

## CONSEIL D'ETAT

2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> sous-sections, 17 novembre 2006

Vu la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 27 février et 13 mars 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour l'AGENCE NATIONALE POUR L'EMPLOI, dont le siège est 4 rue Galilée à Noisy-le-Grand (93198), représentée par son directeur général en exercice ; l'AGENCE NATIONALE POUR L'EMPLOI (ANPE) demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance du 10 février 2006 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a annulé la procédure de passation du marché relatif à une assistance transverse à la maîtrise d'oeuvre pour des prestations de spécification, développement, recette et suivi d'exploitation et lui a enjoint de reprendre la procédure à compter de la publication des avis d'appel public à la concurrence ;

2°) de mettre à la charge de la société GFI Informatique la somme de 4 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la directive n° 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de service ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Nathalie Escaut, Maître des Requêtes,

- les observations de la SCP Vier, Barthélemy, Matuchansky, avocat de l'AGENCE NATIONALE POUR L'EMPLOI et de la SCP Célice, Blancpain, Soltner, avocat de la société GFI Informatique,

- les conclusions de M. Didier Casas, Commissaire du gouvernement ;

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 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, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. / 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 de 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 / Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés. ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Cergy-Pontoise que l'AGENCE NATIONALE POUR L'EMPLOI (ANPE) a lancé, en juillet 2005, un appel d'offres pour la passation d'un marché portant sur des prestations informatiques d'assistance à la maîtrise d'oeuvre ; qu'à la demande de la société GFI Informatique, dont l'offre a été rejetée le 17 janvier 2006, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Cergy-Pontoise a, par une ordonnance du 10 février 2006, annulé la procédure de passation du marché ; que l'ANPE se pourvoit en cassation contre cette ordonnance ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête ;

Considérant qu'il ressort des dispositions du 1° de l'article 17 de la directive n° 92/50/CEE du 18 juin 1992 modifiée portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services que les avis de marché sont établis conformément à des modèles qui figurent aux annexes de cette directive telles que modifiées par la directive 2001/78/CE du 13 septembre 2001 ; que parmi les rubriques que doivent comporter les avis de marché figurent les modalités essentielles de financement du marché ;

Considérant que le V de l'article 40 du code des marchés publics alors applicable, qui a notamment pour objet de transposer en droit interne le principe de l'obligation de publicité résultant des dispositions des directives précitées, dispose : Pour les marchés de fournitures et de services d'un montant supérieur à 150 000 euros hors taxe pour l'Etat et 230 000 euros hors taxe pour les collectivités territoriales, et pour les marchés de travaux d'un montant supérieur à 5 900 000 euros hors taxe, la personne publique est tenue de publier un avis d'appel public à la concurrence dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne ( ) ; qu'aux termes du VI du même article : Les avis mentionnés aux III, IV et V sont établis conformément aux modèles fixés par arrêté du ministre chargé de l'économie ; que demeure en vigueur, en ce qui concerne la publication des avis au Journal officiel de l'Union européenne, l'arrêté du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 4 décembre

2002 fixant les modèles de formulaires pour la publication de tels avis, qui n'a pas été abrogé par l'arrêté du même ministre du 30 janvier 2004 pris en application des articles 40 et 80 du code des marchés publics et fixant les modèles de formulaires pour la publication des avis relatifs à la passation et à l'attribution de marchés publics, lequel ne s'applique qu'aux publications effectuées dans des journaux nationaux ; que, toutefois, à la date à laquelle a été pris l'arrêté du 4 décembre 2002, aucune disposition du code des marchés publics ni aucune autre disposition législative ou réglementaire ne donnait compétence au ministre aux fins d'édicter de telles mesures ; qu'ainsi, cet arrêté a été pris par une autorité incompétente ; que l'intervention des dispositions précitées du VI de l'article 40 du code des marchés publics, dans sa rédaction issue du décret du 7 janvier 2004, n'a pu avoir pour effet de couvrir le vice dont est entaché cet arrêté, lequel demeure illégal ; qu'en l'absence de règles nationales légales applicables à la procédure de passation du marché litigieux permettant d'assurer une publicité de l'avis d'appel public à la concurrence dans des conditions compatibles avec les objectifs de la directive du 18 juin 1992 modifiée, il appartenait à l'ANPE d'assurer une publicité de ses intentions compatible avec les objectifs de cette directive, et notamment avec les prescriptions de son annexe ;

