

Note sous Tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion, 29 septembre 2011, numéro 0900881, Préfet de la Réunion contre GHSR

Audrey Egiziano

► **To cite this version:**

Audrey Egiziano. Note sous Tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion, 29 septembre 2011, numéro 0900881, Préfet de la Réunion contre GHSR. Revue juridique de l’Océan Indien, Association “ Droit dans l’Océan Indien ” (LexOI), 2012, pp.193-197. hal-02732780

HAL Id: hal-02732780

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02732780>

Submitted on 2 Jun 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Marchés publics – inégalité de traitement des candidats – incompétence de la commission d'appel d'offres – inadéquation des critères de sélection des offres

Tribunal administratif de Saint-Denis de La Réunion, 29 septembre 2011, *Préfet de La Réunion c/ GHSR*, req. n° 0900881

Audrey EGIZIANO, Doctorante à l'Université de La Réunion en Contrat doctoral

Le groupe hospitalier sud réunion (GHSR) souhaite rénover les sols ainsi que la peinture des revêtements muraux de ses bâtiments. Il conclut des marchés publics le 3 mars 2009 en ce sens.

Le préfet de La Réunion adresse au GHSR un recours gracieux en raison des irrégularités détectées lors de la procédure, lequel est rejeté le 22 mai 2009. Le préfet attaque donc tant cette décision de rejet que les marchés devant le tribunal administratif de Saint-Denis le 22 juillet 2009.

De nombreux moyens sont invoqués. En substance, le préfet reproche à la procédure le dépassement de ses compétences par la commission d'appel d'offres (I), et le caractère inadéquat des critères de sélection des offres (II), en outre des inégalités de traitement de candidatures se trouvant dans la même situation.

Ce dernier point n'emporte en l'espèce que peu d'observations. L'égalité de traitement des candidats, principe fondamental de la commande publique¹, interdit toute pratique discriminatoire de nature à favoriser certains opérateurs. Cette égalité joue aussi bien dans la définition des besoins du pouvoir adjudicateur et des prestations demandées, que dans les modalités de mise en concurrence des candidats. Au stade de la sélection des candidatures, il s'est avéré que l'une d'entre elles était incomplète. Le GHSR ayant ouvert la possibilité à cette entreprise d'y remédier, sans avertir les autres qu'elles pouvaient en faire de même, a violé l'article 52 I qui dispose : « *[Le pouvoir adjudicateur] en informe les autres candidats qui ont la possibilité de compléter leur candidature dans le même délai* », et par là même le principe d'égalité de traitement des candidats. Il s'agit là d'une application traditionnelle du principe.

Avant de développer les deux autres moyens à l'appui de la requête, il convient de relever qu'à deux reprises, le GHSR met en avant l'absence d'intérêt du préfet à se prévaloir de certains arguments, car la violation des dispositions du code ne saurait faire grief au préfet. Telle défense semble quelque peu incongrue.

¹ Article 2 du code des marchés publics : « *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* ».

En effet, le préfet a intérêt à agir pour déférer devant le tribunal administratif les actes des personnes publiques qu'il estime illégaux. D'ailleurs la Constitution fait référence à cette mission à son article 72 alinéa 6 : « *Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois* »¹. Il ne fait aucun doute que le préfet a un intérêt à attaquer les contrats passés par les collectivités, par la voie du déféré préfectoral, et ce que les actes lui aient été transmis ou non d'ailleurs². L'intérêt du préfet en l'espèce ne fait donc aucun doute.

Le tribunal avale les arguments du préfet et décide de faire droit à sa demande et d'annuler les marchés litigieux.

I.- La commission d'appel d'offres de l'établissement public de santé incompétente pour décider des candidats sélectionnés

Dans le cadre du moyen visant l'incompétence de la commission d'appel d'offres, il convient de se référer à l'article 58, lequel précise les conditions dans lesquelles les candidatures sont éliminées ou sélectionnées. Cette commission n'a pas la même compétence selon qu'elle se trouve au sein d'une collectivité territoriale ou au sein de l'État et des établissements publics de santé.

À l'époque des faits, l'article dispose que les candidatures qui doivent être éliminées le sont « *par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales ou après avis de la commission d'appel d'offres pour l'État, les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux ou médico-sociaux* ». Il est évident que le GHSR correspond à la catégorie des établissements publics de santé ou éventuellement médico-sociaux³. Par conséquent, la commission d'appel d'offres ne peut que se prononcer par avis sur la liste des candidats retenus pour la consultation des offres. L'interprétation de la défense qui considérait que la décision ne revenait au pouvoir adjudicateur que dans le cas d'un désaccord entre ce dernier et la commission n'est pas confirmée par le tribunal. Ceci se comprend à la lumière du rôle largement secondaire⁴ attribué aux

¹ Pour de plus amples précisions concernant cet intérêt à agir spécifique : M.-C. ROUAULT, *Contentieux administratif*, Paris, Lextenso, 2008, p.236 et s.

