

Cour Administrative d'Appel de Marseille

N° 10MA02554

Inédit au recueil Lebon

6ème chambre - formation à 3

M. GUERRIVE, président

Mme Emilie FELMY, rapporteur

Mme MARKARIAN, rapporteur public

LETESSIER, avocat(s)

lecture du lundi 29 octobre 2012

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête, enregistrée au greffe de la cour administrative d'appel de Marseille sous le n° 10MA02554, le 6 juillet 2010, présentée pour le cabinet MPC avocats, dont le siège est au 11 rue Saint Lazare à Paris (75009), par Me Letessier ;

Le cabinet MPC avocats demande à la Cour :

1°) d'annuler le jugement n° 0805844 du 20 mai 2010 par lequel le tribunal administratif de Toulon a rejeté sa demande tendant à l'annulation des contrats conclus entre la commune de Fréjus et, d'une part, maître , d'autre part, Me au titre des lots n° 1 et 2 du marché de prestations de conseil juridique pour la ville de Fréjus ainsi qu'à la condamnation de la ville de Fréjus à lui verser le montant correspondant au manque à gagner du marché soit la somme de 76 544 euros et le montant correspondant aux frais engagés pour la constitution du dossier d'offre, soit 2 392 euros ;

2°) d'annuler lesdits contrats et de condamner la ville de Fréjus à lui verser le montant correspondant au manque à gagner du marché soit la somme de 76 544 euros et le montant correspondant aux frais engagés pour la constitution du dossier d'offre, soit 2 392 euros et, à titre subsidiaire, de verser les sommes déjà versées et réellement perçues par les attributaires du marché ;

3°) de mettre à la charge de la commune de Fréjus la somme de 4 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....
Vu le code des marchés publics ;

Vu la directive n° 2004/18/CE sur les prestations juridiques en date du 31 mars 2004 ;

Vu la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques ;

Vu le code de justice administrative ;

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

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 8 octobre 2012 :

- le rapport de Mme Felmy, premier conseiller,

- et les conclusions de Mme Markarian, rapporteur public ;

1. Considérant que le cabinet d'avocats MPC a présenté une offre dans le cadre de la passation d'un marché de prestations de conseil juridique par la commune de Fréjus en deux lots, mis à la concurrence dans le cadre d'une procédure adaptée ; que son offre a été rejetée par décision notifiée par le maire de la commune le 18 juillet 2008 ; qu'à la suite de sa demande en date du 21 juillet suivant, la commune lui a adressé les motifs du rejet de son offre par lettre en date du 28 juillet 2008 ; que le cabinet requérant a ensuite adressé à la commune une réclamation préalable à fin d'indemnisation de son éviction qu'il estimait irrégulière du marché et a introduit le 1er octobre 2008 une demande auprès du tribunal administratif de Nice tendant à l'annulation des contrats conclus entre la commune de Fréjus et, d'une part, Me , d'autre part, Me au titre des lots n° 1 et 2 du marché ainsi qu'à la condamnation de la ville de Fréjus à lui verser le montant correspondant au manque à gagner du cabinet, soit la somme de 76 544 euros, et le montant correspondant aux frais engagés pour la constitution du dossier d'offre, soit 2 392 euros ; qu'il interjette appel du jugement par lequel le tribunal administratif de Toulon, devenu territorialement compétent, a rejeté sa demande ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les fins de non recevoir opposées par la commune à la demande de première instance et à la requête d'appel du cabinet MPC avocats ;

Sur la régularité du jugement attaqué :

2. Considérant, en premier lieu, qu'il ressort de la minute du jugement attaqué, jointe au dossier de première instance, que celui-ci est signé par le président de la formation de jugement, rapporteur, le magistrat assesseur et le greffier ; que, par suite, le moyen tiré de la méconnaissance de l'article R. 751-2 du code de justice administrative, en vertu duquel les expéditions des décisions sont signées et délivrées par le greffier en chef, ne peut qu'être écarté ;

