



**RÉPUBLIQUE
FRANÇAISE**

*Liberté
Égalité
Fraternité*

Légifrance

Le service public de la diffusion du droit

Références

CAA de MARSEILLE

N° 19MA00013

Inédit au recueil Lebon

6ème chambre

Mme HELMLINGER, président
M. Philippe GRIMAUD, rapporteur
M. THIELÉ, rapporteur public
CABINET FIDAL, avocat

lecture du lundi 15 juin 2020

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Texte intégral

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La société Eveha a demandé au tribunal administratif de Marseille, d'une part, d'annuler le marché public conclu le 10 mars 2017 entre la société publique locale d'aménagement (SPLA) Pays d'Aix territoires et l'Institut national de recherches archéologiques préventives (INRAP) en vue de la réalisation des fouilles d'archéologie préventive préalables aux travaux de la zone d'aménagement concerté de la Burlière et, d'autre part, de condamner cette société à lui verser une indemnité de 115 874 euros en réparation du préjudice découlant de son éviction du marché.

Par un jugement n° 1704880 du 6 novembre 2018, le tribunal administratif de Marseille a rejeté sa demande.

Procédure devant la Cour :

Par une requête et des mémoires enregistrés le 3 janvier 2019, le 9 juillet 2019, le 18 septembre 2019, le 7 octobre 2019 et le 23 décembre 2019, la société Eveha, représentée par Me K..., demande à la Cour :

1°) d'annuler ce jugement du tribunal administratif de Marseille ;

2°) d'annuler le marché conclu le 10 mars 2017 ;

3°) au besoin, d'enjoindre à l'INRAP de produire tout document permettant de vérifier, d'une part, que le prix proposé par cet établissement public administratif est déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation, objet du contrat et, d'autre part, que cet établissement public n'a pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public ;

4°) au besoin, de désigner un expert chargé de rendre un avis technique sur cette question en vertu de l'article R. 625-2 du code de justice administrative ;

5°) de condamner la SPLA Pays d'Aix territoires à lui verser une indemnité de 115 874 euros en réparation de son préjudice ;

6°) de mettre à la charge respective de la SPLA Pays d'Aix territoires et de l'INRAP la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la différence de prix entre l'offre de l'INRAP et la sienne étant de 25 %, elle est substantielle et la SPLA Pays d'Aix territoires a entaché la passation du marché d'une irrégularité en s'abstenant de vérifier les caractéristiques de l'offre présentée par l'INRAP ;
- il appartient à l'INRAP de justifier que le prix de son offre prend en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à sa formation, sans qu'il bénéficie, pour le déterminer, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public ;
- alors qu'elle a apporté de nombreux éléments démontrant la méconnaissance de ces règles, ni cet établissement ni le pouvoir adjudicateur n'ont apporté de précision sur ces deux points, de telle sorte que l'offre de l'INRAP doit être regardée comme méconnaissant nécessairement le principe de libre concurrence ;
- les documents comptables de l'INRAP permettant de vérifier le respect des règles de la concurrence ne sont pas couverts par le secret des affaires.

Par des mémoires en défense enregistrés le 12 juin 2019, le 3 septembre 2019, le 7 octobre 2019, le 25 novembre 2019 et le 27 janvier 2020, l'INRAP, représenté par Me D..., conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 6 000 euros soit mise à la charge de la société Eveha au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- les documents relatifs à l'élaboration de son prix sont couverts par le secret des affaires ;
- les moyens soulevés par la société Eveha dans sa requête sont infondés.

Par des mémoires en défense enregistrés le 12 juin 2019, le 26 juillet 2019, le 16 septembre 2019 et le 23 novembre 2019, la SPLA Pays d'Aix territoires, représentée par Me C..., conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 6 000 euros soit mise à la charge de la société Eveha au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- les moyens soulevés par la société Eveha dans sa requête sont infondés ;
- elle n'aurait en tout état de cause pas retenu l'offre de la société Eveha eu égard au caractère excessivement élevé de son prix, de sorte que cette société n'avait donc pas de chance sérieuse d'emporter le marché.

Par ordonnance du 28 janvier 2020, la clôture d'instruction a été fixée en dernier lieu au 17 février 2020.

