

TRIBUNAL ADMINISTRATIF  
DE MARSEILLE

N° 0607411

REPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE GRAS SAVOYE SICOMA  
et  
SOCIETE AXA FRANCE VIE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Ordonnance du 23 novembre 2006

Le Tribunal administratif de Marseille,

54-03-05

Le vice-président délégué,  
juge des référés,

Vu la requête, enregistrée au greffe du Tribunal le 3 novembre 2006, sous le n° 0607411, présentée par la SOCIETE GRAS SAVOYE SICOMA, dont le siège social est 480 avenue du Prado à Marseille (13008) et la SOCIETE AXA FRANCE VIE, dont le siège social est 26 rue Drouot à Paris (75009), agissant en qualité de membre du groupement « Gras Savoye – Axa France Vie, agissant par leurs représentants légaux, par la SCP Sur – Mauvenu et associés ;

La SOCIETE GRAS SAVOYE SICOMA et la SOCIETE AXA FRANCE VIE demandent au président du Tribunal administratif, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

- 1° d'annuler la décision en date du 25 octobre 2006, par laquelle leur offre a été rejetée ;
- 2° de suspendre la procédure de passation du marché public en cause, portant sur l'assurance des risques financiers liés à la protection sociale statutaire des personnels territoriaux des collectivités territoriales et des établissements publics des Bouches-du-Rhône ;
- 3° d'ordonner la production des offres initiale et finale du groupement attributaire, de l'ensemble des correspondances (courriers et courriels) intervenus entre le centre de gestion et le groupement attributaire et du rapport d'analyse des offres ;
- 4° d'ordonner au centre de gestion de se conformer à ses obligations de publicité préalable et de mise en concurrence, en relançant la procédure depuis son début ;
- 5° d'enjoindre au président de la commission d'appel d'offres de différer la signature du marché jusqu'au terme de la présente procédure ;
- 6° de condamner le centre de gestion à lui verser 5 000 euros, augmentés de la taxe sur la valeur ajoutée, en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elles font valoir que :

- elles sont recevables à agir sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ;
- le centre de gestion n'a pas justifié son recours à la procédure négociée ni précisé le fondement juridique de ladite procédure ;
- le recours à un marché négocié n'est légalement possible sur aucun fondement juridique ;

- les autres centres de gestion ont eu recours à la procédure de l'appel d'offres ;
- l'égalité entre les candidats a été rompue lors de la phase de négociation ;

Vu le mémoire, enregistré le 17 novembre 2006, présenté pour le centre de gestion de la fonction publique territoriale des Bouches-du-Rhône, par Me Hourcabie, qui conclut :

1° au rejet de la requête ;

2° à ce que les requérantes soient condamnées à lui verser la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Il fait valoir que :

- aucune disposition ne lui impose de justifier, avant la conclusion du contrat, le choix de la procédure de passation retenu ;
- l'absence de précision, dans les avis d'appel public à la concurrence, sur le fondement juridique précis de la procédure de marché négocié est sans incidence dès lors que la procédure à suivre est identique pour les marchés passés en application de l'article 35-I du code des marchés publics, ce qui rend un tel moyen inopérant voire infondé ;
- le marché en cause n'imposait pas le recours à l'appel d'offres mais relevait bien de l'article 35-I-2° du code des marchés publics, compte tenu de la nature particulière du risque à couvrir et de la difficulté, en conséquence, d'en préciser les éléments ;
- il peut également entrer dans le champ de l'article 35-I-4° du même code, pour les mêmes raisons, qui font obstacle à la fixation d'un prix préalable et global ;
- la circonstance que d'autres centres de gestion auraient eu recours à la procédure d'appel d'offres manque en fait ;
- aucun élément précis n'est avancé pour étayer le moyen tiré de la rupture d'égalité devant les charges publiques ;

Vu le mémoire, enregistré le 21 novembre 2006, présenté pour la SOCIETE GRAS SAVOYE SICOMA et la SOCIETE AXA FRANCE VIE, qui maintient ses précédentes conclusions, en faisant valoir les mêmes moyens et qui soutient, en outre, que :