3. Considérant, en deuxième lieu, qu'en estimant qu'il disposait des pièces suffisantes à l'appréciation des moyens qui lui étaient soumis, et en jugeant au vu de ces pièces du dossier que les conclusions à fin d'annulation des contrats devaient être rejetées, sans qu'il ait estimé nécessaire d'ordonner la communication de l'offre de l'attributaire du marché litigieux ni d'autres pièces pour se déterminer, le tribunal administratif de Toulon, seul maître de l'instruction de l'affaire, n'a pas méconnu son office ni les stipulations de l'article 6§1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le droit au procès équitable et le principe de l'égalité des armes ;

4. Considérant, en troisième lieu, que le jugement attaqué, qui n'avait pas à répondre à tous les arguments du requérant, a écarté de manière détaillée les moyens tirés de l'absence de motivation de la décision du 18 juillet 2008, de l'insuffisante définition de ses besoins par la commune et de l'erreur manifeste d'appréciation ;

Sur la validité des contrats :

5. Considérant que, indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ; qu'à partir de la conclusion du contrat, et dès lors qu'il dispose du recours ci-dessus défini, le concurrent évincé n'est, en revanche, plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables ;

6. Considérant que, ainsi saisi de telles conclusions par un concurrent évincé, 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 indemnités 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 ;

En ce qui concerne la motivation du rejet de l'offre :

7. Considérant que le cabinet MPC avocats soutient que la décision par laquelle la commune de Fréjus a rejeté son offre n'est pas suffisamment motivée ;

8. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 1er de la loi susvisée du 11 juillet 1979 : " Les personnes physiques ou morales ont le droit d'être informées sans délai des motifs des décisions administratives individuelles défavorables qui les concernent. A cet effet, doivent être motivées les décisions qui : - restreignent l'exercice des libertés publiques ou, de manière générale, constituent une mesure de police ; - infligent une sanction ; - subordonnent l'octroi d'une autorisation à des conditions restrictives ou imposent des sujétions ; - retirent ou abrogent une décision créatrice de droits ; - opposent une prescription, une forclusion ou une déchéance ; - refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir ; - refusent une autorisation, sauf lorsque la communication des motifs pourrait être de nature à porter atteinte à l'un des secrets ou intérêts protégés par les dispositions des deuxième à cinquième alinéas de l'article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public. " ;

9. Considérant que dans son article 1er, la loi du 11 juillet 1979 n'exige la motivation que des décisions administratives individuelles défavorables qu'elle énumère ; que la décision de rejet des offres n'est pas au nombre de celles devant être motivées en application des dispositions précitées de l'article 1er de la loi du 11 juillet 1979 ni en vertu d'autres dispositions législatives ou réglementaires ;

10. Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article 80 I. 1° du code des marchés publics dans sa rédaction applicable au litige : " Pour les marchés et accords-cadres passés selon une des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur avise, dès qu'il a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, tout les autres candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres, en indiquant les motifs de ce rejet " ; qu'aux termes de l'article 83 du même code : " Le pouvoir adjudicateur communique, dans un délai maximal de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté qui en fait la demande les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre et, à tout candidat dont l'offre n'a pas été rejetée pour un motif autre que ceux mentionnés au III de l'article 53, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre. " ;

11. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que l'appel d'offres lancé par la commune de Fréjus en vue de la passation d'un marché ayant pour objet des services de prestations juridiques a été organisé selon une procédure adaptée, en application des dispositions précitées de l'article 30 du code des marchés publics et de l'alinéa 3 de l'article 26 selon lequel " II. - Les marchés et accords-cadres peuvent aussi être passés

