

BREVE JURIDIQUE – AVRIL 2010

Actualité du droit de la commande publique

La jurisprudence récente, tant interne que communautaire, rendue en matière de droit de la commande publique a été particulièrement abondante ces derniers mois.

Nous avons choisi de revenir sur trois apports principaux.

A compter du 1^{er} mai prochain, le seuil de la procédure adaptée repassera de 20.000 à 4.000 euros.

Par décision du 10 février 2010, n° 329100, *M. Perez*, le conseil d'Etat a annulé le décret du 19 novembre 2008 qui avait relevé le seuil de passation des marchés publics en procédure adaptée à 20.000 euros.

Rappelons que l'article 28 du code des marchés publics prévoit actuellement que « *Le pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables si les circonstances le justifient, ou si son montant estimé est inférieur à 20.000 euros HT [...]* ».

La haute juridiction a jugé qu'en prévoyant « *de manière générale* » que les tous les marchés en deçà de 20.000 euros entrant dans le champ de l'article 28 du code des marchés publics pouvaient être dispensés de publicité et de mise en concurrence, « *le pouvoir réglementaire a méconnu les principes d'égalité d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* ». C'est uniquement lorsque ces formalités sont « *impossibles ou manifestement inutiles notamment en raison de l'objet du marché, de son montant ou du degré de concurrence dans le secteur considéré* » que le pouvoir adjudicateur pourra se dispenser de telles formalités.

Enfin, le conseil d'Etat a estimé que l'annulation immédiate des dispositions litigieuses du décret de 2008 « *porterait eu égard au grand nombre de contrats en cause et à leur nature une atteinte manifestement excessive à la sécurité juridique* » et a décidé, en application de la jurisprudence *AC !* du 11 mai 2004, de reporter les effets de sa décision d'annulation au 1^{er} mai prochain.

Le calcul du franchissement ou non de ce seuil ne devrait donc en conséquence s'opérer que les huit derniers mois de l'année.

La CJUE confirme la possibilité pour la Commission d'exercer un recours en manquement contre un Etat en cas de violation du droit communautaire des marchés publics lorsque les délais de recours nationaux sont expirés ou que le juge interne s'est définitivement prononcé sur la légalité de la procédure.

Dans deux récentes affaires impliquant un pouvoir adjudicateur allemand¹, la Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE) a eu l'occasion de rappeler la possibilité pour la Commission Européenne d'exercer un recours en manquement contre un Etat membre n'ayant pas respecté les règles communautaires de passation des marchés publics.

La première affaire concernait un marché de fourniture de logiciel pour la gestion de l'immatriculation de véhicules automobiles attribué selon une procédure négociée sans publication d'un avis de marché. Dans ses observations en défense, l'Allemagne avait notamment souligné que cette attribution avait déjà fait l'objet d'une action contentieuse en droit interne dont la procédure était désormais close.

Dans une seconde affaire, le pouvoir adjudicateur avait passé un marché public de services relatif à l'élimination de biodéchets et de déchets verts sans recourir à une procédure de passation avec appel d'offres européen. L'Allemagne avait souligné en défense que l'action de la Commission intervenait sur plainte d'un concurrent 10 ans après la passation du marché contesté.

Dans les deux cas, l'Allemagne invoquait donc l'atteinte à la sécurité juridique qu'entraînaient de tels recours en manquement « tardifs » de la Commission.

La CJUE a rejeté cet argumentaire en rappelant que « *Les procédures de recours nationales [...] et le recours en manquement [...] divergent tant par les parties au litige que par leur finalité, la procédure de recours nationale servant à protéger les intérêts des soumissionnaires écartés, tandis que la procédure en manquement assure le respect du droit communautaire dans l'intérêt général* »².

Par conséquent, la Commission peut, sans que cela ne porte atteinte au principe de sécurité juridique, engager une procédure en constatation de manquement au titre d'un marché :

- dont l'attribution a déjà fait l'objet d'un examen définitivement clos au terme d'une procédure de recours nationale qui a déjà fait l'objet d'une procédure contentieuse interne désormais close ; ou
- à l'encontre duquel il n'est plus possible de former un recours contentieux en raison de l'expiration des délais de recours internes.

Ainsi, et comme l'avait souligné l'Allemagne, un concurrent évincé peut tout à fait contourner l'expiration des délais de recours internes qui lui sont ouverts en déposant plainte auprès de la Commission, étant précisé (1) que, la CJUE l'a rappelé, la Commission est seule compétente pour décider de l'opportunité d'engager une procédure en constatation de manquement et (2) que l'Etat dont un manquement est constaté par la Cour a en effet pour obligation de mettre fin à ce manquement pour l'avenir mais également de réparer les effets illicites qu'il a pu produire.

¹ CJUE, 15 octobre 2009, aff. C-275/08, *Commission contre Allemagne* et CJUE, 21 janvier 2010, aff. C-17/09, *Commission contre Allemagne*.

