

Fiche n° 7

LE RÉGIME DES CONTRATS PUBLICS I : LA PASSATION

BIBLIOGRAPHIE

Université de Paris 1, Colloque, « Liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA* sept. oct. 1998
DREYFUS (J.-D.), BASSET (B.), « Autour de la notion de « droit commun de la commande publique », *AJDA* 2004, pp. 2256-2260
DUFFY (A.), « La constitution et la liberté contractuelle », *RDP* 2006, p. 1569
MODERNE (F.), « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement contractuelle ? », *RFDA* 2006, p. 12
MOREAU (J.), « De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police et contrat », *AJDA* 1965, p. 3
SAUNIER (S.), « L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point », *RFDA* 2007, p. 609
TERNEYRE (P.), « Le législateur peut-il abroger les articles 6 et 1123 du Code civil ? Sur la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », *Mélanges PEISER*, PUG, 1995, p. 473.

RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS

- Référence 1 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 15 novembre 2017, Commune du Havre
Référence 2 : CE, 15 novembre 2017, Commune du Havre, n°412644
Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 25 mai 2018, Nantes Métropole
Référence 4 : CE, 25 mai 2018, Nantes Métropole, n°417520 25 mai 2018
Référence 5 : CE, 25 mai 2018, Office public de l'habitat Hauts-de-Seine Habitat, n°417428

DÉCISIONS DU CORPUS

CJCE, 12 juillet 2001, *Ordine degli architetti delle province di Milano*,
CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH*,
CJCE, 3 décembre 2001, *Bent Moustén Vestergaard*,
CJCE, 18 janvier 2007, *Auroux*,
CC, 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*,
CC, 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*,
CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*,
CE, 29 avril 1970, *Société Unipain*,
CE, Ass., 14 février 1975, *Époux Merlin*,
CE, Sect., 12 octobre 1984, *Chambre syndicale des agents d'assurances des Hautes-Pyrénées*,
CE, 1er avril 1994, *Ville de Menton c. Sté Scetauparc Exploitation*,
CE, 18 mars 1988, *LOUPIAS c. Commune de Montreuil-Bellay*,
CE, 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*,
CE, Sect., 28 janvier 1998, *Sté Borg-Warner*,
CE, Sect., 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont de Barr*,
CE, 22 mars 2000, *Epoux Lasaulce*,
CE, 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, et, *Union nationale des services publics industriels et commerciaux (UNSPIC)*,
CE, 30 juin 2004, *Département de la Vendée c. la société Vedettes Inter-îles vendéennes*,
CE 9 août 2006, *Compagnie générale des eaux*,
CE, 30 janvier 2009, *ANPE*,
CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*,

EXERCICES SUGGÉRÉS :

Épreuve théorique : dissertation

- L'indemnisation en droit public des contrats

Épreuve pratique : commentaire référence n°6

Référence 1 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 15 novembre 2017, Commune du Havre

1. La présente affaire vous permettra de préciser les obligations de l'autorité concédante dans la détermination de la nature et de l'étendue des besoins à satisfaire.

2. La commune du Havre a décidé, par une délibération de son conseil municipal en date du 11 juillet 2016, de lancer une consultation en vue de concéder l'exploitation du réseau de chaleur du quartier de Caucriauville. Trois candidats ont été admis à participer à la phase de négociation, qui a donné lieu à trois réunions de négociation, à l'issue desquelles les entreprises ont été invitées à déposer une offre finale le 24 avril 2017. La société Idex Terri-toires, concessionnaire sortante, a remis son offre finale, avant de saisir le juge des référés précontractuels, le 19 juin suivant, d'une demande tendant à l'annulation de la procédure. Le conseil municipal du Havre a décidé, le 26 juin, d'attribuer le contrat de concession à une entreprise concurrente. Le juge des référés a annulé la procédure dans sa totalité par une ordonnance du 10 juillet. Il a estimé en effet que des manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence affectaient la définition de la nature et de l'étendue des besoins à satisfaire. La commune se pourvoit en cassation.

3. Il faut rappeler le cadre juridique sur lequel se fonde l'annulation de la procédure.

L'article 27 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 prévoit que : « La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale. ». On sait que cette disposition trouve son pendant, pour les marchés publics, à l'article 30 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 dont les termes sont identiques à ceci près qu'ils comportent en outre les mots « avec précision ».

L'article 34 de la même ordonnance prévoit à son I que : « Les contrats de concession sont limités dans leur durée. Cette durée est déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire, dans les conditions prévues par voie réglementaire. ».

C'est l'article 6 du décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession qui précise notamment que « les investissements s'entendent comme les investissements initiaux ainsi que ceux devant être réalisés pendant la durée du contrat de concession, nécessaires pour l'exploitation des travaux ou des services concédés » (I) et que « Pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, la durée du contrat n'excède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat. » (II).

En l'espèce, le juge des référés a fondé sa décision sur deux motifs. Il a estimé, en premier lieu, que la commune n'avait pas « défini de manière précise l'étendue des besoins à satisfaire s'agissant du périmètre de la concession » (point 7).

En effet, l'article 2 du règlement de la consultation invitait les candidats à présenter une offre de base et une variante obligatoire

n°1 qui toutes deux pouvaient comporter « un éventuel développement de proximité, permettant notamment d'optimiser le fonctionnement de la turbine de cogénération ». Une variante n°2, également obligatoire, pouvait comporter « une extension du réseau au vu des possibilités de développement du réseau actuel et de l'utilisation de la chaleur de récupération exposées dans le schéma directeur », incluant jusqu'aux communes limitrophes d'Harfleuret de Montivilliers. Enfin, une ou plusieurs variantes libres pouvaient proposer notamment : « Le développement du réseau au-delà du périmètre exposé dans le schéma directeur », donc un périmètre potentiellement encore plus large. Il faut ajouter que le projet de contrat figurant dans le dossier de la consultation ne comprenait pas l'annexe 1 supposée contenir le plan du périmètre de la concession.

En second lieu, le juge a estimé que cette incertitude quant à l'étendue des besoins à satisfaire était encore aggravée par l'absence d'indication d'une durée précise de la concession (point 8). En effet, le contrat se bornait à fixer un plafond de 24 ans, en précisant qu'il appartenait aux candidats de proposer une durée adaptée à leurs solutions techniques et investissements.

Au total, l'incertitude qui affectait à double titre la définition des besoins a eu des effets spectaculaires sur le contenu des offres finales, relevés par le juge des référés.

Ainsi, ces offres portaient sur trois périmètres différents. En outre, si leur durée était identique – 24 ans – les solutions techniques retenues sont toutes différentes, aussi bien pour les solutions de base que pour les variantes. Enfin les trois offres envisagent des investissements, après déduction des subventions, qui s'échelonnent de 12 à 35 millions d'euros.

