

statuant
au contentieux

Cette décision sera
mentionnée dans les

N° 344244

tableaux du Recueil **LEBON**

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

PRESIDENT DU SENAT

M. Nicolas Polge
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 21 janvier 2011
Lecture du 27 avril 2011

G 035

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 9 et 23 novembre 2010 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour le **PRESIDENT DU SENAT** ; le **PRESIDENT DU SENAT** demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 1017722 du 26 octobre 2010 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Paris, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, à la demande de la société Bio Paris Ouest, a annulé la procédure de passation du marché ayant pour objet la réalisation d'un bilan de santé pour les sénateurs et le personnel du Sénat et lui a enjoint, s'il entendait poursuivre son projet de marché, de reprendre intégralement la procédure de passation ;

2°) de mettre à la charge de la société Bio Paris Ouest 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 ;

Vu le code de la santé publique ;

Vu l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Nicolas Polge, Maître des Requêtes,
- les observations de la SCP Gadiou, Chevallier, avocat du PRESIDENT DU SENAT et de la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle, Hannotin, avocat de la société Bio Paris Ouest,
- les conclusions de M. Bertrand Dacosta, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Gadiou, Chevallier, avocat du PRESIDENT DU SENAT et à la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle, Hannotin, avocat de la société Bio Paris Ouest ;

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 par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation (...). / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat. » ; qu'aux termes de l'article L. 551-2 du même code : « Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. / Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. » ; qu'aux termes du premier alinéa de l'article L. 551-10 de ce code : « Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. » ;

Considérant qu'aux termes de l'article 28 du code des marchés publics, rendu applicable aux marchés du Sénat par l'arrêté du 19 décembre 2006 du bureau du Sénat : « Lorsque leur valeur estimée est inférieure aux seuils mentionnés au II de l'article 26, les marchés de fournitures, de services ou de travaux peuvent être passés selon une procédure adaptée, dont les modalités sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat. / Le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre. Cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment sur le prix. / Pour la détermination de ces modalités, le pouvoir adjudicateur peut s'inspirer des procédures formalisées prévues par le présent code, sans pour autant que les marchés en cause ne soient alors soumis aux règles formelles applicables à ces procédures. En revanche, s'il se réfère expressément à l'une des procédures formalisées prévues par le présent code, le pouvoir adjudicateur est tenu d'appliquer les modalités prévues par le présent code. » ; qu'aux termes du III de l'article 53 du même code : « Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées » ; qu'aux termes de la troisième phrase du 1° du I de l'article 35 de ce code : « Une offre est inacceptable si les conditions qui sont prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur » ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Paris que par un avis d'appel public à la concurrence publié au bulletin officiel des annonces des marchés publics le 31 juillet 2010, le Sénat a lancé une consultation en vue de l'attribution d'un marché à procédure adaptée ayant pour objet un bilan de santé pour les sénateurs et le personnel ; que l'article VI-2 du règlement de la consultation prévoyait que le marché serait attribué au candidat présentant l'offre économiquement la plus avantageuse au regard des critères du prix, pour 50 %, et de la valeur technique, pour 50 %, décomposé à parts égales entre le critère de la qualité de l'organisation des opérations d'accueil et de prélèvement réalisées au Palais du Luxembourg et le critère du délai d'envoi des résultats des analyses, et que les candidats ayant présenté les offres les plus intéressantes au regard de ces critères pourraient être invités à négocier ; qu'ayant été averti par la société Bio Paris Ouest, candidate, que l'article L. 6211-21 du code de la santé publique, issu de l'ordonnance du 13 janvier 2010 relative à la biologie médicale, impose la facturation des examens de biologie médicale au tarif de la nomenclature de la sécurité sociale, le pouvoir adjudicateur a, lors des entretiens de négociation, invité les entreprises candidates à présenter un nouveau bordereau des prix conforme à ces dispositions ; que les deux candidats concurrents de la société Bio Paris Ouest, qui avaient proposé des prix inférieurs au tarif de la nomenclature, ont, par suite, rectifié leur offre en ce sens ; que par lettre du 30 septembre 2010, le pouvoir adjudicateur a informé la société Bio Paris Ouest que le marché avait été attribué au laboratoire Notre-Dame-des-Champs, qui, après neutralisation du critère du prix, avait présenté l'offre la plus avantageuse au regard des critères de valeur technique énoncés dans le règlement de la consultation ;

