

Conseil d'État

**N° 347526**

Mentionné dans les tables du recueil Lebon

**7ème et 2ème sous-sections réunies**

M. Christian Vigouroux, président

M. Frédéric Dieu, rapporteur

M. Bertrand Dacosta, rapporteur public

SCP BARTHELEMY, MATUCHANSKY, VEXLIARD ; RICARD, avocat(s)

lecture du mardi 2 août 2011

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu le pourvoi sommaire et les mémoires complémentaires, enregistrés les 16 mars, 31 mars et 4 avril 2011 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la SOCIETE CLEAN GARDEN, dont le siège est 17 rue Georges Eucharis à Fort-de-France (97200) ; la SOCIETE CLEAN GARDEN demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 1100060 du 21 février 2011 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Fort-de-France, statuant en application de l'article L. 551 - 13 et suivants du code de justice administrative, a rejeté sa demande tendant, d'une part, à la suspension de l'exécution du contrat signé le 13 janvier 2011 entre la société Seen Net et la commune de Ducos pour le nettoyage des rues, trottoirs, places publiques, caniveaux, l'entretien, l'élagage et le fauchage des bords des voies communales, rurales ou réalisées par la collectivité, des lotissements et espaces publics sur le territoire de la commune et, d'autre part, a annulé ce contrat ;

2°) statuant en référé, d'annuler le contrat conclu par la commune de Ducos avec la société Seen Net ;

3°) de mettre à la charge de la commune de Ducos et de la société Seen Net le versement de la somme de 4 500 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 CLEAN GARDEN et de Me Ricard, avocat de la commune de ducos,

- 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 CLEAN GARDEN et à Me Ricard, avocat de la commune de ducos,

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'il résulte de ces dispositions que le référé contractuel n'est pas ouvert aux candidats qui ont fait usage du référé précontractuel, soit dans le délai de suspension soit après son expiration, lorsque le pouvoir adjudicateur a respecté l'obligation de suspension de la signature du contrat qui s'imposait à lui ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que la commune de Ducos a lancé le 15 septembre 2010 une procédure formalisée de passation d'un marché portant sur des prestations de nettoyage des voies et espaces publics et d'entretien, d'égoutage et de fauchage des bords des voies publiques ; que la SOCIETE CLEAN GARDEN a déposé une offre ; qu'elle a été informée, par lettre du 28 décembre 2010, que son offre avait été rejetée par la commission d'appel d'offres ; que le marché a été attribué à la société Seen Net ; que, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, la SOCIETE CLEAN GARDEN a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Fort-de-France, le 13 janvier 2011, d'une demande d'annulation de la procédure de passation du contrat ; que, la commune de Ducos ayant fait état, dans son mémoire en défense enregistré le 27 janvier 2011 au greffe du tribunal, de la signature du marché avec la société Seen Net, la SOCIETE CLEAN GARDEN a alors demandé au juge des référés du tribunal administratif de Fort-de-France l'annulation de ce contrat, 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 31 janvier 2011, rejeté les conclusions de la SOCIETE CLEAN GARDEN fondées sur l'article L. 551-1 du code de justice administrative, le juge des référés du tribunal administratif de Fort-de-France a, par l'ordonnance attaquée du 21 février 2011, rejeté sa demande présentée sur le fondement des articles L. 551-13 et L. 551-18 du code de justice administrative ;

Sur la recevabilité de la demande en référé contractuel présentée par la SOCIETE CLEAN GARDEN :

Considérant qu'aux termes de 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 : La conclusion du contrat qui suit la décision d'attribution d'un marché relevant du champ d'application de la directive 2004/18/CE ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché a été envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou, si d'autres moyens de communication sont utilisés, avant l'expiration d'un délai d'au moins quinze jours calendaires à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés, ou d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de réception de la décision d'attribution du marché. ; qu'aux termes de l'article 80 du code des marchés publics :

I. - 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. / 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 (...); qu'aux termes enfin de l'article R. 551-5 du code de justice administrative : Le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il délègue statue dans un délai de vingt jours sur les demandes qui lui sont présentées en vertu des articles L. 551-1 et L. 551-5. / Le juge ne peut statuer avant le seizième jour à compter de la date d'envoi de la décision d'attribution du contrat aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre. Ce délai est ramené au onzième jour lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice justifie que la décision d'attribution du contrat a été communiquée par voie électronique à l'ensemble des opérateurs économiques intéressés. ;

Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 80 du code des marchés publics, transposant les dispositions de l'article 2 bis de la directive du 21 décembre 1989 modifiée par la directive du 11 décembre 2007 et qui a pour objet d'accorder aux concurrents évincés un délai minimum de seize jours durant lequel ils peuvent former un recours précontractuel sur lequel le juge des référés peut statuer à partir du seizième jour en application des dispositions de l'article R. 551-5 du code de justice administrative, que le délai que doit s'imposer puis respecter le pouvoir adjudicateur entre l'envoi aux concurrents évincés de la notification du rejet de leur candidature ou de leur offre et la conclusion du marché est un délai dont la computation s'opère de date à date ; qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que la commune de Ducos s'était en l'espèce conformée au délai minimum de seize jours prévu par l'article 80 du code des marchés publics ; qu'ainsi, ayant envoyé le 28 décembre 2010 à la SOCIETE CLEAN GARDEN la notification du rejet de son offre, la commune de Ducos pouvait régulièrement signer le marché litigieux le 13 janvier 2011, le délai de suspension ayant expiré le 12 janvier 2011 ; que, par suite, la SOCIETE CLEAN GARDEN, qui a disposé de la faculté, durant ce délai, de présenter utilement un recours précontractuel, et qui ne l'a exercé que le 13 janvier 2011 alors que le marché venait d'être signé, n'était pas recevable, en application des dispositions précitées de l'article L. 551-14 du code de justice administrative, à former un recours contractuel postérieurement à la conclusion du marché ; que le juge des référés du tribunal administratif de Fort-de-France a ainsi commis une erreur de droit en estimant que la demande de la SOCIETE CLEAN GARDEN présentée sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative était recevable ; que l'ordonnance attaquée doit dès lors être annulée ;

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 CLEAN GARDEN ;

Considérant qu'ainsi qu'il a été dit, la commune de Ducos a signé le marché litigieux avec la société Seen Net après l'expiration du délai minimum de suspension de seize jours auquel elle avait décidé de recourir en application des dispositions de l'article 80 du code des marchés publics ; qu'ainsi, la SOCIETE CLEAN GARDEN, dont il résulte de l'instruction qu'elle n'a formé un recours précontractuel qu'après l'expiration de ce délai, n'a pas été privée de la possibilité de présenter utilement un tel recours ; que, par suite et en application de l'article L. 551-14 du code de justice administrative, la SOCIETE CLEAN GARDEN n'est pas recevable à demander l'annulation du marché sur le fondement des dispositions des articles L. 551-13 et L. 551-18 de ce code ; que, dès lors, sa demande ne

peut qu'être rejetée ;

Sur l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge de la commune de Ducos et de la société Seen Net, qui ne sont pas les parties perdantes dans la présente instance, le versement de la somme demandée par la SOCIETE CLEAN GARDEN au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, en revanche, de mettre à la charge de la SOCIETE CLEAN GARDEN une somme de 3 000 euros à verser à la commune de Ducos au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens pour la procédure suivie devant le Conseil d'Etat et le tribunal administratif de Fort-de-France ainsi qu'une somme de 1 500 euros à verser à la société Seen Net au même titre et pour la procédure suivie devant le tribunal administratif de Fort-de-France ;

D E C I D E :

-----

Article 1er : L'ordonnance du 21 février 2011 du juge des référés du tribunal administratif de Fort-de-France est annulée.

Article 2 : La demande présentée par la SOCIETE CLEAN GARDEN devant le tribunal administratif de Fort-de-France est rejetée.

Article 3 : La SOCIETE CLEAN GARDEN versera à la commune de Ducos une somme de 3 000 euros et à la société Seen Net une somme de 1 500 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions présentées par la SOCIETE CLEAN GARDEN au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente décision sera notifiée à la SOCIETE CLEAN GARDEN, à la commune de Ducos, à la société Seen Net et au directeur régional des finances d'Ile-de-France.