- la justification du choix de la procédure négociée devait figurer dans le procès verbal de la commission ;
- elle devait en outre être mentionnée dans les délibérations prises par les collectivités territoriales concernées, en application des dispositions de l'article L. 2122-21-1 du code général des collectivités territoriales ;

Vu le mémoire, enregistré le 22 novembre 2006, présenté pour le centre de gestion de la fonction publique territoriale des Bouches-du-Rhône, qui conclut aux mêmes fins, par les mêmes moyens, que dans ses précédentes écritures ;

Vu les autres pièces du dossier ;

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

Vu le code des assurances ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 modifiée ;

Vu le décret n° 86-552 du 14 mars 1986 modifié ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la délégation du président du Tribunal ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 22 novembre 2006 :

- le rapport de M. Hermitte, vice-président ;

- les observations de Me Oriou substituant la SCP Sur – Mauvenu et associés, pour la SOCIETE GRAS SAVOYE SICOMA et la SOCIETE AXA FRANCE VIE ;

- les observations de Me Hourcabie, pour le centre de gestion de la fonction publique territoriale des Bouches-du-Rhône ;

Sur l'application des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

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 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, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local.... 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. .. Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'Etat, elle peut également être présentée par celui-ci lorsque la Commission des communautés européennes lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations de publicité et de mise en concurrence d'origine communautaire ou résultant de l'accord sur l'Espace économique européen, a été commise. ... Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés » ;

Considérant, en premier lieu, qu'aucune stipulation, disposition ni aucun principe général du droit n'impose à la personne publique qui souhaite passer un marché de justifier, dans l'avis d'appel public à la concurrence, dans le dossier de la consultation remis aux candidats ou encore dans le procès verbal de la commission chargée d'examiner les candidatures et les offres, le choix de la procédure de passation, lequel ne doit figurer que dans le rapport de présentation prévu à l'article 75 du code des marchés publics, établi à l'issue de la procédure ; que les dispositions de l'article L. 2221-21-1 du code général des collectivités territoriales n'imposent pas davantage aux collectivités territoriales susceptibles d'adhérer ultérieurement au marché conclu par le centre de gestion, de justifier, dans une délibération préalable à la conclusion de ce marché, la justification du recours à la procédure choisie ;

Considérant, en deuxième lieu, que dans l'avis d'appel public à la concurrence, le centre de gestion de la fonction publique territoriale des Bouches-du-rhône a indiqué, dans la rubrique « type de procédure », qu'il s'agissait d'un marché négocié ; que cette mention est suffisante à ce stade ; qu'il résulte également de l'instruction que l'article 2 du règlement de consultation précise que la procédure est mise en œuvre sur le fondement des 2° et 4° de l'article 35-I du code des marchés publics applicable ; que, contrairement à ce que soutiennent les sociétés requérantes, ces deux dispositions ne sont pas exclusives l'une de l'autre mais peuvent, au contraire, dans certains cas de figure, être simultanément applicables ; que s'il appartient normalement à l'autorité concernée, dans un tel cas, de retenir celui des deux fondements qui lui paraît suffire à justifier le recours au marché négocié, la circonstance que les deux fondements soient simultanément invoqués n'est pas nature à faire regarder la personne publique à l'origine de la procédure comme n'ayant pas précisé le fondement juridique de la procédure mise en œuvre et n'est pas de nature à entacher d'irrégularité la procédure suivie, alors surtout que les règles de passation, en particulier les obligations de publicité et de mise en concurrence, sont identiques sur les deux fondements invoqués ;