Considérant que par l'ordonnance attaquée, le juge des référés du tribunal administratif de Paris, après avoir notamment relevé qu'en réponse à l'invitation du pouvoir adjudicateur en ce sens les deux entreprises qui n'avaient pas proposé des prix égaux au tarif de la nomenclature avaient régularisé leur offre sur ce point, a retenu que par la suppression du critère du prix, le pouvoir adjudicateur avait manqué à ses obligations de mise en concurrence et que ce manquement était susceptible d'avoir lésé la société Bio Paris Ouest, dès lors que celle-ci était la seule entreprise à avoir présenté une offre dont le prix était conforme aux nouvelles dispositions législatives ;

Considérant à cet égard, en premier lieu, que les dispositions du deuxième alinéa de l'article 28 du code des marchés publics, citées ci-dessus, qui permettent au pouvoir adjudicateur, au cours de la procédure adaptée, de négocier avec les candidats ayant présenté une offre sur tous les éléments de leur offre, notamment sur le prix, n'ont ni pour objet ni pour effet de l'autoriser à abandonner, en cours de procédure, le critère du prix défini, à parité avec un autre critère, comme principal critère de jugement des offres par le règlement de consultation ; qu'il en résulte que le juge des référés du tribunal administratif de Paris n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que le pouvoir adjudicateur avait manqué à ses obligations de mise en concurrence en neutralisant, après dépôt des offres, le critère du prix et en demandant, en conséquence, à deux candidats de relever les prix proposés par leurs offres afin de les mettre en conformité à la législation ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'en jugeant que le manquement ainsi relevé était susceptible d'avoir lésé la société Bio Paris Ouest, dès lors que celle-ci était la seule entreprise à avoir présenté une offre dont le prix était conforme aux nouvelles dispositions législatives, le juge des référés du tribunal administratif de Paris a suffisamment motivé son ordonnance ; que, par ces motifs, il n'a pas inexactement qualifié les faits, dès lors qu'en

l'absence de régularisation des offres inacceptables, le pouvoir adjudicateur n'aurait pu qu'éliminer les offres autres que celles de la société Bio Paris Ouest ;

Considérant enfin, que sont inopérants les moyens tirés en cassation de ce qu'en relevant que le pouvoir adjudicateur, en se fondant, après abandon du critère du prix, sur un seul critère de jugement des offres, avait méconnu les dispositions du I de l'article 53 du code des marchés publics, le juge des référés du tribunal administratif de Paris a lui-même méconnu les dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative et dénaturé les faits, dès lors que c'est par des motifs surabondants que le juge des référés a relevé ce moyen ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le **PRESIDENT DU SENAT** n'est pas fondé à demander l'annulation de l'ordonnance du 26 octobre 2010 du juge des référés du tribunal administratif de Paris ;

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la société Bio Paris Ouest, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, la somme que demande le **PRESIDENT DU SENAT** au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, en revanche, dans les circonstances de l'espèce, sur le fondement des mêmes dispositions, de mettre à la charge de l'Etat (Sénat) le versement à la société Bio Paris Ouest de la somme de 3 000 euros au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

DECIDE :

Article 1^{er} : Le pourvoi du **PRESIDENT DU SENAT** est rejeté.

Article 2 : L'Etat (Sénat) versera à la société Bio Paris Ouest la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée au **PRESIDENT DU SENAT** et à la société Bio Paris Ouest.

Copie en sera adressée à la société Laboratoire Notre-Dame-des-Champs.