4. Le premier moyen, tiré de l'insuffisance de motivation de l'ordonnance, n'est à l'évidence pas fondé. Il est soutenu que le juge n'a pas répondu aux deux moyens tirés, d'une part, de ce que la liberté de choix laissée aux candidats en matière de solutions techniques, impliquait de leur laisser la faculté d'adapter la durée du contrat à leurs programmes d'investissements, d'autre part, de ce que la durée identique de 24 ans proposée par tous les candidats était en adéquation avec leurs niveaux d'investissement et leurs nombres d'abonnés.

Toutefois ces arguments, qui ne sont pas des moyens, étaient sans portée à l'égard du raisonnement du juge dont nous avons synthétisé les points 6 à 8 : quels que soient les avantages supposés de la liberté laissée aux candidats pour formuler leurs offres, il n'en demeure pas moins que ces incertitudes géographiques, temporelles et techniques aboutissaient à une insuffisante définition de l'étendue des besoins à satisfaire ; quant à la circonstance que tous les candidats aient retenu la même durée, elle ne permet évidemment pas de déduire que les trois offres ont été construites de manière identique.

5. Le moyen suivant est tiré de l'erreur de droit et de la dénatura-tion des pièces du dossier commis par le juge des référés en considérant que la commune n'avait pas précisément défini l'étendue de ses besoins.

5.1. La branche d'erreur de droit revient à poser la question de savoir dans quelle mesure l'autorité concédante, pour déterminer les besoins à satisfaire, est tenue de délimiter le périmètre géographique des offres.

Certes, l'article 27 de l'ordonnance sur les concessions n'exige pas, à la différence du texte sur les marchés, que les besoins soient déterminés « avec précision ». Cependant, cette nuance ne saurait avoir la portée que tentent de lui attribuer la commune. En matière de concession comme en matière de marchés, les besoins doivent être définis de telle façon que les offres présentées par les différents candidats soient comparables et qu'à cet effet, ils ne soient pas placés dans une situation où ils doivent les élaborer « à l'aveuglette ».

Très concrètement, pour stimuler la créativité des entreprises soumissionnaires, la commune aurait pu prévoir de multiples variantes, obligatoires ou non, affectées chacune d'un périmètre différent, mais chacun de ces différents périmètres aurait du être délimité avec suffisamment de précision. En aucun cas, elle ne pouvait comme elle l'a fait abandonner aux candidats le soin de les fixer dans un cadre extrêmement lâche : « un éventuel développement de proximité », « une extension du réseau au vu des possibilités de développement du réseau actuel », ou encore « un développement du réseau au-delà (...) du schéma directeur ».

Le même raisonnement peut être tenu au sujet de la durée du contrat. Sur ce dernier point, il est intéressant de rapprocher le cas d'espèce de celui qui a donné lieu à votre décision CE, 21 mai 2010, Commune de Bordeaux, n° 334845, T. p. 858-896-934. La délégation portant sur la construction et l'exploitation d'un golf prévoyait une durée maximale de quinze ans. Le juge des référés précontractuels a estimé qu'il résultait de ce simple plafond une incertitude quant à la durée du contrat qui empêchait les candidats de présenter utilement leurs offres. Vous avez toutefois censuré sa décision après avoir relevé que la définition précise du montant des investissements à réaliser et à amortir contraignait les entreprises candidates dans le choix d'une durée à proposer.

Vous avez tenu un raisonnement analogue en matière de marchés avec votre décision CE, 1er juin 2011, Commune de Saint-Benoît, n°345649, T. p. 1006, en jugeant que : « Si le pouvoir adjudicateur entend laisser aux candidats la faculté de proposer eux-mêmes une date précise d'achèvement, il lui revient alors d'encadrer cette faculté, en fixant par exemple une date butoir ou une fourchette de dates possibles pour l'échéance du marché, sans que, compte tenu des critères de sélection des offres, il en résulte une incertitude telle qu'elle ne permette pas aux candidats de présenter utilement une offre. ».

Voyez également dans le même sens votre décision CE, 4 février 2009, Communauté urbaine d'Arras, n°312411, T. p. 829 : il est loisible à la collectivité concédante d'indiquer une durée de la convention comprise entre 20 et 25 ans, à condition que ces potentialités n'induisent pas une incertitude telle qu'elle puisse empêcher des entreprises de présenter utilement leurs offres. En l'espèce, il ne résultait pas de l'instruction que tel ait été le cas.

Or, dans notre affaire, le juge des référés n'a aucunement entendu censurer la simple absence d'indication quant à la durée de la concession autre que la fixation d'une durée maximale de vingt-quatre ans. C'est la conjonction de ce simple plafond avec l'insuffisante définition du périmètre géographique et des solutions techniques, de laquelle résultait une profonde incertitude quant aux niveaux d'investissement pouvant être proposés par les candidats et quant à la durée d'amortissement de ces investissements, qui méconnaissait les dispositions de l'article 27 de l'ordonnance du 29 janvier 2016.

Il n'y a donc aucune erreur de droit à avoir jugé que l'autorité concédante, en s'abstenant de préciser le périmètre géographique de l'offre de base et de ses variantes tout en se bornant à fixer un

plafond de 24 ans pour la durée du contrat, n'a pas défini de manière suffisamment précise l'étendue des besoins à satisfaire.

5.2. La branche du moyen tirée de la dénaturation n'est pas davantage fondée.

La commune soutient en effet qu'un document intitulé « Compléments et réponses en vue de la réunion de négociation du 29 mars 2017 » avait apporté aux candidats des précisions sur le périmètre géographique de l'offre de base et de ses variantes, alors que le point 7 de l'ordonnance mentionne que seul un courrier du 3 mars 2017 avait complété, de façon insuffisante, l'information des candidats. Toutefois le document en question ne contient que la retranscription d'éléments oraux imprécis et allusifs.

6. Le moyen tiré de ce que le juge des référés aurait inexactly qualifié les faits en estimant que le manque de précision des besoins à satisfaire était susceptible d'avoir lésé la société IDEX Territoires n'est pas fondé. Une information incomplète sur ce point, comme sur l'objet du marché ou sur les critères d'attribution, est par nature susceptible de léser tout candidat.

7. Le moyen tiré de ce que le juge des référés aurait commis une erreur de droit et dénaturé les pièces du dossier en jugeant que la fixation d'une durée maximale méconnaissait l'article 27 de l'ordonnance n'est pas fondée pour les raisons que nous avons déjà développées en rappelant le sens de vos jurisprudences Commune de Bordeaux et Commune de Saint-Benoît.

