

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, 28 janv. 2013, Département du Rhône, req. n°356670 ;
Référence 2 : CE, 28 janv. 2013, Département du Rhône, req. n°356670 ;
Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur CE 16 nov. 2016, 7ème et 2ème ch., Société SNEF
Référence 4 : CE 16 novembre 2016, 7ème et 2ème ch., Soc. SNEF, n°401660 et 401710 ;
Référence 5 : CE, 10 févr. 2016, Soc. SMC2, req. n°382148 ;

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

- Les principes généraux de la commande publique
- Faut-il un code de la commande publique ?

Épreuve pratique : commentaire

- CE, 10 février 2016, Soc. SMC2

Référence 1 : Conclusions du commissaire du rapporteur public sur CE, 28 janv. 2013, Département du Rhône,

L'achat de places pour les compétitions sportives se déroulant sur leur territoire est une pratique courante des collectivités territoriales qui soutiennent ainsi une activité qui contribue à leur notoriété et à la cohésion sociale et dont les retombées économiques sont souvent importantes, particulièrement lorsqu'elles sont le siège de clubs sportifs les plus populaires. La redistribution de ces places, si elle manque parfois de transparence¹, est utilisée par les collectivités pour stimuler le réseau associatif sportif et en gratifier les acteurs, le plus souvent bénévoles. Ces places sont acquises auprès des groupements sportifs, qui ont le monopole, sous différentes formes juridiques – associations ou sociétés commerciales – de leur commercialisation, aux termes de contrats qui ont le caractère de marchés publics de service. Ils sont régis par l'article L. 113-3 du code du sport, issu de loi du 6 juillet 2000 modifiant la loi du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives, qui à la fois reconnaît cette pratique et en limite l'ampleur, afin qu'elle ne se transforme pas en subvention déguisée. Aux termes de cet article : « *les sommes versées par les collectivités territoriales aux sociétés sportives en exécution de contrats de prestations de services, ou de toute convention dont l'objet n'entre pas dans le cadre des missions d'intérêt général visées à l'article L. 113-2, ne peuvent excéder un montant fixé par décret* ».

Il ressort des travaux préparatoires de cette loi³ que les contrats visés par le législateur ont pour objet l'achat de places dans les enceintes sportives et d'espaces publicitaires lors de manifestations sportives, ainsi que l'apposition du nom ou de logo de la collectivité territoriale sur divers supports de communication. Vous n'avez jusqu'à présent pas eu l'occasion de connaître de ces contrats, qui constituent des marchés publics de service, et ce malgré la ténacité de l'association des contribuables actifs lyonnais (CANOL), qui conteste toutes les tentatives du département du Rhône d'acquérir des places pour les compétitions de l'Olympique Lyonnais à domicile. Ces contentieux n'avaient pas dépassé le stade de l'appel, mais avaient permis aux juridictions locales de rappeler au département qu'il devait se soumettre au code des marchés publics et notamment définir ses besoins.

Échaude par ces précédents, le conseil général du Rhône a, par trois délibérations des 16 mai 2008, 12 juin 2009 et 11 juin 2010, décidé de lancer des consultations avec publicité, suivant la procédure adaptée de l'article 28 du code des marchés publics, tendant à la conclusion de marchés à bons de commande, compris entre 600 000 et 900 000 euros, pour l'achat « d'abonnements, places et pass permettant d'assister à des matchs de l'Olympique lyonnais » et d'autoriser le président du Conseil général à signer les marchés.

Le tribunal administratif de Lyon a rejeté les requêtes formées par la CANOL contre ces délibérations, mais la CAA de Lyon a, par un arrêt du 15 décembre 2011, contre lequel le département du Rhône se pourvoit régulièrement en cassation, annulé le jugement et les délibérations, au motif qu'elles méconnaissaient le principe de liberté d'accès à la commande publique.

Pour en arriver à cette conclusion, la cour a commencé par définir l'objet du marché comme étant « de faciliter l'accès au spectacle sportif et de faire la promotion de l'activité physique pour encourager la pratique sportive et son encadrement bénévole ». Elle a ensuite estimé « que si le département du Rhône soutient

que le football est le sport qui suscite le plus d'engouement et que l'Olympique Lyonnais bénéficie d'une place particulière au niveau national et européen, ces circonstances ne sauraient en tout état de cause justifier, au regard du principe posé par les dispositions précitées de l'article 1er du code des marchés publics, qu'il décide d'acheter des prestations susceptibles de remplir l'objectif ainsi défini sans procéder à une mise en concurrence préalable entre les différents prestataires du secteur ».

La dénaturation des faits critiquée par le département nous paraît, une fois n'est pas coutume, clairement établie. L'objet du marché, tel qu'il ressort des délibérations litigieuses que nous avons citées, n'est pas de faciliter l'accès au spectacle sportif et de faire la promotion de l'activité sportive, ni même d'acheter des places pour des compétitions sportives en général mais d'acheter des places, abonnements et pass pour les compétitions de l'Olympique Lyonnais. Si cette précision de l'objet du marché lui paraissait illégale, elle devait la censurer, mais ne pouvait, sans dénaturer les faits, se fonder sur les objectifs poursuivis par le département en décidant de conclure ces contrats pour en redéfinir l'objet en lui donnant un toute autre contenu.

Nous vous proposons donc d'annuler l'arrêt pour ce motif, ce qui vous dispensera d'examiner les deux autres moyens du pourvoi. Le premier est tiré de ce que la cour aurait insuffisamment motivé son arrêt en s'abstenant d'indiquer quels pouvaient être les prestataires susceptibles d'être mis en concurrence avec l'Olympique lyonnais. Mais, compte tenu de la perspective dans laquelle s'est placée la cour, elle pouvait se contenter de relever l'absence de mise en concurrence, sans mentionner les opérateurs susceptibles d'y participer.

Le second est tiré de l'erreur de droit qu'aurait commise la cour en considérant qu'il pouvait y avoir un marché unique de la compétition sportive locale alors que chaque compétition comporte des caractéristiques propres. Ce moyen semble viser la deuxième partie du raisonnement de la cour, qui s'inscrit dans la logique de la définition erronée de l'objet des contrats, qu'il nous paraît donc plus pertinent de censurer. Nous retrouverons cette question au fond, qui sera mieux posée au regard de l'objet réel des marchés.

