un marché à bons de commande est un marché conclu avec un ou plusieurs opérateurs économiques et exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande. / Il peut prévoir un minimum et un maximum en valeur ou en quantité ou être conclu sans minimum ni maximum (...) » ; que ces dispositions ne font pas obstacle à ce que le pouvoir adjudicateur prévoie un minimum en valeur ou en quantité sans fixer de maximum et inversement ; qu'ainsi le juge des référés a commis une erreur de droit en jugeant que le choix d'un marché comportant un montant minimum impliquait que soit également indiqué un montant maximum ; qu'il en résulte que l'UGAP est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ;

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée ;

Considérant, en premier lieu, que le règlement (CE) n°1564/2005 a établi les formulaires standard pour les publications des avis d'appel public à la concurrence au Journal officiel de l'Union européenne ; que l'article 3 de l'arrêté du 28 août 2006 pris en application du

code des marchés publics prévoit que « les demandes de publication d'avis d'appel public à la concurrence (...) des marchés publics et des accords-cadres passés selon une procédure formalisée (...) envoyées pour publication au bulletin officiel des annonces des marchés publics à compter du 1^{er} décembre 2006, sont rédigées selon les modèles d'avis fixés par le règlement (CE) n°1564/2005 » ; que les avis d'appel public à la concurrence envoyés pour publication par l'UGAP devaient donc être conformes au modèle annexé au règlement communautaire du 7 septembre 2005 ; que ce modèle comprend une rubrique II.1.3) par laquelle le pouvoir adjudicateur doit indiquer si l'avis implique un marché public, l'établissement d'un accord-cadre ou la mise en place d'un système d'acquisition dynamique ; qu'aux termes de la directive 2004 / 18/CE du 31 mars 2004 : « Un accord-cadre est un accord conclu entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées » ; qu'aux termes de la fiche explicative relative aux accords-cadres publiée par la Commission le 14 juillet 2005 sous la référence CC/2005/03 : « Les accords-cadres qui fixent tous les termes (les contrats cadres) sont des instruments juridiques par lesquels les stipulations contractuelles applicables aux commandes (éventuelles) fondées sur ce type d'accords-cadres sont fixés de manière contraignante pour les parties à l'accord – en d'autres termes, l'utilisation (éventuelle) de ce type d'accord-cadre ne nécessite pas la conclusion de nouveaux accords entre les parties par exemple par les négociations, de nouvelles offres, etc. » ; qu'il résulte de ces dispositions que les marchés à bons de commande au sens de l'article 77 du code des marchés publics, conclus avec un ou plusieurs opérateurs économiques et exécutés au fur et à mesure de l'émission de bons de commande sans négociation ni remise en concurrence, doivent être regardés comme des accords-cadres au sens de la directive ; qu'ainsi l'UGAP était tenue en l'espèce d'indiquer dans les avis que le marché impliquait la conclusion d'un accord-cadre ; qu'il en résulte que le moyen tiré de ce qu'une telle indication aurait été source d'ambiguïté ne peut qu'être écarté, alors au surplus que l'UGAP avait précisé à la rubrique « VI.3) autres informations » des avis que l'accord-cadre cité à la rubrique II.1.3) s'entend comme un marché à bons de commande conformément aux dispositions de l'article 77 du code des marchés publics ;

Considérant, en deuxième lieu, que la société Brescia Antincendi International soutient que les documents de la consultation sont entachés d'une contradiction quant au début d'exécution des prestations dès lors que les avis de marché indiquent que le marché est d'une durée de 48 mois « à compter de la date d'attribution », alors que le règlement de la consultation précise que les marchés sont à passer pour une durée de quatre ans « à compter de leur date de notification » ; que toutefois et en tout état de cause, outre que la mention « (à compter de la date d'attribution) » figure dans le modèle d'avis lui-même à la rubrique « II.3) Durée du marché ou délai d'exécution » 1) l'UGAP a apporté sur ce point une information suffisamment claire aux entreprises candidates en précisant à la rubrique « VI.3) Autres informations » que la durée du marché mentionnée au point II.3) s'entend à compter de la date de notification du marché ;

Considérant en troisième lieu qu'aux termes de l'article 40 du code des marchés publics : « VIII. La publication des avis dans le bulletin officiel des annonces des marchés publics ou sur tout autre support publicitaire ne peut intervenir avant l'envoi à l'office des publications officielles de l'Union européenne. / Ces avis ne peuvent fournir plus de renseignements que ceux qui sont contenus dans les avis adressés à l'office précité ou publiés sur un profil d'acheteur. Ils mentionnent la date d'envoi de l'avis à cet office » ; que si l'avis de marché paru au bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) ne faisait pas apparaître la date de transmission de l'avis à l'office des publications officielles de l'Union européenne aux fins de publication au journal officiel de l'Union, il n'est pas contesté que

l'UGAP avait eu recours au formulaire électronique unique dont le BOAMP assure lui-même la transmission en vue de la publication de l'avis au JOUE, en même temps qu'il l'utilise pour sa propre publication ; que dans une telle hypothèse, la « date d'envoi du présent avis » figurant sur l'avis publié au BOAMP doit être regardée comme étant également celle de l'envoi de l'avis à l'office des publications officielles de l'Union européenne ; que doit ainsi être écarté le moyen tiré de ce que la procédure de publication de l'avis était irrégulière, au motif que n'était pas mentionnée la date de son envoi à cet office ;

Considérant en quatrième lieu que l'UGAP a indiqué à la rubrique IV.2) des avis de marché les critères d'attribution du marché, notamment le critère relatif à la « valeur technique » des offres, ainsi que leur pondération ; qu'eu égard en particulier à son objet et ses effets sur la préparation des offres, le sous-élément « ergonomie de l'équipement » mentionné dans le règlement de la consultation au titre du critère de la « valeur technique » des offres ne saurait être regardé en l'espèce comme un critère à part entière ; qu'ainsi le moyen tiré de ce que l'UGAP a manqué à ses obligations de publicité en ne le mentionnant pas dans les avis d'appel public à la concurrence parmi les critères d'attribution du marché doit en tout état de cause être écarté ;

Considérant en dernier lieu que pour les motifs ci-dessus indiqués, le moyen tiré de ce que l'UGAP aurait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en lançant un marché comportant un montant minimum sans que soit également indiqué un montant maximum doit être écarté ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'à supposer que les irrégularités invoquées par la société Brescia Antincendi International aient été susceptibles de la léser ou risquent de la léser, celles-ci ne sont pas constitutives de manquements de l'UGAP à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; qu'ainsi la demande présentée par cette société devant le juge des référés du tribunal administratif de Melun doit être rejetée ; que doivent être rejetées, par voie de conséquence, ses conclusions présentées au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative ; qu'il y a lieu en revanche de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de cette société la somme de 4000 euros à verser à l'UGAP au titre des frais exposés par cette dernière tant devant le juge des référés du tribunal administratif de Melun que devant le Conseil d'Etat ;

DECIDE :

Article 1 : L'ordonnance du 6 mars 2008 du juge des référés du tribunal administratif de Melun est annulée.

Article 2 : La demande de la société Brescia Antincendi International devant le juge des référés du tribunal administratif de Melun est rejetée, ainsi que ses conclusions présentées devant le Conseil d'Etat au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La société Brescia Antincendi International versera à l'UGAP la somme de 4000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.