

Arrêt n° 208-737 du 14 juin 2016 « Etablissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) de Durtal »

NOR: CDBX1619191X

Au nom du peuple français,

La Cour de discipline budgétaire et financière, siégeant à la Cour des comptes en audience publique, a rendu l'arrêt suivant :

Vu le code des juridictions financières, notamment le titre Ier de son livre III, relatif à la Cour de discipline budgétaire et financière ;

Vu le code des marchés publics alors en vigueur ;

Vu la communication du 6 décembre 2013, enregistrée au parquet général le 9 décembre 2013, par laquelle le président de la chambre régionale des comptes des Pays de la Loire a porté à la connaissance du procureur général près la Cour des comptes, ministère public près la Cour de discipline budgétaire et financière, diverses irrégularités commises dans la gestion de l'établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes de Durtal (département de Maine-et-Loire) durant les années 2008 à 2012 ;

Vu le réquisitoire du 19 février 2014, par lequel le ministère public a saisi de cette affaire le premier président de la Cour des comptes, président de la Cour de discipline budgétaire et financière ;

Vu les décisions du président de la Cour de discipline budgétaire et financière des 27 février 2014 et 5 décembre 2014, désignant successivement, en qualité de rapporteurs, M. Franck Daurenjou, premier conseiller de chambre régionale des comptes, et M. Francis Cahuzac, conseiller maître à la Cour des comptes ;

Vu la lettre recommandée du 19 mai 2014 par laquelle le procureur général a informé Mme Michèle Lespès, directrice de l'établissement au moment des faits, de l'ouverture d'une instruction dans les conditions prévues à l'article L. 314-4 du code des juridictions financières, ensemble l'avis de réception de cette lettre ;

Vu la lettre du 26 mars 2015 du président de la Cour de discipline budgétaire et financière transmettant au procureur général le dossier de l'affaire, après dépôt du rapport de M. Cahuzac, en application de l'article L. 314-4 du code des juridictions financières ;

Vu la lettre du procureur général au président de la Cour de discipline budgétaire et financière en date du 3 juin 2015, l'informant de sa décision, après communication du dossier de l'affaire, de poursuivre la procédure, en application de l'article L. 314-4 du code des juridictions financières ;

Vu les lettres recommandées du 5 juin 2015 par lesquelles le président de la Cour de discipline budgétaire et financière a, en application de l'article L. 314-5 du code des juridictions financières, transmis pour avis le dossier de l'affaire à la ministre des affaires sociales, de la santé et des droits de la femme et au ministre des finances et des comptes publics, ensemble les avis de réception de ces lettres ;

Vu la lettre du 10 juillet 2015 du directeur général de la cohésion sociale du ministère des affaires sociales et de la santé indiquant que la ministre n'avait pas d'observation à formuler sur ce dossier ;

Vu la lettre du 10 juillet 2015 par laquelle le président de la Cour de discipline budgétaire et financière a transmis au procureur général le dossier de l'affaire, conformément à l'article L. 314-6 du code des juridictions financières ;

Vu la décision du procureur général, en date du 9 septembre 2015, renvoyant Mme Lespès devant la Cour de discipline budgétaire et financière, en application de l'article L. 314-6 du code des juridictions financières ;

Vu la lettre du 9 septembre 2015 par laquelle le procureur général, ministère public près la Cour de discipline budgétaire et financière, a informé Mme Lespès de sa décision de la renvoyer devant la Cour ;

Vu la lettre recommandée adressée le 14 septembre 2015 par la greffière de la Cour de discipline budgétaire et financière à Mme Lespès, la citant à comparaître devant la Cour de discipline budgétaire et financière et l'avisant que, conformément aux dispositions de l'article L. 314-8 du code des juridictions financières, elle pouvait prendre connaissance du dossier de l'affaire, produire un mémoire en défense et faire entendre des témoins, ensemble l'avis de réception de cette lettre ;

Vu le mémoire produit par Me Fouré pour le compte de Mme Lespès le 19 mai 2016 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Entendu le rapporteur, M. Cahuzac, résumant son rapport écrit, en application des articles L. 314-12 et R. 314-1 du code des juridictions financières ;

Entendu le représentant du ministère public, résumant la décision de renvoi, en application des articles L. 314-12 et R. 314-1 du code des juridictions financières ;

Entendu le procureur général en ses conclusions, en application de l'article L. 314-12 du code des juridictions financières ;

Entendu en sa plaidoirie Me Fouré pour Mme Lespès, Mme Lespès ayant été invitée à présenter ses explications et observations, la défense ayant eu la parole en dernier ;