Nous vous invitons en effet à régler l'affaire au fond, ce qui vous permettra de préciser certaines des règles régissant ces marchés. L'intérêt pour agir de la CANOL, association de défense des intérêts des contribuables du département, contre des délibérations du conseil général autorisant des dépenses, est évident (voyez notamment 1er juillet 2009, *Association « La Fourmi Vouvrillonne »*, n° 319238, aux T), mais vous n'aurez pas besoin, si vous nous suivez, d'écarter expressément la fin de non recevoir du département.

Les deux premiers moyens de l'association appelante ne nous retiendront pas longtemps. Comme l'a exactement relevé le tribunal, les rapports de présentation adressés aux conseillers généraux indiquaient le nombre et les catégories de places, abonnements et « pass » dont l'achat était envisagé ainsi que les catégories de bénéficiaires, le type de procédure de passation envisagée, la nature du marché, marché à bons de commande avec un montant maximum et minimum, et les contraintes juridiques en matière de prestations de service avec une société sportive. Il en a non moins exactement déduit que ces données apportaient aux conseillers généraux des informations suffisantes pour leur permettre de délibérer en parfaite connaissance de cause et qu'elles satisfaisaient donc les exigences de l'article L. 3121-19 du général des collectivités territoriales. La critique de la

CANOL, qui soutient que ces rapports ne permettent pas d'identifier les bénéficiaires des places achetées, vise d'ailleurs davantage, à travers ce moyen, l'intérêt général de la délibération.

La CANOL soutient en deuxième lieu que les délibérations attaquées ne définissent pas avec suffisamment de précision la nature et l'étendue des besoins à satisfaire, en méconnaissance des dispositions des articles 5 du code des marchés publics⁶ et L. 3221-11-1 du général des collectivités territoriales⁷. Sa critique porte principalement, comme précédemment, sur l'absence d'identification précise des bénéficiaires des places achetées.

L'obligation de définir avec précision la nature et l'étendue des besoins à satisfaire impose à la collectivité de déterminer précisément l'objet du marché, lequel est évidemment fonction de l'usage que le pouvoir adjudicateur entend en faire, sans pour autant qu'il soit tenu de préciser les modalités de l'utilisation qu'il fera de la prestation commandée. La légalité de cet objet, au regard notamment des compétences de la collectivité, nous paraît soulever une question différente.

En l'espèce, l'objet du marché est l'acquisition d'abonnements, places et pass pour assister aux matchs de l'Olympique lyonnais en vue de leur redistribution. La nature de la prestation ne pourrait être plus précise. S'agissant d'un marché à bons de commande, son volume est suffisamment déterminé par des montants maximum et minimum.

Enfin, les délibérations exposent aussi précisément qu'il est possible les objectifs que ces achats poursuivent en indiquant qu'il s'agit « de faciliter l'accès au spectacle sportif et de faire la promotion de l'activité physique pour encourager la pratique sportive et son encadrement bénévole » en faisant bénéficier de ses places « des dirigeants bénévoles, des membres de clubs sportifs, des membres du mouvement associatif, des collégiens, des jeunes en difficultés », ainsi qu'en les utilisant à des fins de relations publiques du département.

Le troisième moyen porte précisément sur l'absence d'intérêt public départemental des prestations recherchées. Il ne nous paraît en effet pas illégitime de s'interroger sur l'intérêt général que peut représenter, pour une collectivité territoriale, l'achat de places pour des spectacles sportifs. Mais le législateur nous semble avoir d'ores et déjà répondu à cette question en reconnaissant, à l'article L. 113-3 du code du sport, la possibilité pour les collectivités territoriales de conclure des marchés de service avec les sociétés sportives dont l'objet est, ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires, principalement l'achat de places pour les compétitions auxquelles participent les clubs sportifs.

Ces achats et la redistribution des places aux acteurs du réseau sportif local concourent à la promotion et au développement des activités physiques et sportives pour tous qui sont, aux termes de l'article L. 100-1 du code du sport, d'intérêt général et auxquels contribuent notamment, comme l'indique l'article suivant, les collectivités territoriales. La circonstance que certaines de ces places puissent être détournées de leur destination initiale, dérive soulignée par un rapport de la Cour des comptes en 2005, ne prive pas d'intérêt général les délibérations attaquées qui fixent des catégories de bénéficiaires en rapport avec les objectifs que la loi assigne en ce domaine aux collectivités territoriales. Il s'agit davantage d'un problème lié à l'usage des prestations commandées qu'au principe même de leur commande, dont la finalité correspond bien à un intérêt public que le département pouvait légalement poursuivre.

Le dernier moyen est tiré de ce qu'en décidant d'acheter des places de l'Olympique lyonnais alors que d'autres opérateurs

étaient également susceptibles de lui permettre de poursuivre les objectifs qu'il s'était fixé, le département a méconnu les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats.

Précisons tout d'abord que la question porte sur une éventuelle mise en concurrence entre clubs sportifs, pratiquant diverses disciplines, et non entre sociétés distributrices des places d'un même club, car en règle générale la société sportive qui gère le club est l'unique opérateur de la commercialisation des places pour les spectacles qu'il donne.

Ce que critique par conséquent l'association appelante est une définition de l'objet du marché qui exclut toute possibilité de mise en concurrence, puisque seule l'association sportive de l'Olympique lyonnais peut assurer la prestation que le département souhaite obtenir.

Dès lors qu'il est admis que l'achat de places par une collectivité territoriale auprès d'un groupement sportif pour assister aux compétitions auxquelles le club qu'il gère participe poursuit un intérêt général, la question de la mise en concurrence est celle d'un éventuel détournement des exceptions au principe de la mise en concurrence.

En effet, la combinaison des articles 28 et 30 du code des marchés publics permet de passer sans publicité ni mise en concurrence préalables certains marchés de service, au nombre desquels figure les achats de place de spectacle, quel que soit leur montant, « lorsque ces formalités sont impossibles ou manifestement inutiles en raison notamment de l'objet du marché, de son montant ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré ».

L'objet du marché peut donc justifier une dérogation au principe de la mise en concurrence. Mais cette justification, comme celle figurant à l'article 35 pour d'autres catégories de marchés, donne lieu à un contrôle strict de votre part comme de celle de la CJUE, afin d'éviter qu'une définition si précise de ses besoins qu'ils ne puissent être satisfaits que par un seul opérateur permette au pouvoir adjudicateur d'échapper aux règles de passation des marchés publics.

Les raisons invoquées pour recourir à un prestataire déterminé, en dehors de toute mise en concurrence, doivent être inhérentes à l'objet du marché. Votre jurisprudence comme celle de la Cour de Luxembourg distingue l'objet même de la prestation, qu'elles appréhendent avec une certaine objectivité, de ses caractéristiques, qui peuvent justifier des spécifications particulières, mais non dispenser de mise en concurrence. Ce n'est que si la prestation elle-même ne peut être réalisée que par un seul opérateur que la mise en concurrence apparaît inutile.