8. Le dernier moyen, tiré de ce que le juge des référés aurait inexactly qualifié les faits en estimant que l'absence d'indication de durée était susceptible d'avoir lésé IDEX Territoires, n'est pas davantage fondé que le précédent moyen de qualification, pour les mêmes raisons.

EPCMNC :

- au rejet du pourvoi de la commune du Havre ;
- à ce que la commune du Havre verse à la société IDEX Territoires une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
- au rejet des conclusions présentées au même titre par la commune.

Référence 2 : CE, 15 novembre 2017, Commune du Havre, n°412644

Vu la procédure suivante :

La société IDEX Territoires a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Rouen d'une demande tendant à l'annulation, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de la procédure de passation du contrat de concession relatif au réseau de chaleur du quartier de Caucriauville engagée par la commune du Havre. Par une ordonnance n° 1701853 du 10 juillet 2017, le juge des référés du tribunal administratif de Rouen a annulé cette procédure de passation.

Par un pourvoi et un mémoire en réplique, enregistrés les 20 juillet et 6 octobre 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la commune du Havre demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande déposée par la société IDEX Territoires ;

3°) de mettre à la charge de la société Idex Territoires la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 ;
- le décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 ;
- le code de justice administrative ;

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Rouen que la commune du Havre a lancé, en juillet 2016, une consultation en vue de la conclusion d'un contrat de concession portant sur l'exploitation du réseau de chaleur du quartier de Caucriauville ; qu'au terme de cette consultation, trois candidats ont été admis à participer à la phase de négociation ; que trois réunions de négociation ont eu lieu les 6 février, 27 février et 29 mars 2017, à l'issue desquelles les candidats ont été invités à déposer leur offre finale le 24 avril 2017 ; qu'après avoir remis une offre finale, la société Idex Territoires a saisi le juge du référé précontractuel, le 19 juin 2017, d'une demande tendant à l'annulation de cette procédure de passation ; que le conseil municipal du Havre a décidé, le 26 juin 2017, d'attribuer le contrat de concession à une autre société ; que, par une ordonnance du 10 juillet 2017, contre laquelle la commune du Havre se pourvoit en cassation, le juge du référé précontractuel a annulé la procédure de passation du contrat de concession ;

2. Considérant qu'aux termes de l'article 27 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : « *La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale* » ; qu'aux termes du I de l'article 34 du même texte : « *Les contrats de concession sont limités dans leur durée. Cette durée est déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire, dans les conditions prévues par voie réglementaire* » ; qu'aux termes de l'article 6 du décret du 1^{er} février 2016 pris pour son application : « *I. - Pour l'application de l'article 34 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 susvisée, les investissements s'entendent comme les investissements initiaux ainsi que ceux devant être réalisés pendant la durée du contrat de concession, nécessaires pour l'exploitation des travaux ou des services concédés (...). / II. - Pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, la durée du contrat n'exécède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat (...)* » ;

3. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que le juge des référés du tribunal administratif de Rouen a relevé, au terme d'une appréciation souveraine exempte de dénégation, que le périmètre de la concession déterminé par la commune du Havre dans le règlement de la consultation pouvait comprendre l'exploitation du réseau de chaleur dans le seul quartier de Caucriauville, avec un développement de proximité non précisément défini (offre de base et variante n° 1), mais aussi dans un ou plusieurs autres quartiers de la ville du Havre, voire dans les communes d'Harfleury et de Montivilliers (variante n° 2), ainsi, éventuellement, que sur un périmètre encore plus large (variante libre) et que, de surcroît, le dossier de la consultation ne comportait pas l'annexe 1 qui devait contenir le plan de la concession ; qu'il a en outre relevé, par une appréciation souveraine exempte de dénégation, que seule une durée

maximale de vingt-quatre ans était prévue dans le règlement de la consultation, les candidats devant proposer une « durée effective » adaptée aux solutions techniques et aux investissements envisagés dans leurs offres ;

4. Considérant que le juge des référés a déduit de ces constatations que, compte tenu des imprécisions sur le périmètre de la concession, la commune ne pouvait être regardée, en l'espèce, comme ayant suffisamment déterminé l'étendue de ses besoins ; qu'il a également relevé que, si le fait de fixer seulement une durée maximale ne constitue pas, à lui seul, un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, il traduisait en l'espèce, en raison de l'incertitude sur le montant des investissements à réaliser et à amortir qui résultait par ailleurs des imprécisions sur le périmètre de la concession, une insuffisante détermination des besoins de la commune ; qu'il a en conséquence jugé que la commune avait manqué aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'imposent les dispositions citées au point 2 ci-dessus ; qu'en statuant ainsi, le juge des référés n'a commis aucune erreur de droit ; qu'il n'a pas davantage commis d'erreur de qualification juridique en jugeant que, dans les circonstances de l'espèce, la fixation d'une durée maximale de la concession avait été susceptible de léser la société Idex Territoires, alors même que celle-ci n'aurait pas demandé de précisions sur la durée de la concession durant la phase de négociation ;

5. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la commune du Havre n'est pas fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée, qui est suffisamment motivée ; que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font, par suite, obstacle à ce qu'il soit fait droit à ses conclusions présentées au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, en revanche, au titre des mêmes dispositions, de mettre à sa charge le versement d'une somme de 3 000 euros à la société Idex Territoires ; [rejet]

Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur CE 25 mai 2018, Nantes Métropole ;

A côté des règles sociales et environnementales qui s'imposent à tous, les pouvoirs publics ont entrepris depuis déjà plusieurs années, au niveau national comme européen, d'inciter les opérateurs économiques à prendre davantage en compte les questions sociales et environnementales. C'est ainsi qu'est apparu un concept et une norme pour l'évaluer. Le concept est celui de « responsabilité sociale des entreprises », que l'Union européenne a défini dans une communication de 2011 comme désignant « l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes ». La référence est la norme ISO 26 000 de l'organisation internationale de normalisation, dont il est cependant précisé qu'elle ne contient que des « lignes directrices et non des exigences ».

Le droit n'est pas resté à l'écart de ce mouvement et nombreux sont les régimes juridiques qui font une place à ces préoccupations alors même que ce n'est pas leur objectif principal. Elles n'ont à vrai dire jamais été étrangères au droit de la commande publique, dont l'importance économique a toujours été grande. Les décrets Millerand du 10 août 1899 imposaient déjà dans les marchés publics des clauses sociales relatives aux conditions de travail, notamment en termes de repos hebdomadaire et de durée de travail. Mais le développement d'un droit d'origine européenne essentiellement procédural de la commande publique, concentré sur la lutte contre la corruption et le souci d'assurer, grâce à la transparence et à l'égalité d'accès,

l'obtention de la meilleure prestation au meilleur prix, avait pu les faire oublier. En témoigne votre décision du 21 juillet 2001, commune de Gravelines (n° 299666, p. 391), qui juge qu'un critère « relatif aux propositions concrètes faites par les soumissionnaires en matière de création d'emplois, d'insertion et de formation était sans rapport avec l'objet d'un marché public conclu pour la réhabilitation d'une décharge et, par suite, illégal ».