Par courrier du 21 avril 2020, les parties ont été informées, en application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, que la Cour était susceptible de fonder son arrêt sur un moyen relevé d'office, tiré de l'incompétence de la juridiction administrative pour examiner la requête de la société Eveha dès lors, d'une part, que le contrat attaqué ne comporte de clauses exorbitantes qu'au profit de la personne morale de droit privé ayant la qualité de pouvoir adjudicateur et, d'autre part, que cette dernière n'agit pas en qualité de mandataire d'une personne publique, et que le marché est dès lors susceptible de constituer un contrat de droit privé.

Par un mémoire enregistré le 30 avril 2020, la société Eveha a répondu à ce moyen.

Par un mémoire enregistré le 13 mai 2020, la SPLA Pays d'Aix territoires a répondu à ce moyen.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de commerce ;
- le code du patrimoine ;
- le code de l'urbanisme ;
- la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 ;
- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;
- le décret n° 2015-233 du 27 février 2015 ;
- l'arrêté du 16 septembre 2009 ;
- le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. G... Grimaud, rapporteur,

- les conclusions de M. B... Thiele, rapporteur public,
- et les observations de Me E..., représentant la société Eveha, de Me A..., représentant l'INRAP et de Me C..., représentant la SPLA Pays d'Aix territoires.

Considérant ce qui suit :

1. La communauté d'agglomération du Pays d'Aix a, en exécution d'une délibération du 28 septembre 2010, confié à la SPLA Pays d'Aix territoires une concession d'aménagement destinée à la réalisation de la zone d'aménagement concerté de la Burlière, sur le territoire de la commune de Trets. Par un arrêté du 27 octobre 2015, le préfet de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur a prescrit la réalisation de fouilles archéologiques préventives sur ce site. La SPLA Pays d'Aix territoires a engagé une procédure d'attribution du marché de réalisation de ces fouilles, avant de déclarer la procédure sans suite le 19 octobre 2016 en raison d'un avis négatif de la direction régionale des affaires culturelles sur le projet scientifique de l'INRAP, candidat retenu. Le 21 octobre 2016, la société d'aménagement a lancé une nouvelle procédure adaptée pour la passation de ce marché. Par lettre du 8 février 2017, elle a notifié à la société Eveha le rejet de son offre, classée seconde, et l'a informée de l'attribution du marché à l'INRAP. Le marché a été conclu avec cet établissement public le 10 mars 2017.

2. Aux termes de l'article 35 du décret du 27 février 2015 : " Lorsqu'une juridiction est saisie d'un litige qui présente à juger, soit sur l'action introduite, soit sur une exception, une question de compétence soulevant une difficulté sérieuse et mettant en jeu la séparation des ordres de juridiction, elle peut, par une décision motivée qui n'est susceptible d'aucun recours, renvoyer au Tribunal des conflits le soin de décider sur cette question de compétence. (...) ".

3. En premier lieu, aux termes du premier alinéa du I de l'article 2 de la loi du 11 décembre 2001 dans sa rédaction issue de la loi du 14 octobre 2015 : " Les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs. ". Toutefois, en vertu des dispositions de l'article 102 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : " sont abrogés : / (...) 9° L'article 2 de la loi du 11 décembre 2001 susvisée en tant qu'il concerne des personnes soumises à la présente ordonnance (...) ". Par ailleurs, en vertu de l'article 3 de cette ordonnance : " Les marchés publics relevant de la présente ordonnance passés par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs. ".

4. Il résulte de la combinaison de ces dispositions que le contrat en cause, passé par une personne morale de droit privé soumise à l'ordonnance du 23 juillet 2015 en application des dispositions de son article 10 et relevant donc des dispositions de cette ordonnance au sens de son article 3, ne peut en tout état de cause être qualifié d'administratif en vertu des dispositions de la loi du 11 décembre 2001, ni d'aucune autre disposition législative.

5. En deuxième lieu, le marché conclu entre la SPLA Pays d'Aix territoires et l'INRAP se borne à confier à cet établissement une prestation de service répondant aux besoins du pouvoir adjudicateur et ne comporte ainsi aucune participation à un service public.