La CJCE a ainsi jugé insuffisants les arguments de la République italienne pour acheter des hélicoptères à un fournisseur qui invoquait des spécificités techniques et la nécessité d'assurer l'interopérabilité de sa flotte d'hélicoptères (8 avr. 2008, *Commission des Ctes européennes c/ Italie*, aff. C-337/05, AJDA 2008. 1834, obs. Peyret). Vous avez admis qu'une collectivité pouvait procéder à l'achat d'un four incinérateur sans publicité ni mise en concurrence préalable, après avoir relevé que ce four avait fait l'objet d'un brevet d'invention déposé par la société, qui était, à la date de passation du marché, la seule à détenir ce brevet et qu'il n'était pas allégué que d'autres matériels auraient pu satisfaire les besoins de la personne publique (CE 14 janvier 1987, *Commissaire de la République de la Meuse*, n° 5855, T. 820).

En revanche, la mise en concurrence est obligatoire en l'absence de droits d'exclusivité (13 juillet 2007, *Synd. d'agglomération nouvelle Ouest Provence*, n° 296096, T. 692; Contrats Marchés

publ. 2007, n° 266, obs. Zimmer)8. De même, vous avez rappelé que la réalisation d'une fontaine devant présenter un caractère artistique ne dispensait pas le pouvoir adjudicateur d'une mise en concurrence préalable (8 décembre 1995, *Préfet du département de la Haute-Corse*, n° 168253, au rec). L'aspect artistique du marché est une caractéristique de son objet, non son objet même ; il peut donc faire partie des spécifications techniques, mais ne justifie pas une absence de mise en concurrence.

Le pouvoir adjudicateur dispose cependant d'un pouvoir de choix quant à la détermination de ses besoins. Vous avez ainsi jugé qu'une collectivité pouvait lancer un appel d'offres en vue de la passation d'un marché ayant pour objet la mise en œuvre, l'exploitation, la maintenance et l'hébergement d'une solution informatique précise, développée sous forme d'un logiciel libre, dès lors que l'absence de droits limitant l'utilisation de ce logiciel ne conférerait pas à une société propriétaire des avantages concurrentiels (30 septembre 2011, *Région Picardie*, n° 350431, au recueil). Vous avez donc admis, contrairement à ce que vous proposait votre rapporteur public, que la collectivité pouvait définir son besoin comme portant non seulement sur les fonctionnalités de ce logiciel, mais sur l'utilisation d'une solution informatique prédéterminée, sous réserve que ce choix n'ait pas pour effet de favoriser ou d'éliminer automatiquement certains opérateurs.

Vous devez donc veiller à ce que, sous couvert d'une détermination trop précise de ses besoins, qui inclurait le prestataire dans l'objet du contrat, le pouvoir adjudicateur ne contourne pas les règles de mise en concurrence, sans pour autant le priver de tout pouvoir de détermination de ses besoins, comme l'avait fait la cour en redéfinissant l'objet du marché au regard de ses finalités générales. Or ce pouvoir est d'autant plus étendu que l'objet du marché présente, en lui-même, une forte singularité. Tel est bien le cas de l'achat de places pour des spectacles, qu'ils soient sportifs ou artistiques. Le choix du spectacle est indissociable de la décision d'acheter des places, de leur prix et de la quantité, car les bénéfices attendus de la prestation commandée dépendent étroitement de ce choix particulier. Au regard des objectifs de promotion du sport dans le département, toutes les compétitions sportives ne sont pas équivalentes. Les spectacles donnés par le club local lorsqu'il fait partie des meilleurs clubs de France ou d'Europe, dans une discipline aussi populaire que le football, sont certainement ceux qui provoquent le plus fort engouement auprès des catégories bénéficiaires des places achetées par la collectivité. Dès lors que le principe de l'achat de places pour des spectacles sportifs est regardé comme contribuant à l'encouragement des activités sportives, nous croyons que vous devez laisser au pouvoir adjudicateur le choix de déterminer les spectacles qu'il estime les plus à même de remplir cet objectif, sous réserve d'une erreur manifeste d'appréciation dont le contrôle relève davantage du contrôle des motifs de la décision que du respect des règles de mise en concurrence. En ce qui concerne ces dernières, la singularité de la prestation justifie l'absence de mise en concurrence. Il en irait d'ailleurs de même du choix d'un spectacle musical, que la collectivité doit pouvoir choisir sans avoir à mettre en concurrence tous les musiciens, contrairement à ce qu'elle doit faire si elle cherche à recourir aux services d'une société organisatrice d'un festival, qui établira elle-même la programmation (23 mai 2011, *Cne de Six-Fours-les-Plages*, n° 342520, au Rec9).

Compte tenu de la singularité des prestations qui constituaient l'objet du marché, celui-ci entraine dans le champ de la dérogation aux règles de mise en concurrence prévue par l'article 28 du code des marchés publics. Le moyen tiré de la méconnaissance de ces règles est, par suite, inopérant.

Nous vous proposons par conséquent, après avoir annulé l'arrêt de la CAA de Lyon, de rejeter l'appel de la CANOL, à la charge de laquelle vous pourrez mettre le versement au département du Rhône d'une somme de 4 500 euros au titre des frais qu'il a exposés devant vous et devant la cour. Les conclusions à ce titre de la CANOL ne pourront en revanche qu'être rejetées.

Référence 2 : CE, 28 janv. 2013, Département du Rhône, req. n°356670

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que par trois délibérations en date des 16 mai 2008, 12 juin 2009 et 11 juin 2010, la commission permanente du conseil général du Rhône a, d'une part, lancé des consultations, sur le fondement des articles 28 et 30 du code des marchés publics, afin de passer des marchés à bons de commande pour des abonnements, places et " pass " permettant d'assister à des matchs de l'Olympique Lyonnais, respectivement pour les saisons 2008/2009, 2009/2010 et 2010/2011, en vue de les distribuer gratuitement à des bénévoles et membres de clubs sportifs ou mouvements associatifs, à des collégiens et à des jeunes en difficulté, et, d'autre part, autorisé le président du conseil général à signer les marchés qui en découleraient ; que par l'arrêt attaqué, la cour administrative d'appel de Lyon a annulé ces délibérations au motif que l'achat de ce type de prestations ne pouvait s'effectuer sans une mise en concurrence préalable entre les prestataires du secteur ;