Considérant, en troisième lieu, qu'aux termes des dispositions de l'article 35 du code des marchés publics susvisé : « Il ne peut être passé de marchés négociés que dans les cas définis ci-dessous : I. - Peuvent être négociés après publicité préalable et mise en concurrence : (...) 2° Les marchés de services, notamment les marchés de prestations intellectuelles telles que la conception d'ouvrage, lorsque la prestation de services à réaliser est d'une nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres ; (...) 4° Dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de services dont la nature ou les aléas qui peuvent affecter leur réalisation ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que le marché objet de la procédure de passation contestée dans la présente instance porte sur un contrat d'assurance groupe ouvert à adhésion facultative ; que, dans un tel cas, le centre de gestion de la fonction publique territoriale, qui détermine et conduit la procédure de passation, conclut le marché avec les candidats, assureur et courtier associés, dont l'offre est retenue ; que les collectivités territoriales et établissements publics locaux du département ont ensuite la possibilité d'adhérer ou non au contrat d'assurance ; que, de plus, l'objet du marché porte sur l'assurance des risques financiers liés à la protection sociale statutaire des personnels territoriaux des collectivités territoriales et des établissements publics des Bouches-du-Rhône ; que le type de marché d'assurance en cause, qui comporte une incertitude réelle quant au nombre d'adhérents, mais aussi son objet particulier, et bien qu'il existe des études statistiques sur la fréquence des risques de la nature de ceux dont la couverture est recherchée, sur lesquelles les collectivités susceptibles d'être concernées, comme le centre de gestion, se sont d'ailleurs fondées pour élaborer les documents du marché, font obstacle à ce que les spécifications du marché puissent être considérées comme susceptibles d'être établies avec une précision suffisante, de même qu'à une fixation préalable et globale du prix, ces variations ne pouvant qu'avoir un impact important sur le contenu des offres, alors même qu'il s'agit du renouvellement d'un précédent dispositif de couverture des mêmes risques et que des options obligatoires étaient prévues ; que, contrairement à ce que font valoir les sociétés requérantes, une telle analyse n'a pas pour effet de faire entrer tous les marchés d'assurance dans le champ des dispositions précitées de l'article 35-I ;

Considérant que la circonstance que certains centres de gestion de la fonction publique territoriale aient eu recours à la procédure d'appel d'offres, est sans incidence sur le présent litige, compte tenu de ce qui vient d'être dit sur ce moyen ;

Considérant, en quatrième et dernier lieu, que le choix de la mise en œuvre d'une procédure négociée n'impose pas à la personne publique de définir préalablement les modalités de la négociation, lesquelles pourront dépendre des offres présentées et de leur plus ou moins grande adéquation avec les prévisions de l'administration ; que la branche du moyen tirée de la méconnaissance du principe de transparence prévu à l'article 1<sup>er</sup> du code des marchés publics doit donc être écartée ; que, toutefois, cette absence de définition des modalités de la négociation ne saurait avoir pour effet de permettre la méconnaissance du principe d'égalité de traitement des candidats, également rappelé à l'article 1<sup>er</sup> du même code ; qu'il ne résulte pas l'instruction que la négociation avec les candidats n'aurait pas été menée dans le respect de ce principe ; que l'allégation des requérantes selon laquelle les candidats dont l'offre a été retenue auraient eu la possibilité de présenter une dernière meilleure offre, ce dont elles n'auraient pas également bénéficié, n'est pas établie ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la SOCIETE GRAS SAVOYE SICOMA et la SOCIETE AXA FRANCE VIE ne sont pas fondées à demander au juge des référés de faire application des pouvoirs qu'il tient de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ;

Sur les frais non compris dans les dépens :

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que le centre de gestion de la fonction publique territoriale des Bouches-du-Rhône soit condamné à verser une somme sur leur fondement ; que, dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de condamner les requérantes sur le même fondement ;

ORDONNE

Article 1er : La requête de la SOCIETE GRAS SAVOYE SICOMA et de la SOCIETE AXA FRANCE VIE est rejetée.

Article 2 : Les conclusions présentées par le centre de gestion de la fonction publique territoriale des Bouches-du-Rhône sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE GRAS SAVOYE SICOMA, à la SOCIETE AXA FRANCE VIE, au centre de gestion de la fonction publique territoriale des Bouches du Rhône et au groupement Dexia-Sofcap-GPA.

Fait à Marseille, le 23 novembre 2006.

Le vice-président délégué,  
juge des référés

signé

G. HERMITTE

La république mande et ordonne au préfet des Bouches-du-Rhône, en ce qui le concerne ou à tous les huissiers de justice, de se que requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente ordonnance.

Pour expédition conforme  
Pour le greffier et