Sur la compétence de la Cour

1. Considérant qu'aux termes du b du I de l'article L. 312-1 du code des juridictions financières, la Cour de discipline budgétaire et financière est compétente pour connaître des infractions susceptibles d'avoir été commises dans l'exercice de ses fonctions par : « Tout fonctionnaire ou agent civil [...] de l'Etat, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics [...] » ; qu'il s'ensuit que les fonctionnaires ou agents de

l'établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes de Durtal, qui est un établissement public communal, sont justiciables de la Cour ;

Sur l'absence d'avis du ministre des finances et des comptes publics

2. Considérant que l'absence de réponse du ministre des finances et des comptes publics à la demande d'avis formulée le 5 juin 2015 ne saurait faire obstacle à la poursuite de la procédure, en application de l'article L. 314-5 du code des juridictions financières ;

Sur la prescription

3. Considérant que, aux termes de l'article L. 314-2 du code des juridictions financières : « La Cour ne peut être saisie après l'expiration d'un délai de cinq années révolues à compter du jour où aura été commis le fait de nature à donner lieu à application des sanctions prévues par le présent titre. » ; que la date d'interruption de la prescription est celle de l'enregistrement du déféré au ministère public, le 9 décembre 2013 ; qu'en conséquence seuls les faits intervenus postérieurement au 9 décembre 2008 ne sont pas couverts par la prescription de cinq années instituée par les dispositions précitées ;

I. - Sur les faits et leur qualification juridique

4. Considérant que le code des marchés publics, dans sa version en vigueur au moment des faits, disposait en son article 2 que « Les pouvoirs adjudicateurs soumis au présent code sont : 1° L'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial ; 2° Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux[...] » ; qu'ainsi, les marchés passés par l'établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes de Durtal, établissement public communal, étaient soumis aux dispositions dudit code ;

Sur le marché de travaux de mise aux normes des bâtiments

5. Considérant qu'il résulte de l'instruction que la maison de retraite de Durtal souffrait de défauts d'isolation provenant de fuites des joints de dilatation, des menuiseries vitrées et de la menuiserie de façade ; que si un contrat passé le 20 juin 2008 avec la société « Ma Maison » avait eu pour objet de réaliser une expertise complète et d'élaborer le programme technique détaillé, cette société n'a pas pu exécuter le marché de prestations dans sa totalité ; que Mme Lespès a informé de ces faits le conseil d'administration le 29 avril 2010 et a cherché à remédier à cette situation afin que puisse être conclu, dans les meilleurs délais, un marché de travaux de mise aux normes des bâtiments ;

Sur l'insuffisance des délais de réponse accordés aux entreprises

6. Considérant que deux avis d'appel public à concurrence ont été publiés, le premier mis en ligne le 18 juin 2010 dans le Bulletin officiel des annonces de marchés publics (BOAMP) par l'intermédiaire du site « e-marchespublics.com » et le second publié le 1er juillet 2010 dans le journal Courrier de l'Ouest, tous les deux avec une date limite de réponse des entreprises fixée au 5 juillet 2010 ;

7. Considérant que si l'article 28 du code des marchés publics relatif aux procédures adaptées ne détermine pas de délai précis à laisser aux candidats pour déposer leur offre, il dispose cependant que : « les modalités [des marchés passés selon une procédure adaptée] 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. » ; qu'en l'espèce l'importance et la complexité du besoin à satisfaire justifiaient de laisser aux opérateurs économiques intéressés un délai suffisant afin de leur permettre d'élaborer leur dossier de candidature et d'établir leur offre dans le respect du libre jeu de la concurrence ;

8. Considérant qu'en égard aux caractéristiques du marché en cause, et bien que la situation présentait un caractère d'urgence, un délai de 18 jours entre la date de publication de l'avis d'appel public à concurrence et la date limite de remise des offres était insuffisant et n'a pas permis de respecter les principes de transparence de la commande publique et d'égalité de traitement des candidats ;

Sur l'absence de procédure de publicité et de mise en concurrence

9. Considérant que le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) et le dossier de consultation des entreprises (DCE) distinguaient dix lots d'un montant total de 351 430 € HT ; que la procédure a été interrompue en août 2010, faute de réponses en nombre suffisant ;

10. Considérant qu'à la suite de l'échec de la procédure engagée, la directrice de l'établissement a négocié le 14 septembre 2010 un marché avec la société « Loire Services Rénovation » dont l'objet était : « les travaux de mise en conformité du bâtiment » ; que ce nouveau marché se décomposait en deux tranches, « menuiseries extérieures, étanchéité et peintures », d'une part, et « mise aux normes des locaux existants du bâtiment général », d'autre part ; qu'après prise en compte des avenants le montant de ce marché s'est élevé à 304 600 € HT ;

