

Conseil d'État

**N° 312370**

Mentionné dans les tables du recueil Lebon

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

M. Daël, président

Mme Agnès Fontana, rapporteur

M. Dacosta Bertrand, commissaire du gouvernement

SCP COUTARD, MAYER, MUNIER-APAIRE ; SCP DIDIER, PINET, avocat(s)

lecture du vendredi 8 août 2008

**REPUBLIQUE FRANCAISE AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu le pourvoi, enregistré le 18 janvier 2008 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présenté pour la VILLE DE MARSEILLE, représentée par son maire ; la VILLE DE MARSEILLE demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance du 3 janvier 2008 par la quelle le juge des référés du tribunal administratif de Marseille, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a, à la demande de la société à responsabilité limitée Librairie Maupetit, annulé la procédure de passation de certains lots du marché public relatif à des fournitures d'ouvrages multi-supports aux bibliothèques municipales;

2°) statuant au titre de la procédure de référé eng agée, de rejeter la demande de la société librairie Maupetit ;

3°) de mettre la somme de 3 000 euros à la charge de la société librairie Maupetit en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 26 juin 2008, présentée pour la société Librairie Maupetit ;

Vu les observations, enregistrées le 7 juillet 2008 après la clôture de l'instruction, présentées par le ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi ;

Vu le règlement (CE) n°1564 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 Mme Agnès Fontana, chargée des fonctions de Maître des Requêtes,
- les observations de la SCP Coutard, Mayer, Munier-Apaire, avocat de la VILLE DE MARSEILLE et de la SCP Didier, Pinet, avocat de la société Librairie Maupetit,
- les conclusions de M. Bertrand Dacosta, Commissaire du gouvernement ;

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 des marchés publics, des marchés mentionnés au 2° de l'article 24 de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, des contrats de partenariat, des contrats visés au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du code de la santé publique et des conventions de délégation de service public./ Les personnes

habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement (...). Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours » ;

Considérant que la VILLE DE MARSEILLE a lancé un appel d'offres ouvert pour l'achat d'ouvrages multi-supports destinés aux bibliothèques de la commune ; qu'elle a transmis à cet effet un avis d'appel public à la concurrence qui a été publié au Journal officiel de l'Union Européenne le 30 août 2007 et au bulletin officiel des annonces des marchés publics le 31 août 2007 ; que la société Librairie Maupetit a présenté des offres portant sur six des huit lots du marché ; que par un courrier daté du 6 décembre 2007, cette société a été informée que son offre était jugée irrecevable ; que, saisi par la société Librairie Maupetit, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a, par l'ordonnance attaquée du 3 janvier 2008, annulé la procédure de passation pour les six lots objets de l'offre de la société Librairie Maupetit et enjoint à la VILLE DE MARSEILLE, dans l'hypothèse où elle entendrait conclure un nouveau marché, de se conformer à ses obligations en matière de publicité et de mise en concurrence ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi :

Considérant d'une part que l'arrêté du 28 août 2006 pris en application du code des marchés publics fixe les modèles d'avis pour la passation et l'attribution des marchés publics et des accords-cadres ; qu'aux termes de l'article 2 cet arrêté : « 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 du 1er septembre 2006 au 30 novembre 2006, sont rédigés selon les modèles d'avis annexés au présent arrêté » ; qu'aux termes de l'article 3 du même arrêté : « les demandes de publication d'appel public à la concurrence (...) envoyées pour publication au bulletin officiel des annonces des marchés publics à compter du 1er décembre 2006, sont rédigées selon les modèles d'avis fixés par le règlement (CE) n°1564/2005 susvisé » ; que l'avis d'appel public à la concurrence envoyé pour publication par la VILLE DE MARSEILLE courant août 2007 devait donc être conforme au modèle annexé au règlement communautaire du 7 septembre 2005 ; que ce modèle comprend une rubrique II.3) intitulée « durée du marché ou délai d'exécution », dans laquelle le pouvoir adjudicateur doit indiquer soit la durée en mois ou en jours à compter de la date d'attribution du contrat, soit les dates de début et de fin d'exécution du contrat ; qu'en l'espèce, la VILLE DE MARSEILLE a indiqué, dans l'avis d'appel à la concurrence, que le marché s'exécuterait sur douze mois ; qu'aucun autre texte applicable au marché ne faisait obligation au pouvoir adjudicateur d'indiquer en outre la date prévisible de commencement d'exécution ; qu'il en résulte qu'en jugeant que la VILLE DE MARSEILLE avait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en ne faisant pas apparaître la date prévisible de début d'exécution du marché le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a commis une erreur de droit ;