2. Considérant qu'il ressort des termes mêmes des délibérations contestées et de leur rapport de présentation figurant au dossier soumis au juge du fond que l'objet du marché passé par le département du Rhône était d'acheter des billets permettant d'assister aux matchs de l'Olympique Lyonnais ; qu'en relevant que l'objet du marché consistait à faciliter l'accès au spectacle sportif, promouvoir l'activité sportive et encourager son encadrement bénévole, la cour administrative d'appel s'est méprise sur la portée des délibérations dont elle était saisie ; que son arrêt doit, par suite, être annulé ;

3. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au fond en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

4. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article L. 100-1 du code du sport : " Les activités physiques et sportives constituent un élément important de l'éducation, de la culture, de l'intégration et de la vie sociale. / Elles contribuent notamment à la lutte contre l'échec scolaire et à la réduction des inégalités sociales et culturelles, ainsi qu'à la santé. / La promotion et le développement des activités physiques et sportives pour tous, notamment pour les personnes handicapées, sont d'intérêt général " ; qu'aux termes du premier alinéa de l'article L. 100-2 du même code : " L'État, les collectivités territoriales et leurs groupements, les associations, les fédérations sportives, les entreprises et leurs institutions sociales contribuent à la promotion et au développement des activités physiques et sportives " ; qu'en vertu de l'article L. 113-3 de ce code, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, dans les limites fixées par cet article, passer des contrats de prestations de services avec les sociétés sportives, au nombre desquels figurent, ainsi que cela ressort des travaux préparatoires de la loi du 6 juillet 2000 dont est issu cet article, les contrats permettant l'acquisition de places pour assister à des rencontres sportives ;

5. Considérant qu'il résulte de ces dispositions que l'acquisition de places pour assister à des rencontres sportives professionnelles afin, ainsi que cela ressort des délibérations litigieuses et des

rapports qui leur sont annexés, de promouvoir l'activité sportive auprès du jeune public du département, notamment des collégiens et des jeunes en difficulté, et d'encourager l'encadrement bénévole de cette activité, répond à une mission d'intérêt général dont le département du Rhône a la charge ; que la CANOL n'est, dès lors, pas fondée à soutenir que les marchés litigieux ne répondaient pas aux besoins du département ;

6. Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article L. 3121-18 du code général des collectivités territoriales : " Tout membre du conseil général a le droit, dans le cadre de sa fonction, d'être informé des affaires du département qui font l'objet d'une délibération " ; qu'aux termes de l'article L. 3121-19 du même code : " Douze jours au moins avant la réunion du conseil général, le président adresse aux conseillers généraux un rapport, sous quelque forme que ce soit, sur chacune des affaires qui doivent leur être soumises " ;

7. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que les rapports de présentation adressés aux conseillers généraux précisaient le type de procédure de passation envisagée, la nature du marché, le nombre et la catégorie de places, abonnements et " pass " que la collectivité souhaitait acquérir ainsi que les catégories des futurs bénéficiaires ; qu'il s'ensuit que les conseillers généraux ont été régulièrement informés de la portée des délibérations soumises à leur approbation ; que le moyen tiré de ce que les dispositions des articles L. 3121-18 et L. 3121-19 du code général des collectivités territoriales auraient été méconnues doit donc être écarté ;

8. Considérant, en troisième lieu, qu'aux termes de l'article 5 du code des marchés publics : " La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminés avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable. Le ou les marchés ou accords-cadres conclus par le pouvoir adjudicateur ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins " ; qu'aux termes de l'article L. 3221-11-1 du code général des collectivités territoriales : " (...) La délibération du conseil général ou de la commission permanente chargeant le président du conseil général de souscrire un marché déterminé peut être prise avant l'engagement de la procédure de passation. Elle comporte alors obligatoirement la définition de l'étendue du besoin à satisfaire et le montant prévisionnel du marché " ;

9. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que les délibérations attaquées fixaient le montant prévisionnel des marchés à bons de commande et les catégories de personnes susceptibles de bénéficier des places ainsi acquises ; que les rapports de présentation annexés à ces délibérations précisaient le nombre et les catégories d'abonnement ou de " pass " que le département du Rhône souhaitait acheter en fonction des différents types de compétition ; qu'il s'ensuit que la CANOL n'est pas fondée à soutenir que les délibérations attaquées auraient été prises en méconnaissance des articles 5 du code des marchés publics et L. 3221-11-1 du code général des collectivités territoriales ;

10. Considérant, en dernier lieu, qu'aux termes de l'article 1er du code des marchés publics : " (...) / Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services. (...) / II. - Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ces obligations sont mises

en œuvre conformément aux règles fixées par le présent code. (...) " ; qu'aux termes du II de l'article 28 du même code : " Le pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les situations décrites au II de l'article 35 ou lorsque ces formalités sont impossibles ou manifestement inutiles en raison notamment de l'objet du marché, de son montant ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré " ; qu'aux termes de l'article 30 du même code : " 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 " ;

11. Considérant, ainsi qu'il a été dit, que le département entendait promouvoir l'activité sportive auprès du jeune public, notamment des collégiens et des jeunes en difficulté, et encourager l'encadrement bénévole de cette activité, en achetant des places permettant à ce public d'assister gratuitement à des matchs du club de football " Olympique Lyonnais ", compte tenu de l'intérêt suscité par ce club auprès des populations concernées du département ; que, si les contrats litigieux constituent des marchés publics au sens de l'article 1er du code des marchés publics, s'agissant toutefois de prestations ayant nécessairement un caractère unique, une mise en concurrence pour l'achat spécifique de ces billets, dont seul le club de football " Olympique Lyonnais " est le distributeur, s'avérait impossible au sens des dispositions précitées de l'article 28 du code des marchés publics ; qu'il en résulte que le département du Rhône a pu légalement décider que les marchés seraient passés en l'absence de publicité et de mise en concurrence préalable, sans méconnaître les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats ;

12. Considérant qu'il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin de statuer sur les fins de non recevoir soulevées par le département du Rhône, que la CANOL n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Lyon a rejeté ses demandes ;

Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 16 novembre 2016, 7ème et 2ème ch., Société SNEF.

1. La commune de Marseille a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution du marché d'exploitation et de maintien de ses installations d'éclairage public. Il s'agit d'un marché de longue durée, six ans, pour partie forfaitaire (poste 1 : Exploitation) et pour partie à bons de commande (postes 2 Entretien, poste 3 Etudes et poste 4 Maintien) selon la nature des prestations. Le prix et la valeur technique étaient respectivement pondérés à hauteur de 60% et de 40% pour le jugement des offres.