11. Considérant que les dispositions de l'article 35 du code des marchés publics faisaient obstacle à ce que la directrice de l'établissement passe ce nouveau marché, dont les conditions initiales avaient été substantiellement modifiées pour en faire un marché global, sans une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence ;

Sur le rôle joué par le cogérant de l'entreprise attributaire du marché de travaux

12. Considérant qu'il résulte de l'instruction que la société « Loire Services Rénovation », attributaire du marché de travaux litigieux, a pour cogérant M. Issaly qui a participé, à la demande de Mme Lespès, à la préparation et à la mise en œuvre de la procédure initiale ; qu'en effet, le 2 juillet 2010, Mme Lespès a informé le conseil d'administration que M. Issaly prenait la suite de la société « Ma Maison » pour terminer les études préalables à la passation du marché de travaux de mise aux normes de bâtiments ; que le compte rendu de ce conseil précise également que les prestataires de travaux seraient choisis par la directrice, le président du conseil d'administration et M. Issaly ; que le dossier de consultation des entreprises était constitué par les travaux d'étude qu'avait réalisés la société « Ma Maison » et que les avis précisaient que les « renseignements de coordination » seraient donnés par M. Issaly ; que l'implication de ce dernier dans la préparation et la conduite de la procédure de passation du marché de travaux faisait obstacle à ce que la société dont il est le cogérant puisse se voir attribuer, dans les conditions décrites ci-dessus, le marché litigieux ; qu'il s'ensuit que le principe d'égal accès à la commande publique mentionné à l'article 1er du code des marchés publics a été gravement méconnu ;

13. Considérant qu'il résulte de l'ensemble des éléments relevés aux points précédents que les conditions dans lesquelles le marché litigieux a été signé le 14 septembre 2010 avec la société « Loire services Rénovation » caractérisent une méconnaissance des principes de transparence de la commande publique et d'égalité de traitement des candidats ainsi que de plusieurs dispositions du code des marchés publics, ce qui constitue une infraction prévue et réprimée par l'article L. 313-4 du code des juridictions financières ;

Sur d'autres commandes de prestations passées sans publicité ni mise en concurrence

Sur les prestations en cause

14. Considérant que la directrice de la maison de retraite a, d'une part, signé, le 27 septembre 2011, un devis avec la société « FC intérim médical » portant sur des heures de travail intérimaire d'infirmière évaluées à 24 996,10 € HT et des heures de travail d'aide-soignante évaluées à 2 557,11 € HT ; que d'autre part, en décembre 2011, elle a envoyé à la société « FC intérim médical » un calendrier récapitulatif de ses besoins en infirmières pour les mois de janvier et février 2012 ; que la réponse adressée par courriel le 26 décembre 2011, par laquelle la société se bornait à donner la liste des soignants disponibles sans chiffrer le coût de leurs prestations, a été validée par la directrice de l'établissement le 3 janvier 2012 ; que le montant des prestations payées à la société « FC intérim médical » en 2012 s'est élevé à 30 508 € HT ;

15. Considérant qu'un premier contrat s'est concrétisé par le devis signé des deux parties le 26 septembre 2011, d'un montant de 24 996,10 € HT ; qu'un deuxième contrat, informel, a été matérialisé par le coût des prestations payées à la société « FC intérim médical » en 2012 ;

16. Considérant que ces deux contrats portent sur des services ; que l'article 29 du code des marchés publics énumère limitativement les marchés de services qui « sont soumis, en ce qui concerne leur passation, aux règles prévues par le présent titre » ; que le recours à une entreprise de travail intérimaire ne figure pas dans cette énumération ; que ces marchés relevaient donc des dispositions de l'article 30 du même code qui précisait que : « Les marchés et les accords-cadres ayant pour objet des prestations de services qui ne sont pas mentionnées à l'article 29 peuvent être passés, quel que soit leur montant, selon une procédure adaptée dans les conditions prévues par l'article 28. » ;

17. Considérant par ailleurs que l'établissement a fait construire une pergola sur l'arrière du bâtiment, dans le prolongement du restaurant ; que la société « Confort Habitat » a établi à cet effet un devis le 16 mars 2011 d'un montant de 22 338 € HT ; que ce devis ainsi qu'un acte d'engagement ont été signés par la directrice le 7 avril 2011 ; que si figurent également au dossier les devis de deux autres sociétés, qui au demeurant proposent des prestations similaires pour des coûts inférieurs, respectivement 21 959 € HT et 21 829 € HT, ces devis sont datés respectivement des 21 et 27 juillet 2011, soit bien après la signature du contrat avec « Confort Habitat » ;