Elles sont réapparues depuis, dans la réglementation applicable, qui a progressivement intégré la possibilité de tenir compte de ces considérations dans les conditions d'exécution des marchés (voyez les codes des marchés publics de 2001, 2004 puis l'article 14 du code de 2006), comme dans la jurisprudence de la CJUE, qui a admis à partir de la fin des années 1980 que les acheteurs publics pouvaient poser des conditions tenant aux modalités sociales ou environnementales d'exécution de leurs marchés, à condition qu'elles soient en rapport avec l'objet du marché et n'aient pas d'effet discriminatoire (considérations sociales : CJCE, 20 septembre 1988, Gebroeders Beentjes (aff C-31/87) ; 26 septembre 2000, Commission c/ France, Bâtiments scolaires de la région Nord-Pas-de-Calais, aff. C-225/98, AJDA 2000, p. 1055, note C. Lambert, § 50. Considérations environnementales : CJCE, 17 septembre 2002, Concordia Bus Finland (C-513/99, Rec. p. I-7213, § 59) ; CJCE 4 décembre 2003, EVN et Wienstrom (C-448/01, Rec. p. I-14527) ; CJUE, 10 mai 2012, Commission européenne c/ Royaume des Pays-Bas, aff. C-368/10). Vous l'avez admis à votre tour, revenant sur la position assez rigide qui avait été la vôtre en 2001 mais qui ne correspondait plus à la place que le code de 2006 faisait à ces considérations, par une décision Département de l'Isère du 25 mars 2013 (n° 364950, au rec), aux termes de laquelle « dans le cadre d'une procédure d'attribution d'un marché qui, eu égard à son objet, est susceptible d'être exécuté, au moins en partie, par des personnels engagés dans une démarche d'insertion, le pouvoir adjudicateur peut légalement prévoir d'apprécier les offres au regard du critère d'insertion professionnelle des publics en difficulté mentionné au 1° du I de l'article 53 du code des marchés publics (CMP), dès lors que ce critère n'est pas discriminatoire et lui permet d'apprécier objectivement ces offres ».

Les nouvelles dispositions régissant la commande publique consacrent ces jurisprudences : la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics prévoit désormais expressément, contrairement à la précédente, la possibilité de tenir compte de ces considérations au titre des conditions d'exécution (art 70) ou des critères d'attribution (art 67.2) des marchés, à condition dans les deux cas qu'ils soient liés à l'objet du marché. L'article 52 I de l'ordonnance du 23 juillet 2015 qui la transpose dispose que « Le marché public est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution. / Le lien avec l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution s'apprécie conformément à l'article 38. », lequel prévoit que « I. - Les conditions d'exécution d'un marché public peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du marché public. Elles peuvent aussi prendre en compte la politique menée par l'entreprise en matière de lutte contre les discriminations. »

La possibilité d'intégrer dans les procédures d'achat public des considérations sociales et environnementales est donc confirmée voire renforcée. Mais elle n'est pas sans limite et cette limite, elle aussi constamment affirmée et réaffirmée par les nouvelles dispositions, est le lien qu'elles doivent conserver avec l'objet du

marché. La présente affaire vous permettra de le rappeler tout en en donnant une illustration.

Nantes Métropole a lancé en octobre 2017 une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de la passation d'un accord-cadre multi-attributaires portant sur la réalisation de travaux d'impression hors rotatives. Au terme de la procédure, la société Imprimerie Chiffolleau a appris le rejet de son offre et a saisi le juge du référé précontractuel du TA de Nantes de conclusions aux fins d'annulation de la procédure, auquel il a fait droit au motif qu'en sélectionnant les offres au regard d'un critère relatif à la performance en matière de « responsabilité sociétale des entreprises », pondéré à 15 %, dont il a relevé qu'il « traduit des obligations génériques que Nantes Métropole entend faire prévaloir auprès des entreprises candidates aux marchés publics dont elle engage la passation ; qu'il a pour objectif d'évaluer la politique générale des entreprises candidates, sans s'attacher aux seuls éléments caractérisant le processus spécifique de production ou de fourniture des travaux, produits ou services achetés ; [et] qu'il est ainsi sans lien avec l'objet du marché », le pouvoir adjudicateur a méconnu les dispositions de l'article 38 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et ses obligations de mise en concurrence.

La collectivité requérante soulève à l'encontre de ces motifs trois moyens qui se rejoignent largement tirés de ce que le juge du référé aurait commis une erreur de droit en jugeant que l'article 38 de l'ordonnance de 2015 interdisait l'introduction d'un critère de responsabilité sociétale des entreprises, de ce qu'il aurait commis une erreur de qualification juridique en estimant que ce critère avait pour objectif d'évaluer la politique générale des entreprises candidates et enfin une erreur de droit en considérant qu'un critère d'attribution sans lien avec l'objet du marché était illicite.

Sur ce dernier point, il ne fait aucun doute, comme nous l'avons dit et ainsi que cela ressort expressément des dispositions applicables, que le lien avec l'objet du marché est une condition de validité de tout critère de sélection des offres. Compte tenu de l'appréciation essentiellement factuelle à laquelle il donne lieu, nous pensons que vous devez laisser aux juges du fond l'appréciation souveraine de cette condition de lien avec l'objet du marché, comme vous les laissez définir souverainement le contenu et la portée de stipulations contractuelles.