L'avis d'appel public à la concurrence a été publié le 8 février 2016 et c'est donc le code antérieur à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics qui s'applique.

La société SNEF s'est vu attribuer le marché pour un montant de 39 836 212 euros tandis que l'offre du titulaire sortant, un groupement de quatre entreprises parmi lesquelles la société des Travaux électriques du Midi (TEM), a été classée deuxième et donc rejetée le 1er juin 2016.

Le JRPC du tribunal administratif de Marseille, sur la demande de la TEM, a annulé l'ensemble de la procédure. Il a considéré que la méthode choisie de notation des offres, qui faisait appel à la technique dite du « chantier masqué » pour deux des quatre postes du marché, ne garantissait pas que l'offre économiquement la plus

avantageuse soit choisie. La SNEF et la commune se pourvoient en cassation contre cette ordonnance.

2. Il nous faut dire un mot à titre liminaire de la méthode du « chantier masqué » dont la contestation est au cœur du litige. Le document appelé détail quantitatif estimatif (DQE), en principe non contractuel, est destiné à permettre à la collectivité publique de comparer les prix des offres des différents candidats. Il consiste en une simulation de ses futurs achats, une sorte de « commande type », aux quantités de laquelle sont rapportés les prix unitaires indiqués dans les bordereaux des différentes offres. Celle-ci sont ainsi notées au plus près des besoins de la personne publique.

Vous avez jugé qu'une telle simulation, consistant à multiplier les prix unitaires proposés par les candidats par le nombre d'interventions envisagées par la collectivité, constitue non pas un sous-critère, mais une simple méthode de notation des offres destinée à les évaluer au regard du critère du prix : CE, 2 août 2011, Syndicat mixte de la vallée de l'Orge aval, n°348711, T. p. 1006. Aussi, comme c'est le cas pour toutes les méthodes de notation (CE, 31 mars 2010, Collectivité territoriale de Corse, n° 334279, T. p. 848 ou CE, 23 mai 2011, Commune d'Ajaccio, n° 339406, T. p. 1007), le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'informer les candidats qu'il y recourt.

Le « chantier masqué » est un DQE non communiqué aux candidats. L'introduction de cet aléa présente l'avantage d'inciter les concurrents à proposer leurs meilleurs prix unitaires sur l'ensemble des postes du bordereau et pas seulement sur ceux qui figurent sur le DQE porté à leur connaissance. On évite ainsi que ces derniers prix soient artificiellement baissés et compensés par la majoration des prix qui ne figurent pas dans le DQE.

En l'espèce, les postes 3 (Etudes) et 4 (Maintenance) du marché faisaient l'objet à la fois d'un DQE communiqué aux candidats, intitulé commande type et d'un second DQE « chantier masqué ». Chacun des deux DQE était noté sur le même nombre de points. Toutefois, l'originalité de la méthode choisie consistait en ceci que pour chacun des deux « chantiers masqués », le règlement de la consultation précisait que la commune établirait deux DQE mais n'en retiendrait qu'un seul, après tirage au sort, au moment de l'ouverture des plis. A l'aléa du « chantier masqué » venait donc s'ajouter l'aléa du tirage au sort.

Pour nous résumer, la méthode de notation faisait intervenir 6 prix au total : un prix global forfaitaire pour le poste 1, une commande type communiquée aux candidats pour les postes 2, 3 et 4, enfin une commande en « chantier masqué » pour les postes 3 et 4, chacune de ces deux dernières étant tirée au sort parmi deux DQE possibles.

C'est le recours au tirage au sort, non le « chantier masqué », que le juge a censuré en considérant que « cette introduction du hasard (...) a nécessairement privé de leur portée les critères de sélection ou neutralisé leur pondération et induit, de ce fait, que la meilleure note ne soit pas nécessairement attribuée à la meilleure offre, ou (...) que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie ».

3. La société et la commune requérante soutiennent que le JR a ainsi commis une erreur de droit et nous vous proposons d'accueillir ce moyen.

La motivation retenue dans l'ordonnance reprend la règle posée par votre décision CE, 7 novembre 2014, Commune de Belleville-sur-Loire, n° 373362, p. 323 : la méthode de notation est librement choisie par le pouvoir adjudicateur, mais elle ne doit pas être de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération.

Faute de quoi elle serait susceptible de conduire à ce que pour chaque critère la meilleure note pour ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou de façon globale à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie.

Nous pensons toutefois, avec les requérantes, que le tirage au sort entre les deux « chantiers masqués » possibles, pour chacun de deux postes concernés, n'encourt pas un tel reproche. Comme le souligne la commune à juste titre, cette technique présente deux avantages : limiter les conséquences d'une éventuelle fuite d'informations et éviter que l'administration puisse se voir reprocher d'avoir avantagé un candidat en définissant le contenu du « chantier masqué » après avoir eu connaissance des prix unitaires proposés.

Ainsi, l'effet normalement escompté de l'utilisation du « chantier masqué » – à savoir les meilleurs prix unitaires sur l'ensemble du bordereau – est conforté par celui du tirage au sort. Il est certes bien évident que la note attribuée au regard du critère prix pourra varier, pour une même offre, en fonction de la composition de la commande tirée au sort. Toutefois, la seule façon pour les candidats d'absorber cet aléa ne diffère pas de celle qu'ils doivent utiliser de façon générale lorsque la consultation fait appel au « chantier masqué » : elle consiste à proposer les meilleurs prix unitaires sur le plus grand nombre de postes.

Le juge a donc commis une erreur de droit en estimant que « nécessairement » l'introduction du hasard prive de leur portée les critères de sélection ou neutralise leur pondération. Il est simplement nécessaire, comme le soulignait Gilles Pellissier dans ses conclusions sur l'affaire Commune de Belleville-sur-Loire, que la règle de notation choisie soit « en rapport avec l'objet du marché », c'est-à-dire en l'espèce que la composition des deux commandes types susceptibles d'être tirées au sort pour chacun des deux postes ne s'écarte pas des conditions raisonnablement prévisibles d'exécution du contrat. Le tirage au sort doit s'effectuer entre deux « chantiers masqués » vraisemblables. Ce point n'était toutefois pas soulevé par les Travaux électriques du Midi devant le juge du référé et il n'en est pas fait état devant vous en défense. Il faut également que la règle « respecte les critères annoncés et leur pondération », c'est-à-dire qu'elle ne doit pas privilégier un aspect du marché plutôt qu'un autre, de façon à ne pas dénaturer le critère du prix. La société des Travaux électriques du Midi soutenait que les « chantiers masqués » retenus pour les postes 3 et 4 à l'issue des tirages au sort ont avantagé sa concurrente. Toutefois elle ne démontre pas en quoi la structure de ces commandes types aboutit à dénaturer le critère du prix.