² Articles L2131-1 et s. du code général des collectivités territoriales pour les communes, L3131-1 du même code pour les départements, L4141-1 du même code pour les régions, article L315-14 du code de l'action sociale et des familles pour les établissements publics sociaux et médico-sociaux.

³ D'ailleurs aujourd'hui, le GHSR fait partie d'un établissement public de santé régional, puisqu'il a fusionné avec le centre hospitalier Félix Guyon. L'article 1er du décret n°2011-1598 du 21 novembre 2011 relatif à la création d'un centre hospitalier régional à La Réunion par fusion du centre hospitalier Félix Guyon et du groupe hospitalier Sud-Réunion dispose : « *Il est créé, par fusion du centre hospitalier Félix Guyon et du groupe hospitalier Sud-Réunion, un établissement public de santé de ressort régional dénommé "centre hospitalier régional de La Réunion", dont le siège est situé à Saint-Denis* ».

⁴ Commentaires sous l'article 58 du code des marchés publics, édition Dalloz.

commissions d'appel d'offres des établissements publics de santé et établissements publics sociaux ou médico-sociaux, et confirmé par le juge administratif¹. En effet, si ce sont les commissions d'appel d'offres qui détiennent le pouvoir de décision dans le cadre de procédures formalisées pour les collectivités territoriales, ceci n'est pas du tout le cas pour les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux ou médico-sociaux. Ainsi étant donné que le code prend soin de distinguer ces derniers des collectivités territoriales et de leurs établissements publics², elles ne peuvent être compétentes pour décider des candidatures retenues.

Quelques lignées méritent d'être accordées à l'évolution de l'article 58 du code. En effet, la proximité temporelle des faits par rapport au décret du 19 décembre 2008 de relance économique³ qui vient supprimer l'obligation pour les établissements publics de l'État et les établissements publics hospitaliers de réunir une commission d'appel d'offres⁴ perturbe quelque peu la solution donnée en l'espèce, d'autant plus lorsque l'on voit que celui-ci figure dans les visas du jugement.

Or ce décret, qui supprime le rôle de la commission au sein des établissements de l'État et des établissements hospitaliers, n'est applicable qu'aux « *marchés pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel public à la concurrence est envoyé à la publication postérieurement à sa date d'entrée en vigueur* », soit le 21 décembre 2008. Or l'avis d'appel public à la concurrence de l'espèce n'ayant été envoyé au bulletin officiel des annonces des marchés publics et au journal officiel de l'Union européenne qu'en novembre 2008, c'est la version initiale qui s'est appliquée aux faits.

Le principe basé sur le célèbre article 2 du Code civil⁵, selon lequel « *les effets des contrats conclus antérieurement à la loi nouvelle, même s'ils continuent à se réaliser postérieurement à cette loi, demeurent régis par les dispositions de la loi sous l'empire de laquelle ils ont été passés* »⁶ trouve application en l'espèce, si ce n'est qu'à l'entrée en vigueur du décret, le contrat n'était pas formé, et que les règles nouvelles concernent les formalités précédant la formation du contrat. C'est précisément pour cela que le décret lui-même déplace ce moment de référence, et

¹ CAA Douai, 24 janvier 2008, *Université du Littoral Côte d'Opale*, req. n° 06DA00178.

² Voir l'article 58 II et III.

³ Décret n°2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics.

⁴ L'article 22-I du code des marchés publics dispose : « *Pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, à l'exception des établissements publics sociaux ou médico-sociaux sont constituées une ou plusieurs commissions d'appel d'offres à caractère permanent* ».

⁵ L'article 2 du Code civil dispose que : « *la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* ». Ce principe est toutefois nuancé : « *les lois nouvelles qui intéressent l'ordre public sont immédiatement applicables aux contrats en cours d'exécution* », Cass. Civ. 1ère, 17 mars 1998, n°96-12183.

⁶ Cass. Civ 3e, 3 juillet 1979, n°77-15552.

le situe bien plus tôt, au moment de l'engagement des consultations ou de l'envoi de l'appel public à la concurrence.

Enfin, il convient de noter que l'article 58 a fait l'objet d'une dernière modification en 2009¹, qui a supprimé la modalité du renvoi de leurs offres aux candidats non sélectionnés.

II.- Les critères de sélection des offres tenus de ne viser que la stricte évaluation des offres

Le choix du cocontractant se divise en deux temps : la sélection des candidatures d'abord, la sélection des offres ensuite. L'« étanchéité »² entre ces deux étapes va jusqu'à interdire que des critères de sélection des offres correspondent en réalité à des critères de sélection des candidatures, car ces deux opérations sont distinctes et régies par des règles différentes³.