Il convient, pour apprécier le bien-fondé des deux autres moyens, d'examiner plus précisément ce que recouvre en l'espèce ce critère de « responsabilité sociétale des entreprises » car cette formulation très vague est susceptible d'accueillir les considérations les plus diverses. Or c'est précisément ce que fait le critère de Nantes Métropole : l'ordonnance attaquée en donne la description suivante, qui n'est pas critiquée : ce critère est « subdivisé en cinq sous-critères, relatifs à la « protection de l'environnement », aux « aspects sociaux », aux « aspects sociétaux », à la « performance économique durable » et à la « gouvernance » de l'entreprise candidate ; qu'il ressort du cadre de réponse intitulé « Diagnostic RSE », annexé au dossier de consultation, auquel renvoie l'article 3 du règlement de la consultation et des entreprises, que, pour évaluer chacun des ces sous-critères le pouvoir adjudicateur s'attache à évaluer de nombreux aspects de l'activité des entreprises candidates, telles que leur pérennité financière, leur capacité à « disposer d'un potentiel de développement de l'activité (R&D...) », le « respect des fournisseurs », leur participation à la « lutte contre les discriminations » et à la « promotion de l'égalité en faveur des salariés susceptibles d'être affectés ou participant de manière directe ou indirecte au processus de production et de commercialisation », leur « respect de la loi Egalité Hommes /

Femmes en faveur des salariés susceptibles d'être affectés ou participant de manière directe ou indirecte au processus de production et de commercialisation », leur politique en matière de « santé et sécurité au sein du processus de production et de commercialisation », la mise en oeuvre des politiques d'encouragement au recours aux énergies renouvelables et à l'utilisation de transports doux ou collectifs, la formation des stagiaires et apprentis, la motivation et l'implication des « salariés dans l'efficacité du processus de production à travers le partage des bénéfices et du profit » ou « dans l'efficacité du processus de production à travers la réduction des déséquilibres de répartition des rémunérations » et si elles améliorent « les conditions de travail, le processus de production » et cherchent à « prévenir les risques sociaux grâce à la promotion du dialogue social et le respect du droit syndical des salariés ».

Il suffit de lire cette énumération pour se convaincre que le juge du référé n'a absolument pas dénaturé les pièces du dossier en estimant que les éléments ainsi soumis à l'appréciation du pouvoir adjudicateur relevaient de la politique générale de l'entreprise en matière sociale et environnementale.

Nous n'avons enfin aucun doute que de tels critères généraux sont sans lien avec l'objet du marché. Reprenant les termes de la directive, l'article 38 de l'ordonnance précise que « Sont réputées liées à l'objet du marché les conditions d'exécution qui se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en application du marché public, à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation de ces travaux, fournitures ou services ou un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne ressortent pas des qualités intrinsèques de ces travaux fournitures ou services ». Le lien avec l'objet du marché est explicitement fait par la référence aux travaux, fournitures et services à fournir en application du marché. La référence aux « facteurs intervenant dans le processus spécifique de production » ne saurait avoir pour effet d'attirer dans l'orbite de l'objet du marché tout ce qui, de près ou de loin, est susceptible de concourir à son exécution. La précision relative au processus spécifique de production vise bien à exclure tout ce qui ne participe pas directement à l'exécution des prestations du marché.

L'article 62 du décret du 25 mars 2016 donne quelques exemples de ces critères, qui montrent bien qu'ils doivent être en rapport avec les prestations et leur exécution : « a) La qualité, y compris la valeur technique et les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles, l'accessibilité, l'apprentissage, la diversité, les conditions de production et de commercialisation, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, le caractère innovant, les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité, le bien-être animal ; / b) Les délais d'exécution, les conditions de livraison, le service après-vente et l'assistance technique, la sécurité des approvisionnements, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles ; c) L'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché public lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché public ».

La seule disposition clairement discordante susceptible d'aller dans le sens de l'argumentation de la requérante est la dernière phrase du premier alinéa du I de l'article 38 qui prévoit que les conditions d'exécution d'un marché public « peuvent aussi prendre en compte la politique menée par l'entreprise en matière

de lutte contre les discriminations. » Cette disposition issue de la loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté ne figure pas dans la directive européenne et nous paraît tout à fait contraire à l'exigence qu'elle pose de lien avec l'objet du marché. Nous ne pensons donc pas qu'elle doive vous influencer dans la portée que vous devez donner de ces textes. Elle ne serait d'ailleurs en tout état de cause de nature qu'à sauver l'un des nombreux critères litigieux.

Votre décision précitée Département de l'Isère donne aussi une illustration de ce que peut être le lien entre un critère de performances en matière d'insertion professionnelle de publics en difficulté et l'objet du marché : il suffit que celui-ci soit « susceptible d'être exécuté au moins en partie par du personnel engagé dans une démarche d'insertion ». Le lien n'est donc pas excessivement étroit ; il ne s'agit pas par exemple de vérifier que le marché ait pour objet l'insertion professionnelle ou qu'il puisse être légalement réservé à cette catégorie de personnes. Votre récente décision sur les clauses d'interprétariat dans les marchés publics (4 décembre 2017, Min de l'intérieur c/ Région Pays de la Loire, n° 413366, aux T), dont l'intérêt que vous leur avez reconnu peut concerner tous les marchés de travaux, le montre aussi. Mais elles visaient bien à améliorer la protection des travailleurs pour l'exécution du marché dans lequel elles figuraient.

En revanche, des critères relatifs à la politique sociale de l'entreprise n'ont aucun lien fonctionnel avec l'objet du marché, comme le rappelle le considérant 57 de la directive : « la condition de l'existence d'un lien avec l'objet du marché exclut les critères et conditions relatifs à la politique générale de l'entreprise, qui ne peuvent être considérés comme un élément caractérisant le processus spécifique de production ou de fourniture des travaux, produits ou services achetés. Les pouvoirs adjudicateurs ne devraient dès lors pas être autorisés à exiger des soumissionnaires qu'ils aient mis en place une politique particulière de responsabilité sociale ou environnementale de l'entreprise ». Vous avez vous-mêmes jugé qu'un critère portant sur la politique sociale de l'entreprise et non sur les propositions faites par les candidats pour l'exécution du marché était sans lien avec l'objet de celui-ci (15 février 2013, Sté Dérichébourg polyurbaine, n° 363921, à nos conclusions).

L'exigence du lien avec l'objet du marché n'interdit pas seulement la prise en compte de la politique générale de l'entreprise. Elle interdit de se fonder sur toute autre considération que le contenu et les modalités d'exécution des prestations objet du marché : la Cour de justice a par exemple jugé sans lien avec l'objet du marché « le critère d'attribution retenu [qui] ne porte pas sur la prestation qui fait l'objet du marché, à savoir la fourniture au pouvoir adjudicateur de quantités d'électricité correspondant à sa consommation annuelle prévisible fixée dans l'appel d'offres, mais sur des quantités que les soumissionnaires ont fournies ou vont fournir à des clients autres que le pouvoir adjudicateur » (CJCE, 4 décembre 2003, EVN AG, Wienstrom, aff. C-448/01, pt. 67-68)

Le lien avec l'objet du marché garantit que les critères permettent effectivement de sélectionner des offres et non des candidats. Les performances sociales et environnementales peuvent être une valeur ajoutée aux prestations proposées par les candidats mais non une source de discrimination entre les entreprises. Non seulement ce n'est pas l'objet de la commande publique, mais cela conduirait à une immixtion illégale des pouvoirs publics dans la gestion des entreprises qui, par ailleurs, respectent les lois et règlements, ce que d'autres dispositions permettent de garantir.