selon une procédure adaptée, dans les conditions définies par l'article 28, lorsque le montant estimé du besoin est inférieur aux seuils suivants : (...) 2° 206 000 Euros HT pour les fournitures et les services des collectivités territoriales ; (...) " et qu'il n'est pas contesté que son montant était égal ou inférieur à 206 000 euros ; qu'il résulte de la lettre en date du 28 juillet 2008 par laquelle la commune de Fréjus a informé le cabinet MPC avocats des raisons du rejet de son offre à la suite de sa demande en ce sens, que la commune a indiqué les noms et notes des candidats retenus et y a joint les tableaux comparant l'analyse de sa proposition avec celle du candidat retenu pour chacun des lots, critère par critère et les raisons pour lesquelles la commission d'appel d'offre avait porté son choix pour chacun des lots n° 1 et 2 du marché en fonction des caractéristiques et des avantages des offres retenues et les raisons du classement de l'offre du requérant ; que la commune de Fréjus a notamment indiqué que l'attributaire du lot n° 1 " a obtenu une note globale pondérée de 0.828/1, votre proposition se classant quant à elle en 7ème position avec une note pondérée globale de 0.850/1 " et que l'attributaire du lot n° 2 " a obtenu une note globale pondérée de 0.780/1, votre proposition se classant quant à elle en 6ème position avec une note pondérée globale de 0.580/1 " ; que si l'article 83 précité du code des marchés publics impose au pouvoir adjudicateur de communiquer les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché, aucun texte ni aucun principe n'imposait à la commune qu'elle communique au cabinet MPC avocats le tableau d'analyse des offres avec le détail de l'offre de l'attributaire et la liste des candidats mieux placés avec leur notation critère par critère, ni les divers autres documents demandés par ce cabinet ; que, par suite, le cabinet MPC avocats n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Toulon a écarté le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions précitées des articles 80 et 83 du code des marchés publics et des principes qui découlent de l'exigence d'égal accès à la commande publique, rappelés par le deuxième alinéa du I de l'article 1er du code des marchés publics, selon lequel : " Quel que soit leur montant, les marchés publics 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. Ils exigent une définition préalable des besoins de l'acheteur public, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse (...) " ;

En ce qui concerne l'erreur manifeste d'appréciation des besoins de la commune de Fréjus et l'imprécision de la définition des prestations dans le marché :

12. Considérant que le cabinet requérant soutient que la commune de Fréjus ayant mal évalué ses besoins, les prestations attendues par l'exécution du marché n'étaient pas suffisamment précises dans l'avis d'appel public à la concurrence, de sorte qu'il n'a pu formuler d'offre pertinente ;

13. Considérant qu'aux termes de l'article 5 du code des marchés publics : " La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision par la personne publique avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence. Le marché conclu par la personne publique doit avoir pour objet exclusif de répondre à ces besoins. " ;

14. Considérant qu'il ressort de l'avis d'appel public à la concurrence et du règlement de la consultation que la commune a entendu confier des prestations de conseil juridique de type consultation et être quotidiennement assistée en matière juridique, ces prestations étant exclusives de la représentation de la commune devant les juridictions et concernant un nombre important de matières juridiques ; que l'exposé des besoins et attentes de la commune par l'exécution du marché était par suite suffisamment précis pour permettre à un avocat, auxiliaire de justice dont la fonction est de conseiller et défendre les intérêts de ses clients, de soumettre une offre dans le cadre de cet appel à concurrence, sans qu'il eût été nécessaire pour la commune de Fréjus d'apporter, ainsi que le soutient le requérant, des précisions sur les problématiques juridiques particulières que la commune est susceptible de rencontrer, les choix opérationnels à effectuer, la réalisation éventuelle d'audits juridiques, sa volonté d'organiser des formations ou de sécuriser des dossiers ; que la commune a ensuite précisé les matières concernées par chacun des deux lots, sans que l'hétérogénéité de ces matières révélât une mauvaise définition des besoins ; que l'absence d'estimation du volume des prestations se justifie par la variabilité intrinsèque en matière de contentieux ou de dossiers juridiques dont la commune ne saurait maîtriser les facteurs de création et de développement ; que le requérant ne saurait sérieusement soutenir que la définition du marché ainsi décrite aurait induit que les candidats devaient bénéficier d'une relation d'affaire antérieure ; que la commune a défini les domaines d'intervention et la forme de l'assistance juridique sollicitée, et la durée du marché à intervenir, lequel devait être exécuté de la date de notification du marché jusqu'au 31 décembre 2009, conformément aux dispositions de l'article 5 précité ; que, par suite, la commune n'a pas commis d'erreur manifeste dans l'appréciation et la définition de ses besoins ;

