

TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MONTREUIL

N°0912700

EURL CABINET RSD

M. Libert
Juge des référés

Ordonnance du 17 novembre 2009

C
39-02-005
39-08-015

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Montreuil

Le juge des référés,

Vu la requête, enregistrée le 2 novembre 2009, présentée pour l'EURL CABINET RSD, dont le siège est 12, avenue du Pavillon Sully à Le Pecq (78230), par Me Labetoule ; l'EURL CABINET RSD demande au juge des référés :

1°) d'annuler la procédure de passation du marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage pour l'externalisation des fonctions « restauration – hôtellerie – loisirs » d'unités administratives militaires et conduite du changement ;

2°) d'enjoindre l'économat des armées de relancer une procédure dans le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ;

3°) de mettre à la charge de l'économat des armées une somme de 3 000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que l'économat des armées est, pour la passation de ses marchés, soumis aux dispositions du code des marchés publics, soit en raison des textes qui le régissent, soit en sa qualité de mandataire de l'Etat ; que l'élimination de sa candidature repose sur des motifs erronés au regard de ses capacités et des références qu'il a présentées ; qu'en violation de l'article 5 du code des marchés publics, l'économat des armées n'a pas suffisamment défini ses besoins ; que ce marché aurait dû, en application de l'article 10 du code des marchés publics, faire l'objet d'un allotissement ; que l'économat des armées ne pouvait modifier les critères de sélection des candidatures en cours de procédure ;

Vu le mémoire, enregistré le 10 novembre 2009, présenté pour l'économat des armées, par Me Guillou qui conclut au rejet de la requête et à la condamnation de l'entreprise au versement de la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, aux motifs

qu'il est une centrale d'achat constituée en établissement public commercial, de ce fait soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et non au code des marchés publics ; qu'il n'a commis aucune erreur d'appréciation en estimant insuffisantes les capacités et les références de l'EURL CABINET RSD ; que celui-ci n'est pas recevable à soulever le moyen tiré d'une insuffisance de définition des besoins dans la mesure où l'irrégularité alléguée est insusceptible de l'avoir lésé ; que, sur le fond, ses besoins ont été parfaitement définis ; que l'économat des armées n'étant pas soumis au code des marchés publics, le moyen tiré d'une violation de l'article 10 de ce code est inopérant ; qu'en tout état de cause, l'économat des armées justifie de la nécessité de recourir à un marché global ; que le moyen tiré d'une prétendue modification des critères de sélection des candidatures est irrecevable car insusceptible de l'avoir lésé ; que ce moyen, au surplus, manque en fait ;

Vu le mémoire, enregistré le 13 novembre 2009 de l'EURL CABINET RSD qui conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens et en outre que la procédure mise en œuvre est irrégulière faute pour l'économat des armées d'avoir renseigné la rubrique de l'avis public d'appel à concurrence relative à la quantité et à l'étendue des besoins ;

Vu le mémoire, enregistré le 16 novembre 2009, présenté par l'économat des armées qui conclut aux mêmes fins que précédemment ; il ajoute que la rubrique litigieuse de l'avis d'appel public à concurrence a été complétée à l'occasion de la publication d'un avis rectificatif ;

Vu les pièces du dossier ;

Vu le règlement (CE) n° 1564/2005 du 7 septembre 2005 ;

Vu le code civil ;

Vu le code de la défense ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 ;

Vu le décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la décision par laquelle le président du tribunal a désigné, en application de l'article L. 511-2 du code de justice administrative, M. Libert, vice-président, pour statuer sur les demandes de référé ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 16 novembre 2009 :

- le rapport de M. Libert, juge des référés ;

- les observations orales de Me Labetoule qui soutient en outre que, s'agissant de l'appréciation portée sur les effectifs dédiés à la mission, l'économat des armées s'est à tort appuyé sur un critère relevant de l'analyse des offres, pour écarter l'EURL CABINET RSD au stade de sa candidature ; qu'en indiquant que l'effectif de quinze consultants semblait être un effectif convenable pour décider du caractère acceptable des candidatures, l'économat des armées a ajouté une condition liée à un niveau minimum de capacité qui n'était pas annoncée dans les documents de la consultation ;

- et les observations orales de Me Cordier, substituant Me Guillou qui soutient en outre que l'indication à titre méthodologique d'un niveau de quinze consultants pour apprécier la qualité des candidatures n'est pas à confondre avec l'annonce d'un niveau minimum de capacité ; que la capacité des candidats à mobiliser suffisamment d'intervenants au cours de la mission pouvait être évaluée au stade de la candidature ;

Est prononcée, à l'issue de l'audience, la clôture de l'instruction ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative dans sa rédaction en vigueur à la date du lancement de la procédure de passation du marché en litige : « 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 des marchés publics, des marchés mentionnés au 2° de l'article 24 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, (.../...). Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement (.../...). Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. (...) » ;

Sur la réglementation applicable aux marchés passés par l'économat des armées :