En l'espèce, certains des éléments pris en compte par le pouvoir adjudicateur pour évaluer les offres au regard de ce critère des

performances sociétales des entreprises, auraient peut-être pu, présentés de manière beaucoup plus précise, être regardés comme en lien avec l'objet du marché. Mais ils sont rares et dans l'ensemble les critères, tels qu'ils sont présentés, parfois même explicitement, portent sur la politique générale des entreprises. Ils sont donc effectivement sans lien avec l'objet du marché, comme l'a jugé l'auteur de l'ordonnance attaquée.

Nous passerons plus rapidement sur les deux moyens tirés d'irrégularité de l'ordonnance, que vous écarterez sans difficultés. Contrairement à ce que soutient la requérante, le manquement retenu par le juge du référé n'avait pas été soulevé pour la première fois oralement à l'audience. Il figurait dans un mémoire en réplique de la société Chiffolleau. Quoi qu'il en soit, vous savez qu'il aurait pu l'être, à condition d'être repris par écrit (19 avril 2013, Cne de Mandelieu-la-Napoule, n° 365617, au rec).

Le moyen tiré de ce que certains des mémoires produits par la société Chiffolleau n'auraient pas été communiqués à la requérante n'est pas de nature à entacher d'irrégularité d'ordonnance dont les motifs ne reposent pas sur des moyens ou éléments contenus uniquement dans ces mémoires.

EPCMNC : Rejet du pourvoi et à ce que vous mettiez à la charge de Nantes Métropole le versement à la société Chiffolleau d'une somme de 4 000 euros au titre des frais qu'elle a exposés dans la présente instance.

Référence 4 : CE, 25 mai 2018, Nantes Métropole, n°417580

Vu la procédure suivante :

La société Imprimerie Chiffolleau a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Nantes d'annuler, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, l'appel d'offres engagé par Nantes Métropole en vue de la passation d'un accord-cadre multi-attributaire pour la réalisation de travaux d'impression. Par une ordonnance n° 171125 du 9 janvier 2018, le juge des référés a annulé cet appel d'offres.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 24 janvier, 7 février et 13 avril 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, Nantes Métropole demande au Conseil d'Etat :

- 1°) d'annuler cette ordonnance ;
- 2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société Imprimerie Chiffolleau ;
- 3°) de mettre à la charge de la société Imprimerie Chiffolleau 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 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 ;
- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;
- le code de justice administrative ;

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Nantes que, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 2 octobre 2017, Nantes Métropole, agissant au nom et pour le compte d'un groupement de commandes constitué avec la commune de Nantes, son centre communal d'action sociale et l'école supérieure des beaux-arts de Nantes Métropole, a engagé la procédure de passation d'un

accord-cadre multi-attributaires portant sur la réalisation de travaux d'impression ; que, par un courrier du 7 décembre 2017, la société Imprimerie Chiffolleau s'est vu notifier le rejet de son offre ; que, par l'ordonnance attaquée du 9 janvier 2018, le juge des référés du tribunal administratif de Nantes, saisi par la société Imprimerie Chiffolleau sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a annulé l'appel d'offres engagé par Nantes Métropole ;

Sur la régularité de l'ordonnance :

2. 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 par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix (...)* » ; qu'aux termes de l'article 5 du même code : « *L'instruction des affaires est contradictoire. Les exigences de la contradiction sont adaptées à celles de l'urgence* » ;

3. Considérant, d'une part, que les décisions prises par le juge des référés sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative sont rendues à la suite d'une procédure particulière qui, tout en étant adaptée à la nature des demandes et à la nécessité d'assurer une décision rapide, doit garantir le caractère contradictoire de l'instruction ; que, si les parties peuvent présenter en cours d'audience des observations orales à l'appui de leurs écrits, elles doivent, si elles entendent soulever des moyens nouveaux, les consigner dans un mémoire écrit ; que le juge ne saurait accueillir de tels moyens sans avoir mis le défendeur à même de prendre connaissance du mémoire qui les soulève ;

4. Considérant qu'il ressort du deuxième mémoire en réplique produit par la société Imprimerie Chiffolleau devant le juge des référés et communiqué à Nantes Métropole que la société soutenait que des critères relatifs à la politique générale de l'entreprise ne pouvaient pas être mis en œuvre pour le choix de l'attributaire du marché, faute de lien avec l'objet du marché ; que, dès lors, le moyen tiré de ce que le juge des référés aurait retenu sur ce point un moyen soulevé oralement lors de l'audience et non repris dans les écritures de la société pour annuler la procédure d'appel d'offres manque en fait ;

5. Considérant, d'autre part, que la circonstance que le juge des référés du tribunal administratif de Nantes n'ait pas communiqué à Nantes Métropole un troisième mémoire en réplique présenté par la société Imprimerie Chiffolleau, postérieurement à la tenue de l'audience, mais avant la clôture de l'instruction, n'entache pas d'irrégularité l'ordonnance attaquée dès lors que ce mémoire ne comportait aucun élément de droit ou de fait lié au motif sur lequel ce juge s'est fondé pour annuler la procédure de passation du marché ;

Sur le bien-fondé de l'ordonnance :

6. Considérant qu'aux termes de l'article 52 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : « *Le marché public est attribué (...) sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution. / Le lien avec l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution s'apprécie conformément à l'article 38* » ; qu'aux termes de l'article 38 de cette ordonnance : « *Sont réputées liées à l'objet du marché les conditions d'exécution qui se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en*

application du marché public, à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation de ces travaux, fournitures ou services ou un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne ressortent pas des qualités intrinsèques de ces travaux fournitures ou services » ; qu'aux termes de l'article 62 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « II. - Pour attribuer le marché public au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde : / 1° Soit sur un critère unique qui peut être : a) Le prix (...) ; b) Le coût (...) / 2° Soit sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution au sens de l'article 38 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants : / a) La qualité, y compris la valeur technique et les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles, l'accessibilité, l'apprentissage, la diversité, les conditions de production et de commercialisation, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, le caractère innovant, les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité, le bien-être animal ; / (...) / D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution » ;

7. Considérant qu'il résulte de ces dispositions que si l'acheteur peut, pour sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse, mettre en œuvre des critères comprenant des aspects sociaux, c'est à la condition, notamment, qu'ils soient liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution ; qu'à cet égard, des critères à caractère social, relatifs notamment à l'emploi, aux conditions de travail ou à l'insertion professionnelle des personnes en difficulté, peuvent concerner toutes les activités des entreprises soumissionnaires, pour autant qu'elles concourent à la réalisation des prestations prévues par le marché ; que ces dispositions n'ont, en revanche, ni pour objet ni pour effet de permettre l'utilisation d'un critère relatif à la politique générale de l'entreprise en matière sociale, apprécié au regard de l'ensemble de son activité et indistinctement applicable à l'ensemble des marchés de l'acheteur, indépendamment de l'objet ou des conditions d'exécution propres au marché en cause ;

8. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Nantes que Nantes Métropole a prévu un critère de sélection relatif à la « performance en matière de responsabilité sociale », pondéré à hauteur de 15 % de la note totale, décomposé en cinq sous-critères relatifs à la « protection de l'environnement », aux « aspects sociaux », aux « aspects sociétaux », à la « performance économique durable » ainsi qu'aux « aspects gouvernance » des entreprises candidates ; que l'article 2.5 du règlement de la consultation précise que l'utilisation de ce critère s'inscrit dans le cadre d'une politique dite « Achats Durables » de l'acheteur qui « implique que l'entreprise doive, tout en assurant sa performance économique, assumer ses responsabilités au regard des objectifs du développement durable c'est-à-dire dans les domaines environnementaux, sociaux et sociétaux » ; qu'il ressort du « cadre de réponse diagnostique RSE » prévu par le dossier de consultation, que ce critère est évalué sur la base d'une appréciation d'éléments généraux, tels que la « lutte contre les discriminations » et le « respect de l'égalité hommes / femmes », appréciés au regard du taux d'emploi et de la rémunération des travailleurs handicapés et féminins, la « sécurité et la santé du

personnel », évaluées sur la base du nombre d'accidents du travail pendant les trois dernières années et de la durée totale des arrêts de travail sur le dernier exercice, les dépenses de formation du personnel engagées par l'entreprise, la « stabilité des effectifs » et la limitation du recours aux contrats d'intérim, ou encore la formation active des stagiaires et apprentis par des tuteurs certifiés ; que, contrairement à ce que soutient Nantes Métropole, le juge des référés du tribunal administratif de Nantes n'a pas dénaturé les pièces du dossier en estimant que le critère de « performance en matière de responsabilité sociale » ne concerne pas seulement les conditions dans lesquelles les entreprises candidates exécuteraient l'accord-cadre en litige mais porte sur l'ensemble de leur activité et a pour objectif d'évaluer leur politique générale en matière sociale, sans s'attacher aux éléments caractérisant le processus spécifique de réalisation des travaux d'impression prévus par le contrat ; qu'il résulte de ce qui a été dit au point précédent que le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit en en déduisant que ce critère n'a pas un lien suffisant avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution ;

9. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que Nantes Métropole n'est pas fondée à demander l'annulation de l'ordonnance qu'elle attaque ; [rejet]

Référence 5 : CE, 25 mai 2018, Office public de l'habitat Haut-de-Seine Habitat, n°417428 ;

Vu les procédures suivantes :

Procédure contentieuse antérieure

Le groupement d'entreprises constitué par les sociétés Mercier, mandataire, Les peintures parisiennes, Auto protection sécurité et ETEM, dénommé groupement MPPEA, a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la procédure d'appel d'offres relative au marché de travaux d'entretien courant « tous corps d'état » et de remise en état des logements du patrimoine de l'office public de l'habitat du département des Hauts-de-Seine « Hauts-de-Seine Habitat ». Par une ordonnance n° 1711246 du 3 janvier 2018, le juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise a annulé la procédure de passation de ce marché.

Procédures devant le Conseil d'Etat

1° Sous le n° 417428, par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 18 janvier, 2 février et 26 avril 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, Hauts-de-Seine Habitat demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;
2°) statuant en référé, de rejeter la demande présentée par le groupement de sociétés MPPEA ;
3°) de mettre à la charge du groupement de sociétés MPPEA la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

2° Sous le n° 417439, par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 18 janvier, 1^{er} février et 20 avril 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Eiffage construction amélioration de l'habitat demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;
2°) statuant en référé, de rejeter la demande présentée par le groupement de sociétés MPPEA ;
3°) de mettre à la charge du groupement de sociétés MPPEA la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;
- le code de justice administrative ;

1. Considérant que les pourvois de Hauts-de-Seine Habitat et de la société Eiffage construction amélioration de l'habitat sont dirigés contre la même ordonnance ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

2. 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 par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique (...) / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat* » ; que le I de l'article L. 551-2 du même code dispose que : « *Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. / Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations* » ;

3. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise que, par un avis publié le 27 juillet 2017 au bulletin officiel des annonces des marchés publics, l'office public de l'habitat du département des Hauts-de-Seine, dénommé « Hauts-de-Seine Habitat », a lancé un appel d'offres ouvert en vue de la passation d'un marché public, divisé en neuf lots, portant sur l'entretien courant « tous corps d'état » et la remise en état des logements de son patrimoine ; que, par un courrier du 21 novembre 2017, le groupement de sociétés MPPEA a été informé du rejet de son offre pour l'intégralité des lots et de l'attribution des lots 1, 5 et 7 à la société Eiffage construction amélioration de l'habitat, des lots 2, 4 et 8 à la société Acorus et des lots 3, 6 et 9 à la société ERI ; que, par une ordonnance du 3 janvier 2018, le juge du référé précontractuel a annulé la procédure de passation du marché ;

4. Considérant qu'aux termes de l'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : « *I. - Sous réserve des marchés publics globaux mentionnés à la section 4, les marchés publics autres que les marchés publics de défense ou de sécurité sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. A cette fin, les acheteurs déterminent le nombre, la taille et l'objet des lots. / Les acheteurs peuvent toutefois décider de ne pas allouer un marché public s'ils ne sont pas en mesure d'assurer par eux-mêmes les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ou si la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations. / Les acheteurs peuvent limiter le nombre de lots pour lesquels un opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique. / Les offres sont appréciées lot par lot. Les candidats*

ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. / II. - Lorsqu'un acheteur décide de ne pas allouer un marché public, il motive son choix en énonçant les considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de sa décision » ;

5. Considérant que, saisi d'un moyen tiré de l'irrégularité de la décision de ne pas allouer un marché, il appartient au juge du référé précontractuel de déterminer si l'analyse à laquelle le pouvoir adjudicateur a procédé et les justifications qu'il fournit sont, eu égard à la marge d'appréciation dont il dispose pour décider de ne pas allouer lorsque la dévolution en lots séparés présente l'un des inconvénients que les dispositions précitées mentionnent, entachées d'appréciations erronées ; que, par ailleurs, lorsqu'un marché public a été alloué, le juge ne peut relever un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence du fait de la définition du nombre et de la consistance des lots que si celle-ci est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, compte tenu de la liberté de choix dont le pouvoir adjudicateur dispose en ce domaine ;