Par exemple, ne constituent pas des critères de sélection des offres, mais une analyse de l'aptitude des soumissionnaires les critères « *portant sur l'expérience et la capacité réelle à garantir une bonne exécution du marché* »⁴, ou encore « *la qualification professionnelle* »⁵. Un arrêt de 2010 du Conseil d'État explique clairement ce que doit être cette sélection : « *les capacités du candidat, établies notamment par ses références professionnelles, doivent être examinées au moment de l'ouverture de la première enveloppe et les offres des seules entreprises dont la qualification professionnelle a été jugée satisfaisante doivent être ensuite examinées après ouverture de la seconde enveloppe* »⁶.

En l'espèce, lorsque le GHSR fait du « respect des exigences performantielles et techniques » un critère d'évaluation des offres, il s'agit en réalité d'un critère analysant la solidité du candidat. Cette solution s'inscrit sans problème dans la lignée de la jurisprudence citée *infra*.

En revanche, le dernier critère soumis au contrôle du juge pour non-respect de l'article 53 du code ouvre à plus de commentaires. Il s'agit du critère intitulé « qualité de la décomposition du prix forfaitaire global », censuré lui aussi pour inadéquation à la sélection des offres.

¹ Décret n°2009-1086 du 2 septembre 2009 tendant à assurer l'effet utile des directives 89/665/CEE et 92/13/CEE et modifiant certaines dispositions applicables aux marchés publics.

² Encyclopédie Dalloz collectivités locales, volume « Les contrats des collectivités », n°3025-203.

³ CJCE, 20 septembre 1988, *Bentjees*, aff. C-31/87.

⁴ CJCE, 24 janvier 2008, aff. C-532/06.

⁵ CE, 29 décembre 2006, *Sté Bertele SNC*, req. n°273783, *BJCP* 2007, p. 97.

⁶ CE, 8 février 2010, *Cne de La Rochelle*, req. n°314075.

Sachant que la décomposition du prix forfaitaire permet de comparer les offres dans le cadre d'un marché forfaitaire¹, il paraît saugrenu que le juge considère qu'elle ne constitue pas un critère d'évaluation des offres.

Il faut préciser que le prix forfaitaire est à double tranchant : le prix est dit intangible², c'est-à-dire qu'il protège le pouvoir adjudicateur des erreurs qu'aurait pu commettre le cocontractant ; mais dans le même temps, si le cocontractant a surestimé le coût des travaux, le pouvoir adjudicateur devra tout de même le prix forfaitaire convenu. Décomposer le prix forfaitaire sert donc à connaître le contenu précis de la somme globale demandée. Ainsi, cette décomposition vise bien la comparaison entre les différentes offres. Pourquoi, dans ce cas, le juge critique-t-il l'utilisation de ce critère dans l'évaluation des offres, d'autant qu'il est d'usage de demander ce détail aux candidats dans le dossier relatif à l'offre ?

Cette censure s'explique par le fait que le pouvoir adjudicateur ait ici recherché à juger de la « *qualité de la DPGF [décomposition du prix global forfaitaire] (niveau de détail, cohérence des prix, décomposition des prix, cohérence des quantités)* », comme s'il souhaitait évaluer la méthode adoptée par le candidat pour détailler le prix global qu'il proposait. Or l'esprit de la décomposition du prix forfaitaire est d'explicitier ce qui compose le prix, sans juger subjectivement de la méthode. Le pouvoir adjudicateur peut ainsi vérifier les prestations qui seront effectuées. Mais au-delà du cas de l'offre anormalement basse ou de celle qui est trop élevée et dépassant ainsi le budget fixé, le pouvoir adjudicateur n'a pas à évaluer la qualité de la décomposition.

Autre élément frappant, le critère de la qualité de la « DPGF » est suivi de précisions, notamment celle de la « cohérence des quantités ». Or nous avons vu que l'intérêt d'un prix forfaitaire résidait notamment dans le risque pesant sur le cocontractant en cas de sous-estimation des quantités, et donc de paiement inférieur au coût réel ; et inversement dans le risque pesant sur le pouvoir adjudicateur en cas de surestimation des quantités, et donc de paiement supérieur au coût réel. C'est bien pour cette raison que ce n'est pas le critère de la décomposition qui est contraire à l'article 53 du code, mais le critère des « modalités de la décomposition du prix forfaitaire ». Vue sous cet angle, la censure de l'utilisation de ce critère n'a rien de saugrenu.

Si ce jugement ne révolutionne pas la matière, il a le mérite de rappeler combien les règles de procédure en marchés publics, si simples en théorie compliquent leur pratique ; et mène à la question demeurant cruciale de la formation des agents.

¹ Le prix forfaitaire rémunère le titulaire pour un ensemble de prestations, un ouvrage ou une partie d'ouvrage définis dans le marché. Il rémunère donc le titulaire indépendamment des quantités mises en œuvre pour réaliser la prestation demandée (<http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Prix/Marches-publics-Prix.htm>).

² CAA Nancy, 12 mars 2009, *SARL Kayser*, req. n°06NC01145.