Il faut enfin, bien évidemment, que les différentes offres aient été valorisées en recourant au même « chantier masqué », ce qui n'est pas contesté en l'espèce.

Vous annulerez donc l'ordonnance attaquée pour erreur de droit. L'autre moyen soulevé dans le pourvoi de la société SNEF, tiré de l'insuffisance de motivation de l'ordonnance, n'est en revanche pas fondé. En effet la SNEF, contrairement à ce qu'elle affirme, n'avait pas soutenu que le moyen accueilli par le juge des référés était irrecevable : celui-ci n'a donc pas omis de répondre à une telle argumentation. Par ailleurs, le juge a implicitement répondu au moyen opposé en défense par la SNEF, tiré de ce que le manquement allégué n'était pas susceptible d'avoir lésé la société des Travaux électriques du Midi. Il a relevé en effet que la méthode d'évaluation choisie, compte tenu du faible écart de prix, avait privée cette entreprise de la possibilité de recevoir pour ce critère une note susceptible de la classer en première position et de lui faire remporter le marché.

4. Vous réglerez l'affaire au titre de la procédure de référé engagée en rejetant la demande de la société des Travaux électriques du Midi.

4.1. En effet, vous écarterez pour les raisons déjà énoncées le moyen tiré de ce que le tirage au sort des « chantiers masqués » est par lui-même de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération. La société des Travaux électriques du Midi, comme nous l'avons dit, se place au niveau des principes et ne tente pas de démontrer qu'en l'espèce que les simulations établies par la commune de Marseille auraient été sans rapport avec l'objet du marché ou auraient privilégié un aspect particulier de ce marché de telle sorte que le critère du prix s'en trouverait dénaturé.

4.2. Le moyen suivant est tiré de ce que la commune de Marseille aurait méconnu le règlement de la consultation en attribuant à l'offre de la SNEF la note maximale de 60 points pour le critère prix. Selon la société des Travaux électriques du Midi, le prix de l'offre du groupement aurait été inférieur à celui de la SNEF sur « au moins un des quatre postes ». Mais cette affirmation n'est étayée d'aucun élément : la société se borne à affirmer que le montant global de l'offre du groupement, hors les deux « chantiers masqués », aurait été inférieur à celui de la SNEF, mais rien au dossier ne le confirme.

4.3. Enfin les articles 80 et 83 du code des marchés publics relatifs à la notification des motifs du rejet d'une candidature ou d'une offre n'ont pas été méconnus. Le 1er juin 2016, la commune a adressé au groupement dont la société TEM était membre une lettre lui notifiant le rejet de son offre, précisant son classement, les notes qui lui avait été attribuées ainsi que le nom de l'attributaire et les notes obtenues par la SNEF.

PCMNC :

- à l'annulation de l'ordonnance attaquée ;
- au rejet de la demande de la société des Travaux électriques du Midi devant le juge du référé précontractuel ;
- à ce que cette société verse à la SNEF et à la commune de Marseille la somme de 3 000 euros chacune au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
- au rejet des conclusions présentées par cette société au même titre.

Référence 4 : CE 16 novembre 2016, 7ème et 2ème ch., Soc. SNEF, n°401660 et 401710.

La société Travaux électriques du Midi (TEM) a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Marseille, statuant sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la décision de la ville de Marseille rejetant l'offre du groupement dont elle était membre et attribuant le marché ayant pour objet l'exploitation et le maintien des installations d'éclairage public de la commune à la société SNEF, ainsi que l'ensemble de la procédure de passation depuis l'origine et toutes les décisions subséquentes prises par le pouvoir adjudicateur.

Par une ordonnance n° 1604918 du 5 juillet 2016, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a annulé la décision de la ville de Marseille rejetant l'offre du groupement dont était membre la société TEM et attribuant le marché ayant pour objet l'exploitation et le maintien de ses installations d'éclairage public à la société SNEF, ainsi que l'ensemble de la procédure de passation de ce marché.

Procédure devant le Conseil d'État :

1° Sous le n° 401660, par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 20 juillet et 3 août 2016 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, la société SNEF demande au Conseil d'État :

- 1°) d'annuler cette ordonnance ;
- 2°) de mettre à la charge de la société Travaux électriques du Midi la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

2° Sous le n° 401710, par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 21 juillet et 3 août 2016 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, la ville de Marseille demande au Conseil d'État :

- 1°) d'annuler cette ordonnance ;
- 2°) statuant en référé, de rejeter les conclusions de première instance de la société TEM ;

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- le code des marchés publics ;
- le code de justice administrative ;
- (...)

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, ou la délégation d'un service public (...)* » ; qu'aux termes du I de l'article L. 551-2 de ce code : « *I. 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 (...)* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-10 du même code : « *Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué (...)* » ;

3. Considérant que, par un avis publié le 8 février 2016, la ville de Marseille a lancé une procédure formalisée d'appel d'offres ouvert pour l'attribution d'un marché de travaux ayant pour objet l'exploitation et le maintien de ses installations d'éclairage public ; que ce marché unique englobait divers types de travaux et prestations répartis selon quatre postes distincts, exploitation, entretien, études et maintien des installations d'éclairage ; que, par une ordonnance en date du 5 juillet 2016, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Marseille, saisi par la société Travaux électriques du Midi (TEM), a annulé l'ensemble de la procédure de passation de ce marché, ainsi que la décision de la ville de Marseille attribuant le marché à la société SNEF et rejetant l'offre du groupement dont était membre la société TEM ; que la société SNEF, sous le n° 401660, et la ville de Marseille, sous le n° 401710, se pourvoient contre cette ordonnance ;

4. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que le règlement de la consultation prévoyait que la note attribuée aux candidats sur le critère du prix reposait sur six prix correspondant aux quatre postes de prestations prévus au marché ;

qu'en vertu de l'article 6.2 du règlement pour deux des postes de prestations, la note attribuée aux candidats selon le critère du prix était fondée sur l'application au bordereau des prix unitaires (BPU) fourni par les candidats d'un « *Détail Quantitatif Estimatif (DQE)*, dit "*chantier masqué*", non publié et non communiqué aux candidats. (...) Ces DQE "*chantiers masqués*" comportent des articles et des prestations du Bordereau des Prix Unitaires (BPU) affectés de quantités (...). A partir du BPU complété par lui, chaque candidat verra ses chantiers masqués reconstitués par l'Administration (...). Par contre l'Administration retiendra pour la notation du prix qu'un seul DQE "*chantiers masqués*" qui demeurera sous pli cacheté jusqu'à l'ouverture des plis. Ce dernier sera tiré au sort au moment de l'ouverture des plis par le Représentant Légal du Pouvoir Adjudicateur ou la personne ayant reçu le pouvoir de le représenter, parmi les deux DQE "*chantiers masqués*" préparés qui lui ont été remis sous pli cacheté conformément aux dispositions précédentes. Le pli non tiré au sort par le Pouvoir Adjudicateur le jour de l'ouverture des plis est conservé cacheté par l'Administration » ;

5. Considérant 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 ; qu'en effectuant, pour évaluer le montant des offres qui lui sont présentées, une "simulation" consistant à multiplier les prix unitaires proposés par les candidats par le nombre d'interventions envisagées, un pouvoir adjudicateur n'a pas recours à un sous-critère, mais à une simple méthode de notation des offres destinée à les évaluer au regard du critère du prix ; qu'il n'est donc pas tenu d'informer les candidats, dans les documents de la consultation, qu'il aura recours à une telle méthode ; qu'il ne manque pas non plus à ses obligations de mise en concurrence en élaborant plusieurs commandes fictives et en tirant au sort, avant l'ouverture des plis, celle à partir de laquelle le critère du prix sera évalué, à la triple condition que les simulations correspondent toutes à l'objet du marché, que le choix du contenu de la simulation n'ait pas pour effet d'en privilégier un aspect particulier de telle sorte que le critère du prix s'en trouverait dénaturé et que le montant des offres proposées par chaque candidat soit reconstitué en recourant à la même simulation ; qu'en censurant le recours à une telle méthode de notation du critère du prix au seul motif que l'introduction du hasard dans la procédure de désignation du bénéficiaire du marché en litige, sous la forme de l'application des stipulations citées au point 4, avait nécessairement privé de leur portée les critères de sélection ou neutralisé leur pondération et induit, de ce fait, que la meilleure note ne soit pas nécessairement attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie, dès lors que le choix de l'attributaire ne résulte pas de l'analyse conduite par le pouvoir adjudicateur mais des résultats d'un tirage au sort aléatoire, le juge des référés a entaché son ordonnance d'erreur de droit ;

6. Considérant qu'il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens des pourvois, que la société SNEF et la commune de Marseille sont fondées à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ;

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

8. Considérant que la société TEM soutient qu'en procédant à des tirages au sort de DQE "*chantiers masqués*", ainsi qu'il a été dit ci-dessus, la commune a recouru à une méthode de notation du critère du prix qui, en méconnaissance des principes

fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, est par elle-même de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et est, de ce fait, susceptible 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 ; que, toutefois, ainsi qu'il a été dit au point 5, le choix et l'utilisation d'une commande par tirage au sort réalisé avant l'ouverture des plis parmi plusieurs commandes fictives figurant sous pli cacheté pour valoriser les offres des candidats selon le critère du prix ne sont pas, par eux-mêmes, de nature à empêcher que l'offre économiquement la plus avantageuse soit choisie conformément aux dispositions de l'article 53 du code des marchés publics ; que, par suite, le moyen tiré de ce qu'en recourant à cette méthode de notation du critère du prix, la commune aurait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ne peut qu'être écarté ;

9. Considérant, en deuxième lieu, que si la société TEM soutient que le pouvoir adjudicateur a méconnu son propre règlement de consultation s'agissant de la notation des offres, elle n'apporte aucun élément au soutien de cette affirmation ;

10. Considérant, en dernier lieu, que le courrier en date du 1^{er} juin 2016, adressé par la ville de Marseille au groupement dont la société TEM était membre pour lui notifier le rejet de son offre, précisait le classement de celle-ci, les notes qui lui avait été attribuées ainsi que le nom de l'attributaire et les notes obtenues par ce dernier ; qu'il s'ensuit que le moyen tiré de la méconnaissance des articles 80 et 83 du code des marchés publics ne peut qu'être écarté ;

11. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la demande de la société TEM doit être rejetée, y compris ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; qu'il y a lieu, en revanche, de mettre à sa charge, au même titre, le versement à la société SNEF et à la commune de Marseille de la somme de 4 500 euros chacune pour l'ensemble de la procédure ;

Référence 5 :

**CE 10 févr. 2016, Soc. SMC2,
n° 382148**

La société ACS Production a demandé au tribunal d'administratif de Montreuil, d'une part, d'annuler le marché relatif à la construction d'une halle des sports couverte au stade Léo Lagrange conclu entre la commune de Bondy et les sociétés Jean Lefebvre et SMC2 et, d'autre part, de condamner la commune de Bondy à lui verser la somme de 191 502,78 euros en réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi du fait de son éviction du marché. Par un jugement n° 1000737 du 29 mars 2011, le tribunal administratif de Montreuil a rejeté cette demande.

Par un arrêt n° 11VE01594 du 18 juillet 2013, la cour administrative d'appel de Versailles a, sur appel de la société ACS Production, d'une part, rejeté les conclusions à fin d'indemnisation présentées par la société ACS Production, d'autre part, avant de statuer sur le surplus des conclusions de la requête, ordonné avant dire droit une mesure d'instruction sous la forme d'un avis technique sur le fondement de l'article R. 625-2 du code de justice administrative.

Par un nouvel arrêt n° 11VE01594 du 6 mai 2014, la cour administrative d'appel de Versailles a, d'une part, annulé, le jugement du 29 mars 2011 du tribunal administratif de Montreuil

en tant qu'il a rejeté les conclusions de la société ACS dirigées contre le marché de construction d'une halle des sports couverte au stade Léo Lagrange et, d'autre part, annulé ce marché.