En ce qui concerne les critères de jugement des offres et l'erreur manifeste d'appréciation :

15. Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 52 du code des marchés publics dans sa version alors en vigueur : " (...) II. - Lorsque le pouvoir adjudicateur décide de limiter le nombre des candidats admis à présenter une offre, il procède à la sélection de ces candidats en appliquant aux candidatures retenues conformément au I des critères de sélection non discriminatoires et liés à l'objet du marché relatifs à leurs capacités professionnelles, techniques et financières. Ces critères sont mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation. " ; qu'aux termes du I de l'article 53 dudit code : " Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : 1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ; 2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix " ;

16. Considérant que les critères de jugement des offres, mentionnés dans l'avis d'appel public et dans l'article 5 du règlement de la consultation du marché litigieux, sont la valeur

technique, pondérée à 70%, appréciée d'après une note méthodologique notée sur 10 présentant les modalités d'intervention suivant les demandes de la ville et les capacités et adaptation aux exigences de la ville, et le prix des prestations ou niveau des honoraires, pondéré à 30 % ; qu'ainsi, l'appréciation du critère de la valeur technique intégrait la capacité du candidat à répondre aux attentes de la commune et les modalités offertes par le candidat à ce titre et n'appelait pas d'autres explications de la part de la commune ; que contrairement à ce que soutient le requérant, le tableau comparatif d'analyse des offres a détaillé les points mis en valeur au titre des modalités d'intervention et de la capacité des candidats à prendre en compte les intérêts de la ville et à s'adapter aux exigences de celle-ci, notamment par le type de consultation proposé et la présence d'un interlocuteur unique pour la ville, sans qu'il soit prouvé que, comme l'allègue le requérant, les candidats retenus aient méconnu les règles déontologiques de leur profession ; qu'il ne ressort ni du règlement de la consultation, ni même de l'appréciation faite sur l'offre du requérant que la commune aurait privilégié un sous-critère, non porté à la connaissance des candidats, tenant à l'antériorité d'une relation d'affaire ; que si le requérant soutient que l'appréciation de la valeur technique des offres aurait été évaluée par rapport à ce sous-critère occulte, il ne le prouve pas, alors par ailleurs que ces liens antérieurs n'empêchaient pas le précédent avocat de la commune de présenter une offre ; que le requérant n'est donc pas fondé à soutenir que la commune aurait méconnu les principes de concurrence, d'égalité de traitement des candidats et de liberté d'accès à la commande publique ;

17. Considérant, également, que les dispositions précitées permettent au pouvoir adjudicateur de retenir, en procédure adaptée, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, un critère reposant sur la qualification et l'expérience des candidats lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire ;

18. Considérant, d'autre part, qu'il résulte de l'instruction que l'offre du cabinet MPC avocats a été classée à la 7ème place pour le lot n° 1 et à la 6ème place pour le lot n° 2, avec une note globale au regard du critère technique de 4/10 pour chacun des lots, décomposée en notes de 1/4 pour les modalités d'intervention mises en place et 3/6 pour la prise en compte des intérêts de la ville et la capacité d'adaptation ; qu'en particulier, la commune a estimé que la note méthodologique du requérant était peu détaillée et peu explicite sur les différentes formes de consultations, et par suite peu satisfaisante, de même qu'il précisait peu la prise en compte des intérêts de la ville ; que si le niveau de ses honoraires était plus intéressant que celui des candidats retenus, cette circonstance, compte tenu de la pondération retenue pour ce critère, n'est pas suffisante pour établir que la commune aurait commis une erreur de manifestation dans l'appréciation de son offre dès lors que les offres des attributaires ont été considérées par la commune comme présentant un niveau de valeur technique jugé supérieur ;