Considérant que l'obligation de mentionner les modalités essentielles de financement dans l'avis d'appel public à la concurrence doit être entendue comme imposant à la collectivité publique d'indiquer, même de manière succincte, la nature des ressources qu'elle entend mobiliser pour financer l'opération faisant l'objet du marché qui peuvent être ses ressources propres, des ressources extérieures publiques ou privées, ou des contributions des usagers ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du référé précontractuel que l'avis de marché publié par l'ANPE mentionnait Financement : budget de l'établissement - paiement direct ; qu'une telle indication impliquait un financement du marché par les ressources propres de l'établissement ; qu'ainsi en jugeant que cette mention ne permettait pas de préciser les modalités essentielles de financement du marché, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Cergy-Pontoise a commis une erreur de droit ; que, par suite, l'ANPE est fondée à demander, pour ce motif auquel le juge n'a pas donné de caractère surabondant, l'annulation de l'ordonnance attaquée ;

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, par application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de

régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par la société GFI Informatique ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête :

Considérant qu'aux termes du 2ème alinéa de l'article 52 du code des marchés publics applicable à la procédure de passation du marché en cause : Les candidatures (..) qui ne sont pas accompagnées des pièces mentionnées aux articles 45 ( ) ou qui ne présentent pas des garanties techniques et financières suffisantes ne sont pas admises ; qu'aux termes de l'article 45 de ce même code : A l'appui des candidatures, il ne peut être exigé que : / 1. Des renseignements permettant d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières du candidat (..) ; qu'en application de l'article 1er de l'arrêté du 26 février 2004 pris en application de l'article 45, alinéa premier, du code des marchés publics : A l'appui des candidatures et dans la mesure où ils sont nécessaires à l'appréciation des capacités des candidats, l'acheteur public ne peut demander que les renseignements ou l'un des renseignements et les documents ou l'un des documents suivants : Déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le chiffre d'affaires concernant les fournitures, services ou travaux auxquels se réfère le marché, réalisés au cours des trois derniers exercices ( ) ;

Considérant qu'il résulte des dispositions précitées que s'il est loisible à l'acheteur public d'exiger la détention, par les candidats à l'attribution d'un marché public, de documents comptables et de références de nature à attester de leurs capacités, cette exigence, lorsqu'elle a pour effet de restreindre l'accès au marché à des entreprises, doit être objectivement rendue nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'avis d'appel public à la concurrence indiquait que les candidats devaient justifier d'un chiffre d'affaires au moins égal au montant maximum du marché ; que les candidats devaient ainsi disposer d'un chiffre d'affaires annuel au moins égal à 32 240 000 euros alors que le montant maximum de chacun des trois lots, qui portaient sur des prestations à exécuter pendant quatre ans, était respectivement de 8 240 000 euros, de 18 600 000 euros et de 5 400 000 euros ; qu'ainsi, dans les circonstances de l'espèce, en imposant un tel niveau de capacité financière aux candidats au marché, alors qu'elle n'a fourni aucun élément établissant qu'un chiffre d'affaires égal au montant total des trois lots était rendu nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser, l'ANPE a méconnu les obligations de mise en concurrence auxquelles était soumise la passation du marché en litige ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société GFI Informatique est fondée à demander l'annulation de la procédure de passation du marché de prestations informatiques d'assistance à la maîtrise d'oeuvre de l'ANPE ; qu'il y a lieu d'enjoindre à l'ANPE, si elle entend poursuivre la passation de ce marché, de reprendre la procédure à compter de la publication des avis d'appel à concurrence ;

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

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de la société GFI Informatique, qui n'est pas dans la présente instance la partie perdante, la somme que l'ANPE demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

Considérant qu'il y a lieu dans les circonstances de l'espèce, de faire application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et de mettre à la charge de l'ANPE la somme de 4 000 euros au titre des frais exposés par la société GFI Informatique en première instance et en cassation et non compris dans les dépens ;

#### **DECIDE :**

Article 1er : L'ordonnance du juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Cergy Pontoise en date du 10 février 2006 est annulée.

Article 2 : La procédure de passation du marché de l'ANPE portant sur des prestations informatiques d'assistance à la maîtrise d'oeuvre est annulée.

Article 3 : Il est enjoint à l'ANPE, si elle entend poursuivre la passation du marché, de reprendre la procédure à compter de la publication des avis d'appel public à la concurrence.

Article 4 : L'ANPE versera à la société GFI Informatique la somme de 4 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : La présente décision sera notifiée à l'ANPE et à la société GFI Informatique.