1° Sous le n° 382148, par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés au secrétariat du contentieux du Conseil d'État les 3 juillet et 3 octobre 2014, les sociétés SMC2 et Jean Lefebvre demandent au Conseil d'État :

1°) d'annuler l'arrêt de la cour administrative d'appel de Versailles du 6 mai 2014, en tant qu'il fait partiellement droit aux conclusions de la société ACS Production ;

2°) réglant l'affaire au fond, de rejeter l'appel de la société ACS Production ;

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

2° Sous le n° 382154, par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés au secrétariat du contentieux du Conseil d'État les 3 juillet et 6 octobre 2014, la société ACS Production demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler le même arrêt de la cour administrative d'appel de Versailles, en tant qu'il rejette ses conclusions tendant à la démolition de l'ouvrage construit en exécution du contrat annulé ;

2°) de mettre à la charge de la commune de Bondy, des sociétés Jean Lefebvre et SMC2 et de M. B...A..., expert, la somme globale de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- le code des marchés publics ;

- le code de justice administrative ;

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la commune de Bondy a lancé le 20 octobre 2009 un appel d'offres ouvert relatif à la construction d'une halle de sports couverte au stade Léo Lagrange ; que le marché a été attribué le 1er décembre 2009 à un groupement conjoint composé des sociétés Jean Lefebvre et SMC2 ; que la société ACS Production, candidate évincée, a demandé au tribunal administratif de Montreuil l'annulation du contrat ainsi que l'indemnisation du préjudice qu'elle estimait avoir subi du fait de son éviction ; que sa demande a été rejetée par un jugement du 29 mars 2011 ; que, par un arrêt du 18 juillet 2013, la cour administrative d'appel de Versailles a, sur l'appel de la société ACS Production, rejeté les conclusions indemnitaires présentées par cette société et, s'agissant des conclusions à fin d'annulation du marché litigieux, après avoir écarté l'ensemble des moyens à l'exception de celui tiré de la méconnaissance de l'article 6 du code des marchés publics, ordonné, avant dire droit, un avis technique sur le fondement de l'article R. 625-2 du code de justice administrative ; que, par un arrêt du 6 mai 2014, la même cour a annulé le jugement du 29 mars 2011 du tribunal administratif de Montreuil en tant qu'il a rejeté les conclusions de la société ACS Production dirigées contre le marché et en a prononcé l'annulation ; qu'elle a également mis à la charge de la commune de Bondy les frais de l'avis technique et rejeté les conclusions présentées par la société ACS Production tendant à ce que soit enjointe la démolition de l'ouvrage et à ce qu'un titre exécutoire soit émis par la commune de Bondy à l'encontre de la société SMC2 en vue de la restitution par cette dernière de la totalité des sommes perçues pour l'exécution du marché ;

2. Considérant que, d'une part, sous le n° 382148, les sociétés SMC2 et Jean Lefebvre se pourvoient en cassation contre cet arrêt, en tant qu'il fait partiellement droit aux conclusions de la société ACS Production ; que, d'autre part, sous le n° 382154, la

société ACS Production se pourvoit en cassation contre le même arrêt, en tant qu'il rejette le surplus de ses conclusions ; que, par la voie du pourvoi incident présenté sous ce même numéro, la commune de Bondy se pourvoit également en cassation contre cet arrêt, en tant qu'il fait partiellement droit aux conclusions de la société ACS Production ; qu'il y a lieu de joindre ces pourvois pour statuer par une seule décision ;

Sur le pourvoi n° 382154 :

3. Considérant qu'aux termes du IV de l'article 6 du code des marchés publics : " Les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, dès lors qu'une telle mention ou référence aurait pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits. Toutefois, une telle mention ou référence est possible si elle est justifiée par l'objet du marché ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes : " ou équivalent " ;

4. Considérant qu'il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnisations en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat ;

5. Considérant que la cour administrative d'appel a estimé que les prescriptions des articles 4.2 et 4.3 du cahier des clauses techniques particulières du marché contesté, excluant tout système de fixation des toiles de couverture du bâtiment par cordes, drisses, sandows ou tout système assimilé, ne pouvaient être satisfaites sans recourir à la technique de fixation par profilés métalliques dont le brevet appartenait à la société SMC2 et qu'ainsi les dispositions précitées de l'article 6 du code des marchés publics avaient été méconnues ; qu'elle a, pour ce motif, annulé le marché contesté ; que, toutefois, il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, d'une part, la commune de Bondy a fait le choix d'adopter une technologie alors novatrice de fixation des toiles de couverture permettant d'améliorer l'esthétique de l'ouvrage et d'éviter les contraintes de maintenance qu'imposait la méthode de fixation par cordes, drisses ou sandows et, d'autre part, que les prescriptions en cause, motivées par ce choix, n'avaient pas pour objet de favoriser l'entreprise SMC2 ; que, par suite, la commune de Bondy est fondée à soutenir, par son pourvoi incident, que la cour administrative d'appel de Versailles a inexactement qualifié les faits en estimant que l'illégalité relevée était, dans les circonstances de l'espèce, d'une particulière gravité et de nature à justifier l'annulation du contrat ;

6. Considérant que les conclusions à fin d'injonction présentées par la société ACS Production devant la cour sont l'accessoire des conclusions qu'elle a présentées tendant à l'annulation du contrat ; que l'annulation de l'arrêt attaqué en tant que, par cet arrêt, la cour administrative d'appel de Versailles a annulé le contrat litigieux entraîne, par voie de conséquence, sur le pourvoi principal de cette société et sans qu'il soit besoin d'examiner ses

moyens, l'annulation de l'arrêt en tant qu'il rejette ses conclusions à fin d'injonction ;

7. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'arrêt de la cour administrative d'appel de Versailles du 6 mai 2014 doit être annulé ;

Sur le pourvoi n° 382148 :

8. Considérant qu'il résulte de ce qui vient d'être jugé ci-dessus que le pourvoi des sociétés SMC2 et Jean Lefebvre, dirigé contre l'arrêt en tant qu'il annule le contrat litigieux, a perdu son objet ; qu'il n'y a, par suite, pas lieu d'y statuer ;

9. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au fond en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

10. Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'objet du marché contesté est la construction d'une halle des sports couverte par une toile ; que la commune a voulu choisir un système de fixation de cette toile de couverture offrant les meilleures garanties de vieillissement, un moindre coût de maintenance et une meilleure esthétique ; qu'à cette fin, elle a retenu, par les prescriptions de l'article 4.3 du cahier des clauses techniques particulières, le procédé de fixation de la toile de couverture " par des profilés métalliques inoxydables (...) non visible et discret ", lequel ne nécessite " aucune maintenance " ; que ce procédé de fixation de la couverture de l'ouvrage est justifié par l'objet même du marché ; que, par suite, la commune n'a, en faisant le choix de ce procédé, pas méconnu les dispositions du IV de l'article 6 du code des marchés publics citées ci-dessus ni le principe d'égalité entre les candidats ;

11. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société ACS Production n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué du 29 mars 2011, le tribunal administratif de Montreuil a rejeté sa demande d'annulation du contrat ; qu'il y a lieu, par suite, de rejeter ses conclusions à fin d'injonction ;