6. Il résulte, en troisième lieu, de l'instruction que ni la concession d'aménagement de la zone d'aménagement concerté de la Burlière, ni les statuts de la SPLA Pays d'Aix territoires, ni les dispositions de l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme ne confèrent à cette société un mandat général ou spécifique en vue d'agir au nom et pour le compte de la communauté d'agglomération du pays d'Aix puis de la métropole Aix-Marseille Provence, autorités concédantes. Le marché ne peut donc être regardé comme ayant été conclu pour le compte d'une personne publique, alors même que les personnes publiques actionnaires de la SPLA Pays d'Aix territoires exerceraient sur celle-ci un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services.

7. Il est vrai, en quatrième lieu, que le contrat litigieux, conclu entre une personne privée et une personne publique, comporte, par renvoi aux dispositions du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de prestations intellectuelles approuvé par l'arrêté interministériel du 16 septembre 2009, des stipulations reconnaissant au pouvoir adjudicateur des prérogatives exorbitantes du droit commun, dont le pouvoir de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général. Ces clauses pourraient impliquer, dans l'intérêt

général, que le marché relève du régime des contrats administratifs. Elles sont toutefois exclusivement stipulées au bénéfice de la SPLA Pays d'Aix territoires, personne morale de droit privé ayant la qualité de pouvoir adjudicateur, et non au bénéfice de l'INRAP qui, s'il est un établissement public, se trouve, pour la conclusion du contrat en cause, dans la position d'un opérateur de marché dont la situation contractuelle n'est en rien différente d'une entreprise privée qui aurait souscrit le même marché.

8. Enfin, en dernier lieu, le contrat en cause porte, d'une part, sur une prestation réservée, en vertu des dispositions du chapitre III du titre II du livre V du code du patrimoine, à un nombre limité d'opérateurs publics et privés agréés qui exercent la mission de fouille dans le cadre d'un cahier des charges scientifiques fixé par l'Etat et, en l'espèce, par l'arrêté préfectoral du 27 octobre 2015, qui s'impose tant au pouvoir adjudicateur qu'aux candidats et au titulaire du marché, qu'il s'agisse de l'INRAP ou de l'une des entreprises agréées en vertu des dispositions précitées du code du patrimoine. La conclusion du marché attaqué manifeste, d'autre part, la liberté des personnes publiques de se porter candidates à l'attribution d'un contrat de commande publique pour répondre aux besoins d'un pouvoir adjudicateur, à la condition que cette candidature, conforme à l'intérêt public local ou à la spécialité de la personne publique candidate, ne fausse pas les conditions de la concurrence et, en particulier, que le prix proposé soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à sa formation, sans que la personne publique bénéficie d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de ses missions de service public, points qu'il appartient en principe au juge administratif de vérifier et qui sont, en l'espèce, contestés par la société Eveha. Il en résulte que le régime applicable au marché en cause pourrait justifier qu'il soit soumis au droit public.

9. Il résulte de tout ce qui précède que la question de la qualification du marché en cause et, partant, celle de savoir si l'action introduite par la société Eveha devant le tribunal administratif de Marseille relève ou non de la compétence de la juridiction administrative soulève une difficulté sérieuse mettant en jeu la séparation des ordres de juridiction. Il y a lieu, par suite, de renvoyer cette question au Tribunal des conflits et de surseoir à statuer, jusqu'à la décision de ce Tribunal, sur la requête d'appel présentée par la société Eveha.

D É C I D E :

Article 1er : L'affaire est renvoyée au Tribunal des conflits.

Article 2 : Il est sursis à statuer sur la requête n° 19MA00013 jusqu'à ce que le Tribunal des conflits ait tranché la question de savoir quel est l'ordre de juridiction compétent pour statuer sur ce litige.

Article 3 : Le présent arrêt sera notifié à la société Eveha, à la SPLA Pays d'Aix territoires et à l'Institut national de recherches archéologiques préventives (INRAP).

Délibéré après l'audience du 25 mai 2020, où siégeaient :

- Mme F... I..., présidente de la Cour,
- Mme H... J..., présidente assesseure,
- M. G... Grimaud, premier conseiller.

Lu en audience publique, le 15 juin 2020.

2

N° 19MA00013

MY

Analyse

Abstrats : 17-03-02-03 Compétence. Répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction. Compétence déterminée par un critère jurisprudentiel. Contrats.