Considérant que le 1^{er} alinéa de l'article L. 3421-1 du code de la défense dispose : « L'économat des armées constitue un établissement public de l'Etat, de caractère commercial, doté de l'autonomie financière et placé sous la tutelle du ministre de la défense (.../...). » ; qu'aux termes de l'article 2 du code des marchés publics : « Les pouvoirs adjudicateurs soumis au présent code sont (/) 1° L'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial ; qu'en vertu de l'article 9 du même code : « Une centrale d'achat est un pouvoir adjudicateur soumis au présent code ou à l'ordonnance du 6 juin 2005 susmentionnée qui : (/) 1° acquiert des fournitures ou des services destinés à des pouvoirs adjudicateurs ; (/) ou (/) 2° passe des marchés publics ou conclut des accords-cadres de travaux, fournitures ou de services destinés à des pouvoirs adjudicateurs. » ; qu'enfin le 1^{er} alinéa de l'article R. 3421-2 du code de la défense précise : « L'économat des armées est une centrale d'achat au sens du code des marchés publics. » ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ces dispositions que l'économat des armées est une centrale d'achat constituée en établissement commercial, comme tel exclu du champ d'application du code des marchés publics ; que si le 2^{ème} alinéa de l'article R. 3421-2 du code de la défense dispose : « Les contrats relatifs aux fournitures, denrées et services qu'il conclut en cas

d'urgence impérieuse au profit des formations militaires envoyées à l'étranger sont passés conformément au décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics. », ces dispositions n'ont ni pour objet ni pour effet de soumettre les autres marchés passés par l'économat des armées aux dispositions du code des marchés publics mais simplement d'inclure également dans le champ d'application de l'ordonnance du 6 juin 2005 et son décret d'application du 30 décembre 2005, les marchés passés en cas d'urgence impérieuse au profit des formations militaires envoyées à l'étranger ;

Considérant enfin que le 3^{ème} alinéa de l'article L. 3421-1 du code de la défense dispose : « Le ministre de la défense oriente l'action de l'économat des armées et exerce une surveillance générale sur son activité. » ; qu'il découle tant de ces dernières dispositions que de celles instituant l'économat des armées en centrale d'achat, que ce dernier est dans une situation légale et réglementaire exclusive de celle d'un mandataire agissant au nom et pour le compte du ministre de la défense en application d'un principe dont s'inspirerait l'article 1984 du code civil ; que dès lors, les règles issues du code des marchés publics auxquelles est soumis l'Etat, ne lui sont pas en l'espèce applicables ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'économat des armées doit être regardé comme étant soumis, pour la passation de l'ensemble de ses marchés, à l'ordonnance du 6 juin 2005 susmentionnée et à son décret d'application du 30 septembre 2005 ;

Sur le moyen tiré de l'absence de renseignement de la rubrique II.2 de l'avis d'appel à concurrence :

Considérant qu'aux termes de l'article 16 du décret du 30 décembre 2005 susvisé : « I. - La mise en concurrence des marchés passés selon une des procédures formalisées mentionnées à l'article 7 donne lieu à la publication d'un avis d'appel à concurrence. Cet avis est conforme au modèle fixé par le règlement communautaire n° 1564/2005 (...). » ;

Considérant qu'en application de ces dispositions, l'économat des armées était tenu de faire figurer, dans la rubrique « Quantité ou étendue globale » de l'avis d'appel d'offres, selon le modèle fixé par le règlement communautaire susmentionné, à titre indicatif et prévisionnel, les quantités de prestations à fournir ou des éléments permettant d'apprécier l'étendue du marché, y compris dans l'hypothèse, comme c'est le cas en l'espèce, où le marché lancé est un marché fractionné à bons de commande sans minimum ni maximum en quantité ou en valeur ; que l'absence d'une telle indication constitue un manquement à l'obligation de publicité et de mise en concurrence ; qu'il résulte de l'instruction qu'il a notamment été reproché à l'EURL CABINET RSD de ne pas avoir prévu, au stade de sa candidature, suffisamment de moyens en terme de collaborateurs mis à disposition de la mission d'assistance à maîtrise d'ouvrage au regard de son ampleur ; que, dès lors cette insuffisance d'information a été susceptible de la léser ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la procédure de passation du marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage pour l'externalisation des fonctions « restauration - hôtellerie - loisirs » d'unités administratives militaires et conduite du changement, doit être annulée ;

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle aux conclusions de l'économat des armées dirigées contre l'EURL CABINET RSD qui n'est pas, dans la présente instance de référé, la partie perdante ; qu'il y a lieu en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'économat des armées, la somme de 2 000,00 euros en application desdites dispositions ;

ORDONNE :

Article 1^{er} : La procédure d'appel d'offres ouvert du marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage pour l'externalisation des fonctions « restauration – hôtellerie – loisirs » d'unités administratives militaires et conduite du changement lancée le 14 août 2009 est annulée.

Article 2 : L'économat des armées versera à l'EURL CABINET RSD la somme de 2 000,00 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à l'EURL CABINET RSD et à l'économat des armées.

Copie en sera adressée au ministre de la défense.

Fait à Montreuil, le 17 novembre 2009.

Le juge des référés,

Signé

X. Libert

 Certifiée
conforme
Le Greffier en Chef
Et par délégation le Greffier
Signé

Y. Clarence-Xavier

La République mande et ordonne au ministre de la défense en ce qui le concerne et à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun, contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.