19. Considérant qu'eu égard à l'atteinte au secret en matière industrielle et commerciale qu'aurait comporté la communication d'un dossier d'un autre concurrent dans le cadre de l'appel d'offre, la commune n'a, en tout état de cause, commis aucune irrégularité en ne communiquant pas au cabinet requérant le dossier des candidats finalement retenus ;

En ce qui concerne l'allotissement :

20. Considérant qu'aux termes de l'article 10 du code des marchés publics dans sa rédaction applicable au marché en cause : " Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l'article 27. A cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions. Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. Si plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est toutefois possible de ne signer avec ce titulaire qu'un seul marché regroupant tous ces lots. (...) " ;

21. Considérant qu'il résulte de l'instruction que la commune a déterminé deux lots dans le marché de prestations juridiques litigieux, le premier relatif au " droit lié aux marchés publics, aux délégations de services publics et aux contrats de partenariat public-privé, droit public général, droit budgétaire, droit fiscal, droit de l'environnement, droit de la fonction publique territoriale, droit privé, droit de la construction, droit pénal, droit communautaire et droit portuaire ", le second relatif aux " procédures administratives du droit de l'urbanisme et du droit du sol " ; qu'elle a pu, en raison de sa situation littorale, isoler en un lot spécifique les prestations relatives au droit de l'urbanisme et regrouper l'ensemble des autres matières juridiques dans un autre lot soumis à la concurrence ; que tant le montant des prestations afférentes aux matières du lot n°1, de faible importance, que le montant de chaque lot, ont justifié la division du marché en deux lots et l'absence d'allotissement supplémentaire en ce qui concerne les matières du premier lot ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que cette décomposition du marché, qui était suffisante compte tenu de la nature des prestations et de l'objet du marché, lequel est limité à des prestations d'assistance et de conseil juridique de même nature, hors contentieux, nonobstant la diversité des matières, serait entachée d'une erreur manifeste d'appréciation des besoins de la commune et aurait méconnu les dispositions précitées ;

En ce qui concerne l'article 10 de la loi du 31 décembre 1971 :

22. Considérant que le requérant n'est pas fondé à soutenir que le critère relatif au prix des prestations méconnaît le principe de libre fixation des honoraires des avocats, prévus par l'article 10 de la loi du 31 décembre 1971 et la directive 2004/18/CE ainsi que le Règlement intérieur national de la profession d'avocat, dès lors que les stipulations financières du contrat résulteront d'un accord conventionnel entre la ville de Fréjus et le candidat retenu ;

23. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le cabinet MPC avocats n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Toulon a rejeté sa demande tendant l'annulation des marchés litigieux ;

Sur les conclusions indemnitaires :

24. Considérant qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, les contrats n'étant entachés d'aucune illégalité entraînant leur annulation, le cabinet MPC avocats n'est pas fondé à soutenir que la Commune de Fréjus aurait commis une faute en attribuant le marché litigieux et l'aurait privé d'une chance sérieuse de remporter le marché ; que, par suite, ses conclusions indemnitaires ne peuvent qu'être rejetées ;

Sur l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

25. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la commune de Fréjus, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que le requérant demande au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ; qu'il y a en revanche lieu de mettre à la charge du cabinet MPC avocats la somme de 2 000 euros sur ce fondement ;

DÉCIDE :

Article 1er : La requête du cabinet MPC avocats est rejetée.

Article 2 : Le cabinet MPC avocats versera à la commune de Fréjus la somme de 2 000 euros (deux mille euros) au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le présent arrêt sera notifié au cabinet MPC avocats et à la commune de Fréjus.

”

”

”

”

2

N° 10MA02554

Abstrats : 39-02-005 Marchés et contrats administratifs. Formation des contrats et marchés. Formalités de publicité et de mise en concurrence.