² § 36 de la décision de 2009 et § 26 de la décision de 2010.

La communication du rapport d'analyse des offres, après la sélection des offres n'est pas susceptible d'altérer la concurrence entre les candidats.

Le conseil d'Etat³ a récemment eu l'occasion de préciser le régime de la communication d'informations à un candidat évincé dans le cadre de l'attribution d'un marché public.

En l'espèce, un groupement évincé dans le cadre d'un appel d'offres lancé par la région Réunion a demandé au pouvoir adjudicateur les motifs détaillés du rejet de son offre (article 83 du code des marchés publics). En réponse, la région lui a notamment communiqué le rapport d'analyse des offres. Le tribunal administratif de Saint Denis saisi dans le cadre d'un référé précontractuel a annulé la décision de rejeter l'offre du requérant ainsi que la décision d'attribuer le marché au groupement concurrent aux motifs notamment que la communication du rapport d'analyse des offres « *comportait des informations susceptibles de nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques* ».

Saisi en cassation par la région, le conseil d'Etat a jugé que « *cette communication étant intervenue après la sélection des offres, [elle] n'était donc plus susceptible de l'affecter et ne pouvait ainsi altérer la concurrence entre les entreprises candidates à l'attribution du marché* ».

■ Confirmation de la jurisprudence SMIRGEOMES

La haute juridiction précise tout d'abord que « *La circonstance que [les sociétés requérantes] auraient reçu, après la sélection des offres, communication d'informations confidentielles sur les concurrents, n'a pas été susceptible, eu égard notamment au stade de la procédure auquel est intervenu cette communication, de les léser* ».

Ce faisant, le conseil d'Etat confirme le revirement de jurisprudence opéré par l'arrêt SMIRGEOMES du 3 octobre 2008 aux termes duquel il a considéré que seuls les manquements susceptibles de léser le requérant sont désormais censurés.

L'effet de cristallisation de cette jurisprudence est ici confirmé : non seulement les soumissionnaires dont la candidature aura été retenue auront du mal à démontrer qu'une illégalité au stade de la sélection des candidatures les a lésés, mais il sera désormais également difficile pour un candidat dont l'offre aura été rejetée de démontrer que la communication d'informations confidentielles après la sélection des offres a pu le léser.


■ La communication du rapport d'analyse des offres après la sélection des offres est valable

S'agissant de la légalité même de la communication du rapport d'analyse des offres, le conseil d'Etat juge que « *ces informations, qui répondent aux prescriptions de l'article 83 du code des marchés publics, ont permis aux sociétés requérantes de contester utilement leur éviction devant le juge du référé précontractuel ; qu'il en résulte qu'aucun manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ne peut être reproché à ce titre à la région Réunion* ».

Or, dans un arrêt du 20 octobre 2006, *Syndicat des eaux de la Charente-Maritime*, le conseil d'Etat avait jugé qu'« *en communiquant au groupement SAS Bellin-EURL MUTP des informations relatives au prix et au délai d'exécution sur lesquels s'engageaient les autres sociétés candidates retenues pour présenter une offre, le Syndicat des eaux de Charente-Maritime avait faussé l'application des règles du jeu de la concurrence* ».

Pour autant, le conseil d'Etat n'est pas revenu sur cette décision. En effet, en 2006, le pouvoir adjudicateur avait communiqué ces informations

³ CE, 16 novembre 2009, n° 307620, région Réunion.



alors que le choix de l'entreprise sélectionnée n'était pas encore intervenu ; dans la présente affaire, on l'a vu, le rapport d'analyse des offres a été communiqué à ce candidat évincé après la sélection des offres.

Rappelons pour mémoire que, selon la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), c'est après la signature du contrat (et non la sélection des offres) qu'un marché public et les documents qui s'y rapportent cessent d'être des actes préparatoires et deviennent des documents administratifs communicables au titre de la loi du 17 juillet 1978 (voir, par exemple, conseils n° 20091745 et 20091744 du 14 mai 2009), sous réserve notamment des dispositions régissant le secret en matière industrielle et commerciale qui empêchent la communication de certaines informations.

Enfin, la CADA a eu l'occasion de préciser que « *les notes et classements des entreprises non retenues ne sont ainsi communicables qu'à celles-ci* » et qu'« *en revanche, les notes, classements et éventuelles appréciations de l'entreprise lauréate du marché sont librement communicables et, lorsque la demande émane d'une entreprise non retenue, celle-ci a le droit de connaître ses notes et classements* » (avis n° 20091693 du 18 juin 2009).



N'hésitez pas à consulter notre site et à nous contacter :

Jérôme Michel

jmichel@franklin-paris.com

Marianne Cessac

mcessac@franklin-paris.com

La présente brève juridique n'a pas été conçue et ne doit pas être interprétée comme un conseil ou une consultation juridique et est destinée uniquement à des fins d'information générale.