6. Considérant que, après avoir relevé que le marché litigieux avait été divisé en neuf lots correspondant à neuf zones géographiques distinctes, le juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise s'est fondé, pour estimer que Hauts-de-Seine Habitat avait méconnu l'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et manqué ainsi à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, sur l'absence de motifs techniques ou économiques de nature à justifier l'absence d'allotissement par corps d'état ; qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus au point 5 qu'en ne se bornant pas à contrôler si la définition du nombre et de la consistance des lots était entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, il a commis une erreur de droit ;

7. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société Eiffage construction amélioration de l'habitat et Hauts-de-Seine Habitat sont fondés à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ;

8. Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

9. Considérant, en premier lieu, que lorsque le pouvoir adjudicateur a choisi de diviser un marché public en lots géographiques, il appartient notamment au juge du référé précontractuel, saisi d'un moyen en ce sens, de s'assurer, en prenant en compte l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser, que ce choix n'est pas entaché d'une erreur manifeste d'appréciation ;

10. Considérant qu'il résulte de l'instruction que la décision de Hauts-de-Seine Habitat de se borner à une division du marché d'entretien courant et de remise en état des logements de son patrimoine en neuf lots correspondant aux différents lieux d'exécution des travaux, répond au souci de réduire les délais d'exécution, de permettre une meilleure coordination des intervenants et d'éviter la reproduction des difficultés auxquelles il avait été confronté lors de l'exécution d'un précédent marché ayant le même objet, qui avait été divisé, dans le cadre d'un allotissement à la fois géographique et fonctionnel, en quatre-vingt-dix-sept lots ; que, eu égard notamment aux nombreux sites d'exécution des travaux, qui correspondent aux différentes « directions de proximité » de l'office, et aux difficultés techniques et de coordination qui étaient susceptibles de résulter de la multiplication du nombre de lots dans l'hypothèse où une division

par lots techniques serait ajoutée à une division par lots géographiques, le choix de Hauts-de-Seine Habitat n'est pas entaché, dans les circonstances de l'espèce, d'erreur manifeste d'appréciation ; qu'il suit de là que le groupement de sociétés MPPEA n'est pas fondé à soutenir que Hauts-de-Seine Habitat aurait méconnu les dispositions de l'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et porté ainsi atteinte au principe de liberté d'accès à la commande publique ;

11. Considérant, en deuxième lieu, que le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics ; que, toutefois, ces méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles sont par elles-mêmes de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie ; qu'il en va ainsi alors même que le pouvoir adjudicateur, qui n'y est pas tenu, aurait rendu publiques, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, de telles méthodes de notation ;

12. Considérant qu'il résulte de l'instruction que Hauts-de-Seine Habitat a retenu une méthode de notation pour le critère du prix attribuant automatiquement la note maximale au candidat ayant présenté l'offre la moins disante, alors qu'il n'a pas retenu une méthode analogue, valorisant le candidat le mieux classé, pour l'appréciation du critère de la valeur technique ; que, toutefois, contrairement à ce que soutient le groupement de sociétés MPPEA, la seule circonstance que les méthodes de notation mises en œuvre par l'acheteur soient susceptibles d'aboutir à une différenciation plus grande des candidats sur certains seulement des critères de jugement des offres ne saurait être regardée comme privant ceux-ci de leur portée ou comme neutralisant leur pondération ; que le moyen tiré de l'irrégularité de la méthode de notation des offres retenue par l'office doit, par suite, être écarté ;

13. Considérant, en troisième lieu, qu'aux termes de l'article 53 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : « *Lorsqu'une offre semble anormalement basse, l'acheteur exige que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre. / Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette dans des conditions fixées par voie réglementaire. / L'acheteur met en œuvre tous moyens pour détecter les offres anormalement basses lui permettant de les écarter* » ; que l'article 60 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics dispose que : « *I. - L'acheteur exige que le soumissionnaire justifie le prix ou les coûts proposés dans son offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services, y compris pour la part du marché public qu'il envisage de sous-traiter. / (...) II. - L'acheteur rejette l'offre : / 1° Lorsque les éléments fournis par le soumissionnaire ne justifient pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés (...)* » ;

14. Considérant qu'il résulte des dispositions précitées que, quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé ; que si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme

manifestement sous évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre ;

15. Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'offre du groupement de sociétés MPPEA était d'un montant de 3 964 668,95 euros HT pour le lot 1, de 3 964 668,30 euros HT pour le lot 5 et de 4 594 582,93 euros HT pour le lot 7, alors que le montant de l'offre de la société Eiffage construction était respectivement de 2 996 284,46 euros HT, 2 996 285,46 euros HT et 3 468 725,70 euros HT ; qu'ainsi l'écart entre les deux offres était, pour chacun de ces trois lots, de l'ordre de 24 % ; que, pour soutenir que Hauts-de-Seine Habitat a commis une erreur manifeste d'appréciation en retenant l'offre de la société Eiffage construction pour les lots 1, 5 et 7, dont il estime qu'elle était anormalement basse, le groupement requérant se borne à indiquer que les écarts entre les deux offres étaient, selon lui, « suspects » ; que, cependant, les écarts relevés n'étaient pas, dans les circonstances de l'espèce, suffisants pour que les prix proposés doivent paraître à l'office manifestement sous-évalués et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché ; que, par suite, le groupement requérant n'est pas fondé à soutenir que Hauts-de-Seine Habitat était tenu de solliciter la société Eiffage construction afin qu'elle lui fournisse des précisions sur les prix qu'elle proposait et aurait commis une erreur manifeste d'appréciation ;

16. Considérant, en dernier lieu, qu'il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, par le pouvoir adjudicateur, des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat, de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres ; qu'il lui appartient, en revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en en méconnaissant ou en en altérant manifestement les termes et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats ;

17. Considérant qu'il résulte de l'instruction que le règlement de la consultation exigeait, notamment, au titre de l'évaluation du critère de la valeur technique, un « organigramme dédié au marché » et un « planning avec enchaînement des tâches » ; qu'en estimant que l'« organigramme dédié au marché » transmis par le groupement requérant se bornait à identifier le personnel d'encadrement et les responsables opérationnels sans préciser les intervenants chargés de la réalisation des travaux et que le « planning avec enchaînement des tâches » présentait des délais incohérents avec ceux que le groupement proposait dans la deuxième partie de son mémoire technique, Hauts-de-Seine Habitat n'a pas dénaturé le contenu de son offre ;

18. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que le groupement de sociétés MPPEA n'est pas fondé à demander l'annulation de la procédure d'attribution du marché public de travaux d'entretien courant « tous corps d'état » et de remise en état des logements du patrimoine de Hauts-de-Seine Habitat ; [annulation ordonnance ; rejet]