18. Considérant de plus que, par un bon de commande du 14 avril 2010, la directrice de l'établissement a décidé d'acheter 65 téléviseurs ; que le coût de la fourniture des téléviseurs et de leurs supports muraux, confiée directement à la société NextiraOne s'est élevé à 22 197,50 € HT ;

19. Considérant enfin que l'établissement a procédé en 2010 à des travaux de

maintenance sur son groupe électrogène, pour un montant de 18 313 € HT ; qu'un devis, établi le 1er décembre 2009 par l'entreprise Juret, qui avait fourni cet équipement, et qui a été la seule sollicitée, a été accepté par la directrice le 13 juillet 2010 ;

Sur l'absence de procédure de publicité et de mise en concurrence

20. Considérant que le seuil fixé au III de l'article 28 du code des marchés publics, en deçà duquel un pouvoir adjudicateur peut décider de passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalable, a été modifié à plusieurs reprises depuis 2008 ; que ce seuil initialement fixé à 4 000 € HT a été porté à 20 000 € HT par le décret du 19 décembre 2008 puis à 15 000 € HT par le décret du 9 décembre 2011, seuil confirmé par l'article 118 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 ;

21. Considérant qu'à quelque période qu'ils aient été commandés, les achats susmentionnés étaient tous d'un montant supérieur au seuil applicable mentionné au III de l'article 28 du code des marchés publics ;

22. Considérant qu'aucun élément dans le dossier ne permet d'établir, pour les achats en cause, que les formalités de publicité et de mise en concurrence étaient « impossibles ou manifestement inutiles », au sens du II de l'article 28 du code des marchés publics ou que se manifestait une « urgence impérieuse » au sens du 1° du II de l'article 35 du même code, permettant de s'affranchir desdites formalités ;

23. Considérant qu'il résulte des éléments ainsi rappelés que les procédures applicables n'ont pas été respectées ; que la méconnaissance des dispositions du code des marchés publics constitue une infraction prévue et réprimée par l'article L. 313-4 du code des juridictions financières ;

II. - Sur les responsabilités, les circonstances de l'espèce et l'amende

24. Considérant que Mme Lespès a exercé les fonctions de directrice de l'établissement pendant toute la période concernée et qu'elle a signé toutes les commandes passées pendant cette période ; que sa responsabilité est engagée, pour les faits analysés ci-dessus, sur le seul fondement de l'article L. 313-4 du code des juridictions financières, le ministère public n'ayant pas retenu, dans la décision de renvoi, d'infraction à l'article L. 313-6 du code des juridictions financières relative à l'octroi d'un avantage injustifié à autrui ;

25. Considérant que Mme Lespès a pu éprouver un sentiment d'isolement dans l'exercice de ses fonctions, caractérisé en particulier par l'absence de conseils et d'alertes donnés par les comptables publics successifs dans la passation des commandes publiques ; qu'elle a fait valider l'ensemble de ses décisions par le conseil d'administration de l'établissement ; qu'en sens inverse, doivent être relevées la répétition de manquements caractérisés aux règles de la commande publique et la gravité des infractions commises dans l'attribution du marché de travaux de mise aux normes des bâtiments ;

26. Considérant qu'il sera fait une juste appréciation des irrégularités commises et des circonstances de l'espèce en infligeant à Mme Lespès une amende de 1 500 euros ;

III. - Sur la publication au Journal officiel de la République française

27. Considérant qu'il y a lieu, compte tenu des circonstances de l'espèce, de publier le

présent arrêt au Journal officiel de la République française en application de l'article L. 314-20 du code des juridictions financières,

Arrête :

Article 1

Mme Lespès est condamnée à une amende de 1 500 euros (mille cinq cents euros).

Article 2

Le présent arrêt sera publié au Journal officiel de la République française.

Délibéré par la Cour de discipline budgétaire et financière, le 20 mai deux mille seize, par M. Migaud, premier président de la Cour des comptes, président de la Cour de discipline budgétaire et financière ; MM. Bouchez et Guyomar, conseillers d'Etat ; MM. Maistre et Bertucci, conseillers maîtres à la Cour des comptes.

Notifié le 14 juin 2016.

En conséquence, la République mande et ordonne à tous huissiers de justice sur ce requis de mettre ledit arrêt à exécution, aux procureurs généraux et aux procureurs de la République près les tribunaux de grande instance d'y tenir la main, à tous les commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis.

En foi de quoi, le présent arrêt a été signé par le président de la Cour et la greffière.

Le président,
D. Migaud

La greffière,
I. Reyt