Considérant d'autre part 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 ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Marseille que la VILLE DE MARSEILLE 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 ; qu'ainsi, en estimant 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, le juge des référés a commis une erreur de droit ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la VILLE DE MARSEILLE 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 qu'aux termes de l'article 44 du code des marchés publics : « Le candidat produit à l'appui de sa candidature : 1° la copie d u ou des jugements prononcés, s'il est en redressement judiciaire ; 2° une déclaration sur l'honneur pour justifier qu'il n'entre dans aucun des cas mentionnés à l'article 43, 3° les documents et renseignements demandés par le pouvoir adjudicateur dans les conditions fixées à l'article 45 » ; que l'article 52 dispose: « I. avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai identique pour tous et qui ne saurait être supérieur à dix jours. Il en informe les autres candidats qui ont la possibilité de compléter leur candidature dans le même délai. / Les candidats qui ne peuvent soumissionner à un marché en application de l'article 43 ou qui, le cas échéant après mise en oeuvre des dispositions du premier alinéa, produisent des dossiers de candidature ne comportant pas les pièces mentionnées aux articles 44 et 45 ne sont pas admis à participer à la procédure de passation du marché. / Les candidatures qui n'ont pas été écartées en application des dispositions de l'alinéa précédent sont examinées au regard des niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée d'un tel avis, dans le règlement de la consultation. Les candidatures qui ne satisfont pas à ces niveaux de capacité sont éliminées. L'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats. » ;

Considérant qu'il résulte de ces dispositions que le code des marchés publics fixe précisément et limitativement les motifs pour lesquels des candidatures peuvent être écartées et les modalités de ce rejet ; que par suite la VILLE DE MARSEILLE ne pouvait régulièrement rejeter la candidature de la société Librairie Maupetit au motif que figurait dans son dossier, outre les pièces prévues par les dispositions précitées, un document technique complémentaire ; que la société Librairie Maupetit est donc fondée à demander l'annulation de la procédure pour les lots 1, 2, 3, 4, 6 et 8 sur lesquels elle s'était portée candidate ; qu'il y a lieu d'enjoindre à la VILLE DE MARSEILLE, si elle souhaite conclure un nouveau marché, de se conformer à ses obligations au titre de la publicité et de la mise en concurrence ;

Sur les conclusions aux fins d'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant que les dispositions susmentionnées font obstacle à ce que soit mise à la charge de la société Librairie Maupetit qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, la somme que demande la VILLE DE MARSEILLE au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu de mettre à la charge de la VILLE DE MARSEILLE la somme de 3 000 euros que demande la société Librairie Maupetit au titre des mêmes dispositions ;

DECIDE :

-----

Article 1er : L'ordonnance du 3 janvier 2008 du juge des référés du tribunal administratif de Marseille est annulée.

Article 2 : La procédure d'appel d'offres lancée par la VILLE DE MARSEILLE pour les lots 1, 2, 3, 4, 6 et 8 du marché d'acquisition d'ouvrages multi-supports est annulée.

Article 3 : Il est enjoint à la VILLE DE MARSEILLE, si elle souhaite passer un nouveau marché en vue du même objet, de se conformer à ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

Article 4 : La VILLE DE MARSEILLE versera à la société Librairie Maupetit la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : Les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative présentées par la VILLE DE MARSEILLE sont rejetées.

Article 6 : La présente décision sera notifiée à la VILLE DE MARSEILLE, à la société à responsabilité limitée Librairie Maupetit, au Premier ministre, au ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique et au ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi.

